

**Atena**  
Editora  
Ano 2021

**DIREITO,  
POLÍTICA e  
SOCIEDADE**

**Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos**  
(Organizador)

**DIREITO,  
POLÍTICA e  
SOCIEDADE**

**Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos**  
(Organizador)

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Gabriel Motomu Teshima

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2021 Os autores

Copyright da edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Mariane Aparecida Freitas  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D598 Direito, política e sociedade / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-755-7

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.557210612>

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

**Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166**

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

## APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO, POLÍTICA E SOCIEDADE**, coletânea de vinte e cinco capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em criminologia e direito penal; estudos em direito constitucional; além de outros temas em direito, política e sociedade.

Estudos em criminologia e direito penal traz análises sobre execução de sentença estrangeira, execução penal, execução provisória, mediação penitenciária, justiça restaurativa, violência, depositário infiel e educação em ambiente carcerário.

Em estudos em direito constitucional são verificadas contribuições que versam sobre marcas cronotópicas, direito ao esquecimento, independência dos poderes, orçamento e *lockdown*.

No terceiro momento, outros temas em direito, política e sociedade, temos leituras sobre combate a corrupção, estado de exceção e sua regulação na realidade mexicana, além de *cyberbullying*, tecnologia, vulneráveis, feminino, migrantes, violência obstrétrica, superendividamento, teletrabalho, filosofia do direito e educação jurídica.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

A EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: PROCESSAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Edimar Carmo da Silva

William Teodoro da Silva Filho

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106121>

### **CAPÍTULO 2..... 15**

O PAPEL DO DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO SISTEMA PUNITIVO

Mário de Oliveira Melo Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106122>

### **CAPÍTULO 3..... 17**

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO BRASIL

Bruno Rafael Alves Aguiar

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106123>

### **CAPÍTULO 4..... 31**

MEDIAÇÃO PENITENCIÁRIA: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

Ariane Trevisan Fiori

Thiago Alves Miranda

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106124>

### **CAPÍTULO 5..... 42**

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA REFLEXÃO QUANTO À REPARAÇÃO DO DANO E À APLICABILIDADE DESSE SISTEMA NO BRASIL

Luiz Felipe Radic

Samuel Lopes Nunes Soares Santana

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106125>

### **CAPÍTULO 6..... 49**

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NA ESCRITA JORNALÍSTICA E EM PROCESSOS CRIMINAIS DO SUDESTE DA AMAZÔNIA LEGAL

Marilza Sales Costa

Pamela Eliane Ciqueira Santos

Márcio Antônio Rodrigues dos Reis

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106126>

### **CAPÍTULO 7..... 64**

PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA ESFERA PENAL: UMA ANÁLISE DO PRECEITO PRIMÁRIO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA À LUZ DA SÚMULA VINCULANTE 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE NORMAS INTERNACIONAIS

Ronaldo Boanova da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106127>

**CAPÍTULO 8..... 75**

O DIREITO À EDUCAÇÃO EM AMBIENTE CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.214/84) E DA NOTA TÉCNICA Nº14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ

Francisco Davi Nascimento Oliveira  
Dayane Reis Barros de Araújo Lima  
Juliana Darah Campos Cansanção  
Hérison Fernando Sousa  
Hilziane Layza de Brito Pereira Lima  
Romézio Alves Carvalho da Silva  
Giulia Mattza Torres Oliveira de Assunção

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106128>

**CAPÍTULO 9..... 88**

MARCAS CRONOTÓPICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUAS MATRIZES ESPAÇOTEMPORAIS

Alex Sandro Teixeira da Cruz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.5572106129>

**CAPÍTULO 10..... 107**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DA DECISÃO ADOTADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ

Francisco Davi Nascimento Oliveira  
Dayane Reis Barros de Araújo Lima  
Hilziane Layza de Brito Pereira Lima  
Hérison Fernando Sousa  
Romézio Alves Carvalho da Silva  
Giulia Mattza Torres Oliveira de Assunção

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061210>

**CAPÍTULO 11..... 119**

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO DE PESSOAL NA PROPOSTA DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Sergio Bruno Aguiar Ursulino  
Antônio de Moura Borges

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061211>

**CAPÍTULO 12..... 135**

LOCKDOWN: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

Rodrigo Dias Cardôzo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061212>

|   |            |
|---|------------|
| <b>CAPÍTULO 13</b> .....  | <b>145</b> |
| CONSIDERACIONES EN TORNO AL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO DESDE EL PARADIGMA DEL GOBIERNO ABIERTO   |            |
| Miguel Angel Medina Romero<br>Josué Daniel Aguilar Guillén<br>Alejandro Bustos Aguilar<br>Rodrigo Ochoa Figueroa  |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061213">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061213</a>   |            |
| <b>CAPÍTULO 14</b> .....  | <b>160</b> |
| LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO: ¿UNA RESPUESTA JURÍDICA A LAS PANDEMIAS GLOBALES (COVID-19)?  |            |
| Pablo Latorre Rodríguez<br>Jorge Humberto Vargas Ramírez<br>Daniel Octavio Valdez Delgadillo  |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061214">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061214</a>   |            |
| <b>CAPÍTULO 15</b> .....  | <b>167</b> |
| CYBERBULLYING E O DIREITO BRASILEIRO  |            |
| Jonas Rodrigo Gonçalves<br>Lívia Rebeca Gramajo Oliveira  |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061215">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061215</a>   |            |
| <b>CAPÍTULO 16</b> .....  | <b>173</b> |
| REDES, COLETIVOS E TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO: NOVAS DINÂMICAS DO COLETIVO E NOVAS FORMAS DE CONTROLE NA ERA DAS REDES  |            |
| Adriana Pessôa da Cunha   |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061216">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061216</a>  |            |
| <b>CAPÍTULO 17</b> .....  | <b>184</b> |
| RESOLUÇÃO DE CONFLITOS <i>ON-LINE</i> : A CULTURA DO CONSENSO ALIADA À TECNOLOGIA   |            |
| Aline Letícia Ignácio Moscheta<br>Amerita de Lázara Meneguucci Geronimo<br>Maria Fernanda Stocco Ottoboni   |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061217">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061217</a> |            |
| <b>CAPÍTULO 18</b> .....  | <b>199</b> |
| A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO GÊNERO FEMININO INDEPENDENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL   |            |
| Ronaldo de Almeida Barretos<br>Henrique Giacomini   |            |
|  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061218">https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061218</a> |            |
| <b>CAPÍTULO 19</b> .....  | <b>218</b> |
| TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS FAMÍLIAS HAITIANAS: NARRATIVAS DA SAGA DE   |            |

MIGRANTES HAITIANAS PARA REAVER A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COM O(A)(S) FILHO(A)(S)

Fernanda Ely Borba  
Teresa Kleba Lisboa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061219>

**CAPÍTULO 20..... 226**

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: QUEM CALA NEM SEMPRE CONSENTE

Elaine da Silva  
Letícia Thomasi Jahnke

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061220>

**CAPÍTULO 21..... 244**

O SUPERENDIVIDAMENTO E O DIREITO À (DES)INFORMAÇÃO - UMA ANÁLISE DO PARCELAMENTO AUTOMÁTICO DO CARTÃO DE CRÉDITO FRENTE AO CDC

Louíse de Oliveira Chaves  
José Carlos Melo de Miranda

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061221>

**CAPÍTULO 22..... 253**

O TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO NO BRASIL

Aymina Nathana Brandão Madeiro Scala  
Letícia Roberta Medeiros Pirangy de Souza  
Maria Amália Oliveira de Arruda Camara  
Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061222>

**CAPÍTULO 23..... 264**

DESCARTES, A HERMENÊUTICA DA CONSTITUIÇÃO-CIDADÃ E O “GÊNIO MALIGNO”: O QUE FIZERAM COM A VÍTIMA?

Rodrigo Otávio Lamêgo Vasconcelos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061223>

**CAPÍTULO 24..... 272**

A FILOSOFIA DO DIREITO NA CONFIGURAÇÃO DE UM NOVO CAMPO JURÍDICO: UMA PROPOSTA DE UMA PEDAGOGIA A PARTIR DO PROCEDIMENTALISMO DA CONTRATAÇÃO NATURAL

Wilberto Teherán  
Adriana Patricia Arboleda López

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061224>

**CAPÍTULO 25..... 298**

LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL EN LA FORMACIÓN DEL LICENCIADO EN DERECHO

Sergio Gilberto Capito Mata  
Luis Alberto Bautista Arciniega

Marina Gisela Hernández García

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.55721061225>

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| <b>SOBRE O ORGANIZADOR.....</b> | <b>307</b> |
| <b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>    | <b>308</b> |

# CAPÍTULO 1

## A EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: PROCESSAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Edimar Carmo da Silva**

Doutorando em Direito e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá-UNESA. Docente na Universidade Estadual de Goiás-UEG Aparecida de Goiânia-GO  
<http://lattes.cnpq.br/6538523033603418>

### **William Teodoro da Silva Filho**

Mestrando em Direito e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá-UNESA. Professor no Centro Universitário Plínio Leite-UNIPLI Rio de Janeiro-RJ  
<http://lattes.cnpq.br/8529274281193379>

**RESUMO:** O presente texto decorre de pesquisa bibliográfica e documental acerca de tratados e de convenções internacionais ratificados pelo Brasil, como atos de cooperação jurídica internacional que assegurem a execução de sentença judicial estrangeira. Objetiva indicar esses documentos como normas de direito internacional que, somadas às normas internas, possibilitam a referida execução. Tem como objetivo específico indicar o processamento dessa execução no direito brasileiro. O reconhecimento e a execução de sentença judicial estrangeira possibilita a circulação de provimento judicial em âmbito transnacional e constitui-se em importante instrumento que atende ao princípio do acesso à justiça. A expansão do comércio e da prestação de serviços, alçada agora na dimensão global pelos meios tecnológicos, é dirigida para atender o interesse de cada Estado. Daí a necessidade

de atos de cooperação jurídica internacional para alcançar, em melhor grau, a resolução de eventuais conflitos de interesses entre pessoas físicas ou jurídicas nessa expansão comercial. É nesse contexto que se destaca o princípio do acesso à justiça na dimensão transnacional. Também interesses relacionados à execução de medidas penais são contemplados no reconhecimento e na execução de sentença judicial estrangeira. Os atos internacionais - acordos, tratados, convenções e protocolos - contêm normas que permitem a uniformização quanto ao reconhecimento e a execução da sentença judicial estrangeira. Esses documentos transnacionais ressaltam a hipótese de recusa quando o conteúdo da sentença judicial estrangeira atentar algum princípio do foro, como a ordem pública, esta última considerada como expressão dos direitos fundamentais - incluindo o devido processo legal e a soberania nacional. No Brasil, a execução de sentença judicial estrangeira reclama a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Homologada, extrai-se a carta de sentença para execução na primeira instância da Justiça Federal - juízes federais - seguindo-se o processamento conforme a natureza da execução e pela normativa processual civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sentença Judicial. Estrangeira. Execução. Processamento.

### THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENT: PROCESSING UNDER BRAZILIAN LAW

**ABSTRACT:** This text is the result of bibliographical and documentary research

on international treaties and conventions ratified by Brazil, as acts of international legal cooperation that ensure the execution of a foreign court decision. Its purpose is to indicate these documents as norms of international law that, added to the internal norms, make the referred execution possible. Its specific objective is to indicate the processing of this execution under Brazilian law. The recognition and enforcement of a foreign court decision enables the circulation of judicial provision in a transnational scope and constitutes an important instrument that meets the principle of access to justice. The expansion of commerce and the provision of services, now raised in a global dimension by technological means, is directed towards meeting the interests of each State. Hence the need for acts of international legal cooperation to achieve, to a better degree, the resolution of possible conflicts of interest between individuals or legal entities in this commercial expansion. It is in this context that the principle of access to justice in the transnational dimension stands out. Interests related to the execution of criminal measures are also contemplated in the recognition and execution of a foreign court order. International acts - agreements, treaties, conventions and protocols - contain norms that allow for the standardization of recognition and enforcement of foreign court judgments. These transnational documents safeguard the hypothesis of refusal when the content of the foreign court decision violates some principle of the forum, such as public order, the latter considered an expression of fundamental rights - including due process of law and national sovereignty. In Brazil, the execution of a foreign court decision requires ratification by the Superior Court of Justice. Once approved, the sentence letter is extracted for execution in the first instance of the Federal Court - federal judges - followed by processing according to the nature of the execution and by the civil procedural rules.

**KEYWORDS:** Judicial Judgment. Foreign. Execution. Processing.

## 1 | INTRODUÇÃO

Houve, no direito internacional, consideráveis avanços visando à adoção de procedimento que facilite a execução de sentença judicial estrangeira. A execução de sentença judicial oriunda de Estado estrangeiro requer, em regra, o prévio reconhecimento da autoridade competente de onde se busca a execução, Estado requerido. Trata-se de importante procedimento de cooperação jurídica internacional que privilegia e amplia o acesso à justiça na esfera transnacional.

A execução de sentença judicial estrangeira ocorre quando, por meio de acordo internacional, um determinado Estado - Estado requerido - reconhece e admite que em seu território seja executada a sentença proferida por órgão judicial de outro Estado - Estado de origem.

A adoção desse procedimento transnacional facilita a circulação de sentença estrangeira entre Estados, atende à crescente demanda decorrente da expansão global do comércio e confere segurança jurídica aos interessados.

O presente texto pauta-se na revisão de documentos internacionais de cooperação jurídica, de normas internas brasileiras e de atualizada e específica literatura acerca do reconhecimento e execução de sentença estrangeira. Objetiva responder às seguintes

perguntas: considerados alguns atos/ acordos de cooperação internacional, ratificados pelo Brasil, a viabilizar o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira, quais as principais normas disciplinadoras do tema? Quais os pressupostos para a execução de sentença estrangeira na ordem jurídica brasileira?

Devido à particularidade de expressões e da especificidade de métodos próprios do direito internacional privado afinados à temática, adequado assentar alguns conceitos para melhor compreensão da abordagem.

O termo “sentença”, no presente texto, é tratado com o equivalente “decisão”. Esse último possui maior alcance, mostrando-se como gênero; aquele, como espécie. Nesse sentido é a lição de Ricardo Perlingeiro.<sup>1</sup> De todo modo, considera-se que ambos sejam proferidos, no Estado de origem; por órgão jurisdicional competente; seja passível de execução; e revestido da coisa julgada ou situação equivalente.

Na mesma direção, abre-se parêntese para uma breve consideração acerca do que se compreende como ordem pública, tal como usualmente tratada no âmbito do direito internacional privado.

A literatura especializada reconhece a dificuldade de conceituar a ordem pública ante seu elevado grau de abertura e de imprecisão. Nessa condição, o conceito de ordem pública é visto como algo flutuante, vigorando em determinado tempo e espaço e de acordo com a atual conjuntura política do Estado. Assim, André de Carvalho Ramos considera ordem pública como “o conjunto de valores essenciais defendidos por um Estado que impede: (i) a aplicação de lei estrangeira eventualmente indicada pelos critérios de conexão; (ii) a prorrogação ou derrogação da jurisdição ; e, finalmente, (iii) a cooperação internacional pretendida”.<sup>2</sup>

Digno de nota é a posição de Ricardo Perlingeiro. Em apresentação de texto específico acerca de ordem pública, Ricardo Perlingeiro assinala que seu conceito é extraído de “diplomas legais do universo Europeu e análise de obras de doutrinadores da estirpe de Nádya de Araújo, Jacob Dolinger e Luiz Lima Pinheiro”.<sup>3</sup> Perlingeiro pontua que, para efeitos do direito internacional privado, a ordem pública capaz de “(...) de limitar o ato jurisdicional estrangeiro ou o ato legislativo estrangeiro é a ordem pública constitucional.”<sup>4</sup> Esse autor preconiza estar a ordem pública associada aos direitos fundamentais constitucionais (inclusive o devido processo legal) e os direitos humanos contemplados em tratados internacionais, todos de aplicabilidade imediata.

Com efeito, a compreensão de ordem pública dada por Ricardo Perlingeiro faz

---

1 PERLINGEIRO, Ricardo. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21610>. Acesso em: 13 jun. 2021.

2 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book* (2.1).

3 PERLINGEIRO, Ricardo. **O conceito de soberania e de ordem pública no Tribunal Constitucional Alemão e no Tribunal de Luxemburgo**. 2003, p. 11.

4 PERLINGEIRO, 2003, p. 15.

importante distinção com outros critérios que também são invocados para afastar a eficácia de ato normativo estrangeiro no Brasil. Essa distinção constitui rara abordagem na literatura especializada, exatamente por distinguir a ordem jurídica da “soberania nacional” e dos “bons costumes”. Esses critérios estão previstos no art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução ao Direito Civil (LICC), atualmente nominada pela Lei nº 12.376/2010 como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Ainda que “soberania nacional” e “bons costumes” decorram de normas ou de valores extraídos da Constitucional, não se confundem com os direitos fundamentais (inclusive o devido processo legal) ou com os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais. Daí a importância desse novo conceito preconizado por Perlingeiro.

A execução de sentença estrangeira, enquanto procedimento que visa à satisfação do comando nela contida, diz respeito à hipótese de aplicação do direito estrangeiro no Estado requerido. Essa modalidade de realização de direito estrangeiro é classificada pela doutrina em dois modelos: a direta e a indireta. André Ramos os distingue assim: “Na aplicação direta do direito estrangeiro, utiliza-se norma estrangeira para reger determinado fato transnacional. Por sua vez, a aplicação indireta do direito estrangeiro dá-se pelo uso da decisão estrangeira que já definiu a questão em outro Estado”.<sup>5</sup> Portanto, a execução de sentença estrangeira concretiza a aplicação indireta do direito estrangeiro.

## **2 | DOCUMENTOS INTERNACIONAIS VERSANDO SOBRE A EXECUÇÃO DE SENTENÇA JUDICIAL ESTRANGEIRA**

Para melhor análise da execução de sentença judicial estrangeira no direito brasileiro, registrem-se alguns atos normativos internacionais que, direta ou indiretamente, repercutem no tema. Contudo, pondera-se que os tratados, convenções e protocolos internacionais indicados no presente texto não esgotam os documentos internacionais, bilaterais ou multilaterais, ratificados pelo Brasil. Portanto, são elencados aqueles que, em certa medida, estão mais afinados à delimitação temática aqui considerada.

### **2.1 A Convenção de Haia, de 2 de julho de 2019, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial**

A recente Convenção de Haia, de 2 de julho de 2019, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial,<sup>6</sup> aperfeiçoa o efetivo acesso à justiça entre os Estados signatários. Conforme pontuado por Nádia de Araújo e Marcelo De Nardi,<sup>7</sup> essa Convenção favorece o comércio internacional por contemplar

<sup>5</sup> RAMOS. 2021, *loc. cit.* 5.1.

<sup>6</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, de 2 de julio de 2019.** Disponível em: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Nádia de; DE NARDI, Marcelo. 22ª Sessão diplomática da Conferência da Haia e a Convenção sobre sentenças estrangeiras: primeiras reflexões sobre as vantagens para o Brasil da sua adoção. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión.** Assunción, v. 7, n. 14, p. 200, set. 2019.

normas fixadoras de confiança nas contratações internacionais.

Segundo Nádía de Araújo e Marcelo De Nardi<sup>8</sup> a indicada Convenção inova ao fixar parâmetros facilitadores de circulação de sentenças estrangeiras com natureza civil e comercial. Para esses autores, a Convenção sobre Sentenças mitiga os custos de litigar e de executar em outros países, e supre a lacuna de não haver diploma internacional a facilitar a circulação das decisões judiciais para os casos de responsabilidade civil e outros temas extracontratuais.<sup>9</sup>

Essa Convenção de Sentenças, aprovada na 22<sup>a</sup> Sessão Diplomática de Haia, fixou normativas internacionais entre os Estados signatários para a circulação de sentenças, de conteúdo civil e comercial, entre os Estados participantes. Como indicado na denominação, não contempla a execução de sentença de natureza criminal, nem a sentença arbitral. Essa última permanece regulada pela Convenção de Nova Iorque.

No art. 13, 1, adota o critério *Lex Fori*, pelo qual considera as normas do Estado requerido para o reconhecimento, declaração de execução e a execução da sentença.

Essa Convenção define sentença (*judgment*), nos termos da alínea *b* do inciso 1 do art. 3, como toda a decisão proveniente de Tribunal ou Corte (órgão do judiciário), excluídas as medidas cautelares. Ademais, essa Convenção de Sentença, em seu art. 11, equipara os acordos (transações) a sentença, desde que contenha a chancela judicial.

Acerca da recusa do reconhecimento ou da execução da sentença estrangeira, essa Convenção de Sentença admite tal hipótese quando o Tribunal do Estado de origem tiver assumido jurisdição contrária à da eleição de foro. Admite ainda a recusa para a preservação da ordem pública do Estado requerido, conforme art. 7, 1, *c*, da Convenção. Permite-se a recusa da execução da sentença estrangeira quando sobre ela pender algum recurso, consoante art. 4, 4, da Convenção e, assim, incompatível com a coisa julgada. Denega-se ainda o reconhecimento e a execução da sentença quando houver processo em andamento no Estado requerido, conforme art. 7, 2, da Convenção.

Por fim, o art. 18 da Convenção permite que o Estado declare matéria específica sobre a qual ela não se aplicará. Esse particular está conforme o disposto no inciso I do art. 23 do Código de Processo Civil que prevê a jurisdição exclusiva brasileira nas ações relativas a imóveis situados no Brasil.

## **2.2 O Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica**

A proposta de Código Modelo surgiu de diversos juristas e processualistas estudiosos do direito internacional, dentre eles os brasileiros Ada Pellegrini Grinover e Ricardo Perlingeiro. Entre 2005 a 2007 foi possível a implementação do projeto cuja finalidade, contida na exposição de motivos lavrada por Ricardo Perlingeiro, "(...) não é uma proposta de tratado internacional a ser ratificado, mas uma proposta de normas

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 201

nacionais a serem incorporadas internamente por países Iberoamericanos, e destinado à cooperação internacional com qualquer Estado, Iberoamericano ou não”.<sup>10</sup>

Produto de especialistas, esse Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica, insta as nações locais a promoverem a regulamentação nacional de modo uniforme, respeitadas as normas de ordem pública de cada Estado.

O art. 2, inciso I, desse Código, sinaliza a ordem pública como os princípios fundamentais do Estado requerido. Esse Código Modelo confere idêntico tratamento às decisões judiciais de natureza cível e penal, cujos requisitos da execução constam nos arts. 12 a 14 e o processamento propriamente dito com previsão nos arts. 48 e 49. Esse art. 12, por seu turno, remete à exigência de que a decisão judicial estrangeira, objeto da execução, para reconhecimento de eficácia, contenha os requisitos do art. 11.

Assim, a decisão judicial estrangeira estará apta, com eficácia para execução, quando revestida dos seguintes requisitos previstos no art. 11 do Código Modelo: não ser incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido; proferida em processo no qual observadas as garantias do devido processo legal; proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras do Estado requerido; não estar pendente de recurso com efeito suspensivo; não ser incompatível com outra decisão proferida no Estado requerido, em ação idêntica, ou em outro Estado em processo idêntico que reúna as mesmas condições para ter eficácia também no Estado requerido.

Esse Código Modelo contempla ainda a cooperação interjurisdicional penal. Nesse particular, os incisos do art. 19 prevê desde os atos de cooperação (citação, intimação etc.); a obtenção de informações; a investigação conjunta; inclusive a transferência de processo e a execução penal. Portanto, o Código Modelo fixa importantes balizas normativas que contribuem para a implementação e o aperfeiçoamento de atos de cooperação internacional entre e para os países Iberoamericanos.

### **2.3 Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1979, em Montevidéu**

O Brasil firmou e ratificou, perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros,<sup>11</sup> de 1979, em Montevidéu. O art. 2 dessa Convenção fixa os requisitos constitutivos da regularidade para a execução de sentença ou de laudo arbitral estrangeiro entre os Estados Partes, os quais se assemelham ao Código Modelo.

### **2.4 Convenção Interamericana para o Cumprimento de Condenação Penal no Estrangeiro, de 1993, em Managua**

Ainda em sede da OEA o Brasil firmou, em 1999, ratificou e depositou, em 2001, a

<sup>10</sup> PERLINGEIRO. 2009, p. 82.

<sup>11</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, de 8 de mayo de 1979.

Convenção Interamericana para o Cumprimento de Condenação Penal no Estrangeiro de 1993, celebrada na cidade de Managua (Nicaragua).<sup>12</sup>

Nos termos dessa Convenção de Managua, na eventualidade de um estrangeiro ter sido julgado e condenado, com pena transitada em julgado, em algum dos Estados Partes da OEA, tem assegurada a possibilidade de cumprimento de pena no seu Estado de origem, conforme alínea “a” do art. 2, que trata dos princípios gerais.

Possibilita-se a transferência de cumprimento de pena privativa de liberdade oriunda de condenação em algum Estado Parte, em outro Estado participante dessa Convenção. A tanto, quando atendidas as condições de seu art. 3: a) que haja sentença transitada em julgado; b) que haja o expresse consentimento do sentenciado; c) que o delito pelo qual condenado também configure delito no Estado receptor (onde se cumprirá a pena); d) que o condenado seja cidadão do Estado receptor; e) que a pena a ser cumprida não seja de morte; f) que a pena a ser cumprida não seja inferior a seis meses; g) que a sentença a ser cumprida não contrarie a ordem jurídica do Estado receptor.

O procedimento de transferência de condenado, para a execução penal em outro Estado Parte, está previsto no art. 5 da Convenção. Em apertada síntese, a tramitação do pedido de traslado ocorrerá por meio da autoridade central indicada pelo Estado Parte ou pela via diplomática. As regras para a execução são ditadas pelas leis do Estado receptor (onde se cumprirá a pena), conforme inciso 2 do art. 7 da mencionada Convenção. Assim, o sentenciado cumprirá a pena seguindo as mesmas regras para os demais presos nacionais. Qualquer benefício (como anistia, graça, indulto ou mesmo a revisão da sentença) concedido pelo Estado sentenciador será comunicado ao Estado receptor que, de imediato, deverá aplicá-lo, conforme art. 8 da Convenção.

Portanto, para além da execução de sentença civil e comercial, há previsão para execução de sentença de natureza penal no âmbito da OEA, o que incrementa os atos de cooperação internacional.

## **2.5 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa: Protocolo de Las Leñas**

No âmbito do Mercosul, registre-se o Protocolo de Las Leñas, aprovado pelo Decreto nº 2.067/1996.<sup>13</sup> Os arts. 18 a 24 desse Protocolo fixam as condições para a eficácia extraterritorial, nos Estados Partes, da sentença e do laudo arbitral estrangeiros.

O art. 18 desse Protocolo contempla, ademais das matérias antes assinaladas, a execução de sentenças judiciais relacionadas à reparação de dano e à restituição de bens pronunciadas em sede penal.

Conforme regrado no art. 19 do Protocolo, o pedido de reconhecimento e de execução

12 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero**, de 9 de junio de 1993.

13 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cooperação jurídica internacional. **Protocolo de Las Leñas**. Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996.

de sentença e de laudos arbitrais tramitará via de cartas rogatórias e por intermédio de autoridade central.

As condições fixadas para a eficácia extraterritorial da sentença judicial e do laudo arbitral nos Estados Partes estão no art. 20 e segue a mesma diretriz para execução estrangeira em outros documentos internacionais. Sem embargo, reclama: a) autenticidade da sentença e do laudo arbitral no Estado de origem; b) que esses documentos estejam traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita o reconhecimento e a execução; que a sentença e o laudo arbitral, respectivamente, sejam emanados de autoridade judiciária e arbitral competentes, conforme as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional; que a sentença tenha força de coisa julgada - executória - no Estado em que proferida; que a sentença executada não contrarie os princípios de ordem pública do Estado requerido.

Por sua vez, o art. 22 do Protocolo prevê causa de não reconhecimento e de não execução da sentença estrangeira quando, no Estado requerido, houver outra sentença ou laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentados nos mesmos fatos, com o mesmo objeto no processo ou no laudo arbitral do Estado requerido, não se mostre incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo do Estado requerido.

Admite-se também a execução parcial da sentença estrangeira, conforme art. 23 do Protocolo. Por fim, o procedimento de execução seguirá pela legislação do Estado requerido, conforme art. 24.

## **31 O PROCESSAMENTO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA JUDICIAL ESTRANGEIRA NO BRASIL**

A uniformização na regulamentação internacional da execução de sentença estrangeira, pelos mais diversificados documentos, maximiza e otimiza o acesso à justiça, dando-se ênfase à prestação jurisdicional para além das fronteiras locais.

### **3.1 Generalidades**

Como adiante será melhor detalhado, a execução de sentença estrangeira, no Brasil, reclama a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme art. 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal, com redação da Emenda nº 45/2004.

O Regimento Interno (RI) do STJ normatiza a homologação de sentença estrangeira a partir do art. 216-A. O art. 216-D do RI, do STJ, fixa que, para a homologação da decisão estrangeira, (i) a decisão tenha sido proferida por autoridade competente, (ii) que haja elementos informando a regularidade procedimental, inclusive com a participação dos interessados ou regularmente reconhecida a revelia e, por fim, (iii) que haja o trânsito em julgado. Possibilita ainda que o interessado se manifeste a respeito ou impugne o pedido de execução. Contestado o pedido de homologação, o julgamento dar-se-á pela Corte

Especial do STJ, conforme art. 216-K do RI. Nesse processamento, o Ministério Público pode impugnar o pedido no prazo de quinze (15) dias.

Conforme o Código de Processo Civil (CPC) e o RI do STJ, a dita homologação pode ser total ou parcialmente. Homologada a sentença estrangeira pelo STJ, a competência para a execução, pelo art. 109, inciso X, da Constituição Federal, cabe aos juízes federais. Por competente, seguindo o art. 48 do Código Modelo, o juiz federal do local da execução pelo Estado brasileiro. Nesse sentido prevê o art. 965 do CPC.

Na execução, o executado poderá exercer os meios legais de impugnação cabíveis no direito brasileiro, assegurando-se a intangibilidade do mérito da sentença executada. Em defesa, cabe arguir questões relacionadas a terceiros atingidos pela execução.

### 3.2 A Execução de Sentença Estrangeira Homologada

Como adiantado, no Brasil, por força de norma constitucional, enquanto não homologada a sentença/ decisão judicial estrangeira não produz efeitos executórios.

A regra geral dita que “Nenhum Estado pode pretender que os julgados de seus tribunais tenham força executória, ou valor jurisdicional em jurisdição estranha”.<sup>14</sup> A homologação de sentença estrangeira, portanto, é um procedimento judicial que objetiva dar executoriedade às sentenças proferidas em outro Estado.

Normatizada no art. 965 do CPC, a execução da sentença estrangeira homologada tramitará perante a Justiça Federal de primeiro grau, no foro de domicílio do devedor e executável conforme as regras (fase) de cumprimento de sentença previstas no art. 513 e seguintes do CPC. Assim, registre-se tais dispositivos legais:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...):

VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

(...);

IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;

§ 1º Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias.

(...)

Art. 965. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional.

Parágrafo único. O pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do *exequatur*, conforme o caso. (Destques não originais)

14 CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 5 ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 267.

Tratando-se de título executivo judicial, o comando estrangeiro devidamente homologado seguirá os moldes da execução dos títulos executivos judiciais nacionais, de acordo com a natureza da obrigação a ser cumprida. Como esclarecido pela doutrina:

Não importa qual o tipo de execução a que se submete o executado/devedor, pois em qualquer dos casos não há no processo executório a preocupação em esclarecer a situação litigiosa, mas apenas da efetivação da obrigação pelo devedor que por meio do processo de cognição ou de documento firmado por ele com força executiva, comprovando-se o teor da obrigação: de dar coisa certa ou incerta, de fazer ou não fazer, de pagar quantia em dinheiro, estabelecendo a lei instrumental cível cada espécie de execução cabível ao caso. Assim é que temos: execução para entrega de coisa (art. 621), entrega de coisa incerta (art. 659), execução das obrigações de fazer ou não fazer (art. 632), execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 646). Assim, deve-se primeiramente ver a natureza da obrigação a ser efetivada para distinguir-se a natureza da execução.<sup>15</sup>

A decisão estrangeira homologada para pagamento de quantia certa segue as regras previstas no art. 523 e seguintes do CPC; quando versar sobre a obrigação de fazer, ou de não fazer, reger-se-á pelas regras do art. 536 e seguintes do mesmo Código.

Importante registrar que há um rompimento atípico da competência funcional do juízo do processo cognitivo, *in casu* o STJ, instância onde ocorre a formação do título, com a execução que se dará perante a Justiça Federal de primeira instância, no domicílio do devedor. Esse modelo diverge do conceito ordinário segundo o qual a instância que executa é a mesma que gera o título, ainda que reformado por recurso.

Diferentemente dos títulos executivos judiciais, os títulos executivos extrajudiciais estrangeiros não dependem de homologação para serem executados, consoante art. 784, § 2º, do CPC. A existência, validade e eficácia do título reger-se-ão pela lei do lugar de sua celebração e devem indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação, conforme a seguinte previsão do CPC:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

§ 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados.

§ 3º O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação.

Essa matéria não sofreu nenhuma reforma no CPC, mantendo o conteúdo do Código de 1973. Houve mera alteração formal com a transferência de comando do caput do Código de 1973 para parágrafos no novo código.

A crítica sobre a reforma sem qualquer alteração se dá basicamente pela falta de consenso na interpretação da lei. Neste ponto a doutrina se divide e não há corrente dominante. Exigiria a legislação nacional que a pretensão seja lastreada em negócio

<sup>15</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 3, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

jurídico válido ou em título executivo extrajudicial, figura que sequer existe na jurisdição de outros países, a exemplo da jurisdição americana.

Outra crítica reside no “lugar do cumprimento da obrigação”. No mundo atual negócios são celebrados em diferentes países, inclusive de forma remota, e raramente constará do título o Brasil como local expresso. Tal exigência inviabiliza a materialização dos princípios da realidade e da efetividade da execução. No caso de o devedor residir ou possui bens no Brasil, mostrar-se-ia razoável que sua execução ocorresse em território brasileiro.

### **3.3 Instrumentos de Defesa**

No caso da sentença estrangeira homologada exprimir obrigação de pagar quantia certa, a impugnação será a defesa conferida ao executado para se opor, meio de defesa típico e incidental, que não inaugura ação autônoma.

A reforma do novo CPC manteve a sistemática da reforma de 2005. Precisamente, de um procedimento sincrético, inexistindo qualquer inovação substancial. Portanto, deve-se executar conforme as regras da fase de cumprimento de sentença previstas no art. 513 e seguintes do CPC, oportunizando-se a impugnação.

Decorrido o prazo de 15 dias para pagamento voluntário, inicia-se, automaticamente, o prazo de 15 dias para a impugnação do cumprimento da sentença. Será de 30 dias se mais de um executado, conforme § 3º do art. 525 do CPC.

A impugnação enseja cognição parcial limitada, assim expressado no § 1º do art. 525 do CPC, ante as oportunidades concedidas às partes na fase de conhecimento.

Além da impugnação, também poderá ser manejada a objeção de executividade - CPC, art. 525 § 11 - quando o seu conteúdo versar sobre questões como a prescrição, a decadência do direito e a nulidade da citação para execução. Também poderá ser alegado o pagamento ou qualquer outra forma de extinção da obrigação, como compensação, confusão, novação, consignação, remissão e a dação.

Poderão ainda ser manejados os embargos de terceiro - CPC, arts. 674 a 681 - no prazo de 05 (cinco) dias contados da alienação, adjudicação ou arrematação, para requerer o desfazimento ou inibição de constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo.

### **3.4 Prescrição da Execução de Sentença Estrangeira Homologada**

Não há prazo prescricional para a homologação. Uma vez homologado, a prescrição passa incidir sobre a execução da decisão estrangeira homologada. Embora instituto de direito material, seus reflexos se dão no campo processual e se assentam na necessária pacificação das relações sociais, garantindo segurança jurídica. Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal editou o seguinte enunciado em sua Súmula 150: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

O art. 523 do CPC dispõe: “o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a

requerimento do exequente”. Incumbe ao credor/exequente exigir o cumprimento do direito que lhe foi garantido por sentença. Não o fazendo no lapso temporal do prazo para ingressar com ação, extingue-se a pretensão da exigibilidade do título.

Desta forma, o conteúdo da sentença homologada ditará seu prazo prescricional, destacando-se que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, consoante redação do art. 205 do Código Civil.

A Terceira Turma do STJ,<sup>16</sup> no julgamento do REsp. 1.419.386/PR, relatado pela ministra Nancy Andrighi, fixou o entendimento de que o prazo de prescrição da pretensão executória flui a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nessa direção, o prazo da pretensão executória é o mesmo que rege a pretensão deduzida na fase de conhecimento. Ademais, na prescrição intercorrente soma-se ao elemento temporal a eventual inércia da parte exequente em empreender medidas necessárias ao andamento do processo.

Por fim, registre-se que tanto a prescrição da pretensão executória quanto a prescrição intercorrente operam-se de forma automática, não se fazendo necessária a intimação do credor/ exequente.

#### **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os atos de cooperação internacionais relacionados à execução de sentença estrangeira realçam o princípio do acesso à justiça, agora reconhecido no âmbito transnacional. Essa cooperação internacional, objetiva a facilitação da circulação de sentença estrangeira executória e está conforme a exigência do comércio globalizado que, por sua vez, é fomentado pelos mais diversificados meios de comunicação.

A normatização via cooperação internacional, para a execução de sentença estrangeira, rompe a regulamentação de blocos ou comunidades internacionais para, agora, conforme a 22ª Assembléia da Convenção de Sentenças de Haia, ter alcance global entre os Estados Partes. As normas basilares relacionadas ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira possuem certa uniformização. A tanto, assentam-se em laudo arbitral, acordo homologado em juízo e em sentença judicial com força de trânsito em julgado; que sejam proferidos por autoridades judiciárias competentes no país de origem; que não coincidam com outra decisão ou processo envolvendo as mesmas partes e os mesmos fundamentos de fatos no Estado requerido; há possibilidade de recusa da execução com amparo em ofensa a princípios fundamentais do Estado requerido, destacamento a ordem pública, assim compreendida como ofensa a direitos fundamentais (incluindo o devido processo legal) e à soberania nacional.

O Brasil ratificou diversos atos de cooperação internacional que contemplam o reconhecimento de eficácia e a execução de sentença estrangeira, ora no âmbito da

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp. 1.419.386/PR. Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Julgado em 18-10-2016. DJe 24-10-2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 6 jul. 2021.

OEA, do Mercosul e, mais recente, pela Convenção de Sentenças de Haia de 2019. Esses atos internacionais incrementam a circulação de sentença estrangeira em matéria civil e comercial, incluindo a execução penal.

Uma vez homologada a sentença estrangeira pelo STJ, extrai-se a carta de sentença que, daí, segue o processamento em Vara Federal competente de acordo com as normas fixadas no atual Código de Processo Civil, possibilitando-se atos de defesa, mas respeitada a intangibilidade do título executivo.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de; DE NARDI, Marcelo. 22ª Sessão diplomática da Conferência da Haia e a Convenção sobre sentenças estrangeiras: primeiras reflexões sobre as vantagens para o Brasil da sua adoção. **Revista de la secretaría del tribunal permanente de revisión**. Assunción, v. 7, n. 14, p. 198-221, set. 2019. Disponível em: <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/361/15521>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cooperação jurídica internacional. **Protocolo de Las Leñas**. Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/arquivos/protocolo-las-lenhas/view>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp. 1.419.386/PR. Relª. Minª. Nancy Andrighi. Julgado em 18-10-2016. DJe 24-10-2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 6 jul. 2021.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 5 ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial**, de 2 de julio de 2019. Disponível em: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Acesso em: 14 jun. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros**, de 8 de mayo de 1979. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-41.html>. Acesso em: 16 jun. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero**, de 9 de junio de 1993. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-57.html>. Acesso em 7 jul. 2021.

PERLINGEIRO, Ricardo. Código modelo de cooperação interjurisdicional para Iberoamérica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21610>. Acesso em: 13 jun. 2021.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O conceito de soberania e de ordem pública no Tribunal Constitucional Alemão e no Tribunal de Luxemburgo** (The Concept of Sovereignty and Public Order in the German Constitutional Court and the Court of Justice in Luxembourg) (May 21, 2003). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2672328> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2672328>. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2672328](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672328). Acesso em 6 jul. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/759698?title=Curso%20de%20Direito%20Internacional%20Privado>. Acesso em: 6 jul. 2021.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 3, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

# CAPÍTULO 2

## O PAPEL DO DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO SISTEMA PUNITIVO

*Data de aceite: 26/11/2021*

**Mário de Oliveira Melo Junior**

Delegado da Polícia Civil de Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/8343606003324389>

**RESUMO:** Referido artigo tem por função sistematizar de forma didática o papel do Direito Penal, Processo Penal e da Lei de Execução Penal no sistema punitivo Brasileiro, indicando qual a função de cada lei para a devida aplicação da norma.

De acordo com as teorias contratualistas, o homem, que no estado natural era dotado de poderes ilimitados, transferiu parcela deste poder para um ente cuja finalidade seria a sua proteção. Assim nasce o Estado, com a incumbência de regular o convívio das pessoas, buscando harmonia e pacificação, vez que uma sociedade sem regras tenderia ao caos e a dominação do forte sobre o fraco, colocando em risco a existência de todos.

Para que a harmonia impere, o Estado deve regular a vida de todos através de normas, que neste caso traz ínsita a própria noção de Direito, **o qual podemos definir como o conjunto de princípios e regras que visa regular a vida em sociedade na busca da resolução dos conflitos e da pacificação entre os homens.**

Assim, ao Estado é dada a incumbência e responsabilidade de proteger o homem através da eleição dos bens jurídicos mais importantes daquela sociedade, os quais se violados terão como consequência a punição, que em nosso direito interno será uma pena ou medida de segurança.

Após a eleição dos bens jurídicos mais importante para aquela sociedade, que em regra será definido pela constituição federal, como por exemplo “vida”, “patrimônio”, “probidade da administração pública, o legislador irá buscar no direito penal a proteção desses bem jurídicos, tipificando condutas ameaçadoras a esses bens que, se realizadas no caso concreto, imporá a punição penal.

Desta forma, é através do Direito Penal que se determina o que se configura uma agressão a esses bens e qual será a punição. Exemplificando, no Art. 5º da CF/88 o constituinte garantiu à todos o direito a vida, e para proteger esse bem valioso de qualquer agressão, ele definiu através do direito penal, no Art. 121, que matar alguém é uma infração punida com no mínimo 06 (seis) e no máximo 20 (vintes) anos de pena privativa de liberdade.

É bem verdade que o Estado, para punir o infrator, deve comprovar através de todo um rito/procedimento que ele realmente cometeu uma conduta criminosa e de que merece a punição devida. **Assim, temos por definição o Processo Penal, o qual será o conjunto de**

**normas jurídicas que visam regulamentar como o Estado irá exercer o seu direito de punir.**

Por fim, após ser percorrido todo o caminho do processo, o judiciário dará a palavra final pela absolvição ou condenação. Em certificando a condenação, é o momento de utilizar as regras da lei de execução penal (Lei 7210/84), com critérios aptos a regular o cumprimento da pena e, ao mesmo tempo, preparar o condenado ao retorno social, utilizando, para isso, instrumentos que possibilitarão esse retorno gradual, como a progressão de regime de cumprimento de pena, remição, saída temporária, dentre outros.

Assim, podemos definir didaticamente a diferença entre Direito Penal, Processo Penal e Lei de Execução Penal da seguinte forma:

- **O DIREITO PENAL DEFINE O CRIME E AS PENAS;**
- **O PROCESSO PENAL SISTEMATIZA COMO O ESTADO COMPROVARÁ A OCORRÊNCIA DO CRIME E SUA AUTORIA;**
- **A LEI DE EXECUÇÃO PENAL – 7.210/84 – DISCIPLINARÁ COMO O CONDENADO IRÁ CUMPRIR A PUNIÇÃO QUE FOI IMPOSTA.**

Por fim, trazemos um exemplo sintético de como pode funciona o sistema penal na prática. Geralmente o Estado toma ciência de um conflito através do acionamento do cidadão ao 190 (Polícia Militar), o qual tem a função de polícia preventiva/administrativa e irá averiguar “in loco” ao chamado feito. Constatando que se trata, ao menos em tese, de uma infração penal (crime/contravenção), o caso será levado até a Polícia Judiciária que, à depender do crime, será exercida pela Polícia Civil ou Polícia Federal - o Art. 109 da CF e decreto-lei 73.332/73, definem a competência da justiça federal e atribuições da Polícia Federal. Chegando à Delegacia de Polícia à depender do caso será lavrado um APFD (Auto de prisão em flagrante delito), instaurado um Inquérito Policial por portaria ou instaurado um TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), acaso se trate de uma contravenção penal. Ao final, ambos os procedimentos serão remetidos ao Ministério Público para que ele possa processar (oferecer denúncia) ou não o infrator (exceção: suspensão condicional/transação penal). Acaso o Promotor denuncie o infrator, será ele processado dando-se início ao processo, o qual seguirá os ritos determinados pela lei (especial, ordinário, sumário, sumaríssimo). Finalizando, o Juiz dirá se o acusado é culpado ou inocente. Sendo culpado o Estado terá o direito de impor a pena imposta, executando-a através da Polícia Penal (sistema penitenciário), utilizando, para isso, das regras da lei 7210/84, Lei de Execução Penal.

## EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO BRASIL

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Bruno Rafael Alves Aguiar**

Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Aluno pesquisador na Università degli Studi di Roma Tre – UNIROMA3  
Brasília - DF

<http://lattes.cnpq.br/1684424378971862>

**RESUMO:** A presente pesquisa, tem como objetivo analisar as alterações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e o conflito interno instaurado a partir do Caso da “Execução Provisória da Pena após Condenação em Segunda Instância”. O problema de pesquisa perpassa o conjunto de fatores jurídicos e sociais advindos da possibilidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância e em que medida o Poder Judiciário, na figura dos juízes do Supremo Tribunal Federal, pode relativizar a presunção de inocência, ou não culpabilidade, do réu sem que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme dispositivo expresso no Art. 5º, LVII da Constituição Federal<sup>1</sup> e no Art. 283 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Busca-se demonstrar que na resolução deste Caso, de maneira excepcional, o Supremo na condição de guardião da Constituição Federal, não foi capaz de solucionar o problema sobre a interpretação constitucional e portanto, diante dessa hipótese, cabe ao poder legislativo dar “a palavra final” sobre o tratamento que se espera que o Brasil adote acerca do início

da execução da pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal, Conflito interno, Execução Provisória da Pena, Palavra final.

### **PROVISIONAL EXECUTION OF PENALTY AND THE PRINCIPLE OF INNOCENCE IN BRAZIL**

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the Supreme Court’s jurisprudence changes and the supposed internal conflict initiated from the Provisional Execution of the Penalty Case after second instance conviction. The research problem runs through the set of legal and social factors arising from the possibility of imprisonment after second instance conviction and to what extent the Judiciary, in the figure of the Supreme Court judges, can relativize the presumption of innocence of the defendant without having the final judgment, according to art. 5º, LVII of the Constitution of Brazil and in art. 283 of the Brazilian Criminal Procedure Code. It seeks to demonstrate that in this exceptional situation, the guardian of the Federal Constitution, was not able to solve the constitutional interpretation and that therefore, to the legislative power to give the final say on the treatment that Brazil is expected to adopt regarding the beginning of criminal execution.

**KEYWORDS:** Supreme Court, Internal Conflict, Provisional Execution of Penalty, Final Word.

### **INTRODUÇÃO**

O protagonismo do Supremo Tribunal

Federal no cenário de crise política nacional<sup>3</sup>, pode ser a causa da atual situação de conflitos internos na Corte. Se por um lado o STF atua como mediador de atritos entre os Três Poderes, por outro, abala sua própria imagem ao expor problemas internos ocasionados por discussões, falta de uniformidade e atenção aos precedentes bem como individualidades exacerbadas pelo grande número de decisões monocráticas em detrimento das colegiadas.<sup>4</sup>

O presente artigo tem por escopo analisar a complexidade do caso da Execução Provisória da pena e a atuação do Supremo Tribunal Federal. Hoje, o Supremo estabelece que o réu só pode ser considerado culpado após o Trânsito em Julgado total do processo<sup>5</sup>, ou seja, após o esgotamento de todos os recursos em todas as quatro instâncias da Justiça. Acontece que, majoritariamente, nem sempre foi assim.

Executar provisoriamente a pena significa que se o acusado for condenado em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sua prisão não viola o princípio da presunção de inocência.

Com o objetivo de demonstrar que problemas como: a insegurança jurídica, a sensação de impunidade e em alguns casos a falta de credibilidade do STF, são consequências do conflito interno da Corte.

Por conflito interno entende-se, como sendo a situação em que cada ministro pode exercer poderes extraordinários e com isso atuam livremente de acordo com circunstâncias pessoais de maneira que o poder individual de seus integrantes gera um conflito interno com repercussões externas que atentam contra a legitimidade do Tribunal.

Na década de 2000, o então ministro Sepúlveda Pertence disse que “O Supremo era um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis —os colegas não se frequentavam, não eram amigos, não criavam laços que facilitassem a comunicação. Consequentemente, não coordenavam os votos diante de um caso paradigmático, os chamados *leading cases*. Embora cercadas de água, as onze ilhas ainda formavam um arquipélago”.<sup>6</sup>

Com as inúmeras mudanças de posicionamento sobre a possibilidade jurídica de admitir a prisão após condenação em segunda instância, o tribunal escancarou seu nível de fragilidade institucional e não conseguiu evitar a incidência de conflitos internos com repercussões externas graves, como no caso da Execução Provisória da Pena.

Com frequência maior do que se imagina, há interferências internas e externas que os ministros do Supremo se deparam no seu cotidiano forense. Opinião pública, colegialidade, cenário político, mídia, articulações pessoais e até mesmo de um Ministro em relação ao outro. Portanto, o presente artigo tratará do conflito *intra murus* do Supremo Tribunal Federal, analisado a partir dos julgamentos sobre a constitucionalidade de dispositivo do código de processo penal, que trata da execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

Juridicamente falando, o julgamento da prisão em segunda instância refere-se à interpretação de normas constitucionais, no bojo das Ações Declaratórias de

Constitucionalidade nº 43 e 44 que tratam da constitucionalidade da relativização do princípio da inocência dispostos no art. 5º, LVII da Constituição Federal - CF *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. E no art. 283 do Código de Processo Penal – CPP *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”*.

Para Aury Lopes Jr.

A complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: dever de tratamento.

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).<sup>7</sup>

## DESENVOLVIMENTO

O conflito interno no Supremo, aqui analisado, foi acentuado após o STF mudar seu entendimento por diversas vezes<sup>8</sup>, e com isso, expor sua fragilidade enquanto intérprete máximo da Constituição.

Uma semana após o julgamento das ADC's nº 43 e 44<sup>9</sup>, foi pautada no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição nº 410/2018 <sup>10</sup>com fulcro na relativização do princípio da inocência de maneira a coadunar com a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, com trâmite e aprovação na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da Câmara dos Deputados <sup>11</sup>e posteriormente na CCJ do Senado Federal.<sup>12</sup>

Isso significa, que o conflito no âmbito do Supremo comprometeu a segurança jurídica e se reproduziu na impossibilidade de o STF “dar” a palavra final, enquanto intérprete máximo da Constituição. E, tendo em vista a hipótese excepcional de o STF não ser capaz de resolver o problema, deverá o Legislativo chamar para si a resolução da Execução Provisória da Pena e colocar um ponto final no caso.

Cabe ao Judiciário, diante de eventual conflito entre lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar a correta interpretação, uma vez que todos os Poderes devem se sujeitar a Constituição e por conseguinte o Judiciário é o intérprete final, a quem cabe a última palavra.<sup>13</sup>

Mas a questão é: e quando o judiciário não é capaz de solucionar definitivamente um determinado caso como é a questão da relativização do princípio da inocência. A quem cabe dar a última palavra? Pergunta retórica.

Portanto, tendo em vista que a solução não veio por meio de interpretação final do Supremo, deverá vir por meio de nova legislação, seja oriunda do poder reformador (PEC), alterando a CF ou de lei ordinária com alteração do CPP como aconteceu em 2011, por meio da lei nº 12.403/2011 que modificou o Art. 283 do CPP.

## **PANORAMA GERAL SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF**

A denominada cláusula da presunção de inocência e a aplicabilidade do princípio constitucional da não culpabilidade, assim positivados no Art. 5º, LVII da - CF<sup>14</sup>, são importantes ferramentas capazes de promover maior equilíbrio entre as garantias de defesa e os direitos das vítimas.

Nesse sentido, sobressai a importância do assunto que a mais alta corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal - STF, que cumula as competências de tribunal constitucional e última corte recursal, enfrentou e enfrenta dilema interpretativo no sentido de concluir se a execução provisória da pena, após decisão condenatória em segunda instância é compatível com a presunção de inocência.

Conforme se depreende da Gênese do Texto da Constituição de 1988, <sup>15</sup>bem como de julgados dos anos 1990<sup>16</sup>, a vontade do legislador original era evidente no sentido permissivo da Execução Provisória da Pena após condenação em segunda instância. Fato, que corrobora com a jurisprudência do STF que perdurou de 1988 até 2009.

De 1988 até fevereiro de 2009, o Supremo entendia que réus em segunda instância poderiam começar a cumprir pena antes que possíveis recursos fossem julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio STF, considerados respectivamente terceira e quarta instâncias.

Contudo, com o passar dos anos e a mudança na composição do tribunal, no ano de 2009, no histórico julgamento do Habeas Corpus n. 91.675/2009-PR de relatoria da Ministra Cármen Lúcia<sup>17</sup>, houve uma reviravolta na jurisprudência da Corte que passou a julgar que a pena só poderia começar a ser aplicada depois que todos os recursos fossem analisados. Foi o primeiro episódio da gangorra da jurisprudência sobre a execução provisória da pena.

Afim de adequar o ordenamento jurídico ao novo entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional deliberou sobre alteração de dispositivos relativos à prisão processual e demais medidas cautelares e por meio da Lei n. 12.403 de 2011<sup>18</sup>, alterou a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação

### **Art. 283 (novo texto - lei 12.403/2011)**

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita

e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

**Art. 283 (redação anterior)**

“A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Após alteração jurisprudencial em 2009, seguida da alteração do art. 283 – CPP em 2011, veio à tona um grande escândalo de corrupção, a Ação Penal nº 470, conhecida como mensalão<sup>19</sup>, que envolvia diversos políticos e empresários brasileiros. Pela primeira vez na história o Supremo figurou no posto de Poder mais aclamado pela população, era comum ver os atos do Tribunal e de seus ministros diariamente sendo amplamente noticiados. O nome dos ministros ficou conhecido, ficaram famosos e como todos sabem a fama tem um preço. A depender do noticiário seguido, até os erros eram acertos e os acertos erros. A opinião pública era implacável.

Nesse cenário, o tema sobre a execução provisória da pena novamente voltou a ser discutido, principalmente em razão de que alguns dos condenados em segunda instância, ainda permaneciam soltos, o que conseqüentemente gerou sentimento de impunidade na população brasileira<sup>20</sup>.

Nesse contexto de escândalos e corrupção, em 2016, o STF novamente leva a discussão ao plenário e no histórico e acirrado julgamento <sup>21</sup>do HC 126.292 <sup>22</sup> volta atrás, e entende que a jurisprudência inaugurada em 2009 não condiz com a Constituição. Decide retomar o posicionamento adotado desde 1988 quando da promulgação da CF, no sentido de permitir a prisão a partir de decisão condenatória em segunda instância.

“Em 2016, o Plenário do Supremo voltou atrás e decidiu que a pena, como regra, é executada depois da condenação em segunda instância. Como esse julgamento foi apertado — seis votos contra cinco —, a eventual mudança de opinião de um dos juízes viraria novamente o entendimento da Corte. Acontece que Juízes não mudam de opinião com facilidade, ainda mais em tema tão complexo e tão intensamente debatido no tribunal”.<sup>23</sup>

De 2009 a 2016, 5 dos 11 ministros do STF se aposentaram<sup>24</sup>. Com a mudança maciça na composição da Corte era de se esperar que o posicionamento majoritário sofreria alterações com a chegada de novos ministros. A grande crítica é novamente no que diz respeito a colegialidade, não seria bom para a segurança jurídica a mudança na jurisprudência da Corte sempre que houvesse alteração na composição do tribunal.

| <b>Período 2009 - 2016</b> |                                  |   |
|----------------------------|----------------------------------|---|
| <b>MINISTRO</b>            | <b>ANO DE SAÍDA<sup>25</sup></b> | <b>Pode executar a pena após condenação em 2º instância?<sup>26</sup></b> |
| Eros Grau                  | 2010                             | NÃO   |
| Ellen Grace                | 2011                             | SIM   |
| Cezar Peluso               | 2012                             | NÃO   |
| Ayres Britto               | 2012                             | NÃO   |
| Joaquim Barbosa            | 2014                             | SIM <sup>27</sup>   |
| <b>Período 2009 - 2016</b> |                                  |   |
| <b>MINISTRO</b>            | <b>ANO DE INGRESSO</b>           | <b>Pode executar a pena após condenação em 2º instância?</b>              |
| Luiz Fux                   | 2011                             | SIM   |
| Rosa Weber                 | 2011                             | <sup>28</sup> NÃO   |
| Teori Zavascki             | 2012                             | SIM   |
| Luis Roberto Barroso       | 2013                             | SIM   |
| Edson Fachin               | 2015                             | SIM   |

Na retomada jurisprudencial de 2016, o principal argumento era o de que não havia qualquer afronta a presunção de inocência, uma vez que a autoria e materialidade são discutidas apenas até à segunda instância.

Acontece que, diferentemente da reviravolta jurisprudencial de 2009, em que após decisão do Supremo, o Congresso adequou o texto do art. 283 para acompanhar o novo entendimento. Dessa vez, não houve alteração legislativa, a temática era outra, a letra da lei (Art.s 5º LIV CR e 283 CPP) não mudou, coube aos juízes inovar na interpretação o que gerou uma das maiores incógnitas e ambiguidades jurisprudenciais da história do Supremo.<sup>29</sup>

Nesse ínterim, 2009 – 2016, depois do mensalão, veio à público outro escândalo de corrupção a denominada -operação lava-jato-, considerada a maior investigação contra corrupção no Brasil. De acordo com relatório do Min. Edson Fachin em cinco anos de operação foram proferidas mais de 10 mil decisões e despachos<sup>30</sup>, dentre as decisões, destaca-se a prisão de um ex-presidente da República, e dezenas de outros políticos e empresários, vários condenados em 1º e 2º grau<sup>31</sup>.

“A operação lava-jato mudaria os rumos do Supremo Tribunal Federal que deveria

mais uma vez exercer sua competência criminal e assim como no mensalão, o conflito interno, as divergências, mudança na composição do tribunal, entrariam na pauta cotidiana da Corte. Aclamada pelo público, amplamente divulgada na mídia, os juízes “estavam sendo julgados pela opinião pública”, internamente, as reações eram cada vez mais enfáticas no Supremo, evidenciando o racha do tribunal. Externamente, a impressão era de uma simples disputa entre quem era contra a operação e quem era a favor. O que estava em jogo era a compreensão sobre como fazer política e qual o papel do Judiciário nesse processo”.<sup>32</sup>

Na presidência da ministra Cármen Lúcia (2016 – 2018), houve uma pressão interna muito grande para que se julgasse o quanto antes o caso da Prisão em Segunda Instância. Àqueles que defendiam a revisão da jurisprudência tinham pressa. Sob o argumento de que não seria prudente para o tribunal julgar uma tese à luz de um caso concreto — a prisão de Lula. Sobretudo, em ano de eleições tendo em vista que o réu era um dos candidatos favoritos à Presidência da República.<sup>33</sup>

O caso da Execução Provisória da Pena na contemporaneidade da Lava Jato, demonstrou o poder de coerção sobre os investigados. Notadamente, alguns dos alvos das operações de combate à corrupção apostavam na impunidade. No Brasil é comum que processos durem anos e até décadas de tramitação, o sistema recursal permite tramitação em quatro instâncias judiciais, incluindo o Supremo. Com a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, políticos e empresários passaram a confessar seus crimes e buscar acordos de delação para aliviar sua situação.<sup>34</sup>

Em 2018, fato que agravou o conflito interno e reafirmou a pressão durante a presidência da ministra Cármen Lúcia foi ela ter incluído na pauta de julgamentos do plenário <sup>35</sup>o Habeas Corpus n.152.752<sup>36</sup>, cujo paciente era o ex-presidente Lula. O Plenário do STF, por 6 votos a 5, indeferiu a liberdade do paciente que cumpria pena em razão de uma condenação em segunda instância. Acontece que, ficou escancarado que se o julgamento fosse em abstrato (em que não há réu específico) o resultado seria outro.

Tendo em vista o respeito ao princípio da colegialidade<sup>37</sup>, a ministra Rosa Weber em seu voto afirmou está convencida da impossibilidade de Execução Provisória da Pena mas que optou, tendo em vista se tratar de um caso concreto, votar seguindo a jurisprudência assentada em 2016, em nome da estabilidade das relações jurídicas, que demanda atuação uniforme do Pleno da Corte mas que se fosse julgamento de um caso em abstrato (ADI ou ADC) votaria contra a possibilidade de execução provisória da pena. Dessa forma, indiretamente o STF reafirmou a constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância por 6 votos a 5.

Destaque para amplitude e repercussão deste julgamento, cujo paciente era o ex-presidente Lula que pleiteava o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação e conseqüentemente realizar sua campanha livre ao Palácio do Planalto.<sup>38</sup>

Não obstante o julgamento em plenário no mês de março de 2018. Alguns ministros insistiam em não respeitar a colegialidade e tão pouco a jurisprudência do Supremo e monocraticamente exaravam decisões contrárias a prisão antecipada. “No último dia do ano judiciário de 2018, Marco Aurélio Mello concedeu uma liminar (suspensa no mesmo dia por Dias Toffoli) que permitia aos presos condenados em segunda instância (dos quais Lula era o mais vistoso) recorrer em liberdade. A decisão revia um posicionamento do plenário do STF do qual Marco Aurélio discordava: a execução da pena após condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado, ou seja, do recurso último possível”<sup>39</sup>

No mesmo dia, o ministro Marco Aurélio também decidiu que a eleição para a presidência do Senado, que aconteceria em fevereiro do ano seguinte, deveria ocorrer com voto aberto.<sup>40</sup> Alguns dias depois, a liminar foi caçada pelo presidente do STF, Dias Toffoli. <sup>41</sup>Ou seja, um único ministro em decisão monocrática, com poderes extraordinários, numa Corte em que cada ministro é um Tribunal isolado.

O conflito interno no Supremo, muito se deve a falta de uniformidade nas decisões. A questão do princípio da colegialidade suscitada no voto da ministra Rosa Weber é algo a ser seguido como exemplo positivo para os demais ministros. A uniformidade bem como a colegialidade em uma Corte é importante ferramenta capaz de garantir a segurança jurídica. Segundo o referido princípio, devem os magistrados submeter suas posições individuais divergentes à posição da maioria, de modo a evitar a variação de resultados de julgamentos derivados de novas composições.

“O Supremo é um arquipélago com 11 ilhas”. A frase do Min. Sepúlveda Pertence continua atual e devidamente aplicável ao caso da prisão em segunda instância, conforme menção a seguir:

“A geopolítica do tribunal ganhou contornos novos: as onze ilhas tornaram-se Estados autônomos e independentes, cada um deles capaz de declarar guerra contra o Estado inimigo – o colega ao lado -, fazer sua própria política externa - com os outros poderes – e pautar-se por um regimento próprio. No Supremo, onde mais de 90% das questões são decididas individualmente, as ilhas se espalharam em continentes e a colegialidade conheceu uma fragmentação inaudita após alteração do Código de Processo Civil em que ampliou os poderes dos relatores de processos nos tribunais, permitindo-lhes decidir solitariamente, inclusive o mérito de recursos (decisão monocrática)”.<sup>42</sup>

Em setembro de 2018, Dias Toffoli assumiu a presidência do Supremo. e diferentemente da Carmén Lúcia, decidiu pautar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 cujo objeto era a análise do artigo 283 do Código de Processo Penal e os limites do artigo 5º, LVII da CF que trata do princípio da inocência.

Coube ao ministro Marco Aurélio a relatoria das duas ações que requeriam ao Supremo que declarasse ser constitucional o texto do Código de Processo Penal, estabelecendo que ninguém no Brasil pode ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de

sentença condenatória transitada em julgado”. Em maio de 2016 a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e o Partido Ecológico Nacional – PEN, propuseram as ADC’s. Era uma reação à decisão que o Supremo tomara dois meses antes, alterando a jurisprudência da Corte ao determinar<sup>43</sup> — a despeito da literalidade do texto da Constituição e do Código de Processo Penal — que pessoas condenadas em segunda instância passassem a cumprir pena antes mesmo de julgados os recursos nos tribunais superiores.

Acontece que, o contexto era muito mais político do que jurídico e antes mesmo do julgamento iniciar, a controvérsia já estava exaltada, sobretudo em razão de que o responsável por organizar a pauta de julgamentos no Plenário é o Ministro Presidente da Corte<sup>44</sup>, qual seja, José Antônio Dias Toffoli, que além de ter assumido a presidência do STF há poucos meses, no passado ocupou o cargo de advogado do Partido dos Trabalhadores – PT, cujos principais condenados envolvidos são filiados, além de ter sido indicado para Ministro do STF pelo próprio ex-presidente Lula<sup>45</sup>, que à época do julgamento em 2019 estava preso e seria um dos beneficiados na eventual mudança jurisprudencial da Corte.

Contudo, controvérsias à parte, vale ressaltar que as ADCs n. 43 e 44, já tramitavam no STF antes mesmo da prisão do ex-presidente Lula, o que afasta pelo menos em tese a relação desse julgamento com o referido indivíduo.

Juridicamente falando, tratava-se de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, o único parâmetro era a própria CF, nas palavras de GILMAR MENDES

“Parâmetro do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal”.<sup>46</sup>

Em suma, no mês de novembro de 2019, apenas 3 anos após uma votação de mérito em que se firmou jurisprudência na mais alta corte brasileira, vide HC 126.292<sup>47</sup>, o Supremo – pela 4ª vez em 10 anos- dessa vez, no bojo das ADCs n. 43 e 44, muda seu entendimento em outra disputa acirrada de 6 votos a 5 e retoma o entendimento de 2009 (vide HC n. 91.675), no sentido de declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, portanto, a proibição da execução provisória da pena. Isso é, afirmar que no Brasil o início da sanção penal apenas é possível após o esgotamento de todos os recursos possíveis nas quatro instâncias da justiça brasileira.

## CONCLUSÃO

No caso da Execução Provisória da Pena a legitimidade do Supremo ficou comprometida. Cada ministro é um tribunal em si, preferem individualidade à institucionalidade e conseqüentemente os conflitos deixam de ser jurídicos e migram para outras searas, inclusive a pessoal.

No que diz respeito a este assunto, a jurisprudência do Supremo é absolutamente incerta, insegura. Como se no cotidiano, a cada processo importante, sempre que muda a composição, o tribunal buscasse reescrever sua compreensão do direito, da Constituição

e das leis. Como se o passado fosse descartável.

Ainda que a Constituição Federal estabeleça como marco temporal, para início da execução da pena, o trânsito em julgado. Entende-se que esse marco temporal, não deixa de ser observado na hipótese de execução provisória da pena após condenação em segunda instância, tendo em vista que há um trânsito em julgado das questões relativas à autoria e materialidade bem como o encerramento de todos os recursos ordinários.

Dessa forma, muito embora a jurisprudência atual considere o esgotamento de todos os possíveis recursos nas quatro instâncias, é certo que em breve haverá outra reviravolta jurisprudencial. Tal possibilidade faz com que o sentimento de insegurança jurídica seja difundido e o conflito no Judiciário tende a se perpetuar pela falta de credibilidade às decisões exaradas pelos juízes de primeira e segunda instâncias, bem como as diversas alterações no âmbito do Supremo.

Ante o exposto, conclui-se que após analisarmos um pouco da história do Supremo e recapitular as rugas do conflito referente a constitucionalidade de dispositivo do Código de Processo Penal que trata da prisão após o condenação em segunda instância, bem como a relativização do princípio da inocência, tema extremamente palpitante e que gera apreensão a todos nós brasileiros, é inegável que o problema advindo do julgamento das ADC's nº 43 e 44 é fruto de algo que já se repetiu por diversas vezes no tempo.

Conforme afirmação do cientista político Oscar Vilhena que utilizou o termo “*supremocracia*”<sup>48</sup> para explicar o conflito interno da Corte. O referido termo diz respeito a centralidade e autoridade do Supremo como instituição sobre os demais poderes uma espécie de movimento centrífugo dos ministros, intensificado pelo Caso da “Execução Provisória da Pena”.

Portanto, conforme mencionado, o mais correto seria que o Congresso Nacional resolvesse essa questão. E muito embora, ainda seja impreciso o procedimento que o CN adotará para dar a palavra final. Seja por meio de Proposta de Emenda à Constituição, por meio de Lei Ordinária ou pelo Pacote Ante Crime proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro.<sup>49</sup>Definitivamente, o procedimento a ser adotado deverá servir de exemplo ao combate à corrupção, a morosidade do judiciário e sobretudo a garantia da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

1. **Art. 5º, LVII - CF** “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
2. **Art. 283 – CPP** “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.
3. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1781340-protagonismo-em-crise-politica-traz-novos->

4. <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decomonocraticas>
5. **ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7.11.2019. Ata de julgamento publicada no DJe de 11.11.2019.
6. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 37.
7. AURY, Lopes Jr. **Direito Processual Penal**. 11º ed. Saraiva, 2014. Pg. 562.
8. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EXECUCO%28C%283O+PROVIS%28D%283RIA+DA+PENAO%2829&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2cybmlw>
9. **Julgamento ADC's nº 43 e 44**: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.
10. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4BD567EA1C7F52274D49B7C05D79CC7A.proposicoesWebExterno2?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4BD567EA1C7F52274D49B7C05D79CC7A.proposicoesWebExterno2?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018)
11. <https://www.camara.leg.br/noticias/600299-RELATORA-APRESENTA-PARECER-FAVORAVEL-A-PROPOSTA-QUE-PERMITE-PRISAO-APOS-2%28C%28AA-INSTANCIA>
12. ...<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/06/ccj-pode-votar-prisao-em-segunda-instancia-e-pec-emergencial>
13. **Art. 102 – CF**. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe[...].
14. **Art. 5º, VLII – CF**. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
15. **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Senado Federal, Ed-2013. Pág. 123.
16. **Habeas Corpus 71.988/1996-SP**. Rel. Min. Celso de Mello. “É certo que, em princípio, conforme iterativa jurisprudência, o direito de recorrer em liberdade, válido até que se esgotem os recursos ordinários cabíveis, persiste enquanto pendentes os embargos infringentes”. [...] “Também não há impedimento à execução quando, sendo unânime a decisão condenatória, a divergência é apenas sobre a aplicação da pena, e o ‘quantum’ propugnado pelo voto minoritário permite, desde logo, o início da execução: ‘embargos infringentes: seu cabimento não impede a imediata prisão do réu, quando, recebidos, a prevalência dos votos vencidos não levaria à absolvição, mas apenas à redução da pena, em quantidade irrelevante no ponto’.
17. **Habeas Corpus 91.675/2009-PR**, Min. Relator Cármen Lúcia. DJ 22/06/2007, PP-00078.

18. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1)
19. [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120731\\_mensalao\\_entenda\\_jf](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120731_mensalao_entenda_jf)
20. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/12/apos-ano-de-embates-internos-stf-tem-o-desafio-de-superar-inseguranca-juridica-cjq5vm6sd0nqo01rxpq0z4v1g.html>
21. <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>
22. **Habeas Corpus n. 126.292** de 2016, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ Nr 23 de 07/02/2017.
23. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 286.
24. <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>
25. <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>
26. <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/12/19/ministros-2-instancia-mudanca/>
28. <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>
29. ADC's 43 e 44. **VOTO Min. Alexandre de Moraes** “exsurge da controvérsia instaurada em razão da decisão proferida recentemente por esse e. Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n° 126.292/2016, relatado pelo Ministro Teori Zavascki. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pretendida, considerando válido, naquele caso, o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, alterando jurisprudência consolidada no âmbito da Corte. Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no art. 283 do CPP – o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão –, fica demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória” (doc. 1, fls. 4-5). Aduz, ainda, que a referida decisão não é apta a produzir efeitos vinculantes, nem a estabelecer uma nova regra geral sobre o tema, mas produz enorme impacto em todo o sistema”.
30. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/relatorioLJ2019.pdf>
31. <https://noticias.r7.com/brasil/lava-jato-tem-cerca-de-100-condenados-em-2-instancia-16102019>
32. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 45.
33. <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/BR/280000625869>
34. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/relatorioLJ2019.pdf>
35. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 290 e 291. “Cármem Lúcia se mantinha intransigente. Se não queria julgar as ações declaratórias, disse Mello, que ao menos pautasse o julgamento do habeas corpus impetrado pela defesa de Lula. A presidente também se negava a isso. Não queria fazê-lo por conta própria. Era como se quisesse mostrar à opinião pública que fora forçada a levar o assunto ao plenário. Por isso, insistia

que Fachin, como relator do processo, expressasse publicamente seu desejo de julgar o caso. Assim, tão ciosa de sua imagem junto à opinião pública e à imprensa, Cármen Lúcia não poderia depois ser cobrada por eventual decisão favorável a Lula.

“Cármen, já que você está tão intransigente, por que você não fala com o Fachin e por que não anuncia que o HC vai ser julgado, então? Não custa nada”, apelou Mello.

Na manhã do dia seguinte, Cármen Lúcia seguiu o conselho do decano: telefonou para Fachin e combinou o julgamento do habeas corpus de Lula para o dia seguinte, quinta-feira, 22 de março de 2018. O roteiro foi seguido. Na entrada da sessão, Marco Aurélio confidenciou sua contrariedade. “Se arrependimento matasse, eu seria um homem morto.” Apesar disso, desistiu da questão de ordem que poderia constringer a presidente, mas fez um apelo para que as ações declaratórias fossem julgadas.

- No dia marcado, julgou-se o caso Lula e manteve-se sua prisão. Ficou claro para todos que, se o tribunal tivesse julgado as ações declaratórias de constitucionalidade, Lula estaria solto, pois a tese de prisão em segunda instância teria sido alterada. Mas Cármen Lúcia forçou o julgamento do habeas corpus, isto é, de um caso individual e de um personagem que dividia paixões — e aí o resultado foi outro. Rosa Weber revelou que, se estivesse em julgamento a tese, votaria contra a prisão em segunda instância. Como o que estava sendo decidido era o caso Lula, apenas seguiu a tendência do tribunal.

“Que isso fique nos anais do tribunal: vence a estratégia, o fato de vossa excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”, protestou o ministro Marco Aurélio diante do resultado — numa Corte em que tudo e todos são estratégicos. A decisão impactou fortemente a eleição de 2018. Celso de Mello já antevia isso. “Ela [Cármen Lúcia] realmente politizou a agenda do Supremo”, protestou em reservado.

36. **Habeas Corpus n. 152.752**, Rel. Min. Edson Fachin, DJ Nr. 68 do dia 10/04/2018.

37. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/04/rosa-weber-fala-em-principio-da-colegialidade-e-vota-contr-a-habeas-a-lula-cjflolyz0063t01phhkweg50m.html>

38. <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/BR/280000625869>

39. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 68.

40. **Mandado de Segurança 36.169-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio.

41. **Suspensão de Segurança 5.272-DF** Ministro Presidente.

42. RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os onze, O STF seus bastidores e suas crises**. Companhia das letras 2019. Pg 38.

43. <https://www.migalhas.com.br/quentes/234107/julgamento-historico-stf-muda-jurisprudencia-e-permite-prisao-a-partir-da-decisao-de-segunda-instancia>

44. Art. 13, III e Art 5, d, VIII, **Regimento Interno do STF**.

45. <https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/1886887/lula-indica-toffoli-para-o-supremo-tribunal-federal>

46. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.242.

47. **Habeas Corpus n. 126.292 de 2016**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ Nr 23 de 07/02/2017.

48. VIEIRA, Oscar, 2008. “**Supremocracia**”. Revista Direito FGV, v.4, n.2, pp. 441-64.

49. **Projeto de Lei 10.372/2018**. As mudanças propostas por Moro determinam que o réu ainda poderá apresentar os recursos perante a Justiça, mas que eles não suspenderão o cumprimento da pena imposta, o que faria cessar esse conflito. Os artigos alterados seriam os de número 283, 492, 609 e 637 do Código de Processo Penal.

## MEDIAÇÃO PENITENCIÁRIA: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Ariane Trevisan Fiori**

Mestre em Direito pela Unisinos, doutora em Direito pela Unesa, com sanduíche na UFPR, pos-doutoranda pela Universidade de Burgos-Esp., professora do PPGD da Unesa, Advogada e mediadora criminal

### **Thiago Alves Miranda**

Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG). Pesquisador visitante no grupo de pesquisa em Direitos Humanos e Vulnerabilidade pela Universidade Católica de Santos - (UNISANTOS/SP). Diretor do Invictos Organização Educacional (Araguaína). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Ciências do Tocantins - FACIT <https://orcid.org/0000-0002-2908-0708>

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo trazer uma contextualização geral sobre o sistema prisional brasileiro, estabelecendo, dessa maneira, uma conceituação teórica bibliográfica a partir do processo de mediação penitenciária. Como metodologia, foi utilizada para este trabalho a revisão bibliográfica narrativa, de caráter qualitativo-descritivo. Para a seleção dos descritivos de artigos científicos, livros, relatórios, revistas e outros, foram realizadas pesquisas em bases de dados como Scielo, Capes e Scholar. Para a seleção das referências bibliográfica foi feita uma análise breve do título e resumo de

cada uma. Foram considerados arquivos em português e inglês, com publicações dos últimos dez anos. Os autores utilizados como base para a discussão sobre mediação penitenciária provem de uma amplitude clara e definitiva da temática. O que, por sua vez, acaba por responder ao problema de pesquisa em questão, caracterizando, assim, algumas definições sobre os pontos elencados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação Penitenciária. Sistema Prisional Brasileiro. Mediação Penal.

**ABSTRACT:** This work has as general objective to bring a general contextualization about the Brazilian prison system, thus establishing a theoretical bibliographical conceptualization from the penitentiary mediation process. As a methodology, a narrative bibliographic review was used for this work, with a descriptive qualitative character. For the selection of descriptive articles of scientific articles, books, reports, magazines and others, researches were carried out in databases such as Scielo, Capes and Scholar. For the selection of bibliographical references, a brief analysis of the title and abstract of each one was made. Archives in Portuguese and English were considered, with publications from the last ten years. The authors used as the basis for the discussion on penitentiary mediation come from a clear and definitive range of the theme. Which, in turn, ends up answering the research problem in question. Thus featuring some definitions of the listed points.

**KEYWORDS:** Penitentiary Mediation. Brazilian Prison System. Criminal Mediation.

## 1 | INTRODUÇÃO

A gestão penitenciária é um tema que precisa ser discutido cada vez mais. A população carcerária está aumentando; a situação perigosa das prisões; fortalecimento da indústria de segurança; redução da maioria penal e a questão da privatização das prisões; a agenda da desmilitarização da polícia é constantemente debatida e questionada na mídia, redes sociais e arena política (CIPRIANI, 2016).

Desde a década de 1970, a população carcerária na maioria dos países aumentou devido ao aumento do crime e de grupos criminosos, à insegurança das pessoas e ao aumento e durabilidade das sentenças de prisão (ONASP, 2012).

Pelos dados existentes ou circulando na sociedade, percebe-se que o presídio tem causado mais violência. Grande parte da ineficiência do atual modelo de ressocialização decorre de seus métodos de organização, envolvendo aspectos relacionados à divisão do trabalho e à divisão do trabalho entre os homens. Portanto, as instituições prisionais sabem da necessidade de organizar o trabalho prisional para se infiltrar na relação entre felicidade e dor no trabalho, o que ajudará a mudar e terá um impacto positivo no processo de ressocialização, e também trará um impacto positivo na vida dos presos (BELL, 2013).

No Brasil, desde a promulgação da Lei de Execução Penal (LEP, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) é responsável por fiscalizar e apoiar a administração das instituições criminais pelas unidades federais, exceto para administração de prisões federais. Portanto, cabe a cada unidade da federação fiscalizar e coordenar as instituições penais aí instaladas, que costumam estar vinculadas à uma secretaria ou órgão regulador específico para exercer essa função. A LEP também prevê a existência de pessoal especializado para administrar esses órgãos. Estes, por sua vez, têm vínculo com órgãos independentes de outros órgãos do sistema de justiça criminal, como polícia, guardas municipais e judiciário (DIAS, 2013).

Entretanto, a prisão também se baseia na transformação do papel do indivíduo. A prisão deve ser um órgão disciplinar detalhado e responsável por todos os aspectos do indivíduo: seu treinamento físico, sua capacidade de trabalhar, seu comportamento diário, sua atitude moral e seu temperamento. A disciplina cria indivíduos. É uma técnica específica de poder que trata os indivíduos como objetos e ferramentas para seu exercício ao mesmo tempo (ADORNO *et al.*, 2014).

Este trabalho tem por objetivo trazer uma contextualização geral sobre o sistema prisional brasileiro, estabelecendo, dessa maneira, uma conceituação teórica bibliográfica a partir do processo de mediação penitenciária. Ao visar o alcance e domínio deste objetivo, foi realizado um desdobramento destes pelos objetivos específicos a seguir:

- Evidenciar uma contextualização acerca do sistema prisional no Brasil;
- Apresentar uma conceituação e aplicações da mediação penitenciária;

- Determinar a mediação prisional como política pública.

Nesta perspectiva, e tendo em vista as especificações do que é preciso apresentar no desenvolvimento do trabalho para o alcance destas, pode-se determinar o problema de pesquisa como sendo: como se dá a mediação penitenciária?

A pesquisa aqui exposta fica justificada por meio do fundamento teórico sobre mediação penitenciária, ponderando, assim, uma abrangência ainda maior de referências científicas acerca da temática, o que enriquece a produção de pesquisa contemporânea. Tendo em observação as lacunas levantadas e a resolução destas, traz benefícios tanto para o âmbito acadêmico, quanto para o âmbito profissional e social, no geral. Já que, dessa maneira, além da resposta ao problema levantado, atribui bases para referenciar o surgimento de novas indagações e experimentos.

Como metodologia, foi utilizada para este trabalho a revisão bibliográfica narrativa, de caráter qualitativo descritivo. Para a seleção dos descritivos de artigos científicos, livros, relatórios, revistas e outros, foram realizadas pesquisas em bases de dados como Scielo, Capes e Scholar.

De acordo com Lakatos e Marconi (2017), o material complementar publicado por fonte credibilizada, bem como a revisão bibliográfica em si, detém de um nível elevado de confiabilidade e certificação do conteúdo abordado em sua fonte, o que traz a segurança na utilização dos dados e informes e, averigua legalidade aos que a usam. Para a seleção das referências bibliográfica, foi feita uma análise breve do título e resumo de cada uma. Foram considerados arquivos em português e inglês, com publicações dos últimos dez anos.

O desenvolvimento deste trabalho fica, então, a partir dos objetivos propostos, dividido em três subtópicos, delimitados como: Contextualização acerca do sistema prisional no Brasil; Conceituação e aplicações da mediação penitenciária; A mediação prisional como política pública. Após o estudo do conteúdo abordado, foi possível concluir o fechamento do estudo e apresentar a lista de referências bibliográficas.

## **2 | DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Contextualização acerca do sistema prisional no Brasil**

Naturalmente, o homem é uma existência política, o que significa que para realmente realizar-se natureza do mesmo é necessária a convivência social. É por meio desse tipo de interação com os pares que se pode crescer, desenvolver e aprimorar a experiência. É impossível atingir integridade apenas experimentando um campo único e estritamente especial. Obviamente, para harmonizar a interação social, é impossível não contar com a existência de regras (NUCCI, 2012).

A partir dessa ideia, pode-se perceber a importância do direito e suas consequências no meio social. Sua função é organizar e regular o comportamento humano na sociedade

para realizar interesses comuns. Pessoas diferentes com objetivos diferentes precisam de supervisão, principalmente em caso de conflito. Esta é a necessidade da lei, porque se não houver regras e regulamentos nas instituições sociais, as pessoas vão testemunhar a chamada anarquia.

Ao citar o surgimento de leis na esfera social como forma de controle de conflitos, também devem ser mencionadas as sanções penais. Estas são uma forma de punir as pessoas que violam as normas e regras sociais. Esses existem desde os tempos antigos e podem destacar os princípios básicos da Lei Talião. Também são conhecidos como o Código de Hamurabi, “Olho por olho, dente por dente”. Na Idade Média, com um claro fanatismo religioso, o crime era considerado a essência do pecado, ou seja, os criminosos eram antes de tudo pecadores. Os mesmos vão contra os dogmas da igreja e da religião, e também são chamados de hereges. As sanções existem em todo o pano de fundo histórico da evolução humana, e foram marcadas pelo direito penal repleto de sanções cruéis e implacáveis da época (MARCÃO, 2012).

Nos tempos modernos, com o desenvolvimento das cidades, as atividades criminosas se intensificaram. A grande concentração da população levou a mais e mais subúrbios, condições de vida inadequadas e marginalização mais proeminente. Essa é, na verdade, uma das principais razões para que o crime ganhe espaço na sociedade. Acontece que, durante este período, os humanos não têm mais conceitos antigos ou medievais, e ideais e filosofias também sofreram evolução. Nos tempos modernos, o castigo não é mais tão duro e cruel, pois a característica de não se importar com a dignidade humana ainda existe na Idade Média (MADEIRA, 2012).

Neste contexto de perda de natureza religiosa, responsabilidade coletiva, urbanização e modernização e observação da dignidade humana, o uso da privação de liberdade também é mais proeminente. A prisão busca uma verdadeira eficácia: reeducar os presos e reintegrá-los à sociedade. Esse fato é o mais recente do direito penal, pois a prisão anterior só se aplicava aos criminosos que aguardavam julgamento. O Brasil não é exceção. Até 1830, de acordo com o Código Penal Imperial, apenas aqueles que aguardavam julgamento eram presos. No final do século XIX, sob a influência da Declaração da República e da Abolição da Escravatura, a Lei Penal de 1890 previa certos tipos de reclusão. Além do problema atual, o sistema prisional brasileiro está em estado de instabilidade no século XX (MEDEIROS *et al.*, 2011).

No Artigo 78, a LEP nos diz que, além de ajudar a controlar as execuções criminais, os patronos também têm a função de fornecer aos prisioneiros e fugitivos assistência jurídica abrangente e gratuita. Na sociedade, são diversas as formas de controle social que o Estado utiliza para “modelar” e punir quem se desvia do que é considerado moral e se recusa a obedecer às regras por ela impostas, e até mesmo impede que essas pessoas o desejem (BRASÍLIA, 2017).

Um exemplo muito óbvio de controle social estatal é a prisão de indivíduos por

mau comportamento a fim de controlar, coagir e punir os infratores. No sentido penal, a prisão é um método obrigatório nacional, que decorre da aplicação de sanções penais que se tornaram definitivas. A primeira sugestão do sistema prisional é punir o infrator, a segunda sugestão é ressocializá-la, tentando reinseri-la na vida social e se tornar um cidadão totalmente recuperado. Em termos do grande número de repetições que vimos, o que se pode observar é mais a tendência ao erro do sistema. Após serem libertados, os ex-prisioneiros voltam à sociedade, às vezes mais perigosos e furiosos do que antes, voltam aos atos criminosos e fazem um ciclo interminável de reincidência (CESAR, 2014).

Existem grandes problemas no sistema prisional, que se configura como os problemas sociais, políticos e econômicos de nossa sociedade atual. Se o país, como aplicador da lei, cooperar para executar as penas da forma estipulada na Lei de Execução Criminal, respeitar os direitos dos prisioneiros e se concentrar em sua reintegração na sociedade, essas pessoas, sem dúvida, não retornarão à sociedade que não é mais perigosa e violenta, como dito acima.

## **2.2 Conceituação e aplicações da mediação penitenciária**

A mediação é uma técnica de automontagem para a solução de controvérsias, ou seja, não há previsão de terceiros para resolver o conflito proposto, apenas a imagem de um mediador com esse método, para que as partes encontrem uma solução por si mesmas (BRAGA *et al.*, 2015).

A mediação tenta extrair seu lado positivo do conflito, porque o conflito é inerente à natureza humana e não desaparecerá completamente. Na mediação, é dada uma conotação positiva, pois nessa situação de conflito, a mediação leva todas as partes a buscarem interesses comuns entre si, e por meio do diálogo, veem na teoria uma solução efetiva para o conflito e aprendem a lidar com ele, observar as oportunidades para o crescimento e visam reconstruir as relações sociais, porque estas são importantes para o desfecho satisfatório do conflito (BRETAS *et al.*, 2014).

Nesse caso, vale a pena distinguir a resolução de conflitos entre métodos de combinação automática e métodos de combinação heterogênea. Nos casos em que a solução é tomada por uma terceira parte imparcial (que pode ser um juiz ou arbitro), ocorrerá uma abordagem composta heterogênea. Nesse tipo de resolução de conflito, não há princípio de autonomia das partes. O que existe é um processo de fornecimento de provas para persuadir o terceiro juiz a acreditar que a narrativa é verdadeira, porque a decisão tomada pelo terceiro é motivada, portanto, é necessário apresentar provas. Tem a ver com eventos passados, tem a ver com culpa, e são retrospectivos. Por serem métodos que exigem atrasos na comprovação, costumam ser demorados, o que também é uma característica de tais métodos de resolução de conflitos (PAGE, 2012).

Outra característica dos métodos compostos heterogêneos é que, pelo fato de os procedimentos serem considerados concorrentes, muitas vezes estes têm relações

adversas entre as partes, o que não permite benefício mútuo. O vencedor é aquele que melhor se exprimir e provar os fatos através de provas. Geralmente, os benefícios são unilaterais. Tanto os procedimentos judiciais quanto a arbitragem são métodos combinados de resolução de disputas heterogêneos. Por outro lado, o método de auto edição é um método não feito por terceiros, mas pelas próprias partes (BODÊ DE MORAES, 2013).

Nesta espécie, as partes têm o direito de decidir sobre os conflitos que ocorram de forma mutuamente acordada. Não há imposição e é a vontade de todas as partes para orientar esta espécie. O efeito da mediação é prospectivo, focando no futuro do relacionamento e encontrando a melhor solução. Os fatos retrospectivos não são excessivamente preocupantes (AZEVEDO, 2013).

As “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos” estipulam as diretrizes que devem ser seguidas na execução de penalidades e, especificamente, estipula a execução de penalidades e retaliações. Desde então, o conceito de punição para salvar pessoas foi estabelecido. O complexo penitenciário torna-se, então, um mecanismo claro, sendo que todos os profissionais envolvidos, inclusive os agentes penitenciários, têm a responsabilidade de buscar um objetivo, ao mesmo tempo em que punem o infrator, ao mesmo tempo em que possibilitam sua recuperação na sociedade, embora essa tarefa pareça naturalmente contraditória. Nesse universo, a imagem dos agentes penitenciários é a evolução dos algozes e carcereiros, mas aparecem de forma a se adequar ao mecanismo punitivo nacional, respeitando os princípios da proteção humana, em especial a dignidade humana (MAUCH, 2011).

Vale ressaltar, neste momento, que a imagem atual dos agentes penitenciários é difícil de distinguir, pois, a partir dessa comparação, os agentes penitenciários enfrentam certa discriminação social. O guarda penitenciário é o porta-voz da consciência em uma penitenciária, pois é o responsável por fazer a prisão funcionar e cumprir o seu papel de garantir a justiça social e punir os criminosos com privação de liberdade, o que prova que, no entanto, está em todo o processo de execução de sua pena foram tratados com humanidade a fim de fazer justiça à sociedade e aos presos (SALLA *et al.*, 2014).

O profissional tem múltiplas funções, como escotar detidos a audiências e hospitais, detenção de presos, dissuasão de possíveis fugas, motins ou rebeliões, entre outras tarefas, também é responsável por manter a ordem e a disciplina nas prisões. Além disso, é preciso lembrar que, segundo documentos da ONU, os mesmos também são um dos profissionais responsáveis pela reinserção social dos presos. Percebeu-se que a imagem do agente penitenciário é essencial ao normal funcionamento do sistema prisional, pois ele é um profissional responsável por mediar quase todas as relações dos presos entre si e com a sociedade (AZEVEDO, 2016).

Na verdade, é o agente que torna possível a execução da sentença. Embora em tese o sistema prisional pareça ser um mecanismo operacional simples que depende apenas da atuação de profissionais competentes, é inegável que não tem conseguido

produzir os resultados esperados. Portanto, é fácil perceber o aumento da criminalidade e da reincidência, indicando que prevenção e ressocialização realmente não existem. A grande população carcerária é uma evidência indiscutível dessa afirmação (LERMAN; PAGE, 2012).

### 2.3 A mediação prisional como política pública

O criminoso deve atender às condições básicas e respeitar seus direitos porque violou a lei, mas está pagando o preço no tribunal por seus erros. As prisões configuram-se como possibilidade de educação social para uma nova vida, possibilitando aos presidiários a adoção de posturas e atitudes voltadas para a boa convivência na comunidade, de forma a abandonar o comportamento criminoso e violar regras. A reintegração é realizada por meio da política carcerária, que visa a integração do presidiário à sociedade para que este possa continuar sua vida com honestidade e não cometer outro crime e, eventualmente, retornar à prisão (BACELLAR; SANTOS, 2016).

É importante reiterar que todos os cidadãos, mesmo que cometam crimes, têm o direito de serem dignificados e respeitados a fim de aliviar a privação de liberdade e garantir sua reinserção na sociedade. Para tanto, é necessária a adoção de políticas que promovam a reabilitação de presidiários, tendo como instrumento básico o Direito Penal e seus dois eixos: punição e ressocialização. Os debates contemporâneos geraram discussões sobre a importância da reintegração aos presos. Os assistentes sociais têm o papel de orientar e esclarecer os direitos e deveres deste cidadão, bem como a responsabilidade de estabelecer laços de confiança e credibilidade, pois neste momento se inicia uma nova fase da vida do recluso, uma fase de recomeço. Educação, ressocialização e salvação dos princípios básicos dos cidadãos (RUDNICKI, 2012).

O conceito ou ideia de mediação existe em vários campos do conhecimento, como direito, educação, ciências sociais e CI. Neste último, determina-se que a mediação de informação se enquadra no senso comum e a mediação é considerada uma intervenção que visa permitir que as partes cheguem a um acordo, tendo o conflito como um pré-requisito a mediação ou a ideia de reconciliação ou ação para agir como um intermediário (LOPES *et al.*, 2016).

No âmbito das publicações científicas, existe uma ideia que pode ser relacionada ao senso comum, enfatizando que seu uso é naturalizado por consenso implícito entre pesquisadores e outros profissionais sem a devida discussão. A naturalização do uso desse conceito acaba por ocultar qualquer estrutura terminológica ou problemas inerentes à prática da intermediação de informações, especialmente quando se discute as consequências da intermediação por bibliotecários, seu significado ético e algumas de suas características (GRECO, 2011).

Em um conceito emergente, intermediário de informação é definido como uma intervenção realizada por profissionais da informação para fornecer apropriação indébita de

informação a fim de satisfazer parcialmente as necessidades de informação. Nas ciências sociais, essa ideia de ação é baseada na teoria da ação, e essas ações sociais são sempre parte de um sistema e processo mais amplo de compreensão intersubjetiva, que introduz o papel dos agentes (intermediários humanos) na coordenação das ações (ALMEIDA, 2014).

Portanto, intermediário (informação, cultura ou leitura) é geralmente considerado o elo entre as ações (dos profissionais) e os motivos individuais ou coletivos (como a necessidade de informação). Isso incorpora o conceito de que essa ação não é estabelecer uma relação simples entre dois termos no mesmo nível, mas ela mesma é produtora de estados mais ou mais satisfatórios (AVENA, 2014).

Reintegrar um indivíduo na sociedade é fornecer ao perpetrador as condições para renascer, para que ele não cometa o mesmo crime novamente ou outros crimes. Portanto, a ressocialização e a reintegração de sujeitos privados de liberdade dependem de ações do Estado para que possam ser efetivamente implementadas, bem como da cooperação social quando o sujeito recuperar a vida livre. Ambos proporcionam aos presidiários a garantia de seu direito à dignidade e a um tratamento mais humano, ao mesmo tempo que restringem seu direito à liberdade (BRASIL, 2015).

É por meio destes que surgiram projetos de política de reinserção, como atividades educativas e oficinas, que se tornaram uma boa oportunidade para quem deseja ter oportunidades de uma vida livre. A reintegração e a reinserção social não devem ser vistas como uma função de punição no sistema prisional, mas sim como uma possibilidade de minimizar o novo índice de reincidência criminal. Percebe-se que tem havido uma abordagem alternativa aos ex-presidiários, o que se deve ao fracasso do sistema prisional em cumprir sua missão de (re) socializar o sujeito por meio dele (BOSCHI, 2011).

Nesse caso, o que se observa é a péssima estrutura, condições sociais e humanas do presídio, aliada à continuidade da violência e do crime, os presos nem mesmo têm espaço para esperar sua reintegração na vida social. Portanto, é urgente proporcionar aos presos a possibilidade de vivenciarem outras alternativas para solucionar os problemas que os cercam e se adaptar às necessidades sociais de quem viveu as prisões (RUDNICKI, 2011).

Em outras palavras, usar novas práticas de resolução de conflitos, enfatizando a justiça restaurativa e as constelações familiares, como uma estratégia para se reintegrar à sociedade e ao mercado de trabalho e, o mais importante, dar aos criminosos a oportunidade de viver uma vida mais digna e sentir que pertencem à sociedade (ROSSINI, 2015).

### **3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao reiterar os objetivos propostos no início do trabalho, é possível afirmar que no desenvolvimento das informações prestadas em correlação as especificações, todas as metas foram alcançadas, o que faz com que se tenha uma maior compreensão do assunto

exposto.

Os autores utilizados como base à discussão sobre mediação penitenciária provem de uma amplitude clara e definitiva da temática. Isso, por sua vez, acaba por responder o problema de pesquisa em questão, caracterizando, assim, algumas definições sobre os pontos elencados.

Finalmente, a mediação é um mecanismo juridicamente importante, cujo objetivo principal é gerir a qualidade da comunicação entre as partes em conflito, de forma a dar prioridade à resolução dos problemas que lhes são adversos, para que as próprias partes possam estabelecer de forma pacífica uma solução mais favorável.

A mediação, por meio da intervenção de terceiros imparciais e especialistas em comunicação, proporciona um menor custo, intervenção mais participativa e rápida, promove o diálogo na supervisão de situações de conflito e é um meio adequado para promover a paz e a convivência social, porque os conflitos são resolvidos de forma pacífica e harmoniosa.

No caso do Brasil, a mediação penitenciária avançou e enfrenta os preconceitos criados pela cultura de punir os criminosos com severidade. Este preconceito torna a atuação do operador jurídico diferente das expectativas, pois necessita ser sensível à resolução de litígios e à formação nesta nova forma de tratamento, importante para a estabilidade social e garantia de futuro e recuperação social.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, S.; et al. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

ALMEIDA, G. R. de. **Capitalismo, Classes Sociais e Prisões no Brasil**. Anais do XVI Encontro Regional de História da ANPUH-RIO, 2014.

AVENA, N. **Execução Penal**: Esquematizado. 1. Ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

AZEVEDO, A. G. de. **A participação da comunidade na mediação vítima-ofensor como componente da Justiça Restaurativa**: Uma breve análise de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ, 2016.

AZEVEDO, P. G. **A precariedade do Sistema Penitenciário Brasileiro e a consequente ineficácia da função ressocializadora da pena**. *JurisWay*, 2013.

BACELLAR, R. P.; SANTOS, M. L. dos. **Mudança de cultura para o desempenho de atividades em Justiça Restaurativa**. Brasília: Horizontes a partir da Resolução CNJ, 2016.

BELL, E. **Normalising the exceptional**: british colonial policing cultures come home. *Cahiers du MIMMOC*, 2013.

BODÊ DE MORAES, P. R. **A identidade e o papel de agentes penitenciários**. São Paulo: Tempo Social, 2013.

BOSCHI, J. A. P. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2011.

BRAGA, R. R. P.; et al. **Direito Penal da Vítima: Justiça Restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BRASIL. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen – Junho 2014**. BRASÍLIA: Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

BRASÍLIA. **Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016, 2017.

BRETAS, M. L.; et al. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

CESAR, T. S. **A ilusão panóptica: encarcerar e punir nas imperiais cadeias da Província de São Pedro**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio Sinos, 2014.

CIPRIANI, M. **Do global ao local: a emergência das “facções criminais” no Brasil e sua manifestação em Porto Alegre**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

DIAS, C. C. N. **PCC. hegemonia das prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GRECO, R. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2017.

LERMAN, A. E.; PAGE, J. **The state of the job: an embedded work role perspective on prison officer attitudes**. Punishment & Society, 2012.

LOPES, P. de L.; et al. **A inserção de egressos no mercado de trabalho**. 2016.

MADEIRA, L. M. **Trajetórias de homens infames: políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil**. Curitiba: Appris, 2012.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAUCH, C. **Dizendo-se autoridade: polícia e policiais em Porto Alegre**. Porto Alegre, 2011.

MEDEIROS, R. da L.; et al. **Violência e Cidadania: práticas sociológicas e compromissos sociais**. Porto Alegre: Sulina. Editora da UFRGS, 2011.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONASP. **Projeto de Pesquisa para criação do Observatório Nacional do Sistema Prisional**. Brasília: FAE, 2012.

PAGE, J. **Politically realistic unionism: the California prison officers association and the struggle over the “public good”**. Working USA. The Journal of Labor and Society, 2012.

ROSSINI, T. R. D. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. Direito Net. 2015.

RUDNICKI, D. **Comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre**. São Paulo: Revista Direito GV, 2011.

RUDNICKI, D. **Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: o cotidiano dos policiais militares**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2012.

SALLA, F.; et al. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

# CAPÍTULO 5

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA REFLEXÃO QUANTO À REPARAÇÃO DO DANO E À APLICABILIDADE DESSE SISTEMA NO BRASIL

Data de aceite: 26/11/2021

Data de submissão: 01/09/2021

### Luiz Felipe Radic

Graduando (3º período), modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

Membro do GIC Processo e Democracia – ano 2 (ESDHC) e do GE ACEJUS AM RECAJ (UFMG)

Escola Superior Dom Helder Câmara  
Belo Horizonte - Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/3211920204743709>

<https://orcid.org/0000-0002-5844-2173>

### Samuel Lopes Nunes Soares Santana

Graduando (3º período), modalidade integral, na Escola Superior Dom Helder Câmara

Escola Superior Dom Helder Câmara  
Belo Horizonte - Minas Gerais

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3721188125364638>

**RESUMO:** A seguinte pesquisa jurídico-sociológica propõe-se a discutir a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Brasil e a sua capacidade de promover a reparação do dano, em contraponto à Justiça Retributiva. Para tanto, foi empregado o raciocínio dialético, ao comparar fontes primárias e secundárias. Assim sendo, as considerações feitas neste trabalho indicam que a Justiça Restaurativa é realmente mais eficaz quanto à reparação do dano, bem como chegou o momento de a legislação penal brasileira adotar uma postura restaurativa de forma mais incisiva a fim de fomentar a mudança da mentalidade da população.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aplicabilidade; justiça restaurativa; reparação do dano.

### THE RESTORATIVE JUSTICE: A REFLECTION OVER DAMAGE REPAIR AND THE APPLICABILITY OF THIS SYSTEM IN BRAZIL

**ABSTRACT:** The following legal-sociological research aims at discussing the applicability of the Restorative Justice in Brazil and its effectiveness in promoting Damage Repair in opposition to Retributive Justice. In order to do so, dialectical reasoning was applied to compare primary and secondary sources. The considerations made in this work indicate that the Restorative Justice is, indeed, more effective as far as the damage repair is concerned and that the time has come for Brazilian criminal legislation to adopt a restorative stance in order to stimulate a change in the population's mentality.

**KEYWORDS:** Applicability; damage repair; restorative justice.

## 1 | INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, é importante apresentar as teorias que serão discutidas a seguir:

### Justiça Retributiva

O crime é uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e estado, regida por regras sistemáticas.

### Justiça Restaurativa

O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. (ZEHR, 2008, p. 9, grifo nosso).

Posto assim, as teorias retributiva e restaurativa parecem ser antípodas uma da outra. Contudo, a realidade é que elas devem coexistir. Nesse sentido, a corrente majoritária da literatura especializada defende que há crimes de grande potencialidade ofensiva que são melhor tratados sob a perspectiva retributiva, ao passo que há crimes menos ofensivos que são melhor tratados a partir da restaurativa. Denota-se, assim, a necessidade de proporcionalidade no julgamento dos atos ilícitos. Assim, pode-se inferir que a discussão apresentada neste texto é pertinente, uma vez que a Justiça Restaurativa está ganhando espaço no âmbito jurídico e se faz necessário analisar criticamente seus efeitos.

Dessa forma, cabe questionar se o modelo restaurativo de Justiça seria bem recepcionado no Brasil. O país apresenta, em seu sistema penal, características extremamente retributivas, apesar de, na penalização, o princípio da dignidade da pessoa humana –analisado juntamente com o princípio da humanidade das penas– estar assegurado. Desta forma, idealmente, todos deveriam ter como direito garantido a possibilidade de se defenderem de outros indivíduos e do Estado, além de serem tratados de forma igualitária (OLIVEIRA, 2014). Entretanto, nem sempre, a realidade condiz com a teoria.

Marcia Oliveira (2014) também defende que as penas não devem ter um simples caráter punitivo; mas, em igual medida, um caráter relacionado à humanidade. Esta humanidade deve estar circunscrita em todos os âmbitos da sanção penal, desde a cominação, passando pela a aplicação, até a execução penal. Vale destacar, seguindo esse raciocínio, que o princípio penal em análise abrange, também a reparação do dano e a ressocialização do infrator, que são, como se verá, adiante, os pontos centrais da justiça restaurativa. Outrossim, esse princípio interfere na finalidade da pena que deve estar balanceada entre a coerção negativa e a retributividade. Aquela limitaria o poder do Estado na coerção (BATISTA, 2007).

Entretanto, percebe-se que a modernidade trouxe aos cidadãos o desejo de segurança desenfreada. Para satisfazer esse desejo, o Estado adota medidas chamadas simbólicas, que têm por objetivo acalmar a população ao tentar mostrar que a justiça contra criminosos está sendo feita. Se adere, assim, em razão da modernidade jurídica modelos normativos rígidos e inflexíveis (ARAUJO, 2017).

Assim, o trabalho, que objetiva discutir a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Brasil e a sua capacidade de promover a reparação do dano em contraponto à Justiça Retributiva, se encaixa na vertente jurídico-sociológica do tipo jurídico-projetivo, conforme Witker (1985) e Gustin (2010), e adota um raciocínio predominantemente dialético, ao

se debruçar sobre fontes primárias e secundárias. Ao final do texto, se determinará se a hipótese de que a justiça restaurativa deva ser implantada gradativamente de crimes menos graves para crimes com maior potencial ofensivo foi acertada ou não.

## 21 JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A seguir, será apresentada uma breve descrição dos sistemas restaurativo e retributivo a partir da obra de Howard Zehr (2008) e do Manual de Justiça Restaurativa do TJPR (2015), de modo que se consiga diferenciá-los. Para tanto, a melhor forma é contrapor a Justiça Restaurativa à Retributiva<sup>1</sup> –paradigma atualmente adotado, logo, mais interiorizado no imaginário do leitor. Para começar, segue então, um trecho da lição de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2008):

O modelo clássico de justiça penal se encontra hoje em crise. Porque castiga o culpado, ou procura fazê-lo, mas não resolve o conflito. Faz cair sobre o delinquente o peso e a ira da lei, e impõe a força vitoriosa do Direito, mas não é capaz de conciliar as partes envolvidas, nem de garantir a reparação efetiva do dano causado à vítima, nem de propiciar a reinserção do infrator. O sistema de justiça criminal atua com *imperium*, mas sem *auctoritas*. A imagem simbólica de uma deidade da justiça convertida em uma estátua de mármore, surda, muda e cega – mas cindindo sua espada – reflete muito negativamente sua percepção social (MOLINA; GOMES, 2008, p. 501)

A Justiça Restaurativa trata o conflito penal concentrando-se na reparação do dano causado e no restabelecimento dos vínculos sociais que foram rompidos, ora da prática da conduta criminosa. Nesse sistema, de acordo com Zehr (2008), o delito passa a significar mais do que apenas o descumprimento da lei; ele representa, somado a isso, um ato que acarreta consequências concretas que afetam as pessoas e as relações estabelecidas entre elas. Já, pela lente retributiva, para usar a terminologia do autor, o delito é definido pela conjugação do núcleo do tipo penal, tendo o Estado como vítima, e os danos, definidos em abstrato. Assim, pode-se perceber que a reparação do dano não é a prioridade.

Para a perspectiva restaurativa da Justiça, portanto, são pontos centrais o restabelecimento do *status quo* da vítima anterior à prática criminosa e a apresentação das consequências das suas ações ao infrator, no intuito de torná-lo parte ativa na neutralização desses efeitos, o que facilitará a sua reinserção na sociedade. Note-se que os elementos chave, aqui, são a vítima e o ofensor, que passam a ter poder de participação no processo de resolução do conflito criminal. Já no outro sistema, os termos em destaque são o Estado, o ofensor e a retribuição do dano praticado por esse último. Então, segundo Santana (2014), é até possível dizer que há uma redefinição do ideal de justiça: a reparação do dano causado é mais importante do que a punição em si.

Dito isso, é pertinente mencionar que a Justiça Restaurativa pode ser posta em prática

<sup>1</sup> Recomenda-se a consulta das tabelas comparativas que constam na obra “Trocando as Lentes - um novo foco sobre o crime e a Justiça” de Zehr (2008). Elas não dispensam de forma alguma a leitura dos parágrafos do texto, mas auxiliam a apreensão do conteúdo.

de diversas formas –técnicas de solução de conflitos–, como a mediação transformativa, a conferência, os círculos de pacificação, as conferências familiares, os círculos decisórios, a mediação vítima-ofensor, ou a restituição, por exemplo (TJPR, 2015). Esse amplo leque de possibilidades pode tornar a escolha metodológica difícil, para a solução do caso concreto. Contudo, Santana (2014) frisa que, com tanto que a técnica escolhida se alinhe aos princípios restaurativos, qualquer escolha é acertada.

Seguindo esse raciocínio, os principais princípios restaurativos são a voluntariedade, a confidencialidade e o consenso. A voluntariedade significa que ambas as partes devem concordar em adotar a via restaurativa para a solução do seu litígio; a confidencialidade, por sua vez, pressupõe que tudo que é discutido nos encontros marcados é sigiloso; por fim, o consenso atribui uma característica integrativa à participação e condução da prática restaurativa (TJPR, 2015).

Todavia, não se pode cometer o equívoco de assumir que a Justiça Restaurativa seja aplicável a todo e qualquer tipo de crime. Howard Zehr (2008) enfatiza que existem situações, como nos casos de crimes de maior potencialidade ofensiva, ou, ainda, quando não há vontade de participação nas práticas restaurativas por parte da vítima ou do agressor, em que não é possível adotar a visão restaurativa. Assim sendo, não é certo propor a substituição total do sistema retributivo pelo restaurativo. O mais adequado seria a adoção daquele apenas como última solução, após já se ter tentado resolver o litígio de outra forma e não se obteve êxito.

### 3 | A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Igor Araujo (2017), explica que a racionalidade jurídica apresenta que o Direito Penal deveria ser usado como *ultima ratio*. Isto significa que se deve esgotar todos os outros ramos do Direito antes de recorrer ao penal. Porém, com o crescimento da criminalidade, no decorrer dos anos, a sensação de insegurança aumentou e o clamor público por penalidade também. Isso fez com que o Direito Penal, seja no Brasil, seja em outras partes do mundo, aumentasse sua interferência no cotidiano, tentando acalmar a população, que exige continuamente um endurecimento da lei penal.

Desta forma, nota-se que os brasileiros não aparentam estar preparados para um sistema penal restaurativo. A população não se interessa mais em garantir a dignidade humana dos presos. O próprio sistema também corrobora com isso, ao fazer com que as penas sejam cruéis, tirando do preso sua dignidade. A grande quantidade de presos provisórios, o Regime Disciplinar Diferenciado, as cadeias abarrotadas, a aprovação da Lei Anticrime e as condições de vida nas penitenciárias extremamente precárias corroboram esse argumento. Então nota-se o ar retributivo: para o senso comum, o preso que cometeu um crime deve pagar da forma mais dura e nas piores condições que possível.

Porém, essa mentalidade deve mudar; é comumente desconsiderado que o sistema

que se desenvolveu no Brasil não consegue verdadeiramente sanar as condições da vítima e ainda não confere ao delinquente um sentimento de responsabilidade, como deveria acontecer. De tal maneira, a vítima não vê apaziguadas as suas indignações e o ofensor desenvolve raiva do sistema penal, que o abandonou à própria sorte em péssimas condições de vida (TJPR, 2015).

A partir dessa análise, faz-se necessária a compreensão do sistema restaurativo no sistema penal brasileiro. No entanto, para que ele fosse melhor aceito, explana-se como melhor medida empregá-lo em casos de crimes menos ofensivos. Assim, ao decorrer dos anos, com esta forma de justiça mostrando sua eficácia na reparação às necessidades da vítima e na responsabilização do preso, juntamente com a conciliação necessária de ambos, esse estilo de sistema poderá ser integrado a crimes mais ofensivos, respeitando o fato de que, como já dito acima, há situações em que o sistema retributivo é incontornável.

Uma vez desenvolvida a percepção da necessidade da Justiça Restaurativa no Brasil, são pertinentes exemplos de leis que demonstram o seu uso para crimes menos ofensivos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, antes mesmo do alargamento da discussão sobre o sistema restaurativo, já tentava construir uma Justiça menos retributiva na relação entre ofensor e ofendido (LARA, 2013). O art. 100 desta lei apresenta uma clara principiologia restaurativa em sua aplicação ao ditar que se devem levar em conta as necessidades pedagógicas, procurando fortalecer as relações familiares e comunitárias. Já o art. 116, por outro lado, determina que quando o ato ilícito vier do adolescente, este pode ser forçado a reparar o dano material, compensando a vítima (BRASIL, 1990).

Outra lei muito importante na discussão da justiça restaurativa seria a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre juizados especiais cíveis e penais. No que tange o Direito Penal, percebe-se que há maior participação da vítima, pois a conciliação é de competência do juizado (LARA, 2013). Já no que se refere ao ofensor, a lei manda que ele deve reparar os danos causados à vítima e tenta-se, sempre que possível, utilizar uma pena não privativa de liberdade (Art. 62. L. 9.099/95, *caput*). Nota-se a tentativa de conciliação entre vítima e ofensor, pelo direito processual, além da tentativa de atender as necessidades da vítima, sem necessariamente macular, a todo custo, a imagem do criminoso.

Por fim, desde a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016 – primeira onda do Conselho Nacional de Justiça para a Justiça Restaurativa–, já é pacífico que o entendimento do termo em questão não se restringe apenas a isso, mas se alarga ao ponto de ser “uma verdadeira mudança dos paradigmas de convivência” (BRASIL, 2019, p. 2).

## 4 | CONCLUSÃO

Portanto, o sistema restaurativo, por estar pautado na participação ativa do ofensor e do ofendido na resolução do conflito, revela-se mais capaz de reparar o dano do que o sistema retributivo de justiça, que trata o crime como uma ofensa ao Estado e não à

vítima propriamente dita, deixando o dano em uma dimensão abstrata. Ademais, pela Justiça Retributiva ser o sistema predominante no país, passaram a ocorrer uma série de disfunções no Direito Penal, principalmente no tocante ao encarceramento desmedido e desumano e ao abandono da vítima.

Finalmente, considerados os argumentos apresentados, é possível perceber que a hipótese de enquadrar o sistema restaurativo de justiça no Direito Penal de forma paulatina já é realizada, principalmente a partir de dispositivos como o ECA. Contudo, os primeiros passos para a inserção deste sistema já foram tomados há mais de 30 anos e ainda não é possível observar com tanta clareza sua maior abrangência. Destarte, acredita-se que chegou o momento de fazer com que a restauração avance para casos de crimes mais ofensivos, para que as problemáticas sobre a criminalidade, a vida do preso e as necessidades das vítimas de outros crimes sejam melhor trabalhadas pela lei penal brasileira e para que surja um costume *secundum legem* que leve a mentalidade a efetivamente mudar, com o tempo.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, I. Eduardo dos Santos. Direito penal simbólico na modernidade líquida: ensaio criminológico na perspectiva baumaniana. **Revista Transgressões**, v. 5, n. 2, p. 69-81, 17 out. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Ed. 11, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 02 maio 2021.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Penais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 02 maio 2021

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça - CNJ. Comitê Gestor da Justiça Restaurativa. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa Resolução CNJ nº 225/2016**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/justica-restaurativa/planejamento-da-politica-publica-nacional-de-justica-restaurativa/>. Acesso em: 02 maio 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9G8HQT>. Acesso em: 02 maio 2021.

MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional das penas cruéis**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprinciopdahumanidade.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

SANTANA, Vitor de Sá. **Justiça restaurativa e a lei dos crimes ambientais (Lei n. 9.605/98): uma proposta de aproximação**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Manual de Justiça Restaurativa**. 2015. disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/justica-restaurativa?p\\_auth=fo6fflEY&p\\_p\\_id=36&p\\_p\\_lifecycle=1&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_36\\_struts\\_action=%2Fwiki%2Fview&\\_36\\_nodeId=32431835&\\_36\\_title=Manual+de+Justi%C3%A7a+Restaurativa](https://www.tjpr.jus.br/justica-restaurativa?p_auth=fo6fflEY&p_p_id=36&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_36_struts_action=%2Fwiki%2Fview&_36_nodeId=32431835&_36_title=Manual+de+Justi%C3%A7a+Restaurativa). Acesso em: 30 abr. 2021.

WITKER, Jorge. **Cómo elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes - um novo foco sobre o crime e a Justiça**. São Paulo: Palas Athena Editora, 2008.

## VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NA ESCRITA JORNALÍSTICA E EM PROCESSOS CRIMINAIS DO SUDESTE DA AMAZÔNIA LEGAL

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Marilza Sales Costa**

UNIFESSPA/ICH/FACSAT//Universidade do  
Minho/ICS/Lab2PT  
Marabá-Pará  
<http://lattes.cnpq.br/5673712805104580>

### **Pamela Eliane Ciqueira Santos**

UNIFESSPA/ICH/FACSAT  
Marabá-Pará  
<http://lattes.cnpq.br/3645987651378512>

### **Márcio Antônio Rodrigues dos Reis**

UNIFESSPA/IEDS/FADIR  
Marabá-Pará  
<http://lattes.cnpq.br/5053574183068999>

**RESUMO:** O objetivo do trabalho foi estudar “A violência contra mulher na escrita jornalística e em processos criminais do sudeste da Amazônia Legal” fazendo parte de um Programa de Extensão “Prevenção da violência contra a mulher”: estudos e ações de intervenção em escolas públicas do Município de Marabá-PA. Realizamos um estudo bibliográfico com autores: Foucault (2007), Bourdieu (2009-2010), Saffioti (2011), Costa(2015-2018) e outros, além de uma breve análise sobre a Lei Maria da Penha (11.340/06) e a Lei 13.104 de 09/03/2015 com estudo de caso e pesquisa de campo. Adotou-se uma abordagem qualitativa e quantitativa no levantamento de dados na escrita jornalística no jornal “Debate Carajás” (46) evidenciando a ocorrência do fenômeno no período de pandemia COVID-19 entre dezembro/2020 a abril de 2021

e no acervo documental em “arquivo inativo” dos processos criminais(35) do Fórum de Marabá-PA (2015 a 2019) passando a analisar as variáveis: idade, estado civil, instrução, profissão, cor/raça, formação, litígio/motivação. Os resultados das análises evidenciou um número relativo de mulheres entre 15 a 29 anos que sofreram violência nas duas fontes estudadas. Porém, a maioria dos dados sobre o estado civil das vítimas não foi informado nos processos e nem nos dados jornalísticos, mas tivemos um número considerável de solteiras e casadas. Assim como no litígio/motivação, a maioria das vítimas sofreu violência doméstica com ameaças. No caso da profissão e da formação dessas vítimas prevaleceu as informações indeterminadas com o ensino fundamental e a profissão, estudantes e do lar. No caso das sentenças predominou o cumprimento de medidas protetivas pelos acusados não tendo maiores resultados para coibir a violência cometida contra a mulher.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência, mulher, feminicídio.

### **VIOLENCE AGAINST WOMEN IN JOURNALISTIC WRITING AND CRIMINAL PROCESSES IN THE SOUTHEAST OF THE LEGAL AMAZON**

**ABSTRACT:**The objective of the work was to study “Violence against women in journalistic writing and in criminal proceedings in the southeast of the Legal Amazon” as part of an Extension Program “Prevention of violence against women”: studies and intervention actions in public schools in the city of Marabá-PA. We carried out a bibliographic study with authors:

Foucault (2007), Bourdieu (2009-2010), Saffioti (2011), Costa (2015-2018) and others, in addition to a brief analysis of the Maria da Penha Law (11,340/06) and Law 13,104 of 03/09/2015 with case study and field research. A qualitative and quantitative approach was adopted in the data collection in journalistic writing in the newspaper “Debate Carajás” (46) evidencing the occurrence of the phenomenon in the COVID-19 pandemic period between December/2020 and April 2021 and in the documentary collection in “inactive file” of criminal proceedings(35) of the Forum of Marabá-PA (2015 to 2019) starting to analyze the variables: age, marital status, education, profession, color/race, education, litigation/motivation. The results of the analyzes evidenced a relative number of women between 15 and 29 years old who suffered violence in the two studied sources. However, most of the data on the marital status of the victims was not informed in the processes or in the journalistic data, but we had a considerable number of single and married. as in litigation/motivation, most victims experienced domestic violence with threats. In the case of the profession and training of these victims, indeterminate information prevailed with elementary education and profession, students and the home. In the case of sentences, the fulfillment of protective measures by the accused predominated, with no greater results in curbing violence committed against women.

**KEYWORDS:** Violence, women, femicide.

## 1 | INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo foi apresentar as análises e os resultados alcançados no estudo sobre “A violência contra mulher na escrita jornalística e em processos criminais do sudeste da Amazônia Legal”; parte integrante do Programa de Extensão intitulado “Prevenção da violência contra a mulher”: estudos e ações de intervenção em escolas públicas do Município de Marabá-PA com financiamento de bolsa/PROEX pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA e alguns dados extraídos da pesquisa em pós doutoramento, ainda em andamento, na Universidade do Minho/ICS/Lab2PT.

O aporte teórico foi construído a partir de algumas discussões com os autores: Foucault (2007), Bourdieu (2009-2010), Saffioti (2011), Costa(2018) e outros. Em nossas análises procuramos rever as bibliografias que evidenciaram o conceito de violência e, o crime de feminicídio, assim como as prováveis causas relacionadas a essa violência destacando a Lei Maria da Penha e a Lei 13.104 de 2015 que qualifica o feminicídio com previsão no art. 121, §2o, VI, do Código Penal. Em nosso percurso buscamos trabalhar com o jornal de notícias local, “Debate Carajás”, por ser uma escrita jornalística de grande circulação e alcance na região.

Para compreensão do fenômeno desenvolvemos tabelas com as variáveis: idade, estado civil, instrução, profissão, cor/raça, naturalidade, formação dentre outros no intuito de criar um perfil dos sujeitos do litígio e, ainda analisamos os processos criminais da Comarca do Fórum de Marabá-PA no período de 2015 a 2019 passando a construir um banco de dados estatísticos que nos possibilitou na formulação de quadros e de tabelas e numa análise quantitativa e qualitativa dos litígios que envolveram a violência contra a

mulher e o crime de feminicídio.

Buscamos levantar dados sobre a motivação desses crimes, assim como os resultados das sentenças. Nossa pretensão foi o de construir dados relevantes sobre matemática e de contribuir em outras pesquisas, seja no espaço acadêmico e/ou para a comunidade de modo geral.

## 2 | BREVE APORTE TEÓRICO

### 2.1 O fenômeno da Violência em uma sociedade patriarcal

A ocorrência do fenômeno da violência tem sido discutida por diversos autores da área das Ciências Humanas, assim como pelas outras diversas áreas do saber. Esse fenômeno tem sido presente e frequente, tanto nos meios jornalísticos como no efetivo direito Penal. Principalmente, nos casos freqüentes da violência contra a mulher e, particularmente no período pandêmico de COVID-19. Ao falarmos sobre Violência lembramos do uso da força de alguém contra outra pessoa podendo causar constrangimento, discriminação, agressão física, moral ou psíquica contra outrem, seja ferimentos leves e/ou até ocasionar a morte de alguém e, afetando a integridade física, moral e psíquica.

Vale ressaltar que durante muito tempo a violência contra mulher ocorrida no ambiente doméstico foi e ainda tem sido encarada com uma certa naturalidade por boa parte da sociedade, pois é resultante de um processo histórico-cultural que ao homem era dado toda força na subjugação e imposição de regras a mulher, seja no que tange à paternidade e/ou o matrimônio assegurando-o o pátrio poder sobre os filhos e sua companheira.

O Código Civil de 1916 estabeleceu o pátrio poder ao marido, considerando-o o chefe da família, porém a mulher poderia exercer esse papel, caso o marido estivesse ausente e, as viúvas perderiam esse direito caso se cassassem novamente. A Constituição Federal de 1988 passou a disciplinar no

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Art. 226. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (CF, Art. 5º, 1988).

Trazendo a questão uma certa “igualdade” legal, pelo menos nos termos da lei. Mas no ano de 2002, após a reformulação do Código Civil de 2002, o pátrio poder como era conhecido, passou a ser o “poder familiar” e, com o surgimento do “Estatuto da Mulher Casada”, a questão recebeu um reforço necessário a causa. Embora restringisse a “mulher casada”. Porém, em muitos casos de litígios referente a violência e/ou a guarda de menores a decisão do pai, quase sempre, predominou e/ou ainda prevalece. Assim vemos que a

violência contra mulher perpassou e, ainda subsisti numa estrutura social historicamente alicerçada numa sociedade patriarcal.

O patriarcado é a estrutura familiar básica de todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta pelas instituições, dos homens sobre as mulheres e seus filhos na unidade familiar (...) As relações entre as pessoas também estão marcadas pela dominação e a violência que se originam na cultura e nas instituições.(MACIEL, 2006, p. 24).

Nesse contexto, o papel da mulher sempre foi o de coadjuvante baseado numa leitura a partir do “olhar” de homens; culturalmente e socialmente voltada a exercer a maternidade e os cuidados do lar “[...] onde pudesse levar as crianças para alimentá-las e educa-las (SILVA, 2008, p. 02). A necessidade de cuidar dos filhos e ao mesmo tempo trabalhar para sustentá-los trouxe ao cenário a divisão sexual do trabalho.

Cabe evidenciarmos que a mulher sempre trabalhou, sendo que com as mudanças constantes em sociedade, particularmente no trabalho, a visão sobre esses papéis sociais foi modificando e deu a própria mulher [...] a possibilidade de conciliar atividade doméstica e profissionais (...) lhe permite adequar-se as exigências do cotidiano, na família e no mercado de trabalho. (GONÇALVES, 2004, p. 04).

Nesse sentido, também colocamos em evidencia o aperfeiçoamento profissional através de cursos de formação e o alcance de postos na direção de empresas e/ou no empreendedorismo, possuindo o seu próprio negócio. Porém, o seu salário, na maioria das vezes, não se equipara ao do homem limitando ou mesmo dificultando sua independência financeira e, isso tem refletido, em muitos casos, na sua integridade física, moral e psíquica; conseqüentemente, na violência contra mulher com a presença do patriarcalismo nas relações de gênero, ainda vista como objeto sexual e capaz de desenvolver, apenas, serviços domésticos.

Da análise acima vemos que a dominação masculina perpassa por um poder visivelmente institucionalizado e historicamente aceito desde as civilizações mais antigas até a contemporaneidade numa sociedade de “homens” com a legitimidade física, moral de dispor de força ou autoridade; ou mesmo da influência, da posse, do domínio sobre o outrem, no caso estudado, a mulher. Em seus escritos Saffioti (2011, p. 17) comenta essa relação como a “[...] ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral”.

Bourdieu (2009) concebe as relações de poder que perpassa entre esses sujeitos os “símbolos” e, esses, pelo “homem” são exteriorizados para exercer o “poder simbólico” em sociedade tendo uma relação direta com o sexo em que o homem circula e atua com maior legitimidade e autoridade, embora forçada, mais aceita pelo restante dos grupos sociais e as atividades em sociedade imprimiram papeis que homens e mulheres deveriam desempenhar.

Já a mulher, por circular com mais freqüência no espaço privado, o da casa, seu

alcance tornou-se limitado. Embora, em décadas essa realidade vem tomando outros contornos e, a mulher, em parte passou a ter consciência de ser considerado um objeto de domínio e de gerar estratégias para mudanças significativas, seja em seus pensamentos ou em suas percepções de sujeito, tais comentários são evidenciados Bourdieu(2010) em sua obra “Dominação Masculina”.

Nesses termos, Weber (2001, p. 139) comenta que a dominação perpassa pelo poder e suas manifestações entre os indivíduos em sociedade e conceitua-a como sendo encontrada no hábito as questões mais gerais de acordo com as condições impostas entre os sujeitos e suas relações de gênero em que a mulher sempre foi pensada como um ser inferior em detrimento ao pensamento sobre o homem em uma sociedade patricarcal.

Em se tratando dessa relação, Foucault (2007), cita a subserviência do ser humano a outro como algo histórico, pois ao mesmo tempo que influencia alguém passa a ser influenciado e reproduz a dominação e a autoridade que estão relacionadas ao poder e a sexualidade. Segundo o autor o indivíduo está na condição de dominado, vigiado, submetido, explorado pelos grupos sociais de que faz parte e, que a sexualidade é o espaço em que mais se evidencia o domínio masculino e o da honra. Sobre esse assunto falaremos no item 2.2 sobre o feminicídio a luz da Lei 13.104 de 2015 e da Lei Maria da Penha nº 11.340/2006.

## **2.2 Contextualizando as leis que coíbem os crimes contra as mulheres**

O Código Penal brasileiro no art. 121 qualifica o crime de homicídio, porém em se tratando de um crime cometido contra a mulher, no parágrafo 2o o inciso VI qualificou no crime de homicídio o feminicídio que é a ação contra a mulher em razão da condição de ser do sexo feminino, tendo pena de reclusão, de doze a trinta anos.

Nesse caso, no § 2o-A incisos I e II da lei, vemos que se o ato for enquadrado como sendo crime cometido em razão da condição de sexo feminino, tem-se: “I - Violência doméstica e familiar; II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher. § 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade(...)” se praticado e cometido em menores de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; e na presença de descendente ou de ascendente da vítima; assim como também dispões sobre a ação praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade resultando em severas punições disciplinadas com prisões no Código Penal brasileiro.

No caso de tal delito ser cometido em uma determinada região caberá a organização judiciária proceder os trâmites legais. No caso da região do sudeste da Amazônia legal, a 3ª Vara Criminal da Comarca de Marabá tem competência também para processar e julgar os crimes do Tribunal de Júri. Dentre os crimes de feminicídios ocorridos na região temos: no ambiente doméstico e familiar; entre mulheres por causa de um homem; por questões morais e de honra e outros.

A Lei nº 11.340/2006 Art. 1 “batizada” como Lei “Maria Da Penha” estão dispostos

mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e ainda no art. 226 e § 8o da Constituição Federal estão dispostos a necessidade de eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, na intenção de prevenir, punir e erradicar esse crime, assim como potencializar a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e medidas de assistência e proteção às mulheres.

Sobre a ocorrência do fenômeno homicídio na região do sudeste da Amazônia legal, Costa (2015), fez um levantamento sobre a taxa de ocorrência do fenômeno (baseado em 100 mil habitantes- IBGE/2010) num período de 1980 a 2010, antes da Lei 13.104 de 2015 que alterou o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. A autora destacou a grande incidência em Municípios de médio porte com uma taxa de 11,7% de homicídio no ano de 1980 (13,910) aumentando em 2010 para 26,2% (49,932). Em se tratando de mortes de mulheres observou os assassinatos cometidos contra mulheres e evidenciou a ocorrência com mais frequência na faixa etária entre 19 a 25 anos, sendo em sua maioria, pardas e solteiras sendo a arma de fogo o instrumento mais utilizado no litígio, seguido de arma branca e, a maioria eram naturais do Estado do Pará. Cabe ressaltar que, quase nada se sabe sobre inquiridos e ou condenados pelo tipo litígio/crime no período estudado.(COSTA, 2018).

Além disso, evidenciou o grande fluxo migratório para os garimpos e os Grandes Projetos e as cidades de maior incidência do fenômeno: Marabá, Xinguara, Conceição do Araguaia e Jacundá. Período de construções de rodovias, incentivos fiscais, projetos agropecuários e a inserção de empresas transnacionais e internacionais na região.(COSTA, 2018).

Diante dos dados obtidos na pesquisa acima nos propomos a realizar um levantamento e organizar em dados estatísticos e analíticos a violência contra mulher na escrita jornalística e em processos criminais da Comarca do Fórum de Marabá-PA, local em que transitam processos de 22 Comarcas da região sudeste da “Amazônia Legal”, assim descritos no item 3(abaixo).

### **3 I UM OLHAR SOBRE OS DADOS DA PESQUISA**

#### **3.1 A escrita jornalística na divulgação da violência contra mulher**

O jornal de Notícias “Debate Carajás”, um periódico diário que divulga diversas questões sobre o cotidiano da cidade de Marabá e dos municípios (39) circunvizinhos localizados no sudeste da Amazônia Legal do Estado do Pará, propaga suas notícias através das mídias sociais com enunciados de cunho político, econômico, social e cultural. Nossa escolha como fonte de dados deve-se por interagir com um público diverso e ser

de alcance local e regional, assim possibilitando uma visão mais geral do fenômeno da violência contra mulher. No intuito de obtermos um panorama geral do fenômeno num momento pandêmico de COVID-19, levantamos os dados (46) de ocorrência nos meses de dezembro/2020 a abril de 2021 e organizamos tabelas para devidas análises.

De acordo com a tabela 1 (abaixo) o maior número de litígio/motivação foi a ocorrência de violência doméstica com ameaça de morte (10%), seguido de estupro (6%), feminicídio (5%) e a violência urbana (5%), o restante ficou entre 3% e 1% de ocorrências.

| Tabela Geral  |  |                           |                               |
|---|--|---------------------------|-------------------------------|
| LITÍGIO   | Motivação  | Tipos de Violência        | Taxa de Numero das Violência. |
| Suposto acidente de Trânsito  | Brigas motivadas por ciúme   | Acidente de Trânsito      | 3%                            |
| Denúncia de Ameaça por arma de fogo                                 | Ameaça á esposa  | Denuncias de Arma de Fogo | 3%                            |
| violência doméstica e ameaça de morte                               | Tentativa de denúncia por parte da vítima. Ciúme, Alcoolismo, ameaça         | Violência Doméstica       | 10%                           |
| Inquérito Policial  | Feminicidio, Brigas, alcoolismo e drogas.                                    | Inquérito Policial        | 2%                            |
| Homicidio   | Vingança   | Homícidio                 | 3%                            |
| Estupro   | Estupro de menor, aborto realizado no hospital.                              | Estupro                   | 6%                            |
| Assalto e Estupro   | Recapturação do acusado pelos crimes de assalto e estupro                    | Violência Urbana          | 5%                            |
| Denúncias de trabalho em situação análoga à escravidão              | Denuncia deIdosa mantida em estado de escravidão dentro da casa dos patrões. | Feminicidio               | 5%                            |
| Feminicidio,crimes de lesão corporal e posse irregular de munições. | Interferência em uma briga de casal  | Exploração Sexual         | 2%                            |
| Viôência contra mulher  | Brigas em uma festa  | Festa Clandestina         | 1%                            |
| Homicidio qualificado.  | Negativa de autoria e de Clemência   | Assalto/Estupro           | 1%                            |
| Inquérito Policial  | Estupro, menina da luz ao bebê. o bebê morre.                                | Trabalho A. Escravidão    | 1%                            |
| Acidente por Atropelamento  | Situação de alagamento   | Lesão Corporal            | 3%                            |
| tentativa de feminicídio,   | Relação abusiva  | Homícidio Qualificado     | 4%                            |
| supeito de estupro  | estupro  | Morte por afogamento      | 1%                            |
| Violencia domestica e lesão corporal                                | Alcool   | Abandono de Incapaz       | 1%                            |

Tabela 1 Notícias Debate Carajás (Dez/2020 a jan/fev/mar/abr/2021).

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

Em termos de cor/raça as vítimas que sofreram violência, 28% eram pardas, 9% Indígenas, 4% negras e 59 % não foram identificadas, Esse último resultado comprometeu, em parte, uma análise mais precisa dos resultados. Também foram feitas análises dentro do contexto da faixa etária das vítimas.

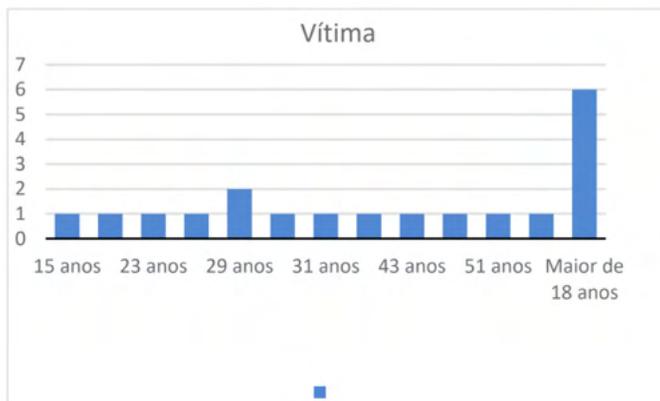


Gráfico 3 Faixa Etária.

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

As vítimas de maior número de ocorrência de violência (gráfico 3) foram as com faixa etária de 18 anos aos 29 anos, seguido de mulheres de 15 anos a 22 anos. Cabe ressaltar que os enunciados jornalísticos serviram como palco de representação das relações sociais e dos jogos de interesses de classes sociais detentoras dos meios de comunicação evidenciando notícias de ganhos de leitores e sua permanência pelos enunciados. Esse dando ênfase a ocorrência da evidência contra mulheres particularmente novas.

| Meses de dezembro/2020 a abril de 2021 |              |                    |       |               |    |
|--|--------------|--------------------|-------|---------------|----|
| Variáveis                              | Estado Civil | Formação           |       | Profissão     |    |
| casada                                 | 15           | Ensino Médio       | 5     | seminarista   | 1  |
| União estável                          | 6            | Ensino Fundamental | 11    | estudante     | 8  |
| Solteira                               | 7            | Não informado      | 30    | Do Lar        | 1  |
| não informado                          | 18           | _____              | _____ | Açougueiro    | 1  |
| _____                                  | _____        | _____              | _____ | Não informado | 35 |
| Total                                  | 46           | _____              | 46    | _____         | 46 |

Tabela 2 Dados gerais: Estado Civil, formação, Profissão.

Fonte: Elaborados pelo autores (2021).

A tabela 2 (acima) nos apresenta os dados das notícias jornalísticas, “Debate Carajás”, nos meses de dezembro/2020 a abril de 2021. Em 18 (dezoito) vítimas que sofreram violência, a variável “estado civil” não foi informado, mas houve 15 (quinze) vítimas casadas, 07 (sete) solteiras e 06 (seis) em união estável. No caso da formação vimos que também predominou a não informação, porém seguido de 11 (onze) mulheres com o ensino fundamental e, apenas 05 (cinco) com ensino médio. Na profissão vemos que o número não informado ainda foi maior, 35 (trinta e cinco) e, que o número de estudantes vítimas de violência no período foram 08 (oito).

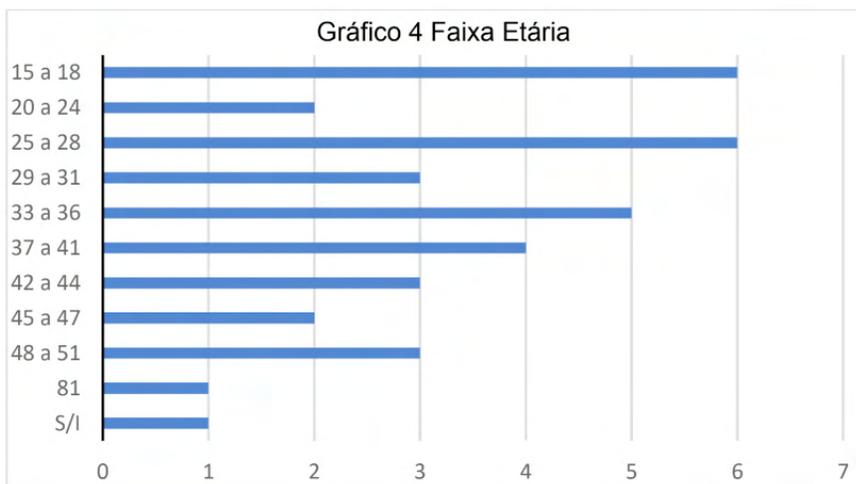
Nesse análise vimos que informações como estado civil, formação e profissão, não foram aspectos importante nos enunciados jornalísticos, mas a notícia em si, no campo da violência, independente da vítima, o jornal enfatizou o ato com imagens fortes da violência e com produção discursiva e enunciados de interesse da população local, em sua maioria, “aceitos” e “legitimados” como acontecimento “corriqueiro”. Pois”, o capital simbólico (BOURDIEU, 2009) da esfera social jornalística, também exerce um poder na construção da realidade em sociedade.

### 3.2 Os processos criminais num balanço sobre a violência contra a mulher

Nas análises realizadas nos processos criminais da 3ª Vara Criminal da Comarca de Marabá-PA foram pesquisados trinta e cinco (35) processos entre os anos de 2015 a 2019, período de estudo no primeiro semestre de 2021. Em relação a pesquisa em arquivos judiciários como fonte histórica, trata-se de um estudo que procurou analisar e demonstrar

de forma qualitativa e quantitativa a ocorrência da violência contra a mulher através de algumas variáveis: idade, estado civil, formação, profissão, no intuito de busca produzir um conhecimento científico numa perspectiva crítica sobre a temática “violência contra mulher” e tornar mais visível a ocorrência do fenômeno na região.

No período estudado (2015 a 2019) houve maior ocorrência de violência contra mulher no ano de 2018 (11), seguido de 2017-2018 (10) e 2016 a 2017 (07), 2016 (02), o restante (05) foram ocorrências espaçadas nos anos. Anos subsequentes a Lei 13.104 de 2015 que qualificou o feminicídio com previsão no art. 121, §2o, VI, do Código Penal. Em nossa análise vimos que, embora timidamente, a mulher que sofreu algum tipo de violência passou a denunciar seu parceiro de abusos e ameaças de morte sofridas no decorrer de sua relação amorosa. Também percebemos que a maioria dos casos foram denúncias contra ameaça e crimes contra a liberdade pessoal.



Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

No Gráfico 4 (acima) vimos que as mulheres que mais sofreram violência foram de 15 a 18 anos sendo a mesma ocorrência em mulheres de 25 a 28 anos, seguidos por mulheres de 33 a 36 anos. O menor número seria foi de 81 anos. Logo a baixo termos a gráfico de estado Civil.

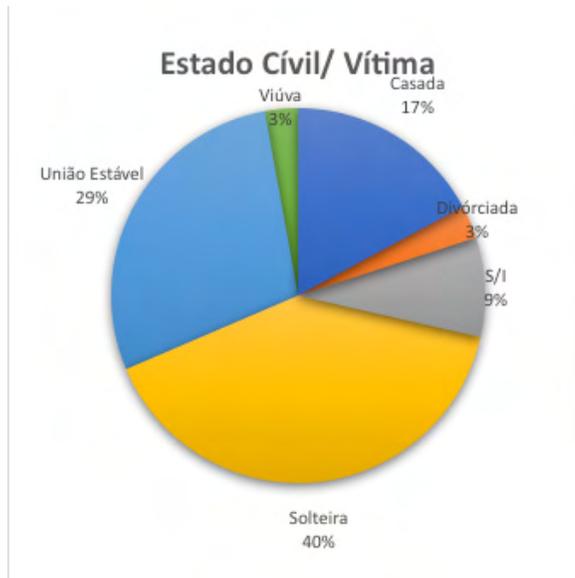


Gráfico 5 Estado Civil.

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

Analisando o resultados do Estado Civil das vítimas, a maioria eram solteiras 40%, União Instável 29%, Viuva 3%, Casada, 17%, divorciada 3%, Sem informação 9%. No gráfico 6 (abaixo) veremos a formação da vítima que sofre violência.

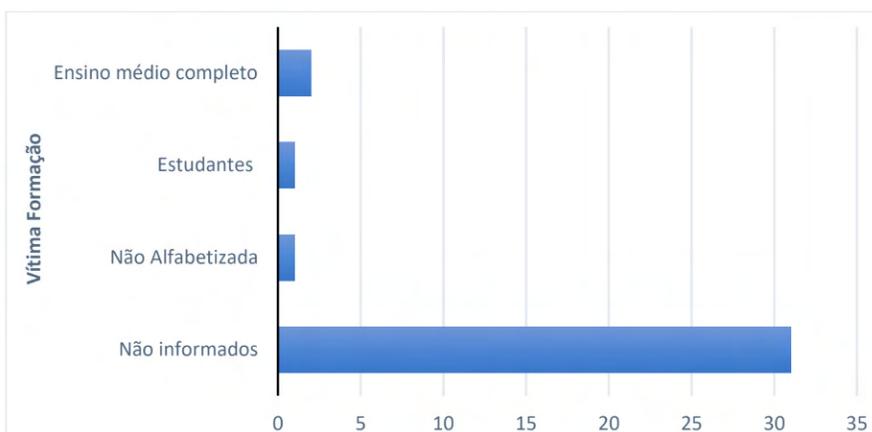


Gráfico 6 Grau de Formação da vítima.

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

Nesse caso, vemos que a maioria das vítimas que sofreu violência não possuía nenhum tipo de formação (31), poucas tinham o ensino médio (2) e, havia uma (01)

estudante e uma (1) não alfabetizada. Alguns autores discorrem sobre a violência contra a mulher tornar-se público mais nas camadas médias, isso não significa que não ocorra nas classes mais alta, porém envolve outras razões para o caso não vir a público. Essa realidade vem mudando, tendo em vista, formações de organizações não governamentais, comunidades de bases, dentre outras se envolvendo e articulando formas de divulgação e empoderamento dessa mulher nas diversas áreas da sociedade.

|                     |           |
|---------------------|-----------|
| Ambulante           | 1         |
| Autônoma            | 1         |
| Cabeleireira        | 1         |
| Cobradora de ônibus | 1         |
| Do lar              | 1         |
| Empresária          | 1         |
| Estudante           | 2         |
| Estudantes          | 1         |
| S/I                 | 24        |
| Servidora Pública   | 1         |
| Vendedora Autônoma  | 1         |
| <b>Total Geral</b>  | <b>35</b> |

Gráfico 7 Profissão.

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

Em se tratando do exercício de alguma profissão que as mulheres que sofreram algum tipo de violência possuíam, a maioria dos dados estão indisponíveis nos respectivos processos (24), isso já nos revela um certo desinteresse pela sua atividade laboral, sendo a profissão do infrator destacada nos processos analisados. A maioria dessas mulheres exerceu a profissão de Ambulante, autônoma, cabeleireira, cobradora de ônibus, do lar, empresária, servidora pública e vendedora autônoma, cada uma (1) respectivamente. Porém, nos dados obtidos vimos a presença de três (03) mulheres classificadas como estudantes. Vale ressaltar que a faixa etária correspondeu de 15 a 28 anos.

| Motivação  |           |
|--|-----------|
| Ameaça (Crimes contra a liberdade pessoal)   | 6         |
| Ameaça (Crimes contra a liberdade pessoal) , Violência Contra a Mulher por não aceitar o término do relacionamento.                                    | 9         |
| Lesão Corporal e Ameaça em âmbito doméstico (Crimes contra a liberdade pessoal)  | 5         |
| Lesão Corporal e Danos materiais (Teve seu veículo danificado)   | 3         |
| Perturbação do Sossego , Ameaça - Violência Contra a Mulher - Medidas Protetivas   | 5         |
| Sem indicamento do Réu   | 1         |
| Violência Contra a Mulher por não aceitar o término do relacionamento, Lesão Corporal e Ameaça em âmbito doméstico (Crimes contra a liberdade pessoal) | 1         |
| Violência Contra a Mulher por não aceitar o término do relacionamento.   | 5         |
| <b>Total Geral</b>   | <b>35</b> |

Tabela 3 Litígio/Motivação.

Fonte: Elaborados pelos autores (2021).

Percebemos que maior incidência Litígio/Motivação contra a Mulher” foi a ameaça (Crimes contra a liberdade pessoal); Violência Contra a Mulher por não aceitar o término do relacionamento, depois a ameaça (Crimes contra a liberdade pessoal); seguido de lesão corporal e ameaça em âmbito doméstico (Crimes contra a liberdade pessoal); perturbação do sossego; Ameaça - Violência Contra a Mulher - Medidas protetivas e Violência Contra a Mulher por não aceitar o término do relacionamento.

Em relação aos resultados das sentenças os dados obtidos foram, em sua maioria, o descumprimento de medidas protetivas pelo acusado e/ou quando foi solicitado que o acusado se apresentasse de três em três meses no primeiro ano do deferido prazo e prestasse serviços à comunidade. Também houve a concessão de Liberdade Provisória mediante fiança, cujo pagamento foi realizado, sendo o “flagranteado” posto em liberdade em seguida. Assim como, teve concessão de Liberdade Provisória, sendo o flagranteado posto em liberdade, por retratação da vítima, contra as acusações, pois estava bêbado no dia da agressão.

Quando não o acusado não foi intimado para cumprir Medidas Protetivas por faltar elementos mínimos e legítimos para sustentar qualquer das Medidas Protetivas da Lei 11.340/06. Houve casos em que o acusado foi intimado para cumprir Medidas Protetivas, mas depois houve a decisão da mulher em pedir a retirada da Medida Protetiva afirmando que teria, o acusado, mudado seu comportamento e reatando a relação. Outro caso, a vítima não apresentou testemunhas e não solicitou Medidas Protetivas, restando apenas, comprovado ofensa de integridade física. Por falta de provas, não prosseguiram com o Processo.

## 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No período estudado, tanto na escrita jornalística quanto nos processos criminais do Fórum da Comarca de Marabá-PA vimos que a violência contra mulher é um fenômeno presente e constante na região do sudeste da Amazônia Legal. Assim como há ocorrência do fenômeno e seu crescimento no momento pandêmico de COVID-19 nesses cinco (05) meses de estudo.

Dos resultados obtidos no levantamento realizado no jornal de Notícias “Debate Carajás” e nos processos criminais, vimos um número considerado de mulheres que sofreram violência, mas que em termos de sentença quase nada foi realizado contra o acusado, seja por questões de desconsiderarem as evidências materiais, de testemunhas ou mesmo do próprio pedido da vítima na retirada das medidas protetivas no percurso do processo. São mulheres com faixa etária considerada jovem e que possuíam, em muitos casos, pouca escolaridade, embora algumas ainda estudassem. Assim como, eram dependentes de seus companheiros. Há um aumento considerável na ocorrência dos crimes contra mulher, principalmente no que diz respeito a ameaças (Crimes contra a liberdade pessoal), porém poucas mulheres denunciavam ou mesmo deixavam os seus companheiros.

Ainda persiste a característica de uma sociedade patriarcal em que a violência contra a mulher torna-se algo quase “normal” prevalecendo a frase “[...] em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” (grifo nosso) em que há direitos violados através do abuso tanto físico como emocional pela “pseudo autoridade” do homem, além da desigualdade profissional e, por fim, pelo seu próprio corpo, considerado objeto. O resultado legal e prático tem caminhado em passos lentos para resolver a questão, principalmente no período pandêmico (COVID-19) em que ocorrem altas taxas de feminicídio divulgados pela escrita jornalística ou em casos processuais da área criminal e/ou pela difusão estatísticas dos diversos órgãos do governo, além de algumas representatividades, organizações não governamentais que divulgam dados sobre a temática. Requer repensarmos a questão de maior fiscalização por parte dos órgãos responsáveis para coibir essa violência, assim como a propagação de campanhas interativas e intensivas coibindo a violência contra mulher.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand.Brasil, 2009

BOURDIEU, Pierre. **Dominação Masculina**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)> Acesso em: 04/04/2021.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. 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: 04/04/2021.

BRASIL, Código Penal. **Lei nº. 11.340, de 7 de ago. de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 10/07/2021.

BRASIL, Lei 13.104 de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940** - Código Penal. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 10/07/2021.

BRASIL, Código Civil. **Lei n.º 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em: 25 de jun. 2021.

BRASIL, Código Civil. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**-[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 25 de jun. 2021.

COSTA, Marilza. Sales. Homicídios de mulheres na Mesorregião do Sudeste Paraense: Período 2000-2010. In: Lorena Santiago Fabeni. (Org.). **Direitos Humanos da Mulher e Justiça Restaurativa**. 1ed. Ananindeua PA: Editora Itacaiúnas, 2018, v. 1, p. 2270.

\_\_\_\_\_. **O Homicídio na Mesorregião do Sudeste Paraense** - período em análise: 1980-2010. Campinas/SP. Tese de Doutorado - UNICAMP/SP, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 23. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2007.

GONÇALVES, Betânia Diniz. **Transformações psicossociais entre mulheres: conquista de direitos e construção de cidadania**. 2004.

MACIEL, Gilkéa. **Abusos e Violência Doméstica: das cavernas ao computador, nada mudou**. Recife: Editora Gilkéa Maciel, 2006.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. 2.reimp. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

SILVA, Josiane Emília da. **Lutas e conquistas das mulheres no mundo do trabalho no século XX: A realidade brasileira**. 2008.

WEBER, Max. et al. **Introdução ao Pensamento Sociológicos**. São Paulo: Ed. Centauro, 2001.

Internet

Jornal: [www.debatecarajas.com.br](http://www.debatecarajas.com.br)

<https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Comarca-de-Maraba/499318-comarca-de-maraba.xhtml>

## PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA ESFERA PENAL: UMA ANÁLISE DO PRECEITO PRIMÁRIO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA À LUZ DA SÚMULA VINCULANTE 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE NORMAS INTERNACIONAIS

Data de aceite: 26/11/2021

**Ronaldo Boanova da Silva**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Faculdade de Direito  
Departamento de Ciências Penais  
Porto Alegre

Estudo desenvolvido no âmbito do Programa de Iniciação Científica Voluntária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador: Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Uma vida sem desafios não  
vale a pena ser vivida.  
Sócrates

**RESUMO:** A Convenção Americana sobre Direitos Humanos proíbe expressamente a detenção por dívidas, excetuando apenas a prisão por débitos de natureza alimentar. Com a internalização da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se uma acalorada discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de prisão do depositário infiel. O debate culminou com a edição do verbete sumular 25 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito. A Súmula baseou-se no Pacto de San José da Costa Rica, mas trouxe duas relevantes diferenças em relação à norma internacional. A primeira refere-se ao agente imune à detenção; enquanto a Convenção protege o *devedor*, a

Corte Suprema salvaguarda o *depositário infiel*. Assim, é necessário distinguir esses dois agentes para verificar se a primeira expressão abarca a segunda e, conseqüentemente, se a Convenção tutela o depositário infiel. A segunda diz respeito ao tipo de prisão. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é genérica quando determina a impossibilidade de prisão por dívidas, não distinguindo a esfera penal da cível. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal faz menção apenas à prisão na esfera cível, preservando a possibilidade de detenção no âmbito criminal. Com isso, o enunciado não se aplica ao preceito primário do artigo 168 do Código Penal, que prevê o crime de apropriação indébita. No tipo, há previsão, inclusive, de causa especial de aumento nos casos de depósito necessário ou judicial. Desse modo, este estudo analisa a possibilidade da prisão do depositário infiel na esfera penal, considerando a Constituição da República, a Súmula Vinculante 25, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Apropriação indébita. Depositário infiel. Dívidas. Obrigação contratual. Prisão civil. Prisão criminal.

**ABSTRACT:** The American Convention on Human Rights expressly prohibits detention for debts, excepting only imprisonment for debts of a food nature. With the internalization of the Convention in the Brazilian legal system, a heated doctrinal and jurisprudential discussion began about the possibility of imprisonment of the unfaithful depository. The debate culminated in the edition of summary entry 25 by the Federal

Supreme Court, which declared the unlawfulness of the civil imprisonment of the unfaithful depositary, regardless of the type of deposit. The Precedent was based on the Pact of San José in Costa Rica, but brought two relevant differences in relation to the international norm. The first refers to the agent immune to arrest; while the Convention protects the debtor, the Supreme Court safeguards the unfaithful depositary. Thus, it is necessary to distinguish these two agents to verify whether the first expression includes the second and, consequently, whether the Convention protects the unfaithful depositary. The second concerns the type of prison. The American Convention on Human Rights is generic when it determines the impossibility of imprisonment for debts, not distinguishing between the criminal and civil spheres. On the other hand, the Supreme Court only mentions imprisonment in the civil sphere, preserving the possibility of detention in the criminal sphere. Thus, the statement does not apply to the primary precept of article 168 of the Penal Code, which provides for the crime of misappropriation. In the type, there is even provision for a special cause of increase in cases of necessary or judicial deposit. Thus, this study analyzes the possibility of imprisonment of the unfaithful depositary in the criminal sphere, considering the Constitution of the Republic, the Binding Precedent 25, the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.

**KEYWORDS:** Misappropriation. Unfaithful custodian. Debts. Contractual obligation. Civil prison. Criminal arrest.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CADH - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC– Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941)

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

## 1 | INTRODUÇÃO

A CF/88 veda a prisão civil por dívidas, ressalvando a do prestador de alimentos e a do depositário infiel. A CADH também proíbe a prisão por dívidas, excepcionando a prisão do devedor de alimentos. Com isso, passou-se a debater sobre a legalidade da prisão do depositário infiel.

O embate foi parcialmente encerrado com a edição do verbete sumular 25 pelo STF, que declarou a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito.

Embora a Corte máxima brasileira tenha se pautado na CADH para proferir a

Súmula, há duas diferenças substanciais entre o dispositivo da Convenção e o conteúdo do enunciado sumular. A primeira dissonância está na espécie de ilícito pela qual a prisão é vedada. A Convenção menciona *dívidas*, enquanto a Corte Suprema faz referência a *depositário infiel*. A segunda reside no tipo de prisão: enquanto a CADH veda a prisão sem mencionar o âmbito, o verbete sumular restringe a proibição de detenção à esfera cível.

Nesse sentido, o artigo 168 do CP, que tipifica a conduta de apropriação indébita, continua vigendo no ordenamento jurídico pátrio, inclusive prevendo causa especial de aumento quando o agente recebe a coisa em depósito necessário ou judicial.

Desse modo, este trabalho propõe uma discussão sobre a licitude da prisão do depositário infiel na esfera penal, considerando a CF/88, a interpretação da Carta Magna pelo STF e a CADH.

Sinteticamente, o debate consistirá em duas etapas: primeiro, analisar-se-á se o *depositário infiel* é um mero *devedor*; após, será examinado se as peculiaridades das prisões civil e criminal autorizam a distinção realizada pelo STF no que tange à possibilidade de restrição da liberdade do depositário infiel nas duas esferas.

## 2 | NORMAS JURÍDICAS

A CADH, de 1969, estabelece, em seu artigo 7.7, que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. No mesmo sentido, o PIDCP dispõe, em seu artigo 11, que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Observe-se que o PIDCP tutela apenas quem está impossibilitado de adimplir a obrigação contratual. Essa impossibilidade de efetuar o pagamento já é admitida no ordenamento jurídico pátrio como impeditivo para a prisão, inclusive no caso de inadimplemento de alimentos, conforme será demonstrado adiante. Desse modo, o PIDCP já está alinhado à legislação brasileira, uma vez que ambos não admitem a prisão com base na teoria da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, a CADH é mais abrangente e veda a prisão por dívidas sem mencionar a necessidade de aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa), mostrando-se, portanto, mais relevante para este estudo.

No direito pátrio, a CF/88 assegura, como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Embora o cerne dos dois dispositivos seja a vedação à prisão por dívidas, o Poder Constituinte restringiu a proibição de prisão à esfera cível e considerou lícita a detenção do depositário infiel, ao contrário do estabelecido na norma internacional. Para resolver a dissonância relativa à prisão do depositário infiel, o STF editou, em 2009, verbete sumular

25, que possui o seguinte enunciado: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Encerrada a discussão na esfera cível por força da Súmula Vinculante, a prisão do depositário infiel continua a protagonizar debates no âmbito criminal, uma vez que continua vigendo o artigo 168-A do Código Penal, que tipifica a conduta de “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”, cominando pena de reclusão de um a quatro anos e multa. De acordo com o §1º, incisos I e II, do referido dispositivo, a reprimenda é exasperada em um terço quando o agente recebe a coisa em depósito necessário ou na qualidade de depositário judicial.

### 3 I DEFINIÇÃO DE DEVEDOR, DEPOSITÁRIO INFIEL E APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Um dos precedentes mencionados na Súmula Vinculante 25 é o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466343 (Tribunal Pleno, DJe de 5-6-2009), *in verbis*:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão civil **decorrente do descumprimento de obrigações contratuais**, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

Esse segmento clarifica o caminho seguido pelo STF para aproximar as figuras do *devedor* e do *depositário infiel*. Ambos são inadimplentes. Assim, para a Corte Suprema, *devedor* é aquele que descumpre obrigação contratual. Essa interpretação está mais alinhada com o PIDCP, que veda a prisão de quem não pode cumprir obrigação contratual.

Uma vez definida a expressão *devedor*, cumpre investigar se seu conceito engloba todas as espécies de apropriação indébita ou abarca apenas a figura do *depositário infiel*. Sobre o delito de apropriação indébita, Reis e Gonçalves (2013, p. 196 e 197) ensinam:

Nesse crime o agente já tem a posse lícita do bem alheio e, em determinado momento, resolve que irá dele se apropriar, ou seja, que não irá mais devolvê-lo. Difícil, entretanto, estabelecer o momento exato em que o agente toma essa decisão, o que gera controvérsia quanto ao foro competente. Entendemos, contudo, que, se o agente recebeu a posse em São Paulo e deveria devolver o bem em Jundiaí, a competência será firmada em São Paulo, local onde ele sempre esteve e, portanto, onde inverteu o ânimo em relação ao objeto, e não em Jundiaí, onde ele deveria ter ido devolver o bem mas não foi. A propósito: “nos crimes do art. 168 do CP, a apropriação indébita é posterior ao recebimento da coisa, logo, consuma-se no lugar onde o sujeito ativo inverte a posse, demonstrando intenção de dispor da coisa, ou pela negativa em devolvê-la, e não no local onde deveria restituí-la ao real proprietário” (STF — CC 1.646 — Rel. Min. Fláquer Scartezini — RT 679/410).

No mesmo sentido, Nucci (2014) afirma que apropriar-se pode ser entendido como

tomar como sua ou apossar-se de coisa pertencente a outrem. Desse modo, a diferença entre furto e apropriação indébita reside na origem da posse. No primeiro tipo, a posse é viciada desde o início, pois quem praticou o furto nunca possuiu a coisa licitamente. Já no segundo, o princípio da posse é lícita, pois o proprietário confiou a coisa ao agente; mas no momento em que solicita o bem de volta, o possuidor recusa-se a devolvê-la.

Assim, o praticante do crime de apropriação indébita amolda-se ao conceito de devedor do STF, pois se trata de descumprimento de uma obrigação contratual.

## 4 | FINALIDADE DA PRISÃO

A privação da liberdade por meio da prisão remete à ideia de cometimento de infrações penais. No entanto, além das prisões decretadas no âmbito penal, elas podem ter caráter civil, militar ou administrativo (LIMA, 2017). Para o estudo em comento, é relevante apenas a distinção entre as prisões civil e criminal, especialmente no que tange aos seus propósitos.

### 4.1 Prisão civil

A prisão civil tem por finalidade compelir alguém ao adimplemento de uma prestação civil (LIMA, 2017).

No entanto, de acordo com a patrimonialidade, um dos princípios gerais da execução, “A execução recai sobre o patrimônio do devedor, sobre os seus bens, não sobre sua pessoa.” (GONÇALVES, 2016, p. 713). Devido a isso, a prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro é excepcionalíssima, sendo permitida apenas na hipótese do devedor de alimentos oriundos do direito de família.

Ela está prevista no artigo 19 da Lei 5.478/68<sup>1</sup>, que estabelece:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou **para o cumprimento do julgado ou do acordo**, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias. [grifo meu]

Gize-se que o fato de a medida ter por objetivo o cumprimento do julgado revela seu caráter essencialmente coercitivo. Essa natureza coercitiva da prisão civil também depreende-se dos §§3º e 6º do artigo 528 do CPP, que prevêm, respectivamente, a inviabilidade de sua decretação em caso de comprovação de impossibilidade absoluta de pagamento e a suspensão da detenção na hipótese de pagamento<sup>2</sup>.

1 Lei 5.478/68 - Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

2 CPC - Art. 528. § 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento. § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. § 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

## 4.2 Prisão em matéria penal

### 4.2.1 Modalidades

Na esfera penal, as prisões dividem-se em *cautelar* e para *cumprimento de pena*, cada uma com seus propósitos (REIS E GONÇALVES, 2013).

Acerca das prisões cautelares, Rangel (2015, p. 766) ensina:

A prisão cautelar **tem como escopo resguardar o processo de conhecimento**, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual. [grifo meu]

No mesmo sentido, Lima (2017, p. 875) leciona que “Prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”. Em idêntica inteligência, Avena (2014) afirma que a prisão cautelar tem por escopo a tutela da investigação ou do processo.

Para analisar os demais objetivos da prisão cautelar, mostra-se necessário estudar suas subespécies, quais sejam, em flagrante<sup>3</sup>, temporária e preventiva.

Távora (2017) assevera que a prisão em flagrante objetiva a cessação imediata da prática da infração pelo transgressor, constituindo-se numa forma de autopreservação e defesa da sociedade. Para Pacelli (2017), além de evitar a consumação do delito, essa espécie de prisão tem por finalidade a garantia da idoneidade e da qualidade da prova colhida durante o cometimento ou imediatamente após a prática do delito.

De acordo com o artigo 1º da Lei 7.960/89, a prisão temporária tem por escopo a garantia das investigações do inquérito policial, a localização do investigado quando necessário ou o esclarecimento quanto a sua identidade. Destaque-se que essa subespécie de prisão aplica-se apenas a um rol taxativo de crimes<sup>4</sup> (LOPES JR., 2012), no qual a apropriação indébita, objeto deste estudo, não está incluída.

As funções da prisão preventiva estão elencadas no artigo 312 do CPP: a) conveniência da instrução criminal, b) localização do investigado quando necessário ou o esclarecimento quanto a sua identidade ou c) garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal ou da execução das medidas protetivas de urgência.

3 Após as alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, a doutrina dividiu-se em duas correntes sobre a natureza da prisão em flagrante. A primeira, defendida por Capez (2012), Reis e Gonçalves (2013) e Lima (2017), permanece com a concepção pré-reforma, afirmando que essa modalidade de prisão continua com natureza cautelar, ainda que efêmera ou provisória. A segunda corrente, seguida por Avena (2014) e Lopes Jr. (2014), defende que a prisão em flagrante inaugura uma nova natureza de prisão: a precautelada. Todavia, diante da irrelevância dessa discussão para esta pesquisa e por fins didáticos, a prisão em flagrante será considerada como de natureza cautelar.

4 Homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei 7.960/89, artigo 1º, inciso III).

Desse modo, devido à pena privativa de liberdade relativamente exígua prevista para o crime de apropriação indébita (um a quatro anos de reclusão), as hipóteses de decretação de prisão cautelar nesse tipo de delito revelam-se restritas. E todas estão relacionadas, direta ou indiretamente, à ação penal condenatória, que busca a imposição de alguma punição ao acusado, como a pena privativa de liberdade.

Assim, cumpre examinar os propósitos da prisão-pena, também chamada de prisão penal ou prisão para cumprimento da pena.

Para Capez (2012, p. 301), ela tem “a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade.”

Atualizando o conceito desse instituto após a recente mudança de entendimento do Plenário do STF no que tange à possibilidade de prisão para cumprimento de pena após decisão colegiada, Lima (2017, p. 875) destaca que a prisão penal, “de acordo com a nova orientação dos Tribunais Superiores (STF, HC 126.292), é aquela que resulta de acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância”.

Assim, a detenção para cumprimento da pena é o meio pelo qual se concretiza a persecução penal estatal, sendo necessário o estudo das teorias da finalidade da pena para a adequada compreensão do verdadeiro propósito desta modalidade de prisão.

#### *4.2.2 Teorias da finalidade da pena*

A finalidade mais abrangente da pena é a da necessidade, uma vez que sua ausência impossibilitaria um mundo civilizado como o conhecemos (BITENCOURT, 2012). Saindo da generalidade, existem três principais teorias que tentam explicar a função da pena: absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas e mista ou unificadora.

As teorias absolutas materializam a pena como um castigo ou punição, uma verdadeira retribuição do mal causado pelo infrator da legislação penal. Se o agente violou o contrato social e lesou a sociedade, o Estado devolve esse mal em forma de pena.

Nas teorias relativas impera o utilitarismo para justificar a pena, especialmente quanto ao caráter preventivo da punição. Ao punir os infratores, o Estado mostra a toda a sociedade as consequências da prática de delitos. Com isso, por meio da intimidação, os indivíduos são desestimulados a praticarem crimes (MIRABETE, 2001).

Por fim, a teoria mista une as duas correntes. A pena tem um caráter retributivo (o Estado devolve ao agente o mal causado à sociedade) e preventivo (inibição da prática de novos delitos através da intimidação).

## **5 I CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

Inicialmente, pontue-se o âmbito constitucional do debate. A CF/88 veda a prisão

*civil* por dívidas, com exceção do depositário infiel e do devedor de alimentos. Dessa forma, a esfera penal está completamente fora da proibição constitucional, não havendo qualquer impedimento à prisão de quem comete a conduta prevista no artigo 168 do Código Penal.

O mesmo não se pode dizer quando o exame do crime de apropriação indébita é realizado à luz da CADH. Isso porque a *apropriação indébita* está contida no conceito de *devedor*, de acordo com a interpretação do STF, pois se trata de descumprimento de obrigação contratual. E a Convenção veda expressamente a prisão por dívidas, independentemente de a privação de liberdade ocorrer na esfera penal ou cível.

O fato de a Súmula Vinculante ter se restringido a considerar ilícita a prisão do depositário infiel apenas na esfera cível pode ser atribuído a dois motivos. O primeiro está relacionado ao dispositivo constitucional analisado, que trata apenas da prisão civil; o segundo diz respeito à finalidade das prisões.

O artigo 5º, inciso LXVII, da CF/88, trata apenas da possibilidade de prisão na esfera cível. Assim, estando a Proposta de Súmula Vinculante 31, de 16 de dezembro de 2009, adstrita ao exame desse dispositivo, não caberia uma análise extensiva da matéria.

Quanto à finalidade do tolhimento da liberdade, de acordo com o esposado no tópico 4.1. deste estudo, a prisão civil busca compelir o devedor ao pagamento da dívida. E a prisão na esfera penal, quando se trata de cumprimento de pena, tem por objetivo a punição (retribuição do mal), a prevenção de crimes ou ambos (punição e prevenção). Note-se que na esfera cível o principal interessado na prisão é a vítima, ou seja, o credor. Enquanto na prisão para cumprimento de pena, impera o interesse da sociedade, seja para retribuir o mal, seja para prevenir. Assim, a prisão no interesse da sociedade pode ter um caráter mais nobre do que a detenção para proveito do particular, especialmente quando os grandes beneficiados seriam as instituições financeiras.

Claramente, essas duas justificativas são pragmáticas. Materialmente, a manutenção do tipo penal de apropriação indébita no ordenamento jurídico brasileiro continua não alinhada à CADH.

## 6 | CONCLUSÃO

No âmbito internacional, há basicamente duas normas que restringem a prisão em razão de dívidas, ambas internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. O PIDCP proíbe a detenção de um indivíduo apenas por não poder adimplir uma obrigação contratual. No mesmo sentido, a CADH veda a prisão por dívidas, ressalvando as decorrentes de obrigação alimentar.

No ordenamento pátrio, a CF/88 veda a prisão por dívidas, excetuando a do depositário infiel e a do devedor de alimentos. Após a edição da Súmula Vinculante 25 pelo STF, a única modalidade de prisão civil lícita no Brasil é a do inadimplente de obrigação alimentícia.

Como a CF/88 e o STF não se manifestaram acerca da prisão por descumprimento contratual na esfera criminal, a prática de apropriação indébita continuou configurando ilícito penal e, naturalmente, sujeitando o agente à prisão.

O estudo demonstrou que o PIDCP não se mostra relevante para este estudo, pois é aplicável apenas quando não for possível ao agente adimplir a obrigação contratual. E esse entendimento já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, onde, para decretação da prisão, seja em matéria cível ou penal, impera a teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, a análise do crime e apropriação indébita ficou adstrito à CADH, que proíbe a prisão do devedor independentemente do motivo que o levou à inadimplência.

Analisando a Súmula Vinculante, observou-se que o STF expandiu o conceito de *devedor*, expressão utilizada na CADH, estendendo a proibição de prisão ao *descumpridor de obrigação contratual*, expressão mais alinhada ao PIDCP. Assim, seria ilícita não apenas a prisão do depositário infiel, como a de todo o agente que praticar o crime de apropriação indébita.

Em seguida, buscou-se os motivos para a decretação de ilicitude da prisão do depositário infiel apenas na esfera cível. Foram encontradas duas possíveis respostas.

A primeira está relacionada ao propósito das prisões. A prisão civil busca essencialmente a coerção do agente. No que tange à prisão penal, há basicamente três espécies de teorias sobre a finalidade da pena: as retributivas apregoam que a pena materializa a retribuição pelo Estado do mal causado pelo criminoso; as relativas atribuem um caráter preventivo à pena; por derradeiro, as mistas unem as duas correntes anteriores, afirmando que a pena tem um caráter retributivo e outro pedagógico. Assim, a prisão criminal é decretada em prol da sociedade, seja para retribuir o mal, seja para prevenir outros crimes. Por outro lado, a prisão civil visa à satisfação da dívida, ou seja, a prover interesses particulares. Desse modo, a prisão criminal possui um caráter mais nobre, sendo mais tolerável, uma vez que serve à sociedade; por outro lado, a prisão civil existe para satisfazer interesses particulares, devendo ser restrita a casos excepcionais.

O segundo possível motivo diz respeito ao objeto da Súmula Vinculante 25. O artigo 5º, inciso LXVII, da CF/88, examinado pelo STF para edição do verbete sumular, trata apenas da prisão civil do depositário infiel. Dessa maneira, eventual exame de prisão em matéria criminal extrapolaria os limites da Proposta de Súmula.

Por fim, conclui-se que as duas justificativas são meramente pragmáticas, pois, materialmente, o crime de apropriação indébita está em desacordo com as normas contidas na CADH.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 25 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante n. 31**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_25\\_PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_25_PSV_31.pdf)>. Acesso em 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Planalto**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em 22 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. **Planalto**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l5478.htm)>. Acesso em 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm)>. Acesso em 24 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. In: LENZA, Pedro (Coord.). 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Esquemático).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. único. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Atlas: São Paulo, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 28 mar. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. In: LENZA, Pedro (Coord.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

## O DIREITO À EDUCAÇÃO EM AMBIENTE CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.214/84) E DA NOTA TÉCNICA Nº 14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Francisco Davi Nascimento Oliveira**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8524795435191959>

### **Dayane Reis Barros de Araújo Lima**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/5767880298193942>

### **Juliana Darah Campos Cansação**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/0477741449829842>

### **Hérisson Fernando Sousa**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8520360594814397>

### **Hilziane Layza de Brito Pereira Lima**

Universidade Estadual do Piauí - UESPI  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/1803841698954901>

### **Roméio Alves Carvalho da Silva**

Instituto Federal do Piauí – IFPI – Campus  
Piripiri  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8320793836224678>

### **Giulia Mattza Torres Oliveira de Assunção**

Defensoria Pública do Estado do Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/2027616824765431>

**RESUMO:** O Direito à educação trata-se de uma garantia Constitucional de segunda geração e ao lado dos direitos que nascem de políticas públicas assistencialistas, saúde, habitação, educação, lazer, dentre outros, ocupa um lugar de destaque no Estado Democrático de Direito. O objetivo principal deste trabalho consiste em discorrer sobre o direito a educação em ambiente carcerário sob a ótica da LEP (Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84). Os objetivos secundários concentram-se em analisar o conceito de pena sob a perspectiva da obra “Dos delitos e da Penas” de Cesare Beccaria e analisar a Nota Técnica n.º 14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ que versa sobre a evolução dos índices de encarcerados envolvidos em atividades educacionais. A metodologia consiste em uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, pautada na doutrina BECCARIA (1764), AVENA (2017), NUCCI (2018) e FOUCAULT (1987). A efetividade da prestação ao direito à educação em ambiente carcerário revela-se um desafio de grande proporção a ser superado pelo Estado, enquanto responsável pela manutenção da ordem e do bem estar social, tendo em vista que os dados do Departamento Penitenciário Nacional sobre os índices de pessoas encarceradas em atividade educacional são tímidos, revelando que a proporção em 2012 era de 8,64% e em 2019 de 16,56%.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação. Lei 7.210/84. Sistema Carcerário.

## THE RIGHT TO EDUCATION IN A PRISON ENVIRONMENT: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE CRIMINAL ENFORCEMENT LAW (LAW 7.214/84) AND TECHNICAL NOTE N°14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ

**ABSTRACT:** The right to education is a second-generation Constitutional guarantee and alongside the rights that arise from welfare public policies, health, housing, education, leisure, among others, occupies a prominent place in the Democratic Rule of Law. The main objective of this work is to discuss the right to education in a prison environment from the perspective of the LEP (Law of Penal Execution - Law 7,210/84). The secondary objectives are to analyze the concept of penalty from the perspective of the work “Dos delitos e da Penas” by Cesare Beccaria and to analyze Technical Note No. 14/2020 / COECE / CGCAP / DIRPP / DEPEN / MJ on the evolution of the incarcerated rates involved in educational activities. The methodology consists of a qualitative bibliographic research, based on the doctrine BECCARIA (1764), AVENA (2017), NUCCI (2018) and FOUCAULT (1999). The effectiveness of the provision of the right to education in a prison environment proves to be a major challenge to be overcome by the State, as responsible for maintaining order and social welfare, considering that the data from the National Penitentiary Department on the indexes of people incarcerated in educational activity are shy, revealing that the proportion in 2012 was 8.64% and in 2019 16.56%.

**KEYWORDS:** Education. Law 7.210/84. Prison system.

### 1 | INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra um lastro complexo e diversificado de direitos e garantias, a exemplo do direito à liberdade, igualdade, saúde, educação, segurança, propriedade, lazer e a paz. O direito à educação enquadra-se como um direito de segunda geração e ocupa um espaço de destaque no cenário democrático brasileiro.

O conceito de pena, à luz do que preceitua a obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, nasce da ação do homem primitivo que gozava de uma liberdade pautada em diversos temores. Assim, buscando consolidar a segurança e liberdade que tanto almejava, instituiu normas de condutas a serem seguidas por uma coletividade de indivíduos, a fim de que uma vez infringida qualquer norma socialmente estabelecida, nasceria para o transgressor a responsabilidade de pagar pela sua dívida moral, através de uma pena.

A LEP (Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84) revoluciona quando se trata de proporcionar condições para a integração do apenado e do internado em ambiente carcerário. Seu escopo normativo comunga precipuamente das bases sólidas da CF (Constituição Federal) de 1988 e de legislações internacionais, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Qualquer legislação necessita de suporte constitucional, em especial a penal e processual penal, vez que tratam diretamente do direito à liberdade.

O objetivo principal deste trabalho consistiu em discorrer sobre o direito à educação

em ambiente carcerário sob a ordem da LEP (Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84). Os objetivos secundários tratam do conceito de pena sob a perspectiva da obra “Dos delitos e da Penas” de Cesare Beccaria e orientam-se ainda em analisar a Nota Técnica n.º 14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ que versa sobre a evolução dos índices de encarcerados envolvidos em atividades educacionais.

A metodologia consiste em uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, pautada na doutrina BECCARIA (1764), externada na obra “Dos Delitos e das Penas”, AVENA (2017), com suas considerações sobre o devido processo legal, NUCCI (2018), e suas considerações sobre Execução Penal e FOUCAULT (1987), através de sua obra “vigiar e Punir” e nos dados da norma técnica nº14/2020, disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional e com a Coordenação de Educação, Cultura e Esporte do DEPEN.

A aludida pesquisa revela-se inovadora ao tratar do direito à educação em ambiente carcerário, vez que estabelece um elo entre premissas da LEP (Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84), com as legislações internacionais, Pacto de São José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (The Universal Declaration of Human Rights), com os conceitos de formação situados na obra de Beccaria, Dos Delitos e das Penas, e ao mesmo tempo com as bases da Constituição Federal de 1988.

Assim, conclui-se que o direito à educação é universal, perante a ótica da legislação internacional, que proclama ideais comuns a serem atingidos por todos os povos e nações signatários e brasileira. A CF/1988 consagra expressamente o direito à educação, sendo este uma garantia à todos os brasileiros, natos e naturalizados, sem qualquer distinção. A LEP (Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84) na seção V, que trata da assistência educacional, emoldura de forma clara que o detento e o internado tem direito a instrução escolar e a formação profissional (art. 12 e seguintes da Lei 7.210/84).

Mesmo diante de todas estas prerrogativas, o apenado e o internado ainda encontram dificuldades de ter acesso à educação de qualidade em ambiente carcerário, a exemplo do que externa a Nota Técnica nº 14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, que revela frações tímidas sobre os índices de encarcerados envolvidos em atividades educacionais, a exemplo cita-se que em 2012 a proporção era de 8,64% e em 2019 de 16,56%.

## **2 | O CONCEITO DE PENA SOB A PERSPECTIVA DA OBRA “DOS DELITOS E DA PENAS” DE CESARE BECCARIA**

A obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria data de 1764 e inaugura, na segunda metade do século XVIII, um pensamento filosófico-humanitário sobre a coletividade civil acerca de pena, externada *a priori* como um resultados dos sentimentos indeléveis do coração humano.

Quando versa sobre as origens das penas e do direito de punir, a obra por si só traz

uma configuração clara do conceito de moral e de pena. Assim, delinea de forma objetiva que a moral política, aquela pautada nos anseios dos que governam, deve ser pautada nos anseios e sentimentos indeléveis do coração dos indivíduos que compõe uma determinada sociedade, sob pena de não refletirem nenhuma vantagem durável. Denota-se, então, que as leis devem caminhar de acordo com o espírito do povo, personificando-se em um reflexo das necessidades e aspirações da sociedade (BECCARIA, 1764).

No início da obra, Beccaria convida os leitores a consultar os sentimentos mais profundos do coração humano para, a partir de então, extrair o conceito e os fundamentos do direito de punir. Aborda, sob uma perspectiva antropológica, que as leis foram os instrumentos mais eficientes para unirem os homens em sociedade, antes separado por conflitos e guerras de interesses individuais.

A obra versa, ainda, sobre as primeiras concepções de soberania e de nação, destacando que o homem ao sacrificar uma parte de sua liberdade, para instituir normas de conduta, a serem seguidas por todos os indivíduos de uma determinada sociedade, trouxe à tona a essência do que seria uma nação soberana, buscando tão somente, com esses sacrifícios, a manutenção da ordem e da paz social. A saber, Beccaria (1764, p. 10):

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto.

Denota-se que o conceito de pena, ou até mesmo as noções de execução de pena explicitadas na obra de Beccaria, convergem com os fundamentos da doutrina mais atualizada que trata da execução da pretensão punitiva do Estado. Assim, cita-se Nucci (2018, p. 16):

A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. [...] Trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.

Beccaria aduz ainda que, uma vez que um determinado grupo de pessoas, que formam uma coletividade ou sociedade, abdicam de uma parcela de sua liberdade, buscando a conservação da paz e da ordem, estabelecem primariamente que o conjunto dessas parcelas de liberdade perfazem o fundamento do direito de punir. Assim, estabelece que todo direito que se afasta dessa premissa configura abuso de poder, poder de fato e não de direito, usurpado da legítima necessidade do homem que vive em sociedade.

Desse modo, menciona Beccaria (1764, p. 10): “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”.

Assim, menciona Beccaria (1764, p. 11): “A segunda consequência é que o

soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis”.

Os fundamentos de Beccaria nesta obra tratam ainda que, do ponto de vista da natureza do delito/infração, surge inicialmente dois sujeitos ativos, o soberano (Estado), que enfatiza que o contrato social foi rompido e o indivíduo transgressor da norma, que nega a violação. Nesse contexto, a obra enfatiza que surge a necessidade de um terceiro agente, que decida, consultando acusação e defesa, o magistrado, que deve atuar de forma imparcial e decidir pela existência ou não da razão de punir. Partilhando de entendimento semelhante, Nucci (2018, p. 17), assim se posiciona sobre a natureza jurídica da execução penal:

Cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados pelo Executivo e sob sua responsabilidade.

A dinâmica construída por Beccaria na obra “Dos Delitos e das Penas”, traça os fundamentos do direito de punir, que convergem com muitos preceitos da ordem constitucional de 1988, excluindo-se o fato de que atualmente a pena não deve representar uma dor/sofrimento a ser suportada pela transgressão de uma norma legal. Ademais, a Constituição Federal de 1988 veda as penas cruéis, de caráter humilhante e degradante, devendo ser imposta de acordo com o pacto social moderno, que se pauta na ressocialização e na constitucionalização dos direitos civis.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 205 afirma:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Como demonstrado em linhas passadas, os presos tem o direito de viver em condição humanas dignas, com prestação de serviço educacional, para que o ambiente carcerário seja, no mínimo, propício para ressocializar o apenado. Qualquer pessoa, independentemente de sua idade, condição social ou financeira, tem o direito de receber educação de qualidade, sendo obrigação estatal a garantia e proventos educacionais aos presos e internados (MIRABETE E FABRINI, 2007).

A atividade educacional não pode ser considerada como algo descartável pela administração penitenciária, mas deve ser tida como algo essencial no dia a dia dos presos, pois a mesma é capaz de oferecer oportunidades e desenvolvimentos intelectuais não tidos antes por estes. A educação deve ofertar necessidades básicas e primárias, para que todas as pessoas que estejam encarceradas tenham um melhor aproveitamento no tempo

que estarão lá, para que possam aprender habilidades como ler, escrever, fazer cálculos, dentre outros (COYLE, 2002).

A prisão no território brasileiro não recupera o condenado, apenas contempla um cenário mais violento. Para Shecaira (2006), as prisões devem servir como um condutor para efetivas mudanças para o preso, pois a pena é privativa de liberdade e não de dignidade, o que deve ser levado em consideração a todos os demais direitos inerentes à pessoa humana, pois é através da punição que se denota uma evolução social, tendo em vista que não existe castigo que fira qualquer direito fundamental do homem.

Dito isto, pode-se observar que no cárcere, inexistente basicamente, qualquer atividade que busca motivar o intelecto do preso, o que faz aumentar cada vez mais o sacrifício e inviabilidade de suportar a pena. A prisão traz consequências avassaladoras para quem está cumprindo pena, pois mitiga a dignidade da pessoa humana, ocasionando insegurança para o condenado e para o egresso. A perda da liberdade e a separação física do convívio da sociedade leva ao desvirtuamento social, bem como a dificuldade de instauração da pessoa que já não convive mais socialmente, pois o cárcere acomete ao embaraço da consciência humana (VARGAS, 2006).

Para Alagia *et al* (2011), o fato da sociedade não saber resolver as adversidades e os transformarem em crimes, demonstra o declínio da política social no país. Por conta disso, acentua-se que a educação é um meio que contribui para a reinserção do apenado em sociedade, futuro egresso, bem como para demonstrar sua importância como ser humano. Para Segnini (2000) é grande a perspectiva ao ser ofertada uma educação qualificada dentro do sistema carcerário para a garantia de um determinado emprego, ou até mesmo outra forma de oportunidade para que egresso seja capaz de enfrentar a sociedade de um modo menos conturbado.

Deste modo, configura-se a educação como sendo direito de todos, dever do Estado e da família, devendo ser promovida e desenvolvida com a colaboração de toda sociedade, visando a integração coletiva, preparando também para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

### **31 O DIREITO À EDUCAÇÃO DO APENADO: NOTAS SOBRE O DIREITO PENAL/CONSTITUCIONAL**

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à educação como sendo de segunda dimensão, ocupando lugar de destaque no Estado Democrático de Direito. O Diploma Constitucional transborda uma ordem democrática, pautada na liberdade (primeira dimensão), igualdade (segunda dimensão), fraternidade (terceira dimensão) e informação, pluralismo (quarta geração).

Os direitos de primeira geração/dimensão surgiram no século XVII e XVIII, conhecidos como garantias de liberdade, divergentes por natureza ao ideal intervencionista do estado. Aludem aos direitos civis e políticos dos indivíduos que compõem uma sociedade e que

fazem frente ao Estado. São exemplos diretos, o direito à vida, segurança, propriedade, dentre outros (PAULO E ALEXANDRINO, 2012).

Os direitos de segunda geração são opositores da essência liberal dos direitos da primeira geração, pois marcam uma ordem social pautada no intervencionismo estatal, ou seja, são concretizados através da atuação do Estado, enquanto mantenedor da ordem social. Encontram apoio no direito à liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por constituírem parcelas de direitos mínimas, essenciais à manutenção da vida em sociedade, como o direito à saúde, educação e ao trabalho. Tratam-se dos direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, nascidos no solo da doutrina antiliberal veiculada no século XX (BONAVIDES, 2011).

As garantias fundamentais de quarta geração consubstanciam-se na sociedade aberta do futuro, compreendida em uma universalidade máxima, concretizados através dos avanços das tecnologias e da globalização e legitimamente alicerçados na informação e no pluralismo. Assim, compreendem o direito à informação, a democracia e ao pluralismo. O processo de globalização compreende em segundo plano a universalização dos direitos fundamentais em esfera institucional (BONAVIDES, 2011).

De todas as garantias emolduradas na Constituição Federal, encontra-se ainda a vedação expressa a tortura e ao tratamento desumano, humilhante ou degradante. Nesse ínterim, questiona-se acerca a realidade do encarcerado/apenado no Brasil. A LEP (Lei de Execução Penal), constitui-se como um complexo compilado de normas voltada para a disciplina da execução da pena em ambiente prisional.

O conceito de pena, como visto na obra de Beccaria, primitivamente associava-se a uma dívida moral, paga através das convenções estabelecidas em sociedade. Atualmente, a execução da pena privativa de liberdade deve atender aos ditames constitucionais e da Lei de Execução Penal, sendo assegurado ao detendo, enquanto ser humano sob a tutela do Estado, diversas garantias que nascem do princípio da dignidade da pessoa humana e convergem para o máxima da ressocialização, que é o objetivo do encarceramento no estado democrático de direito brasileiro, possuindo assim a pena uma natureza pedagógica.

Historicamente falando, o conceito de pena evoluiu da noção centralizada no suplício e imposição de dor física, ao cumprimento de restrições apregoadas na privação da liberdade ou na limitação de direitos, definidas sob uma visão humanitária e ressocializadora, de repercussão internacional. Nesta esteira, cita-se Foucault (1999, p. 19):

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. [...] Na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. A crítica ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: é justo que o condenado sofra mais que os outros

homens? A pena se dissocia totalmente de um complemento de dor física.

Foucault (1999) trata de forma pormenorizada sobre a mitigação das penas, mencionando que uma determinada pena para atingir seu objetivo, tem que observar alguns pontos, a saber: a) Ser tão pouco arbitrárias, quanto possível; b) Diminuir o desejo que circunda a prática do crime, aumentar o interesse que torna a pena temível (reverter os polos de intensidade); c) necessidade de modulação temporal para as penas; d) interesse coletivo na pena do condenado e o caráter visível do castigo; e) publicidade da pena; f) Como desencorajar a imagem do crime.

Assim, sob a perspectiva da legislação constitucional e infraconstitucional, como é o caso da LEP, o encarcerado tem direito a cumprir a pena imposta pela Lei, em condições que sejam suficientes para ressocializá-lo. Goza, assim, de inúmeras garantias, como o direito à saúde, educação, assistência jurídica, trabalho para remissão da pena e conseqüentemente remuneração justa. Assim, cita-se da LEP:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

Assim, sob a perspectiva moderna de execução penal, o encarcerado deve cumprir a pena imposta, resultado do devido processo legal, em condições e gozando de prerrogativas, capazes de reinseri-lo em sociedade. Assim, vital é o direito à educação em ambiente carcerário.

#### **4 | A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A NOTA TÉCNICA Nº 14/2020/COECE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ: INFORMES SOBRE A REALIDADE DO ACESSO À EDUCAÇÃO EM AMBIENTE CARCERÁRIO NO BRASIL**

A educação em ambiente prisional encontra apoio na Constituição Federal de 1988, na LEP (Lei de Execução Penal), na Lei nº 9.394/1996, que instituiu as normas e bases da educação, no Decreto nº 7.626/2011, que versa sobre o plano de estratégias de cunho educacional do Sistema Prisional, na Resolução CNPCP nº 3/2009, que trata das normas de promoção e oferta de educação nos estabelecimentos carcerários, na Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 2/2010, orientações para o acesso à educação de jovens e adultos em situação de privação de liberdade e a Resolução CNE nº 4/2016, normas de âmbito nacional para a remição de pena através de práticas educacionais em ambiente prisional.

A Constituição Federal de 1988 emoldura o direito a educação em seu art. 6º, deixando claro que se trata de um direito social, ocupando lugar de destaque ao lado dos direito à saúde, alimentação, trabalho, previdência, assistência, dentre outros.

O art. 17 da LEP (Lei de Execução Penal), aduz que o direito à educação compreende

a instrução escolar e a formação profissional do detento/internado. Ademais, menciona o art. 18 do mesmo diploma legal que o ensino de primeiro grau será obrigatório.

O art. 18 – A versa que o ensino médio e a educação profissional será implantado nas intuições de cárcere, em atenção aos preceitos contidos na CF/1988, estando interligados aos sistemas dos estados e municípios, financeiramente e administrativamente, sendo custeado com apoio da União e do sistema estadual de justiça. O mesmo dispositivo, menciona ainda em seu parágrafo terceiro, que a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal prestarão aos detentos educação na modalidade à distância, com a disponibilização de tecnologias de ensino.

O art. 21 da LEP, estabelece que cada instituição prisional deve ser paramentada com uma biblioteca, disponível para todos os reclusos, sem distinção, composta por livros instrutivos, recreativos e didáticos.

O art. 21 – A da mesma lei trata ainda do senso realizado em ambiente prisional, destacando que o mesmo deve apurar também o nível de escolaridade dos detentos, a disponibilização de cursos, fundamental e médio, bem como o número de presos atendidos, existência de biblioteca e suas condições e a existência de cursos de natureza profissionalizante e técnico e o número de detentos atendidos.

A Lei nº 9.394/96, que trata das diretrizes e bases da educação, faz menção expressa em seu art. 1º, §2º que a educação deverá ser vinculada ao mundo do trabalho e a prática social. Menciona ainda em seu art. 3º, incisos I que a educação constitui como fundamento precípua o princípio da igualdade de condições.

A Resolução nº 2, de 19 de maio de 2010, que delinea os planos nacionais para promoção de educação de jovens e adultos em cárcere, menciona em seu art. 2º:

As ações de educação em contexto de privação de liberdade devem estar calcadas na legislação educacional vigente no país, na Lei de Execução Penal, nos tratados internacionais firmados pelo Brasil no âmbito das políticas de direitos humanos e privação de liberdade, devendo atender às especificidades dos diferentes níveis e modalidades de educação e ensino e são extensivas aos presos provisórios, condenados, egressos do sistema prisional e àqueles que cumprem medidas de segurança.

A Resolução nº 4, de 30 de maio de 2016 do Ministério da Educação, que estabelece as normas para remissão da pena pelo estudo de pessoas encarceradas, determina no art. 3º:

A oferta de programas de Educação de Jovens e Adultos e de qualificação profissional e correspondentes itinerários formativos, até a conclusão da Educação Profissional Técnica de Nível Médio, para fins de remissão de pena em estabelecimentos penais, pode ocorrer nas modalidades de ensino presencial ou de Educação a Distância, ou mesmo da combinação de ambas, devidamente supervisionadas por seus sistemas de ensino.

O Decreto Lei nº 7.626/2011, que traça o plano de estratégias para educação em ambiente prisional, aduz em seu art. 3º que são normas do PEESP (Plano Estratégico de

Educação no âmbito do Sistema Prisional), a ressocialização do apenado pela educação, a integração dos órgãos de ensino com as instituições responsáveis pela execução penal, a implementação e estimulação de políticas educacionais direcionadas às crianças em reclusão.

A Norma Técnica nº 14 de 2020 veicula dados sobre a evolução do número de encarcerados envolvidos em atividades educacionais, em ambiente prisional estadual e federal, reafirmando assim o pacto constitucional, através de estratégias do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Departamento Penitenciário Nacional e da Coordenação de Educação, Cultura e Esporte do DEPEN.

Os dados foram levantados através do processo de pesquisa nº 08016.008915/2020-58. O INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), do departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), disponibilizou dados mais recentes sobre a população carcerário do Brasil, relativos ao ano de 2019, quando havia 748.009 detentos, bem como sobre a número de instituições prisionais em atividade no país, que totalizavam 1.435 unidades.

Desse contingente, 65,9% estão paramentadas com sala de aula e 57,4% mantém uma biblioteca. Aponta ainda que 16,53% dos detentos estão envolvidos em atividades educacionais. A evolução dos números destes últimos fora de 276% de 2012 à 2019, demonstrando uma crescente exponencial, mas que reflete um número tímido quando analisado no seu total, pois se trata de apenas 124.000 dos 748.009 detentos.

Os dados que refletem a situação do Estado do Piauí demonstram que houve uma queda considerável do número de presos envolvidos com atividades educacionais, pois em 2018 o número refletia que dos 4.514 detentos, 760 (16,84%), estavam ligados a programas educacionais. No entanto, em 2019, dos 4.433 encarcerados, somente 463 (10,44%) estavam em atividade escolar (fundamental, técnica ou profissionalizante).

O Estado do Amapá – AP chama atenção de forma negativa. Apresentou os seguintes dados: 2017 – 11,34%, 2018 – 0,84% e 2019 – 2,84%. Positivamente, destacam-se os estados do Maranhão, Santa Catarina, Paraná e Pernambuco, os quais apresentaram respectivamente os seguintes números acerca de presos em atividades educacionais no ano de 2019: MA – 55,85%, PE – 32,70%, PR – 31,94% e SC – 46,87%.

Diante desses dados que refletem com precisão a realidade do sistema carcerário brasileiro, resta demonstrado que a promoção e implementação de políticas de educação (básica, fundamental, técnica e profissionalizante) são vitais para o processo de ressocialização do apenado. Ao cumprir a pena privativa de liberdade, tão logo é posto em liberdade, o ex detento encontra grandes dificuldades de se realocar no mercado de trabalho, exigente e globalizado, como preconiza a legislação constitucional pátria e a Lei de execução Penal – LEI 7.210/84.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou demonstrar como a legislação brasileira e internacional convergem para implantação de políticas educacionais efetivas e próximas da realidade do apenado.

Diversos instrumentos normativos traçam metas e instituem planos para promoção da educação, a saber Lei nº 9.394/1996, o Decreto nº 7.626/2011, a Resolução CNPCP nº 3/2009, a Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 2/2010, dentre outros, todos em consonância com a CF/1988 de uma LEP (Lei de Execução Penal – LEI 7.210/84), mas os números ainda demonstram uma realidade diferente dos planos normativos.

A Lei de Execução Penal, revoluciona no trato da execução da pena em ambiente carcerário, estabelecendo uma conjuntura que favorece o apenado quanto ao gozo de seus direitos civis e políticos. Oportuniza teoricamente o acesso à educação, a saúde, lazer, a residir em ambiente disciplinado por padrões de segurança e higiene rígidos, dentre outros.

Ressalta-se que a realidade apontada pela Norma Técnica nº 14/2020 do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), demonstra que muitos desafios devem ser superados, de modo que a prestação de políticas educacionais em ambiente prisional seja mais efetiva.

É válido ressaltar ainda que, nos termos da Lei de Execução Penal, os programas educacionais serão ofertados nas instituições prisionais, deixando claro que existe a oferta, mesmo que de forma falha e limitada, sendo necessário assim que haja o interesse dos detentos nos programas de ensino.

A evasão escolar é um dos grandes problemas que o atual sistema de educação enfrenta, levando o Estado a promover, das mais diversas formas, políticas de incentivo à educação, através de programas de ensino (básico, fundamental, técnico e profissionalizante).

As dificuldades triplicam quando se trata de educação em ambiente carcerário, pois além da falta de estrutura, das formações criminosas que nascem dentro dos presídios, com seus códigos disciplinares próprios, a superlotação, a alimentação precária, os detentos precisam lidar com a realidade da auto instrução, tendo em vista a falta de professores ou tutores, ou a instrução na modalidade tele presencial, que impõe limites para todos aqueles que não possuem formação digital.

Como visto, existem diversos instrumentos normativos que promovem o acesso à educação em ambiente de cárcere, demonstrando que tal garantia constitucional é um dos degraus que conduzem para a ressocialização do apenado.

Resta evidente que, apesar do Estado mover uma parte do seu aparato legal para criar e implantar programas de atenção à educação em ambiente prisional, os números não são promissores, demonstrando que a realidade formal difere da realidade material.

Assim, revela-se imperioso que as políticas públicas assistenciais destinadas aos

detentos sejam mais efetivas, pois para se atingir uma educação de qualidade, faz-se necessário que sejam garantidos os demais direitos assegurados na CF/1988, como a saúde, lazer, alimentação de qualidade, trabalho em condições dignas, de modo que a harmonia e a integração social do apenado seja possível, nos termos do que preconiza o Estado Democrático de Direito e as garantias de liberdade, igualdade e Justiça.

## REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

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

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. **Ministério da Educação. Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais**. Resolução nº 2, de 19 de maio de 2010.

BRASIL. **Ministério da Educação. Diretrizes Operacionais Nacionais para a remição de pena pelo estudo de pessoas em privação de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional brasileiro**. Resolução nº 4, de 30 de maio de 2016.

BRASIL. Governo Federal. **Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional**. Brasília, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764). Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Fonte Digital: [www.jahr.org](http://www.jahr.org). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos: Manual para Servidores Penitenciários**. Londres: *International Centre for Prison Studies*, 2002, p. 186.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis, Vozes, 1987.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 874.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 8ª ed. Editora Método. São Paulo-SP. 2012.

SEGNINI, Líliliana Rolfsen Petrilli. **Educação e trabalho**: uma relação tão necessária quanto insuficiente. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v.14, n.2, Abril/Jun. 2000.

SHECAIRA, Salomão Sergio. **Controle Social Punitivo e a Experiência Brasileira**: Uma Visão Crítica da Lei 9.099/95, Sob a Perspectiva Criminológica. v.29. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2006.

VARGAS, João Protásio Farias Domingues de. **Criminologia e Descarcerização**: Uma Introdução ao Complexo Processual de (Re) Construção da Dignidade Humana e da Cidadania Pela Educação, Ocupação e Geração de Renda. In: Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal. Belo Horizonte: v.7, mar.2006.

## MARCAS CRONOTÓPICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUAS MATRIZES ESPAÇOTEMPORAIS

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Alex Sandro Teixeira da Cruz**

Professor na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), no Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE) e na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade da Região do Pantanal (UNIDERP), mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e doutorando em Ciências da Linguagem na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Promotor de justiça do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC)

**RESUMO:** O presente artigo trata de marcas cronotópicas, tanto no plano textual quanto no discursivo, presentes na Constituição brasileira de 1988. Para tanto, imerge-se teoricamente na noção de cronotopia concebida pelo pensador russo Mikhail Bakhtin, delineando-se os fundamentos que, para além da literatura, permitem a utilização do cronótopo como elemento de análise espaçotemporal de outras materialidades culturais. Na sequência, procura-se conhecer o ambiente sociopolítico que precedeu e permeou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, de forma a induzir a percepção do porquê das opções normativas introduzidas no corpo da Constituição por ela elaborada. Adiante, são identificadas, nos dispositivos constitucionais, certas materialidades que retratam a vinculação do pensamento e dos matizes ideológicos da época com o produto

textual e discursivo entregue à nação em 1988, delineando o cronótopo mais amplo da cidadania e seu fracionamento nos cronótopos mais específicos da plenitude das liberdades civis e da mitigação da força estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cronotopia. Cronótopo. Bakhtin. Constituição brasileira de 1988. Cidadania.

### CHRONOTOPIC BRANDS IN THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION: CONSIDERATIONS ABOUT ITS SPACE-TEMPORAL MATRICES

**ABSTRACT:** This article deals with chronotopic marks, both in textual and discursive terms, present in the Brazilian Constitution of 1988. To that end, it theoretically immerses itself in the notion of chronotopy conceived by the Russian thinker Mikhail Bakhtin, outlining the fundamentals that, in addition to of literature, allow the use of chronotope as an element of spatio-temporal analysis of other cultural materialities. In the sequence, we seek to know the socio-political environment that preceded and permeated the work of the National Constituent Assembly from 1987-1988, in order to induce the perception of why the normative options introduced in the body of the Constitution elaborated by it. Ahead, certain materialities are identified in the constitutional provisions that portray the link of the ideological thought and nuances of the time with the textual and discursive product delivered to the nation in 1988, outlining the broader chronotope of citizenship and its division into the more specific chronotopes of the country. full civil liberties and mitigating state strength.

**KEYWORDS:** Chronotopy. Chronotope. Bakhtin. 1988 brazilian Constitution. Citizenship.

## 1 | INTRODUÇÃO

O dia 15 de janeiro de 1985 é tido, no Brasil, como o marco divisor entre o regime militar instituído em 1964 e o processo de redemocratização do país. Foi exatamente nessa data que o então colégio eleitoral sufragou o nome de Tancredo de Almeida Neves como o primeiro presidente civil pós 64, sucedendo os cinco presidentes oriundos das Forças Armadas que o precederam<sup>1</sup>. E, embora o presidente eleito não tenha efetivamente assumido o posto presidencial em função dos problemas de saúde que o acometeram às vésperas da posse, seu vice, José Sarney de Araújo Costa, acabou sendo empossado e, com a subsequente morte de Tancredo, efetivado na Presidência da República para o cumprimento integral do mandato.

Foi nesse contexto de retomada do poder pelos civis que, já mais ao final daquele mesmo ano de 1985, precisamente no dia 28 de novembro, restou aprovada a Emenda Constitucional n. 26 (BRASIL, 1985), atribuindo, ao Congresso Nacional a ser eleito em 1986, poderes de Assembleia Nacional Constituinte, a fim elaborar uma nova Constituição para o país, em substituição àquela outorgada em 24 de janeiro de 1967 (BRASIL, 1967), que fora substancialmente alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), e que transitara como ordem constitucional durante o transcurso do regime militar.

De fato, após o pleito eleitoral de 1986, em 1º de fevereiro de 1987, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte, formada por senadores<sup>2</sup> e deputados federais. Os trabalhos constituintes perduraram desde tal data até o dia 5 de outubro de 1988, quando a nova Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) foi finalmente promulgada e entregue à nação, estendendo-se sua vigência, apesar de mais de uma centena de emendas, até os dias atuais. Trata-se de um documento que, dentre outros substratos, trouxe a preocupação do constituinte em contrapor-se ao modelo instituído pelo regime militar que o precedeu, almejando sobrevalorizar o indivíduo e, ao mesmo tempo, restringir os poderes do Estado, como elementos integrantes da consagração da cidadania e dos valores democráticos.

Daí porque, no presente artigo, pretendo identificar, no texto da Constituição (BRASIL, 1988), certas marcas cronotópicas que evidenciam o pendor do constituinte por uma discursividade que, em princípio, tende a balizar-se pela qualificação da cidadania através do incremento das liberdades civis e da mitigação do atuar estatal sobre o cidadão.

1 Os generais de exército Humberto de Alencar Castelo Branco, Artur da Costa e Silva, Emílio Garrastazu Médici, Ernesto Beckmann Geisel e João Baptista de Oliveira Figueiredo.

2 Integraram a Assembleia Nacional Constituinte tanto senadores eleitos em 1986 quanto aqueles que já ocupavam, anteriormente, cadeiras no Senado Federal e que não tiveram seus mandatos encerrados em 1987.

E o pretendo fazer em uma perspectiva relacional com a ideologia<sup>3</sup> predominante à época, cujo traço característico envolvia renegar legados do período precedente e reconstruir as ordens social, política, jurídica e econômica nacionais em bases diversas, justamente por, em princípio, enxergar-se no regime militar um modelo autoritário e excessivamente intervencionista.

Para tanto, iniciarei, na Seção 2, por delinear a compreensão da cronotopia como fundamento teórico para o desenvolvimento da análise. O ponto de partida será o estudo do cronótopo tal como desenvolvido por Mikhail Bakhtin (1895-1975), cuja abrangência, ainda que direcionada mais especificamente à identificação dos marcos espaçotemporais em obras literárias<sup>4</sup>, tende a irradiar efeitos para quaisquer outras materialidades textuais e discursivas, nas quais espaço e tempo estabeleçam relação direta com o campo de prospecção em que tais elementos se materializem. Isso porque, bem compulsado o cronótopo, sua órbita analítica não se restringe estritamente à arte romanesca, considerando-se que marcas do espaço e do tempo podem ocorrer em quaisquer formas de manifestação (FURLANETTO, 2019), esclarecendo de antemão que, no presente trabalho, utilizarei a cronotopia como substrato analítico sobre materialidade normativa, trazendo a proposta bakhtiniana, portanto, para o campo da ciência jurídica.

Em seguida, na Seção 3, procurarei descrever o ambiente que permeou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. A ideia, nessa etapa, é identificar certos traços do regime militar de 1964-1985 tidos como despóticos, assim como sua relação com as discussões, debates e decisões ocorridas em meio aos trabalhos constituintes, e que possam, direta ou indiretamente, ter influenciado a textualidade e discursividade contidas no corpo do documento aprovado. Em outras palavras, trata-se de conhecer e avaliar os componentes espaçotemporais presentes no Brasil daquela época, em tempo no qual o advento da Constituição (BRASIL, 1988) atuou como corolário da então nova democracia<sup>5</sup> de nosso país.

Por derradeiro, na Seção 4, ingressando na análise de certos pontos do texto constitucional, procurarei identificar e analisar as marcas cronotópicas consentâneas com o perfil ideológico que predominava naquele momento histórico, marcado pelo esgotamento do regime militar e pelo anseio de ampliação das liberdades individuais e de maior controle

---

3 Destutt de Tracy (1754-1836), citado por Michel Maffesoli (2001), entendia a ideologia como um conjunto orgânico de ideias, sendo, na concepção do próprio Maffesoli (2001, p. 76), “sempre pensada, passível de racionalização”.

4 O cronótopo constitui “a interligação fundamental das relações temporais e espaciais assimiladas na literatura” (BAKHTIN, 1990, p. 211).

5 A democracia aqui envolve a ideia, na perspectiva de Abraham Lincoln (do povo, pelo povo e para o povo), de um Estado sustentado pelo poder verdadeiramente emergido do povo, assim reportado por José Afonso da Silva (1994, p. 122-123): “Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base de legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar”.

sobre o Estado, com implicações, em um nível mais amplo de abrangência, na própria noção de cidadania e em seus consectários normativos e principiológicos.

Ao final, trarei considerações, fazendo o balanço sobre os objetivos aqui delineados e o que foi possível obter através do estudo, ao menos acerca dos pontos a serem eleitos como materialidade de análise para o desenvolvimento do trabalho e das reflexões que dele possam advir.

## 2 | A CRONOTOPIA COMO ELEMENTO DE ANÁLISE TEXTUAL E DISCURSIVA

Para compreender-se a *cronotopia*, é imperioso ter em mente a ideia de um ser humano não estático, não estagnado, que, ao contrário, se dinamiza no tempo e no espaço, experimentando deslocamentos a partir de processos mutacionais que tanto o permeiam como indivíduo quanto como ser social, e que o levam ao câmbio permanente de suas representações. Diante disso, para Furlanetto (2019), o fenômeno cronotópico compõe, de forma hipotética, um intermédio entre os tempos crônico e linguístico, de modo a produzir, metaforicamente, *figurações* decorrentes de suas marcas históricas (elemento temporal) e sociais (elementos espaciais e subjetivos), em uma perspectiva na qual, acrescenta a autora, tais figurações “concentrariam uma forma que resume, conceitualmente, uma representação, um foco em que tempo/espaço/ser humano se amalgamam” (FURLANETTO, 2019, p. 454). E arremata, invocando a lição do próprio Bakhtin (1990), que no cronótopo se dá a mescla dos indicadores de caráter espacial e temporal, compondo o que chama de um “todo compreensivo e concreto” (FURLANETTO, 2019, p. 455).

Com efeito, o teórico russo define o cronótopo como “a interligação fundamental das relações temporais e espaciais, artisticamente assimiladas na literatura” (BAKHTIN, 1990, p. 211), mediante uma intensificação do próprio espaço, que “penetra no movimento do tempo, do enredo e da história” (BAKHTIN, 1990, p. 211). Contudo, embora verta a cronotopia ao campo literário, sua construção tende a este não se restringir, isso porque, segundo Graham Pechey, citado por Furlanetto, o cronótopo implica na composição cronotópica de *todo* discurso, necessariamente ligado à inexorabilidade das condições que o determinam. Daí porque concluir a autora [Furlanetto] que, malgrado Bakhtin se tenha voltado estritamente ao campo artístico-literário e abster-se de estabelecer relações do cronótopo com outros substratos culturais, é possível afirmar que “em qualquer outra manifestação o fenômeno ocorre, até porque foi essa observação, na vida cotidiana, que o levou ao estudo em uma esfera de interesse imediato” (FURLANETTO, 2019, p. 457).

Para compor sua concepção de cronotopia, Bakhtin (1997) inicialmente distingue o tempo cíclico, vinculado aos fenômenos da natureza, do tempo histórico, em que se insere a intervenção humana. A tal respeito, diz que a natureza é a fonte de revelação do tempo cíclico, a exemplo do movimento do sol e das estrelas, e do que as estações do ano nos permitem ver e sentir, correlacionando estes e outros fenômenos naturais com a

vida do ser humano, delineando seus costumes, atividades e trabalho (BAKHTIN, 1997, p. 243). Em paralelo, assinala que também existem os sinais do tempo histórico, de maior complexidade, cujo traço característico invoca a capacidade criadora do homem, ou, em seu dizer, “as marcas impressas por sua mão e por seu espírito” (BAKHTIN, 1997, p. 243), tal qual ocorre, enfatiza, com as cidades, com as obras de arte e de técnica e com as estruturas sociais.

Ao tratar, na *Estética da criação verbal*, do tempo e do espaço, Bakhtin (1997) mergulha na análise do legado de Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), já de pronto advertindo para a invocação, pelo autor germano, da noção de visibilidade como marca indissociável de qualquer materialidade, de modo a erradicar ilações abstratas, românticas e utópicas em sua forma de lidar com os elementos presentes em sua obra. Em outras palavras, Bakhtin identifica em Goethe a característica de representar visualmente suas noções e ideias mais complexas, as esboçando ou desenhando de forma esquemática ou simbólica, sustentando que “a *palavra*, para Goethe, sempre coincidia com o visível” (BAKHTIN, 1997, p. 246), sem olvidar, contudo, que o próprio Goethe se negava a enxergar, o que seus olhos lhe mostravam, como algo pronto, acabado e inerte, na perspectiva de simples justaposição espacial. Isso porque, para Bakhtin, Goethe vislumbrava uma multitemporalidade subjacente a qualquer elemento supostamente estático, neste enxergando o produto de um processo evolutivo conduzido através de épocas escalonadas, cujo transcurso dá a todo objeto “um sentido temporal” (BAKHTIN, 1997, p. 247). E assevera que, por ter Goethe lutado para introduzir noções de formação e de evolução nas ciências naturais, sua obra revela estarem em toda parte as marcas evolutivas, formativas e históricas, na medida em que, como acentua, “por trás do que está *concluído*, transparece, com excepcional evidência, o que está em evolução e preparação” (BAKHTIN, 1997, p. 247).

Em certo ponto, Bakhtin identifica na obra de Goethe uma espécie de fusão entre o tempo cíclico e o histórico, em razão do entrelaçamento do tempo da natureza, da existência e do cotidiano com “a marca perceptível impressa pelas mãos e pelo espírito do homem” refletindo, a atividade do ser humano, “sobre seus costumes e suas ideias” (BAKHTIN, 1997, p. 251). Isso porque, acrescenta, Goethe persegue e alcança o “*movimento visível do tempo histórico*”, qualificando-o como “indissociável da ordenação natural de uma localidade (*Lokalität*) e do conjunto de objetos criados pelo homem, consubstancialmente vinculados a essa ordenação natural” (BAKHTIN, 1997, p. 251).

E, em que pese a construção analítica de Bakhtin se assentar sobre a perspectiva realista contida na obra de Goethe, assim como também o faz, em *Questões de literatura e estética*, em relação ao romance renascentista de François Rabelais (1494-1553), portanto mantendo seu foco no campo da literatura a partir dos excertos eleitos como materialidade, sua noção de cronótopo, diante da formatação, propósito, profundidade e abrangência nela contida, transcende, como instrumental de análise, à própria esfera das obras literárias, para converter-se, no dizer de Furlanetto (2019, título), em um “fenômeno de largo espectro”. A

tal respeito, no prefácio da edição brasileira de *Bakhtin e o cronotopo: reflexões, aplicações e perspectivas* (BEMONG; BORGHART, 2015), Oziris Borges Filho ressalta a fertilidade da utilização da ideia do cronotopo<sup>6</sup> nos estudos literários, acrescentando, além disso, que “os pesquisadores têm pela frente um campo quase virgem para descobrir novas ideias e perspectivas” (2015, p. 9), perspectivas essas que se descortinam para, ademais da própria literatura em si, outras órbitas de manifestação cultural, notadamente aquelas em que textualidade e discursividade compõem o resultado da experiência espaçotemporal de um indivíduo, de uma sociedade ou de toda uma nação.

Em idêntico sentido, Michael Holquist registra a amplitude de abrangência do cronótopo, anotando que, desde a publicação das *Formas de tempo e de cronotopo no romance: ensaios de poética histórica* (FTC) em russo, em 1975, e, sobretudo, depois de traduzido para o inglês, em 1981, “o termo se espalhou por todo um espectro das ciências humanas e sociais” (HOLQUIST, 2015, p. 34). Ao mesmo tempo, procurando explicar esse dilargamento do espectro de alcance do fenômeno, Furlanetto acentua sua condição determinante sobre os gêneros, vistos como substratos fixadores da cosmovisão das eras em que aparecem. Daí concluir a autora que “o tratamento cronotópico é válido para os gêneros de ordem diferente do literário”, ainda que, assevera, “não se encontre comumente essa perspectiva de análise, pelo menos com o uso específico do conceito” (FURLANETTO, 2019, p. 458). Isso porque o importante, invocando palavras do próprio Bakhtin, é “a capacidade de ler os *indícios do curso do tempo* em tudo, começando pela natureza e terminando pelas regras e ideias humanas” (FURLANETTO, 2019, p. 460).

Outro aspecto a ser destacado é no sentido de, dentro de uma mesma materialidade, muitas vezes ser possível identificar cronótopos de diferentes patamares, conforme o nível de distanciamento e abstração em que se encontram no contexto do material analisado, tal qual círculos concêntricos ali situados. No círculo interno, tem-se os cronótopos de maior concretude e visibilidade, se tornando mais amplos e abstratos na medida em que se afastam do núcleo. Pode-se, nessa ordem, partir de cronótopos mais diretos e perceptíveis na materialidade, até chegar-se a um único cronótopo, na camada mais distante, o qual, por sua amplitude e generalidade, venha a albergar todos os que estejam nas camadas circulares internas, os unindo e congregando através de elementos comuns e de pontos de tangenciamento ou interseção<sup>7</sup>.

6 A grafia do vocábulo se dá através de duas formas, “cronótopo” ou “cronotopo”, a depender do autor ou do tradutor.

7 Nessa mesma direção, analisando o trabalho de estudiosos da obra de Bakhtin, Nele Bermong e Peter Borghart asinam terem observado, em suas pesquisas, a distinção de cinco diferentes níveis de abstração, os quatro primeiros a partir das anotações de J. Landin: os *microcronotopos*, integrados por unidades menores que a sentença, a partir da utilização de forças centrífugas e centrípetas que tensionam elementos como palavras, frases e sintaxe na busca de significados dotados de coerência e abrangência; os *cronotopos menores*, marcados por uma feição motívica, tidos como cronótopos situados em patamar acima dos micro, mas em nível mais local e específico do que os havidos como maiores; os *cronotopos maiores*, também reportados como “dominantes”, cujo pendor é o de centralizar, unificar, estabelecer os pontos de interseção dos cronótopos menores contidos na narrativa; e os *cronotopos genéricos*, que operam na execução de um processo de leitura mais abrangente, permitindo, a partir da identidade paramétrica de cronótopos maiores, aquilo que Bakhtin denomina “categoria literária formalmente constitutiva” (BEMONG; BORGHART, 2015, p. 21-22). O quinto nível observado por Bermong e Borghart é trazido a partir de B. Keunen, que propõe um grau de

Assim, em resumo, o cronótopo fundamenta-se na ideia de uma compreensão espaçotemporal do ser humano, de forma que a alegoria do amálgama, da qual se serve Furlanetto, nos impõe vislumbrar o indivíduo considerando o lugar e a época em que transcorre sua existência. Isso implica, do ponto de vista metodológico, que o vislumbre desse *todo* “amalgamado”, unindo homem, tempo e espaço, há que se dar de forma exotópica, através de uma espécie de distanciamento estratégico, pelo observador, da matéria observada, que permita sua análise de forma integral, dado o alargamento do campo de visão. Essa, segundo a autora, constitui a melhor maneira de o analista enxergar as figurações marcadoras do ser humano no espaço-tempo em que se insere. Metoforicamente, é melhor, como forma de se visualizar a disposição do time e o desenho tático utilizado pela equipe, assistir-se o jogo da arquibancada, afastado do campo para enxergá-lo em sua totalidade, o que será mais difícil se o observador estiver muito próximo e no mesmo nível do gramado. O torcedor, desse modo, ao assistir uma partida de futebol do alto da arquibancada, assume uma posição exotópica em relação ao campo de jogo.

Nesse contexto teórico, aproprio-me, aqui, da cronotopia, vista como produto das relações que envolvem ser humano, espaço e tempo, na perspectiva das figurações desenhadas a partir da mescla desses três “ingredientes”, tendo como decorrência a construção de representações permeadas por marcas e contornos históricos e sociais. Paralelamente, estendo o modelo de análise cronotópica ao processo discursivo contido na esfera cultural-normativa, em especial àquele que permeou o corpo do texto constitucional brasileiro de 1988, para identificar marcas espaçotemporais da época e suas razões.

### **31 O AMBIENTE ESPAÇOTEMPORAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988**

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, culminando com a Constituição entregue à nação em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), foi o ápice de um processo gradativo de abertura que se iniciara no governo do general Ernesto Geisel (1974-1979), se ampliara no governo do general João Baptista Figueiredo (1979-1985) e se completara, com a retomada do poder pelos civis, durante a primeira metade do governo de José Sarney (1985-1990). Os trabalhos constituintes transcorreram, portanto, nos anos que sucederam o fim do regime militar, ainda influenciados pelo período que lhes antecedeu e cujas experiências tiveram conexão, de forma direta ou indireta, com as decisões tomadas pela Assembleia e incorporadas ao texto produzido.

Para a compreensão dos aspectos históricos, políticos, sociais e culturais presentes no Brasil na segunda metade dos anos oitenta<sup>8</sup>, importa retroceder-se a 1961. No mundo,

abstração ainda mais elevado, integrado pelo que se refere como *cronótopos genéricos*, que podem ser classificados, de um lado, como *monológicos* ou *teleológicos*, destinados a conduzir a um determinado momento final da trama, e, de outro, como *dialógicos*, cujo propósito é de entrecruzar dialogicamente situações conflitivas que se comunicam entre si, sem necessariamente conduzir o enredo a um desfecho (BERMONG; BORGHART, 2015, p. 23).

8 A expressão, neste trabalho, “anos oitenta”, refere-se à década de 80 do século passado (século XX).

encontrava-se em curso a, assim chamada, *guerra fria*<sup>9</sup>, polarizando o globo entre as duas maiores potências da época: de um lado, liderando o bloco capitalista, os Estados Unidos da América (EUA); de outro, à frente do bloco socialista, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Tinha-se, assim, um confronto geopolítico no qual a América Latina passou a ter papel estratégico de destaque, sobretudo a partir de 1959, com a Revolução Cubana, pois, de um lado, despertados pelo ocorrido no país caribenho, norte-americanos estavam determinados a manter sua hegemonia sobre a região, enquanto soviéticos propunham-se a expandir seu campo de influência para, além de Cuba, outras partes do continente americano.

No Brasil, 1961 marca a assunção de Jânio Quadros, de perfil mais à direita, na Presidência da República, tendo como vice-presidente João Goulart, ligado às doutrinas de esquerda<sup>10</sup>. Com a renúncia de Jânio, em agosto daquele mesmo ano, instaurou-se no país clima de grande instabilidade, devido à forte resistência por parte de lideranças políticas conservadoras e de importantes segmentos econômicos quanto a um governo de esquerda. A solução para o impasse se deu através da Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro seguinte (BRASIL, 1961), que instituiu o sistema parlamentarista, esvaziando as prerrogativas do Presidente da República e as transferindo, em boa parte, para o Primeiro Ministro<sup>11</sup>, o que viabilizou politicamente a posse de João Goulart como presidente, porém com poderes reduzidos.

O regime parlamentarista deveria ser confirmado em plebiscito previsto originalmente para 1965, mas a consulta popular acabou sendo antecipada para 1963, na qual consagrou-se a vitória do presidencialismo, restituindo-se os poderes de outrora ao Presidente da República. “Jango”<sup>12</sup>, nesse contexto, remeteu, em outubro daquele ano, ao Congresso Nacional, projeto de alterações constitucionais que permitiria a realização de reformas de base em segmentos como o agrário, o educacional e o bancário, além da nacionalização de setores da economia então controlados por capital estrangeiro.

A conflagração ideológica entre direita e esquerda, então, intensificou-se no país, até que, em um movimento deflagrado pelas Forças Armadas no estado de Minas Gerais e que, na sequência, estendeu-se para os estados de São Paulo e Rio de Janeiro, entre 31 de março e 1º de abril de 1964, o presidente João Goulart foi deposto e os militares assumiram o poder, iniciando-se o regime que perduraria por cerca de vinte e um anos, até março de 1985.

O período do regime militar foi marcado, em grande parte, pela larga utilização dos atos institucionais<sup>13</sup>, em número total de dezessete, regulamentados por cento e quatro

9 De uma forma geral, considera-se o início da *guerra fria* como sendo em 1947, com o advento da doutrina Truman, e seu término com fim da União Soviética, em 1991.

10 Pela Constituição de 1946, vigente à época, o vice-presidente era o segundo colocado nas eleições presidenciais.

11 Quem assumiu o cargo de Primeiro Ministro foi Tancredo Neves.

12 Apelido pelo qual era conhecido João Goulart.

13 Um dos primeiros foi o Ato Institucional n. 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965 (BRASIL, 1965), que instituiu o bipartidarismo.

atos complementares. Além disso, em 24 de janeiro de 1967<sup>14</sup>, outorgou-se uma nova Constituição (BRASIL, 1967), reformulada através da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), ordem constitucional essa que, fundamentalmente, centralizava o poder nas mãos do Executivo, o sobrepondo aos demais poderes do Estado. Foi uma época de intensa repressão política contra adversários do regime, com cassação de mandatos, censura à imprensa e ampliação da atuação estatal em operações de controle político e social, que teve seu símbolo máximo no Ato Institucional n. 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968 (BRASIL, 1968). Tratou-se, o AI-5 (BRASIL, 1968), de um instrumento normativo de extremo rigor, permitindo ao Presidente da República, dentre outras providências: o fechamento do Congresso Nacional, investindo o Executivo em função legislativa em períodos de não funcionamento forçado do Legislativo; a intervenção do Executivo federal em estados e municípios; a possibilidade de demissão sumária de funcionários públicos envolvidos em atividades contrárias ao regime; e a suspensão de direitos políticos, por até dez anos, de cidadãos considerados subversivos da ordem pública. Além disso, instituiu a não aplicação do *habeas corpus* para, dentre outros, crimes políticos e a exclusão da apreciação judicial de ações do Executivo que tivessem por base jurídica os atos institucionais.

De salientar que, especialmente por excluir-se tais matérias da possibilidade de crivo pelo sistema de justiça, essa fase da história foi também marcada pelo descontentamento de segmentos do próprio Poder Judiciário, que se via tolhido de suas funções moldadas desde o tempo de Montesquieu, considerando-se a supremacia que o Executivo impôs, em seu favor, sobre os outros dois poderes. Foi, além de tudo, período também de cassação de juízes, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a exemplo, tal qual lembra Vladimir Passos de Freitas (2009), dos ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, aposentados compulsoriamente em 13 de dezembro de 1968.

O AI-5 (BRASIL, 1968) vigeu até 13 de outubro de 1978, revogado pela Emenda Constitucional n. 11 (BRASIL, 1978), que, além dele, revogou também todos os atos institucionais antagônicos à Constituição. Ainda assim, sob sua vigência e amparo, a atividade repressiva estatal deixou marcas que refletiriam sobremaneira no texto constitucional a ser produzido na segunda metade da década seguinte, especialmente na consagração dos direitos e garantias individuais e no controle sobre as ações do Estado.

O processo gradual de abertura política, iniciado mais ao final da década de setenta com Ernesto Geisel, teve continuidade com João Baptista Figueiredo. Em 28 de agosto de 1979 foi sancionada a Lei n. 6.683 (BRASIL, 1979a), conhecida como “Lei da Anistia”. Ainda naquele ano, em 20 de dezembro, o presidente sancionou a Lei n. 6.767 (BRASIL, 1979b), reintroduzindo o pluripartidarismo. Tais fatores, dentre outros, já na primeira metade da década de oitenta, catalisaram o processo de discussão sobre a necessidade de uma nova Constituição para o país, dado o esgotamento e a “colcha de retalhos” que se tornara a

<sup>14</sup> A Constituição de 1967 foi outorgada em 24 de janeiro, mas teve vigência a partir de 15 de março daquele ano.

ordem constitucional de 1967-1969. Tal conjunção de fenômenos, depois de muita luta, mobilização popular, a exemplo do movimento pelas “Diretas Já”<sup>15</sup>, e intenso debate político, redundou na aprovação, já no governo de José Sarney, da Emenda Constitucional n. 26 (BRASIL, 1985), atribuindo poderes de Assembleia Nacional Constituinte ao Congresso Nacional a ser eleito em 1986.

Em razão de fatores relacionados ao regime militar precedente e da conjuntura vivida no próprio ano de 1986 (a exemplo do Plano Cruzado e da “Comissão Afonso Arinos”), os partidos de vertente mais à esquerda sagraram-se vencedores do pleito eleitoral daquele ano. Para se ter uma ideia, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) elegeu vinte e dois dos vinte e três governadores e conquistou, sozinho, trezentas e três das quinhentas e cinquenta e nove vagas no Congresso, tendo sido, assim, a Assembleia Nacional Constituinte integrada, de forma amplamente majoritária, por parlamentares de esquerda (NOGUEIRA, [s.d.], p. 1).

Portanto, sob a ótica espaçotemporal, temos, na segunda metade dos anos oitenta, uma Constituição sendo elaborada em um mundo ainda marcado pela *guerra fria*, concebida como resposta a um Estado repressivo e intervencionista que permeou o regime militar precedente, através de documento gestado e escrito por constituintes em sua maioria vinculados a correntes de maior aproximação com doutrinas de esquerda, de sociais democratas a comunistas, compondo todos esses elementos a mescla de ingredientes que resultou no texto entregue à nação em 5 de outubro de 1988.

#### 4 | MARCAS CRONOTÓPICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Ainda que eventualmente utilizando a metáfora, é possível categorizar algo que se pode, na esfera jurídica, correlacionar com os gêneros literários (vistos estes, na literatura, como ligados ao mais alto nível de abstração cronotópica<sup>16</sup>), o que, no campo do Direito, poder-se-ia nominar como *gêneros normativos*, dentre esses situando-se a *constituição*, vista como a lei fundamental de determinada ordem jurídica. É através da constituição que um povo organiza seu Estado, mediante a fixação de marcos basilares de sua essencialidade, estrutura, atuação e controle, assim como os substratos relacionados ao alcance e ao exercício do poder, aparecendo, não raras vezes, ainda, ditames atinentes às ordens social, econômica e ambiental, dentre outras<sup>17</sup>.

15 O movimento das “Diretas Já” preconizava a aprovação da “Emenda Dante de Oliveira”. Tratou-se de uma intensa mobilização popular, que envolveu todos os quadrantes do país, mas que acabou sendo derrotada no Congresso Nacional, pela rejeição da emenda constitucional que viabilizaria a escolha do sucessor de João Baptista Figueiredo através de eleições diretas. Ainda assim, o movimento foi decisivo para a eleição, em 1985, de Tancredo Neves e de seu vice, José Sarney, fator determinante para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

16 Nas palavras de Irene Machado (1998, p. 38-39), “gênero, para Bakhtin, não é espécie, mas um campo que abriga visões de mundo. Numa de suas mais notáveis formulações, Bakhtin afirma que gênero assemelha-se a uma janela por meio da qual é possível olhar o mundo. De nossa parte diríamos que, enquanto o olhar de Bakhtin constituía-se de uma visão extrapolada, valorizando o que excedia seu campo visual, a classificação aristotélica não conseguiu ir além da moldura dessa mesma janela”.

17 “Constituição, em seu sentido jurídico-material, corresponde ao conjunto de normas fundamentais que exterioriza os elementos essenciais de um Estado, regulando a participação do povo no exercício do poder, a existência ou não

A doutrina<sup>18</sup> tradicional costuma classificar os *corpus* das constituições a partir de diversos critérios, dentre os quais o que tem por base sua extensão e seus propósitos. Nessa ótica, diferencia-se a constituição  *sintética* da constituição  *analítica*, a primeira como mais enxuta, econômica e breve, e a segunda como mais detalhada, minuciosa e prolixa. Pedro Lenza (2008, p. 24) identifica como sintéticas aquelas constituições “veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado”, encerrando nesses propósitos sua conformação, enquanto compreende as analíticas como “aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entendem como fundamentais”. Em sentido semelhante, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 217) fala em constituições curtas e longas, referindo que as primeiras “limitam-se, em geral, a um instrumento de governo, tendo como objetivo primordial organizar, definir e limitar o poder”, enquanto atribui às segundas o fito não somente de organização e limitação do poder, “mas também o de conformar finalisticamente esse poder através da imposição de normas-tarefa e normas-fim”, conferindo-lhe, assim, um caráter programático<sup>19</sup> e dirigente<sup>20</sup>. Como exemplo de sintéticas, a doutrina traz, dentre outras, a Constituição norte-americana de 1787, com apenas sete artigos, e as Constituições portuguesas de 1826, 1838 e 1911, e, de analíticas, a Constituição francesa de 1795 e as Constituições portuguesas de 1822, 1933 e 1976 (CANOTILHO, 2002, p. 216-217).

No Brasil, segundo reiterados trabalhos, a história constitucional é permeada por documentos longos e analíticos<sup>21</sup>. Nesse mesmo passo, fiel aos reclamos de sua época e aos pendores políticos e ideológicos sobre os quais se assenta, a Constituição brasileira atual (BRASIL, 1988) apresenta-se significativamente ainda mais longa, detalhada, programática e dirigente do que qualquer de suas predecessoras<sup>22</sup>, adequando-se e, mesmo, perfilando-se com os modelos adotados universalmente no transcurso do século XX, em especial a partir do pós-guerra e da consagração do *welfare state* como base teórica para a formatação dos Estados desde então, modelos esses que, por exigência dos escopos a eles imanentes, tendem a ser extensos, prolixos e detalhistas.

Nesse aspecto, compondo um viés constitucional de traço marcadamente analítico<sup>23</sup>, nossa Constituição (BRASIL, 1988) foi partida, ao todo, em nove títulos, sete

---

de uma divisão interna do Estado, o grau de autonomia das unidades porventura existentes, as funções tipicamente estatais, os órgãos que as exercem, os limites das ações do Estado e os direitos e garantias fundamentais das pessoas a ele submetidas.” (CHIMENTI *et al.*, p. 2)

18 A palavra “doutrina” é aqui utilizada em sua concepção como fonte formal secundária do direito, consistente nas reflexões, escritos, obras e trabalhos acadêmicos que se propõem a estudá-lo cientificamente.

19 Por contemplar em seu corpo “programas de ação e linhas de ação dirigidas ao Estado” (CANOTILHO, 2002, p. 217).

20 Por comandar as ações do Estado e impor aos órgãos competentes a persecução das metas nela estabelecidas (CANOTILHO, 2002)

21 Em que pese alguns autores, a exemplo de Pinto Ferreira, considerarem a Constituição de 1891 como sintética (LENZA, 2008, p. 24).

22 A Constituição brasileira atual (BRASIL, 1988) é a sétima na história do país, tendo sido precedida pelas ordens constitucionais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967-1969.

23 Metaforizando a expressão bakhtiniana “categoria literária formalmente constitutiva”, utilizada para reportar o cronótopo genérico, podemos aqui referir “categoria constitucional formalmente constitutiva”, justamente por envolver o modelo, a forma (analítica) da qual se vale o constituinte para construir a textualidade e discursividade incorporada ao *corpus* produzido.

dos quais divididos em trinta e três capítulos. Desses trinta e três capítulos, onze foram ainda divididos em quarenta e nove seções e, dessas, duas restaram fracionadas em cinco subseções. Originalmente, o texto contava com duzentos e quarenta e cinco artigos em seu corpo permanente, além de setenta no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (SENADO FEDERAL, 1988). Referidos artigos, por seu turno, foram fracionados em inúmeros incisos, parágrafos e alíneas, integrando um corpo normativo de larga extensão. Atualmente, para além do texto original, a Constituição brasileira (BRASIL, 1988) conta com acréscimos e alterações resultantes de cento e oito emendas editadas até a presente data<sup>24</sup>. Como se observa, portanto, insere-se em molde típico do século XX, notadamente aqueles produzidos em sua segunda metade.

Guardado recomendável distanciamento exotópico, em uma perspectiva mais ampla e genérica é possível identificar-se, na Carta constitucional brasileira (BRASIL, 1988), o cronótopo que podemos nominar como da *cidadania*, vocábulo aqui tomado em seu sentido mais abrangente, não apenas de pertencimento formal a uma nação, mas da capacidade do ser humano, além de contrair responsabilidades, especialmente de titularizar prerrogativas, fator que o consagra como sujeito, a um só tempo, de obrigações e de direitos. No dizer de Jaime Pinsky, na parte introdutória da obra organizada em conjunto com Carla Bassani Pinsky, a cidadania congrega o somatório dos direitos civis<sup>25</sup>, políticos<sup>26</sup> e sociais<sup>27</sup> (PINSKY, 2003, p. 9), soando razoável pensar-se que, a cada direito reconhecido em favor de um cidadão, corresponde o dever de respeito cominado a todos os demais. Afinal, como acrescenta Jorge Miranda (2002, p. 204), “cidadãos são [...] os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súbditos do poder”, de forma que a cidadania pressupõe a mescla de posições ativas e passivas em relação aos comandos determinados pelo Direito, respectivamente de titularização e submissão ao poder democrático, cuja raiz primeira há que residir no próprio povo.

Tal marco cronotópico de mais larga amplitude é tão verdadeiro a ponto de a Constituição brasileira atual (BRASIL, 1988), desde seu nascedouro, ter ficado conhecida como a *Constituição Cidadã*. No discurso proferido quando da promulgação do documento, em 5 de outubro de 1988, o próprio presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, fala das mudanças a decorrerem da Constituição (BRASIL, 1988) como forma de satisfação dos anseios do povo brasileiro, especialmente pelos efeitos humanísticos de seus comandos, descortinando a perspectiva relacional entre a garantia dos direitos civis básicos<sup>28</sup>, sobretudo a alfabetização, e o exercício da cidadania<sup>29</sup>. Em seu

24 A mais recente delas, a Emenda Constitucional n. 108, data de 20 de agosto de 2020, lembrando que este artigo foi escrito entre dezembro de 2020 e fevereiro de 2021.

25 A exemplo da vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei.

26 Votar, ser votado e participar da tomada de decisões.

27 Educação, trabalho, salário justo, saúde e tranquilidade na velhice, dentre outros.

28 “[...] só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê, escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa” (GUIMARÃES, 1988, s.p.)

29 “[...] num país de 30 milhões, 401 mil analfabetos, afrontosos 25 por cento da população, cabe advertir a cidadania começa com o alfabeto (*sic*)” (GUIMARÃES, 1988, s.p.)

dizer, referindo-se aos propósitos de reconstrução da cidadania nela contidos, “[...] será útil, pioneira, desbravadora, será luz ainda que de lamparina na noite dos desgraçados” (GUIMARÃES, 1988, s.p.), isso por reunir a Constituição (BRASIL, 1988), em seu contexto, significativos elos ligados às garantias cidadãs como traço mais marcante da Carta então promulgada.

Em patamar cronotópico mais abaixo, congregados pelo cronótopo da cidadania, podem ser identificados cronótopos como o da *plenitude das liberdades civis* e o da *mitigação da força estatal*<sup>30</sup>. Isso porque a consagração de liberdades civis suprimidas no regime anterior e a contenção do poder do Estado, como substratos indutores do resgate da cidadania de forma mais ampla e plena, constituem pontos nodais do corpo constitucional de 1988, que interseccionam uma série de substratos principiológicos e normativos nele introduzidos, como será adiante desdobrado. Operam, portanto, identificados com o ideário dominante em nosso país na segunda metade dos anos oitenta, que convertem a Constituição lá produzida (BRASIL, 1988) em um documento espaçotemporalmente moldado pelas circunstâncias sociais, políticas e ideológicas de sua época. Dito de outra forma, vista a preocupação materializada no texto com a garantia das liberdades civis e com o controle sobre as ações do Estado frente ao cidadão e à sociedade, tornam-se, esses, marcos cronotópicos perceptíveis em um documento emergido na condição de sucedâneo de um regime tido como autoritário e intervencionista, em meio ao qual haviam sido concebidos, gestados e paridos arcabouços normativos de forte rejeição popular.

Com efeito, notadamente o AI-5 (BRASIL, 1968) compora, durante o regime militar, instrumento de grande interferência na limitação e, mesmo, supressão de direitos civis, os quais, sob o manto da suspensão dos direitos políticos, ficavam em boa parte comprometidos. Pelo AI-5 (BRASIL, 1968), por exemplo, os direitos políticos de qualquer cidadão poderiam ser suspensos por até dez anos, período no qual, dentre outras decorrências, ficaria ele proibido de envolver-se em atividades ou de manifestar-se sobre assunto de natureza política, de frequentar determinados lugares, sobre o mesmo podendo ser imposta também liberdade vigiada e a moradia em domicílio determinado<sup>31</sup>. Além disso, era previsto que o decreto da suspensão dos direitos políticos poderia fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados da pessoa-alvo<sup>32</sup>, assim como a exclusão de apreciação judicial de quaisquer das medidas que viessem a ser aplicadas por força do próprio ato institucional<sup>33</sup>. Tudo isso implicou desdobramentos nos mais distintos campos, a exemplo do político, do jurídico e das organizações sociais e sindicais.

Daí porque, em oposição ao ocorrido durante a ordem constitucional anterior, a

30 Há, por certo, outros focos, mas ficarei apenas com estes dois neste trabalho.

31 O período de suspensão dos direitos políticos era mencionado no artigo 4º e as decorrências de tal suspensão eram previstas no artigo 5º.

32 Regra do parágrafo 1º do artigo 5º.

33 Regras contidas na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º e, sobretudo, no artigo 11.

textualidade e discursividade da *Constituição cidadã* (BRASIL, 1988) se haver focado na *plenitude das liberdades civis* em várias de suas passagens, consagrando-lhe visível marca cronotópica nesse sentido, especialmente em seu artigo 5º, inserto no capítulo que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o qual, por sua vez, se encontra dentro do título dedicado aos “direitos e garantias fundamentais”. Ali são guardados comandos como os asseguradores da liberdade de escolha, limitada apenas pela lei; da livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato; da liberdade de consciência e de crença; da livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, afastando-se perspectiva de censura ou imperativo de licença para tanto; da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que cumpridas as exigências legais atinentes a cada qual; da liberdade de acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, em caso de necessidade para o exercício da profissão; da liberdade de locomoção, por qualquer pessoa, nos termos da lei, em todo o território nacional, e de entrada e saída do país na posse dos bens que lhe pertençam; da liberdade de reunião para fins pacíficos; da liberdade de associação, desde que para propósitos lícitos, e da liberdade de criação de sistemas cooperativos<sup>34</sup>.

Ao mesmo tempo, é também perceptível marco cronotópico de *mitigação da força do Estado*, reativo ao intervencionismo estatal sobre o indivíduo e a sociedade, intervencionismo esse que havia transitado por considerável parte do regime anterior. Procurou-se, na Constituição atual (BRASIL, 1988), arredar o poder do Estado-administração sobre a vida dos cidadãos, além de prevenir o cometimento de exageros e de atentados à dignidade humana, inscrevendo-se, sobretudo no mesmo artigo 5º, regramento inibidor de certas práticas, como a vedação de tortura e de tratamento desumano e degradante; como regra, a inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra, imagem, casa, correspondência, comunicações telegráficas e telefônicas, além de dados das pessoas; a assegurar o direito de petição e de obtenção de certidões junto ao poder público; a garantia de apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça a direito<sup>35</sup>; a vedação de juízo ou tribunal de exceção e de penas consideradas desumanas; a rigorosa normatização do direito de efetuar prisões, limitadas, em regra, aos casos de flagrante delito ou de ordem escrita da autoridade judiciária competente, sempre tendo o preso a prerrogativa de ser informado de seus direitos e o nome da pessoa responsável por sua detenção; a necessidade de todas as prisões serem comunicadas ao juiz competente, assim como à família do preso ou a pessoa por ele indicada, devendo a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; a previsão de *habeas corpus* como ação para inibir violação ou ameaça de violação ilegal do direito de locomoção<sup>36</sup>, assim como de *habeas*

34 Tais vetores relacionados às liberdades civis são encontrados no artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), especificamente em seus incisos II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII.

35 Recordando que o AI-5 (BRASIL, 1968) excluía de apreciação judicial os atos praticados com base no próprio ato institucional.

36 Há que se lembrar ter o AI-5 (BRASIL, 1968) suspenso o *habeas corpus* em relação a crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (artigo 10).

*data*, para obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante, em registros ou bancos de dados governamentais ou de caráter público, ou para sua retificação, e ainda de mandado de segurança para erradicar outros abusos oriundos de autoridade pública ou equiparada a pública<sup>37</sup>.

Em suma, compõem, tais matrizes inseridas ao largo de nossa atual Constituição (BRASIL, 1988), elementos conglobantes de um volume considerável de comandos nela introduzidos, direcionados como vetores de todo um conjunto de princípios e normas vinculado ao momento histórico à época vivido, em que o país recém saíra do período de um regime militar moldado por uma ordem constitucional (1967-1969) outorgada, sem participação popular em sua concepção, em que os atos institucionais, e especialmente o AI-5 (BRASIL, 1968), eram tidos como instrumentos de opressão, autoritarismo e controle político do Estado sobre o indivíduo e a sociedade. Em outras palavras, a Constituição escrita nos anos oitenta (BRASIL, 1988) traduz uma espécie de resposta dada pelo povo brasileiro, dentro de uma visão crítica, própria daquele tempo, ao que se entendia, à época, como malefícios de um antecessor regime rejeitado pela nação, somando-se, como fatores adicionais de ordem externa, os reflexos da então ainda remanescente *guerra fria* e, de ordem interna, a vitória por ampla margem dos partidos de esquerda nas eleições de 1986, tudo isso tendo como norte a *cidadania* (cronótopo mais amplo), a partir da *plenitude das liberdades civis* e da *mitigação da força estatal* sobre o cidadão e a sociedade (cronótopos mais estritos).

## 5 | CONSIDERAÇÕES (NEM TÃO) FINAIS

O ser humano é dinâmico. Suas representações alteram-se no espaço e no tempo. Conceitos, costumes, comportamentos, visões de mundo e tudo o mais que envolve o homem, tanto em sua dimensão individual quanto social, é permeado por mutações, reinvenções, transformações e reciclagens. O correto de hoje pode ser o errado de amanhã e vice-versa. A certeza atual pode, ante uma nova reflexão, converter-se em dúvida. A terra já foi o centro do universo; o sol já também o foi. Hoje fala-se em multiverso e multidimensões. Verdades de outrora são desprezadas, desacreditadas e postas de lado, porque outras verdades surgem e passam a ocupar o lugar das anteriores. Axiomas ruem, qual vigas em terremotos. E, em meio a todo esse processo de idas e vindas, a essa dialética que nos conduz a um infundável pensar e repensar, fazer, desfazer e refazer, construir, desconstruir e reconstruir, o homem deixa pelo caminho as marcas de sua trajetória, as pegadas impressas nas veredas que trilhou, as pistas sobre o que já terá sido em outras circunstâncias, as cicatrizes no espaço-tempo por onde tenha passado.

A cronotopia é isso: buscar essas marcas, pegadas, pistas, cicatrizes. É vasculhar,

---

<sup>37</sup> A textualidade concernente à mitigação da força estatal envolve também, sobretudo, o artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), notadamente seus incisos III, X, XI, XII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XLVII, LXI, LXII, LXIII, LXV, LXVIII e LXXII.

no produto da atividade humana, a historicidade de seu percurso, o que aquilo nos revela sobre um indivíduo, uma sociedade, uma cultura, um povo, uma nação. É poder extrair, dos traços delineados em cada materialidade, algo que ali estava por ser descoberto, por vir à tona, por aflorar. Às vezes, o cronótopo emerge como que evidente, translúcido, óbvio; outras, para ser percebido, demanda perspicácia, acuidade, cobra o desterrar de obstáculos, exige a remoção de escombros que estão ali a encobri-lo. Não raro, implica verdadeira arqueologia: encontrar os resíduos, as sobras, os restos de algo que já tenha sido; sacar-lhes da tumba e remover-lhes o pó; decifrar os enigmas e compreender-lhes no sentido, nos propósitos, no que pretenderam legar; enfim, o que foram ou ainda possam ser.

Bakhtin focou-se na literatura, nas marcas espaçotemporais presentes na arte romanesca. Falou do romance grego de aventura, da literatura biográfica. Serviu-se de Goethe e Rabelais. Mergulhou na compreensão dos gêneros e no que continham de revelador. Teorizou e categorizou a cronotopia literária. Furlanetto, Pechey e Holquist nos despertam para novos horizontes, nos propõem novas perspectivas, nos desafiam a ampliar o espectro e a absorver outras materialidades culturais, em que homem, espaço e tempo também se amalgamem. Desafiam-nos, de certa forma, a identificar marcas cronotópicas em tudo aquilo que a inventividade humana permita inscrevê-las.

Aqui, de algum modo, aceitei o desafio.

O fiz elegendo a Constituição brasileira (BRASIL, 1988) como materialidade. Inspirado na terminologia de Bakhtin e seus gêneros literários, propus os correlatos gêneros normativos, para nestes inserir o *corpus* estudado. E nela [Constituição] procurei identificar cronótopos eclodidos da relação com o ambiente e o tempo em que fora concebida, como coroamento, na segunda metade dos anos oitenta, do processo de redemocratização experimentado pelo país, após mais de duas décadas de regime militar. A nova democracia brasileira ensejou um documento cujas traços espaçotemporais mais visíveis envolvem a cidadania em um nível cronotópico mais abrangente, permeada, como cronótopos mais específicos, pela plenitude das liberdades civis e pela mitigação da força estatal ante o cidadão. É como se, na metáfora exotópica dos círculos concêntricos, o mais largo distanciamento nos fizesse enxergar o cronótopo da cidadania como o círculo de maior diâmetro. É o que se vê a olho nu, sem qualquer esforço de maior vulto, como uma espécie de capa, de invólucro. E, na medida em que nos aproximamos, percebemos que em seu interior situa-se um círculo menor, no qual gravitam liberdades civis e controle do Estado. E, se nos aproximarmos ainda mais, será possível constatar que, abaixo dos cronótopos intermediários, haverá ainda cronótopos menores, como, de um lado, liberdade de consciência, de manifestação, de expressão e de locomoção, e, de outro, vedações, restrições e limites impostos ao poder público em seu atuar sobre o cidadão e a sociedade.

Com tais marcas, a *Constituição Cidadã* (BRASIL, 1988) parece ter sido a resposta mais concreta e visível (na mesma linha da percepção de Bakhtin sobre Goethe) que o

povo brasileiro deu ao regime anterior, de viés autoritário e intervencionista.

Ainda assim, há questões que permanecem em aberto. Uma delas, de bastante relevância para uma próxima reflexão, diz respeito à conveniência, ou não, de certas normas indutoras de marcas cronotópicas inseridas no texto editado pelo constituinte terem sido elevadas ao patamar de cláusulas pétreas, impassíveis portanto, segundo a própria Constituição (BRASIL, 1988) e majoritários entendimentos, de abolição sem ruptura da atual ordem constitucional. Reflexão acerca disso pode, quem sabe, conduzir, também pelo viés da (in)adequação espaçotemporal, a argumentos que permitam refutar a ideia de validade da petrificação e da pretensão de eternizar determinados comandos. Afinal, mais de três décadas após, afastando-se a ideia de um povo estanque, estático, inerte, é de se questionar se o movimento natural que move a nação e lhe impõe dialeticamente o repensar, o refazer e o reconstruir, não terá tornado obsoleta parte dessa materialidade, de modo a destoar das necessidades trazidas por uma sociedade espaçotemporalmente distinta daquela existente há trinta e três anos atrás, e que possam, na atualidade, reclamar soluções distintas das então forjadas.

Cabe, pois, avançar e aprofundar as reflexões.

## REFERÊNCIAS

BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. Tradução de Aurora Fornoni Barnardini *et al.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1990.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BEMONG, Nele; BORGHART, Peter. A teoria bakhtiniana do cronotopo literário: reflexões, aplicações e perspectivas. In: BEMONG, Nele et al. **Bakhtin e o cronotopo**: reflexões, aplicações e perspectivas. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 4**, de 2 de setembro de 1961. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc04-61.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61.htm) Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 2**, de 17 de outubro de 1965. Presidência da República, 1965. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm) Acesso em 26 dez. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5**, de 13 de dezembro de 1968. Presidência da República, 1968. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm) Acesso em: 27 Dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969. Brasília: Congresso Nacional, 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 11**, de 13 de outubro de 1978. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm) Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Brasília: Congresso Nacional, 1979a. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm) Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.767**, de 20 de dezembro de 1979. Brasília: Congresso Nacional, 1979b. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L6767.htm#:~:text=L6767&text=Modifica%20dispositivos%20da%20Lei%20n%C2%BA,1977%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6767.htm#:~:text=L6767&text=Modifica%20dispositivos%20da%20Lei%20n%C2%BA,1977%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias). Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 26**, de 27 de novembro de 1985. Brasília: Congresso Nacional, 1985. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm) Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 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: 28 dez. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Alex Sandro Teixeira da. **A petrificação de cláusulas constitucionais à luz do compromisso com a democracia intergeracional**: um estudo integrado com a Constituição brasileira de 1988. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6755/1/Alex%20Sandro%20Teixeira%20da%20Cruz.pdf> Acesso em: 20 dez. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. O Poder Judiciário brasileiro no regime militar. **Revista Consultor Jurídico – ConJur** [revista eletrônica]. 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar> Acesso em: 18 fev. 2021.

FURLANETTO, Maria Marta. Cronotopia: um fenômeno de largo espectro. **Revista de Estudos Linguísticos**, Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 453-482, 2019.

GUIMARÃES, Ulysses. **Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/> Acesso em: 31 jan. 2021.

HOLQUIST, Michael. A fuga do cronotopo. Tradução de Ivan Marcos Ribeiro e Luciana Moura Colucci de Camargo. In: BEMONG, Nele et al. **Bakhtin e o cronotopo**: reflexões, aplicações e perspectivas. São Paulo: Parábola Editorial, 2015. p. 34-51.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Irene. Narrativa e combinatória dos gêneros prosaicos: a textualização dialógica. **Itinerários**, Araraquara, n. 12, p. 33-46, 1998.

MAFFESOLI, Michel. O imaginário é uma realidade. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 15, p. 74-82, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOGUEIRA, André Magalhães. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *In: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil - CPDOC*, da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Rio de Janeiro: FGV, [s.d.]. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88> Acesso em: 22 dez. 2020.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi Pinsky. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.pdf](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf) Acesso em: 19 Jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DA DECISÃO ADOTADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Francisco Davi Nascimento Oliveira**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8524795435191959>

### **Dayane Reis Barros de Araújo Lima**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/5767880298193942>

### **Hilziane Layza de Brito Pereira Lima**

Universidade Estadual do Piauí - UESPI  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/1803841698954901>

### **Hérisson Fernando Sousa**

OAB – Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8520360594814397>

### **Roméio Alves Carvalho da Silva**

Instituto Federal do Piauí – IFPI – Campus  
Piripiri  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/8320793836224678>

### **Giulia Mattza Torres Oliveira de Assunção**

Defensoria Pública do Estado do Piauí  
Piripiri – Piauí  
<http://lattes.cnpq.br/2027616824765431>

materializadores do passado, revelando assim, íntima ligação com o direito à privacidade e a manutenção da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, o objetivo principal do presente artigo consistiu em analisar a decisão adotada pelo STF no Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Os objetivos específicos consistiram em discorrer sobre o conceito, organização e atuação do STF enquanto guardião da Constituição, conceituar o direito ao esquecimento, à luz da doutrina brasileira e internacional, bem como fazer um comparativo dos votos dos ministros do STF no julgamento do RE 1.010.606/RJ. A metodologia empregada foi em uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, pautada na doutrina BONAVIDES (2011), ALEXY (2011), MORAES (2016), além da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o aludido Recurso Extraordinário. O direito ao esquecimento, embora encontre guarida no direito à privacidade e a segurança, estampados no art. 5º caput da CF/1988, revela-se incompatível com o aludido diploma constitucional, que resguarda o direito à liberdade (garantia de primeira geração/dimensão) e a informação, constantes no art. 5º caput e inciso XIV da atual Carta Magna, revelando-se, sob a perspectiva do STF, como sendo inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento. Direito à liberdade. RE 1.010.606/RJ.

**RESUMO:** Sob a visão do STF, Ministro Dias Toffoli, o direito ao esquecimento pode ser compreendido como o interesse em não ser confrontado no presente por elementos

# THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE RIGHT TO FORGET: AN ANALYSIS OF THE DECISION ADOPTED BY THE STF IN EXTRAORDINARY APPEAL 1.010.606/RJ

**ABSTRACT:** Under the view of the Supreme Court, Min. Dias Toffoli, the right to be forgotten can be understood as the interest in not being confronted in the present by materializing elements of the past, thus revealing an intimate connection with the right to privacy and the maintenance of the Dignity of the Person Human. Thus, the main objective of this article is to analyze the decision adopted by the STF in Extraordinary Appeal 1,010,606. The specific objectives are to conceptualize the right to be forgotten, in the light of Brazilian and international doctrine, as well as to make a comparison of the votes of the STF ministers in the judgment of RE 1,010,606. The methodology used was the qualitative bibliographic research, based on the doctrine BONAVIDES (2011), ALEXY (2011), MORAES (2016), in addition to the prolific decision by the Supreme Federal Court on the mentioned Extraordinary Appeal. The right to be forgotten, although it finds shelter in the right to privacy and security, stamped in art. 5th caput of CF / 1988, is incompatible with the aforementioned constitutional law, which protects the right to freedom (first generation guarantee / dimension) and information, contained in art. 5th caput and item XIV of the current Magna Cart, revealing, from the perspective of the STF, as being unconstitutional.

**KEYWORDS:** Right to forget. Right to freedom. RE 1,010,606.

## 1 | INTRODUÇÃO

No Brasil, a discussão sobre a constitucionalidade do direito ao esquecimento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), adveio do Recurso Extraordinário – RE 1.010.606/RJ, interposto em face do acórdão prolatado pela Décima Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ, que negou provimento ao recurso de apelação interposto nos autos da ação de indenização que objetivou reparação por danos materiais e morais em razão de uso não autorizado da imagem da irmã dos requerentes, Aída Curi, pelo programa de TV Linha Direta.

Assim, notou-se que ao longo dos últimos anos, um tema bastante trabalhado e discutido pelos países sustentados por regimes democráticos é o Direito ao Esquecimento. A abordagem de tal tema é oriunda de um conflito assinalado entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e à intimidade. Ademais, com a evolução do acesso à internet e a grande velocidade de circulação das informações midiáticas, a temática em questão ganhou bastante espaço, merecendo, portanto, figurar como objeto de estudo da presente pesquisa.

O direito ao esquecimento, sob a visão do Min. Relator do RE 1.010.606/RJ, Dias Toffoli, consiste no interesse em não ser confrontado no presente por elementos materializadores do passado, ou seja, a pretensão objetiva de impedir a divulgação, por meios impressos ou virtuais, de informações ou dados, considerados verdadeiros e obtidos de maneira lícita, mas que em virtude do decurso do tempo, revelam-se, em contexto

atual, irrelevantes, do ponto de vista do interesse público, ou fora de contexto, revelando assim, íntima ligação com o direito à privacidade e a manutenção da Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 2021).

O direito ao esquecimento encontra-se atualmente em voga, tendo em vista o mundo globalizado, redes sociais e internet romperam com as barreiras de tempo e espaço, conectando a todos os usuários de internet a um mundo inteiramente novo, que há poucos anos era considerado terra inexplorada, necessitando portanto de uma análise profunda de suas questões, as que refletem desdobramentos na sociedade, pelo legislativo, executivo e judiciário.

No cenário da globalização, considera-se um marco para as considerações iniciais sobre o direito ao esquecimento, a ação judicial promovida por *González vs Google Espanha*, perante o tribunal de Justiça Europeu. Esse caso fora mencionado pelo Ministro Relator, Dias Toffoli, em seu voto que negou provimento ao RE 1.010.606/RJ por maioria de votos, 9 a 1, com repercussão geral reconhecida.

Assim, o objetivo principal do presente artigo consistiu em analisar a decisão adotada pelo STF no Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Os objetivos específicos consistiram em discorrer sobre o conceito, organização e atuação do STF enquanto guardião da Constituição, conceituar o direito ao esquecimento, à luz da doutrina brasileira e internacional, bem como fazer um comparativo dos votos dos ministros do STF no julgamento do RE 1.010.606/RJ.

A metodologia empregada fora a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, pautada na doutrina BONAVIDES (2011), ALEXY (2011), MORAES (2016), além da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o aludido Recurso Extraordinário. Para o presidente do STF, Ministro Luís Fux, nos autos do RE 1.010.606/RJ, o direito ao esquecimento encontra amparo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas confronta-se com outros de igual importância sob a ótica constitucional, direito à liberdade (primeira geração/dimensão). Na visão do presidente do Supremo Tribunal Federal, quando surge um divergência/confronto entre direitos constitucionais, revela-se necessário a determinação da prevalência de um deles (BRASIL, 2021).

Nesse caso, reconheceu a aplicabilidade do direito ao esquecimento, mas negou provimento ao recurso especial, justamente porque o caso em análise, há época tomou grande repercussão, sendo veiculado através de diversos meios de comunicação. Sendo assim, em seu entendimento, assistiu razão os fundamentos apresentados pelo ministro relator, Dias Toffoli.

Segundo a Teoria Tridimensional do Direito do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, fato/valor/norma, as leis devem caminhar de acordo com o espírito do povo. O direito ao esquecimento, sob a perspectiva constitucional, revela-se moderno e, na visão do STF, complexo de ajustar à sociedade atual, a qual se moderniza sob os efeitos da globalização, justamente porque confronta garantias constitucionais de primeira dimensão, como o direito

à liberdade (REALE, 2010). Assim, de acordo com a votação da Suprema Corte, conclui-se que o direito ao esquecimento revela-se incompatível com a Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho aborda os principais institutos jurídicos utilizados como fundamento no acórdão e analisa os parâmetros principais dos votos de cada um dos Ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal ao tempo do julgamento.

## **21 CONCEITO, ORGANIZAÇÃO E ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal (1988), os três poderes da república são independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, desenvolvem um trabalho final conjunto, mesmo estes tendo suas funções devidamente apartadas. Dessa maneira, é perfeitamente possível que a atuação de um poder possa ir além de sua competência típica, uma vez que, a depender do caso questão, poderá desempenhar funções atípicas, o que não deixa de ser legal e legítimo, desde que justificada a necessidade e possibilidade.

Partindo desse princípio básico, pode-se afirmar que o Poder Judiciário assume o ônus de determinar o direito, estando este entrelaçado com qualquer um dos outros dois poderes, objetivando sempre a solução dos conflitos sociais que chegam até ele e oportunizando a paz e harmonia da sociedade. Com esse escopo, o sistema judiciário brasileiro se estabelece de forma organizada, respeitando as presunções constitucionais e dividindo-se em vários órgãos que se espalham por toda a nação brasileira, possibilitando a garantia do livre acesso à justiça.

Deixando de lado as funções do Poder Judiciário, destaca-se como centro das atenções do presente capítulo o Supremo Tribunal Federal, que aos olhos do artigo 102 da Carta Magna brasileira constitui o órgão de cúpula do Poder Judiciário e possui como função essencial a de exercer a veemente guarda da Constituição Federal. Dada esta breve conceituação legal, é interessante que se faça, em sequência, uma rápida contextualização histórica, a fim de que seja extraído um demonstrativo da evolução do Supremo.

Afirma-se que as primeiras manifestações do que viria a se tornar a Suprema Corte no Brasil ocorreu nas primeiras décadas de 1800, após a chegada da Família Real Portuguesa no território brasileiro, que na época era Colônia de Portugal. Baseando-se nos modelos europeus, foi instituída na cidade do Rio de Janeiro a Casa de Suplicação do Brasil, que consistia em uma espécie de tribunal de instância final que se preocupava em apreciar e julgar os casos mais polêmicos e mais relutantes que eram levados aos tribunais e juízes inferiores. A casa era composta por 23 (vinte e três) juízes.

De acordo com os escritos do ilustríssimo jurista Celso de Mello (2014), ex-Ministro do Supremo, as sentenças proferidas pela aludida Casa eram irrecorríveis e finalizavam as discussões acerca dos casos, que não necessariamente eram oriundos da colônia, como também trazidos da Ilha dos Açores e Madeira – ambos territórios portugueses.

Em sequência, com o nascimento do Brasil Império, a Casa de Suplicação do Brasil fora substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, também situado na então capital do Brasil, cidade do Rio de Janeiro – RJ. Além das mudanças motivadas pela implantação do sistema de Império, a quantidade de juizes de tal Corte reduziu para 17 (dezesete).

Outrossim, a mudança do sistema de governo para República também viabilizou o uso da nomenclatura da referida casa, qual seja “Supremo Tribunal Federal”, que se iniciou composta por 15 (quinze) juizes e sofreu alterações nos governos posteriores, como o da Era Vargas (Presidente Getúlio Vargas) que estabeleceu a quantidade de 11 (onze) juizes.

Assim, o período da Ditadura do Brasil (compreendido principalmente na década de 1960 ensejou algumas alterações à composição do Supremo, que passou a ter 16 (dezesesseis) ministros, retornando à quantidade de 11 (onze) somente no final do massacrante período ditatorial, com a publicação do Ato Institucional nº 06. Além do mais, a sede do Supremo Tribunal Federal foi transferida para Brasília – DF, na famosa praça dos três poderes, no dia 21/04/1960, data em que foi instalada a nova e atual Capital da República do Brasil.

Chegando ao momento atual, pode-se afirmar que a Suprema Corte está determinada e organizada pela Constituição Federal de 1988, especialmente entre os artigos 101 e 103. Sua composição é feita por 11 (onze) ministros, sendo estas pessoas com idade compreendida entre 35 (trinta e cinco) e 65 (sessenta e cinco) anos ao tempo da nomeação, com notório saber jurídico e reputação ilibada, que seja indicada pelo Presidente da República e aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988).

Atualmente, a Suprema Corte é composta pelos seguintes ministros e ministras: Cármen Lúcia Antunes Rocha, Gilmar Ferreira Mendes, José Antonio Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Kassio Nunes Marques, Luiz Fux (Presidente) e Rosa Maria Weber Candiota da Rosa (Vice-Presidente). Destaca-se que esses dois últimos também, são presidente e vice-presidente do Conselho Nacional de Justiça, conforme a lei obriga. Existe um cargo vago até o fechamento do presente artigo, decorrente da aposentadoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello em julho de 2021.

O artigo 102 da Carta Magna estabeleceu as competências de julgamento do órgão, elencando situações nas quais caberá à Casa Mor o processamento e julgamento de determinadas matérias. Dentre tais funções, pode-se elencar algumas como: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), infrações penais comuns cometidas pelo Presidente e Vice-Presidente da República, Membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e também pela Procuradoria Geral da República – PGR.

Além do mais, é certo que a Suprema Corte exerce o controle de constitucionalidade sobre as normas criadas e atos exercidos pelo Estado, em qualquer dos poderes (legislativo, executivo ou judiciário), no exercício da função legislativa, seja de forma típica

ou atípica. Tal controle pode ser efetuado através de ações especialmente destinadas ao controle de constitucionalidade, também chamado de controle concentrado, ou através de casos concretos que chegam ao órgão em grau de recurso, no bojo do qual questiona-se a constitucionalidade de norma aplicável à um caso específico.

O caso objeto do RE 1.010.606/RJ foi apresentado à Suprema Corte através de Recurso Extraordinário, sob fundamento de que a decisão anterior que julgou improcedente a aplicação de direito ao esquecimento afrontaria os arts. 1º, inciso III; 5º, caput e incisos III e X; e 220, § 1º, da Constituição da República, o que será incansavelmente discutido nos capítulos que seguem.

### **3 | A DECISÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ**

Ainda sobre os desdobramentos da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF sobre o direito ao esquecimento no julgamento do RE 1.010.606/RJ, em fevereiro de 2021, ressalta-se que a incompatibilidade do aludido direito com os preceitos constitucionais fora o ponto central da discussão. José Afonso Silva (2020) tradicionalmente classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida ou limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que constroem, ou tem capacidade de formar, todas as garantias/interesses essenciais, que o legislador próprio da Constituição Federal regula(ou) de forma direta ou normativamente (SILVA, 2020).

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida, tratam daquelas que o legislador constituinte regulou objetivamente sobre o direcionamento de determinadas matérias, aplicabilidade imediata, mas não integral, mas dando margem de atuação discricionária ao poder público (art. 5º, XIII da CF/1988).

Já as normas de eficácia limitada possuem natureza de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois dependem de uma norma ulterior que impulsionem a sua aplicabilidade e possam produzir todos os efeitos pretendidos. A exemplo, é possível citar o art. 37, VII, e o art. 7º, XI, ambos da CF/1988. O primeiro versa sobre o direito de greve e o segundo trata da participação dos lucros ou resultados pelos empregados de uma empresa (MORAES, 2016).

Os princípios constitucionais funcionam como a base/alicerce das normas fixadas pelo legislador constituinte, sendo, portanto, um nascedouro, chave de todo o sistema normativo. Um dos maiores traços, qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, revela-se na normatividade contida em sua essência (BONAVIDES, 2011).

Como mencionado, no entendimento do presidente do STF, Ministro Luís Fux, quando do julgamento do RE 1.010.606/RJ, o direito ao esquecimento nasce dos vetores contidos no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. No entanto, a existência de tal

garantia confronta-se com a realidade de outras, tal qual o direito à liberdade (primeira geração/dimensão). Na visão do presidente do Supremo Tribunal Federal, quando surge uma divergência/confronto entre direitos constitucionais, faz-se necessário a determinação da prevalência de um deles (BRASIL, 2021).

Segundo Maldonado (2017, p. 15): “O direito ao esquecimento revela-se por inúmeras facetas, não se esgotando nas questões que emergem da possibilidade de apagamento de dados antigos disponibilizados na rede, seja por ato da própria pessoa ou por ato de terceiros”. De acordo com essa afirmação, conclui-se que o “esquecimento” não é apenas o mero ato de apagar aquilo postado/escrito por alguém, vai muito além disso, ferindo outras questões morais da pessoa afetada, além dos direitos perdidos por ter sua imagem ferida perante a sociedade. Além disso, vários outros aspectos foram explorados durante os votos dos ministros, a serem analisados em momento posterior.

O direito ao esquecimento torna-se uma discussão mais complexa quando se volta para o campo da internet, tendo em vista a rápida disseminação de conteúdo nos sítios deste meio de comunicação. Observa-se se a informação é falsa, desatualizada ou fora de contexto, revelando possibilidade de dano à imagem do ofendido(a). Busca-se assim a proteção da pessoa humana e seus direitos mais fundamentais: privacidade, liberdade de expressão e a honra (BUCAR, 2013).

A ideia central do direito ao esquecimento atinge diretamente a sociedade da informação, buscando limitar a divulgação de informações, principalmente aquelas ligadas aos direitos de personalidade de outrem, visando impedir o dano moral. Nesta esteira, implica mencionar que se trata de um esquecimento de ordem social, visando assim a proteção de dados do passado (MORATO, 2015).

Nesta esteira, pode-se concluir que o instituto jurídico em questão é bastante amplo, podendo ser visualizado em diversas perspectivas. Dentre os vários argumentos utilizados para fundamentar os votos proferidos pelos ministros da suprema corte, pode-se afirmar que a maioria da casa entendeu que o abuso à liberdade de expressão deve ser analisado de forma específica em cada caso, não sendo possível a instituição de um entendimento jurídico que priorize o direito ao esquecimento dos fatos que, de certa forma, sustentam a história e a preservação da memória de toda uma nação.

A colisão de normas e princípios constitucionais, não se soluciona neutralizando uma das normas em detrimento da outra, mas sim através de um sistema de sopesamento, analisando o contexto que circunda o caso e observando qual interesse/garantia deve ceder. Assim, nenhum dos direitos deixará de existir, mas observar-se-á que um irá se sobrepor ao outro, impulsionado pelo peso das circunstâncias (ALEXY, 2011).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal – STF a guarda da Constituição Federal, sendo competente ainda para processar e julgar, através de recurso extraordinário, as ações a serem decididas em última ou única jurisdição, quando a decisão recorrida contrastar expressamente com a Lei Constitucional; declarar, tratado ou lei federal, inconstitucionais;

julgar válidos, lei ou ato do governo local, contestados em face da CF/1988; julgar validade de lei local, em contraposição de lei federal (EC nº 45/04), função do STF no controle de constitucionalidade das normas legais e atos normativos (MORAES, 2016).

A emenda Constitucional nº 45/2004, atrelou como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões de natureza constitucional levantadas sobre o caso que se deseja análise pelo STF. A Própria Constituição Federal em seu art. 102, §3º afirma que em caso de Recurso Extraordinário o recorrente deve demonstrar com clareza a Repercussão Geral do caso, para que o Tribunal competente avalie a sua admissão. A recusa se dá apenas quando houver manifestação negativa de dois terços dos membros.

Tal mudança, advinda com a aludida emenda constitucional, concede ao Supremo Tribunal Federal o poder de avaliação sobre a importância da matéria em nível constitucional, atrelada ao interesse público que envolve as discussões do caso. Dessa maneira, cita-se o pensamento de Moraes (2016, p. 899):

A repercussão geral somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional, ao mesmo tempo, fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o STF para a discussão das matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade.

O Ministro relator do RE 1.010.606/RJ, Dias Toffoli, menciona em seu voto que, em se tratando do conceito de direito ao esquecimento, como sendo a pretensão objetiva de impedir a divulgação, por meios impressos ou virtuais, de informações ou dados, considerados verdadeiros e obtidos de maneira lícita, mas que em virtude do decurso do tempo, revelam-se, em contexto atual, irrelevantes, do ponto de vista do interesse público, o ordenamento jurídico pátrio, pela sua dinamicidade, permite, diante de expressas e pontuais previsões a utilização da tese de decurso do tempo, como razão suficiente para supressão de tais informações, mas não do ponto de vista que converge para o direito ao esquecimento (BRASIL, 2021).

Como se denota do próprio acórdão, as premissas do direito ao esquecimento, confrontam diretamente o princípio da liberdade, mais precisamente a liberdade de expressão. Um determinado vetor ou princípio, que se traduz na passagem do tempo, como garantia à restrição de informações ou dados verdadeiros, obtidos lícitamente, deve ser claro e possuir previsão legal objetiva, de forma que não mitigue a liberdade de expressão. Imperioso ressaltar então, que tal comando não pode nascer do elástico desmedido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 2021).

Assim, a decisão adotada pelo STF no Recurso Extraordinário 1.010.606 RJ pacifica a discussão sobre a emergência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, reafirmando ser o mesmo incompatível com a Constituição Federal de 1988, justamente

por confrontar outros princípios importantes para manutenção da ordem democrática atual.

A decisão de repercussão geral elaborada pelo Supremo Tribunal Federal – STF explicita que as ideias edificantes do chamado direito ao esquecimento, personificado no poder de impedir, por vocação do decurso do tempo, a divulgação de informações e dados considerados verídicos, colhidos de forma lícita e publicados em plataformas virtuais ou através de meios tradicionais/impessos.

A decisão concluiu, assim, que os casos que tratem de eventuais excessos ou abusos do direito de liberdade de informação/expressão deverão ser analisados pela Suprema Corte, caso a caso, levando em consideração os parâmetros constitucionais existentes, que disciplinam em primeiro plano o direito à honra, a privacidade, a liberdade, bem como sob a perspectiva da legislação penal e cível existentes.

#### **4 | OS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RJ**

O início do Direito ao Esquecimento ocorreu no continente Europeu, quando um Tribunal de Justiça alegou ter direito à desindexação de dados e informações incorretos a respeito de sua vida em sítios da internet, alegando como direito fundamental, a garantia à privacidade. Nesse ínterim, foi discutido sobre a existência e o contexto do direito à desindexação, traduzida na remoção de links de busca na internet que remetam a fatos do passado e que disseminem informações equivocadas. Assim, a corte europeia concluiu que cabia ao demandado a responsabilidade pela proteção dos dados do autor, devendo portanto, desindexá-los.

A ministra do STF, Cármen Lúcia, ao proferir seu voto, decide por negar provimento ao recurso extraordinário, tendo em vista que, em seu entendimento, não haveria como, à luz das garantias presentes na CF/1988, lapidar o direito ao esquecimento, a ponto de este tomar forma de direito fundamental, tendo em vista que se afigura como limitador do direito à liberdade de expressão. Em seu voto, elucida de forma direta o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais. Assim, cita-se do aludido preceito principiológico Avena (2017, p. 51):

A exigência de motivação das decisões judiciais, inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 381 do Código de Processo Penal, é atributo constitucional-processual que possibilita às partes a impugnação das decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário, conferindo, ainda, à sociedade a garantia de que essas deliberações não resultam de posturas arbitrárias, mas sim de um julgamento imparcial, realizado de acordo com a lei.

Aduz ainda que existe um pacto de solidariedade entre gerações que culminam no direito à verdade histórica, reafirmando que não se pode conceber sob o olhar jurídico que uma geração negue a outra o direito de conhecer sua história.

O ministro do STF, Ricardo Lewandowski, nos autos do RE 1.010.606/RJ, também votou no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário em comento, narrando que a garantia constitucional da liberdade de expressão é de vital relevância para o sistema democrático brasileiro. Levanta ainda a tese de que o direito ao esquecimento deve ser analisado de acordo com cada caso apresentado ao judiciário, traduzindo um sistema de sopesamento de valores, a fim de que se possa decidir qual garantia constitucional deve prevalecer.

De forma inovadora, o ministro Gilmar Mendes decidiu em seu voto pelo parcial provimento do RE 1.010.606/RJ, demonstrando parecer congruente ao do ministro Nunes Marques. Pautando argumentos nos princípios da privacidade e da intimidade, previstos na CF/1988, argumenta que a exposição vexatória, compreendida pela natureza humilhante, nos sítios da internet ou em qualquer outro meio de disseminação de informações e dados, é passível de indenização, independentemente de interesse histórico ou social.

Ademais, levanta tese já pacificada pelo STF quando aduz que havendo conflito de normas constitucionais niveladas pela horizontalidade em que se encontram, faz-se necessário uma análise profunda dos direitos apontados para assim decidir qual deles deve se sobressair. O Código Civil de 2002, em seu artigo 21, aduz que a vida privada da pessoa natural é inviolável e que, em caso de terceiros impedirem essa garantia, o juiz adotará as providências necessárias.

O ministro Marco Aurélio, então decano mais antigo da Suprema Corte e atualmente aposentado, proferiu voto negando provimento ao recurso extraordinário em comento, dialogando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 220 emoldura o direito à livre manifestação do pensamento/informação e expressão, inserido no capítulo V da CF/1988, que trata da comunicação social. Manifesta-se ainda, afirmando que o dever da imprensa é justamente retratar a história. Assim, sob sua visão, o recorrido não cometeu ato ilícito, e por sua vez, não mereceu prosperar o recurso extraordinário. Ademais, cita-se da Constituição Federal de 1988:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Como mencionado no entendimento do presidente do STF, Ministro Luís Fux, quando do julgamento do RE 1.010.606/RJ, o direito ao esquecimento nasce dos vetores contidos no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no entanto, a existência de tal garantia confronta-se com a realidade de outras, no caso, o direito à liberdade (primeira geração/dimensão).

Na visão do presidente do Supremo Tribunal Federal, quando surge uma divergência/confronto entre direitos constitucionais, faz-se necessário determinar a prevalência de um deles.

O Ministro Luís Roberto Barroso não participou do julgamento do RE 1.010.606/

RJ, pois declarou-se suspeito, alegando já ter atuado como advogado em outro processo envolvendo a recorrida, em contexto semelhante, no qual se discutiam direitos e garantias fundamentais e direito à reparação civil por danos morais.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal – STF nos autos do RE 1.010.606/RJ emerge o conceito de direito ao esquecimento, traduzido no interesse em não ser confrontado no presente por elementos materializadores do passado, ou seja, a pretensão objetiva de impedir a divulgação, por meios impressos ou virtuais, de informações ou dados considerados verdadeiros e obtidos de maneira lícita, mas que em virtude do decurso do tempo revelam-se, em contexto atual, irrelevantes, do ponto de vista do interesse público, ou fora de contexto.

Na visão do presidente da suprema corte brasileira, Ministro Luís Fux, o direito ao esquecimento aproxima-se do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas confronta-se com o direito à privacidade e à liberdade (garantias de primeira geração/dimensão). Nesse contexto, à luz do que entende a Ministra Cármen Lúcia, o direito ao esquecimento não se equipada a direito fundamental, revelando-se, desse modo, como uma afronta ao direito à verdade histórica, ou seja, o direito que toda nação, através de seus cidadãos, tem de construir sua história.

Na visão do Supremo Tribunal Federal – STF, o direito ao esquecimento não encontra amparo na ordem democrática brasileira, revelando-se incompatível com a Constituição de 1988. Assim, o julgamento do RE 1.010.606/RJ, mostrou uma face desconhecida para o judiciário, que através do diálogo com os preceitos contidos no Diploma Constitucional vigente revelou uma tese de repercussão geral que pacificará as discussões sobre a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. – 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. RE 1010606, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2021, Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Data de acesso: 25 de maio de 2021.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília - DF: Senado Federal, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados**: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em 10 de julho de 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MORATO, Antônio Carlos. **Direito ao esquecimento**: Luzes e sombras. São Paulo: LiberArs, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Imprensa: *São Paulo, Saraiva*, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

## ANÁLISE PRINCIPALÓGICA DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO DE PESSOAL NA PROPOSTA DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Data de aceite: 26/11/2021

**Sergio Bruno Aguiar Ursulino**

<http://lattes.cnpq.br/3168267633712395>

**Antônio de Moura Borges**

<http://lattes.cnpq.br/4152697556483694>

**RESUMO:** O Poder Executivo por vezes tem excluído da Proposta de Lei Orçamentária, relegando a um anexo, os valores referentes a reajuste salarial de servidores do Poder Judiciário da União e do Ministério Público da União. Esse artigo busca fazer um estudo sobre a autonomia da proposta orçamentária de pessoal desses órgãos, analisando se o Poder Executivo tem a obrigatoriedade de apresentar na integralidade a proposta, deixando, conseqüentemente, para escrutínio do Poder Legislativo a pertinência ou não do tema. Foi realizado um levantamento bibliográfico e legislativo, para depois ingressar em uma pesquisa sobre a jurisprudência e a doutrina relacionada ao tema, analisando qual a orientação do Poder Judiciário e de Juristas sobre essa autonomia do Poder Executivo. Após esse pormenorizado estudo doutrinário e jurisprudencial, como foi possível averiguar, a visão é de que o Poder Executivo não pode excluir da peça orçamentária do Poder Judiciário e Ministério Público a proposta orçamentária de pessoal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Independência dos Poderes. Autonomia da Proposta de Lei Orçamentária Anual. Proposta de Lei Orçamentária Anual. Normas Constitucionais.

Poder Executivo.

PRINCIPLE ANALYSIS OF THE INDEPENDENCE OF POWERS IN THE ELABORATION OF THE PERSONNEL BUDGET IN THE ANNUAL BUDGET LAW PROPOSAL OF THE JUDICIARY AND PUBLIC MINISTRY OF THE UNION

**ABSTRACT:** The Executive Branch has sometimes excluded from the Budget Law Proposal, relegating to an annex, the values related to the salary adjustment of employees of the Federal Judiciary Power and the Federal Public Ministry. This article seeks to conduct a study on the autonomy of the budget proposal of staff from these bodies, analyzing whether the Executive Branch has the obligation to present the proposal in its entirety, leaving, consequently, the pertinence of the subject to the Legislative Branch's scrutiny. A bibliographical and legislative survey was carried out, and then to enter into a research on jurisprudence and doctrine related to the subject, analyzing the orientation of the Judiciary and Jurists regarding this autonomy of the Executive Branch. After this detailed doctrinal and jurisprudential study, as it was possible to verify, the view is that the Executive Branch cannot exclude the personnel budget proposal from the budget piece of the Judiciary and Public Ministry.

**KEYWORDS:** Independence of Powers. Autonomy of the Annual Budget Law Proposal. Annual Budget Law Proposal. Constitutional Rules. Executive power.

## 1 | INTRODUÇÃO

A tripartição dos Poderes refere-se a um modelo que pode eventualmente ser implementado de formas e nomenclaturas sortidas. Por exemplo, no período monárquico brasileiro houve um quarto Poder, porém esse modelo em nada desnatura a separação supracitada, já que o Poder Moderador não adicionava uma nova função estatal. Esse Poder adicional apenas concentrava mais poder nas mãos do imperador, que poderia rever decisões de qualquer um dos outros Poderes (BRASIL, 1988).

Para que o Estado exerça suas atribuições, objetivos, metas, funções e prerrogativas com eficiência, é de suma importância que sejam respeitados todos os seus pressupostos e requisitos previstos em normas constitucionais e infraconstitucionais. Dentre os requisitos está o respeito ao princípio da independência dos Poderes, de previsão constitucional em seu art. 2º (BRASIL, 1988). A independência dos Poderes se materializa em variadas áreas de atuação, como a administrativa, a financeira, a política, a econômica e a orçamentária. Nessa esteira, torna-se deveras importante o estudo sobre o respeito dessas diretrizes em todas as áreas de atuação do Estado para compreender seu funcionamento, inclusive no corolário da autonomia orçamentária.

Analisando-se etimologicamente a palavra *orçamento*, pode-se buscar sua origem provavelmente do italiano *orzare* (OLIVEIRA, 2015), ou, segundo Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, 2014) “no latim *ordior, orsumsum, oridir*”. Empenharam-se no labor de elaborar um conceito para *orçamento* muitos doutrinadores brasileiros, dentre eles o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

Sem embargo, a palavra orçamento possui um sentido lato ou estrito, a depender do modo como for empregada.

No sentido lato, orçamento é a previsão da receita e das despesas de qualquer atividade econômica pública ou privada.

Na dimensão estrita, orçamento é o ato que prevê e autoriza a receita e a despesa da União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, por certo lapso de tempo. (BULOS, 2014).

Apesar de ser amplamente intuitivo que o orçamento somente tem um prisma contábil ou financeiro de balanceamento entre receitas e despesas, ele não se restringe somente a isso. Seria possível relacionar mais alguns prismas como o político, o econômico e o social. O prisma político pode ser visualizado no processo de elaboração do orçamento, o qual existe um embate de forças entre os Poderes, que os exercem por meio de seu papel no planejamento orçamentário, mas que será explorado de forma mais detalhada posteriormente. Também na elaboração, o Governo preocupa-se em analisar de que forma e em que quantidade fará a arrecadação das receitas, far-se-ão empréstimos, que juros são atrativos, ou seja, a análise econômica é crucial nesse momento. Por fim, tem-se a ótica social quando o Governo avalia em quais áreas priorizará os gastos, se será mais

em programas assistenciais ou em obras, qual região será mais priorizada (BULOS, 2014).

Com relação a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988<sup>o</sup>, o orçamento tem previsão constitucional. O diploma maior fez referência a ele em diferentes pontos. A primeira delas encontra-se em seu Título IV da Organização dos Poderes, no Capítulo II do Poder Executivo, Seção I do Presidente e do Vice-Presidente da República em seu art. 84, inciso XXIII, em que descreve que será de competência privativa do Presidente da República “enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Além de outras referências esparsas, e algumas delas serão estudadas nesta pesquisa, uma Seção inteira do Capítulo II das Finanças Públicas do Título VI da Tributação e do Orçamento foi dedicado ao tema. Essa seção é a de número dois e foi intitulada *Dos Orçamentos*. Percebe-se que o legislador, ao distribuir dessa maneira os institutos, entendeu que o tema *orçamento* seria uma subdivisão do tema *finanças públicas*.

A Lei do Plano Plurianual (PPA) é a lei mais abstrata entre as leis orçamentárias e recebeu esse nome por razões bem intuitivas. Segundo Regis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, 2015), “o plano plurianual define o planejamento das atividades governamentais”, ou seja, essa lei fará a gestão sobre as finanças do Governo. O orçamento de um país não pode se limitar à definição de receitas e despesas a serem executadas em um ano, que, de forma resumida, a LOA faz. Por se tratar de dinheiro público, é necessário que se administrem essas finanças com total responsabilidade fiscal. Nesse compasso é que Kiyoshi Harada (HARADA, 2015) preconizou: “o orçamento anual já não basta para assegurar a execução do plano de governo como um todo que, geralmente, implica a execução de obras e serviços de duração prolongada”.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) tem, de forma similar à lei do PPA, a função de orientar a elaboração da LOA. Conforme seu nome já preleciona, ela fornecerá as diretrizes para a elaboração do orçamento. Essa norma, também como seu nome já deixa transparecer, é uma lei no sentido formal do termo, a despeito das peculiaridades que já foram debatidas no tópico anterior, no sentido de que poderiam não receber essa classificação. Essa lei está prevista no art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Lei Orçamentária Anual (LOA) realmente materializa o Orçamento Público, estabilizando juridicamente o planejamento orçamentário do Governo. Segundo o Decreto-Lei nº 4.657 (BRASIL, 1942), Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o art. 2<sup>o</sup>, *caput*, prevê que uma lei somente pode ser alterada por outra lei, e essa regra não é diferente para as LOA's. Sendo assim, a estabilidade do orçamento advém do processo legislativo a ser respeitado para aprovação de outra lei para alterá-lo.

“Ao disciplinar o orçamento público em seu texto, a Carta de 1988 levou em conta que o Estado brasileiro necessita, comumente, delimitar e regular as suas finanças. Precisa, para tanto, de uma lei que submeta a disciplina da sua receita e da sua despesa” (BULOS, 2014). Nesse trecho, ele reforça a importância da LOA por sua estabilidade e ferramenta de

gestão do Governo. Todo Governo, para colocar seus planos em prática, deve se planejar prevendo suas receitas e definindo como vai utilizá-la. Os recursos são escassos; por essa razão, o Estado deve definir quais são as prioridades para aquele ano e de que forma serão distribuídos regionalmente seus gastos.

Além disso, definiu-se no §6º do art. 165 (BRASIL, 1988) que a lei orçamentária virá acompanhada de “demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.” No §7º informa-se que os orçamentos fiscal e “de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 165, II) (BRASIL, 1988) compatibilizados com o plano plurianual terão a função de reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo critérios populacionais. Por fim, no §8º, é positivado o Princípio da Exclusividade, que apregoa a impossibilidade de inclusão no orçamento de tema estranho a ele, com exceção da abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. Essas são algumas das regras, demonstradas exemplificativamente, pertinentes especificamente à LOA na Constituição Federal de 1988.

A Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000), conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, foi uma das leis brasileiras mais importantes da história do País. Explica-se o porquê: ela veio trazer variadas limitações à Administração Pública no que se refere ao gasto público. A partir da sua promulgação, os gestores públicos passaram a ter de respeitar diferentes limites, sejam fiscais, financeiros, legais e econômicos ao tratar da coisa pública. Por ser nacional, ela se aplica a todas as esferas: municipal, distrital, estadual e federal. Essa lei veio cobrar planejamento e programação. Enfim uma grande gama de expedientes que aumentariam a qualidade do gasto. Os gestores se responsabilizariam pela má gestão, mesmo que anteriormente não fosse criminosa.

A Lei Federal nº 10.180 (BRASIL, 2001) tem a seguinte ementa:

Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

Apesar de estar mais direcionada aos entes e aos órgãos do Poder Executivo, definindo os órgãos responsáveis pelas áreas supracitadas, no art. 4º, a lei também trouxe a atribuição de definir os órgãos responsáveis pelo Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal: i) o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, como órgão central; ii) os órgãos setoriais; iii) os órgãos específicos. A Secretaria de Orçamento Federal – SOF subordinada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG é o órgão mais diretamente ligado aos trâmites técnicos da condução dos trabalhos. Dentre os órgãos setoriais, estão as unidades definidas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário

da União – PJU,<sup>1</sup> pelo Ministério Público da União – MPU<sup>2</sup> e pela Defensoria Pública da União – DPU. Essas áreas técnicas dos seus respectivos órgãos são responsáveis diretas pela elaboração do PLOA. De toda sorte, a SOF estará em contato mais próximo com esses órgãos setoriais. Esse sistema terá como finalidades precípuas a elaboração, a organização e a codificação para a apresentação do projeto ao Poder Legislativo.

Além da Constituição Federal, da Lei nº 4.320 recepcionada como lei complementar, da Lei Ordinária Federal nº 10.180, da Lei Complementar Federal nº 101 e das leis orçamentárias, quais sejam, o PPA, a LDO e a LOA, existem normas infra legais orientadoras para a elaboração do orçamento. Dentre essas normas, pode-se citar as portarias expedidas pela Secretaria de Orçamento Federal – SOF. Tais portarias definem prazos, orientam o preenchimento de formulários, regulamentam as leis supracitadas, dentre outras funções.

Importante perceber que existe uma sensível fronteira entre os atos regulamentadores e orientadores para uma hierarquização que se vislumbra quando do controle exercido pelo Poder Executivo sobre a proposta de pessoal legítima de outros Poderes e entes.

O objetivo desse artigo foi analisar os atos do Poder Executivo no que concerne à condução do encadeamento de procedimentos para a referida elaboração, desde o introito até o envio do PLOA. Dentre os atos, incluem-se a definição de reuniões e prazos, a elaboração de regulamentos com metodologias e parâmetros, etc.

## 2 | METODOLOGIA

A metodologia foi realizada por meio de pesquisa exploratória qualitativa. Empeçou-se outrora a análise do processo de elaboração do PLOA do PJU e do MPU no que tange ao aumento dos vencimentos e dos subsídios de seus agentes públicos.

Para se analisar o processo de solicitação de aumento dos vencimentos e dos subsídios dos agentes públicos do PJU e do MPU no PLOA, faz-se necessária uma metodologia estruturada. Foi estudada de que maneira se dá o processo de elaboração do PLOA analisando as normas que o regulamentam e respaldam todo o seu trâmite. O processo fático, como também suas normatizações, foram confrontados com o preceito constitucional paradigma do estudo. Ademais, socorre-se da jurisprudência e da doutrina buscando entender de que forma essas duas fontes vêm abordando o tema. Assim, foi possível construir uma análise crítica mais fundamentada sobre o respeito à independência dos Poderes por parte do Poder Executivo na elaboração do PLOA.

## 3 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

Conforme supracitado, o Poder Executivo é o responsável por regulamentar o

1 Nas Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ vem sendo incluído na programação orçamentária do Poder Judiciário da União a despeito de possuir orçamento próprio.

2 Nas Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP vem sendo incluído na programação orçamentária do Ministério Público da União a despeito de possuir orçamento próprio.

processo de elaboração do PLOA. Essa responsabilidade não se circunscreve a entidades subordinadas e vinculadas a esse Poder, pois se estende também ao PJU, ao Poder Legislativo, ao MPU e à DPU. O início do processo de elaboração se dá com um convite a uma reunião na sede da Secretaria Orçamentária Federal (SOF), onde é feita uma apresentação geral e comentários preliminares sobre a proposta. Ademais, também são apresentados os valores prelimites que deverão nortear a elaboração da proposta.

Dentro da SOF, o Departamento de Programas Especiais (DEPES) é a unidade responsável pelo contato com a PJU, o Poder Legislativo, o MPU e, por fim, a DPU. Esse Órgão fica incumbido de repassar informações importantes como prazos, além de documentos relevantes como manuais e roteiros. Dentre os manuais, está o Manual Técnico de Orçamento (MTO), o qual define termos técnicos da área orçamentária, além de apresentar outros conceitos relevantes para a elaboração da proposta. Além desse manual, outros integram o acervo de documentos, dentre eles o de orientação ao manuseio do Sistema Integrado Planejamento e Orçamento do Governo Federal (SIOP), que é o responsável pela captura das propostas dos entes.

### **3.1 Pré-proposta**

Apresentado limite, parte-se para a elaboração da proposta internamente aos Poderes e ao MPU e à DPU. Cada ente segue ritos próprios para sua elaboração, haja vista sua autonomia financeira, constitucionalmente prevista. Finalizada a elaboração em cada um deles, a informação é adicionada à proposta, que será remetida à SOF. De posse dessas informações, o Poder Executivo dará os tratamentos pertinentes e encaminhará a proposta consolidada ao Congresso Nacional.

Cumprir destacar que, a partir do ano fiscal de 2017, outra norma somou-se aos parâmetros norteadores da elaboração do PLOA. Refere-se ao Novo Regime Fiscal (NRF), definido pela Emenda Constitucional nº 95 (BRASIL, 2016). Essa alteração traçou limites mais rígidos, diminuindo demasiadamente a discricionariedade dos Poderes na sua elaboração. A despeito disso, entende-se que essa inovação legislativa não macula em nada o presente estudo, haja vista a possibilidade de, mesmo com menos margem, um Poder pode resolver incluir na sua proposta, o orçamento de pessoal. A partir dessa inclusão, surgiria, ao menos potencialmente, a possibilidade de novamente o Poder Executivo excluir a parte da proposta, concernente a pessoal.

### **3.2 O envio da proposta pelo Poder Executivo – o cerne da questão**

Passa-se à análise fática do processo de elaboração do PLOA 2015 na esfera federal, que deu azo à gênese desta pesquisa. No ano de 2014, a PJU e o MPU incluíram suas propostas constando a previsão de aumento dos vencimentos e dos subsídios de seus servidores e membros respectivamente. A despeito dessa inclusão, esses Entes respeitaram todos os ditames legais impostos à época, repise-se: a LRF e a LDO. Inclusive

foi salientado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, na Mensagem nº 34 (BRASIL, 2014a), que os ditames legais estavam sendo observados, como se percebe do excerto:

Foi previsto, para fazer face ao orçamento, proposta de parcelamento constante do art. 2º, razão pela qual o impacto orçamentário para o exercício de 2015 é de [...]. Ressalto que o projeto, ora proposto, observa o enquadramento previsto no art. 20, da Lei Complementar nº 101/2000-LRF.

Mesmo após a confirmação do respeito às normas legais, exarado pela então Presidente do PJU, a Presidente da República Dilma Vana Rousseff, não se incluíram os valores na proposta enviada ao Poder Legislativo. Ela apenas a apresentou em anexo à proposta, que, em verdade, não integrava o valor total. Essas informações constam da Exposição de Motivos nº 143 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão componente da Mensagem Presidencial nº 251.

Ante o exposto, entra-se agora no cerne desta pesquisa, qual seja, a análise do *output* da proposta pelo Poder Executivo, de forma divergente ao *input* disponibilizado pelos entes. O que sucede é que a proposta que é enviada ao Congresso Nacional difere da que foi lançada pelos Poderes. Não se mantém a proposta na sua integralidade, fazendo-se uma análise orçamentária preliminar, sem nenhuma previsão legal e ao arrepio da Constituição da República. Conforme pode ser lido, a Carta Magna é muito clara no que tange à atribuição do Poder Executivo em relação à LOA:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as *propostas de orçamento* previstos nesta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Nesse diapasão, percorreram-se outras doutrinas e jurisprudências que corroboram a tese de que resta impossibilitado o exercício de controle de gastos de um Poder sobre outro, que não seja o Poder Legislativo. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.513/RN (BRASIL, 2002) o tema veio à baila e, de forma esclarecedora, a ementa reza:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO PODER EXECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – AUTONOMIA INSTITUCIONAL COMO GARANTIA OUTORGADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DAS EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA IMPUGNADA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. A alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária – mostra-se tão expressiva, que essa Instituição, embora sujeita à fiscalização externa do Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo, aos quais falece, por isso mesmo, competência para sustar ato do Procurador-Geral de Justiça praticado

com apoio na autonomia conferida ao *Parquet*. A outorga constitucional de autonomia, ao Ministério Público, traduz um natural fator de limitação dos poderes dos demais órgãos do Estado, notadamente daqueles que se situam no âmbito institucional do Poder Executivo. A dimensão financeira dessa autonomia constitucional – considerada a instrumentalidade de que se reveste – responde à necessidade de assegurar-se, ao Ministério Público, a plena realização dos fins eminentes para os quais foi ele concebido, instituído e organizado. Precedentes. Doutrina. Sem que disponha de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, o Ministério Público nada poderá realizar, frustrando-se, desse modo, de maneira indevida, os elevados objetivos que refletem a destinação constitucional dessa importantíssima Instituição da República, incumbida de defender a ordem jurídica, de proteger o regime democrático e de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse acórdão se discutia previsão, em legislação estadual, de controle por parte do Executivo sobre o Ministério Público. Conforme pode se perceber na ementa, o Pretório Excelso decidiu pela inconstitucionalidade da referida previsão por desrespeitar de forma cristalina a previsão constitucional de independência dos Poderes. Cabe ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas pertinente, exercer o controle sobre os outros Poderes. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional não poderia estender essa prerrogativa. Por mais que o debate não tenha se adstrito à questão financeira e orçamentária, evidentemente sombreia o tema. São vastos os argumentos no sentido da impossibilidade desse controle, no que tange especificamente à proposta de aumento de vencimentos e subsídios de membros e servidores do PJU e do MPU. Transborda no sistema jurídico de doutrina e jurisprudência, corroborando a tese de que resta impossibilitado o exercício de controle de gastos de um Poder sobre outro. Cabe a cada Poder, com o pálio da autonomia financeira, respeitando os limites definidos na LRF, elaborar seu planejamento orçamentário.

Além dessa legislação, as LDO's podem prever outras limitações. Dessa forma a função de consolidação das propostas orçamentárias não pode, em nenhuma hipótese, confundir-se com a de elaborador, em última instância, o gasto de outros Poderes, pois se fere de morte a Carta Política. Também não se confunde com a assunção de um novo dispositivo limitador dos gastos que se somaria à LRF e às LDO's. Não se pode olvidar que a Constituição é clara ao prever a independência dos Poderes, que evidentemente tem como corolário a autonomia financeira. Essa independência é tão privilegiada na Constituição, que impossibilitou inclusive ao próprio Poder Legislativo de alterar o orçamento de pessoal por meio de emendas, conforme se visualiza no excerto da Carta Magna:

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

[...]

§3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o

modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

[...]

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) *dotações para pessoal* e seus encargos (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Percebe-se inclusive que a importância que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (MENDES, 2010) deram à independência dos Poderes no seguinte trecho: “constituem por assim dizer a síntese ou a matriz de todas as restantes normas constitucionais, que aquelas podem ser direta ou indiretamente”. Nessa esteira não se cogita, em nenhuma hipótese, o descumprimento de preceito dessa escol. Os Poderes precisam e devem ser harmônicos, respeitando-se as devidas atribuições, as prerrogativas, os direitos e os deveres. A independência dos Poderes se corporifica em variados trechos da Constituição Federal. Uma dessas materializações encontra-se no art. 99 da Constituição Federal nos seguintes termos referente ao PJU:

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, 1988).

Outra dessas materializações encontra-se no art. 127, §2º, referente ao MPU:

§2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998) (BRASIL, 1988).

Nesse trecho constitucional, a independência se consubstancia por meio da autonomia administrativa e financeira. Essas autonomias autorizam que esses entes prevejam aumento das remunerações, da criação e da extinção de cargos, dentre outras prerrogativas. Essa autonomia permite que o ente organize, de forma otimizada, sua estrutura; além disso, que defina remuneração condizente com a complexidade do cargo ou da função atribuída. Respeitando-se a LRF e a LDO respectiva, deve o ente ter total discricionariedade em definir essa estruturação funcional e remuneratória de sua organização. O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2010) também se debruçou sobre o tema em trabalho próprio:

A autonomia administrativa e financeira materializa-se também na outorga aos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Depreende-se do eminente Ministro que se respeitando os limites definidos na LRF

e na LDO existe discricionariedade para a elaboração do próprio orçamento. Em julgado no STF da ADI nº 4.356 (BRASIL, 2011), infra citado, novamente a Corte entendeu pela inconstitucionalidade de norma estadual que previa controle orçamentário de pessoal dos respectivos Poderes. Nesse julgado ficou consignado que as limitações na elaboração do orçamento de pessoal ficam adstritas à LRF, que é nacional, e à sua respectiva LDO. Dessa forma conclui-se que, mesmo pela via de promulgação de legislação extra, não se pode adicionar novos controles, que já estão estritamente delimitados pela Constituição Federal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONAMP. Artigo 6º da Lei nº 14.506, de 16 de novembro de 2009, do Estado do Ceará. Fixação de limites de despesa com a folha de pagamento dos servidores estaduais do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual. Conhecimento parcial. Inconstitucionalidade.

[...]

3. O diploma normativo versa sobre execução orçamentária, impondo limites especialmente às despesas não previstas na folha normal de pessoal. Tais limites, conquanto não estejam disciplinados na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual, buscam controlar a forma de gestão dos recursos orçamentários já aprovados.

4. Se ao Ministério Público é garantida a elaboração de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, como preceitua o §3º do artigo 127 da Constituição Federal, conclui-se que esse é o meio normativo próprio (idôneo) para a imposição de eventual contensão de gastos. A autonomia financeira não se exaure na simples elaboração da proposta orçamentária, sendo consagrada, inclusive, na execução concreta do orçamento e na utilização das dotações postas em favor do Ministério Público. Nesse ponto, o artigo 6º da Lei estadual nº 14.506/09 faz ingerência indevida na atuação do Ministério Público, uma vez que o limitador ali presente incide invariavelmente sobre despesas com pessoal devidamente amparadas por previsões na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual, que não estampam qualquer ressalva a respeito [...].

Fica translúcido que a inovação legislativa para criar novos freios para a elaboração da peça orçamentária não é permitida *in casu*. Apesar de a Corte, por questões processuais, somente ter se debruçado sobre o tema em relação ao Ministério Público, o mesmo entendimento se estenderia aos outros Poderes. Conforme já discutido, somente a Constituição Federal pode criar outras barreiras orçamentárias – inclusive isso se sucedeu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95 supra referida.

Voltando ao caso tema do estudo, qual seja, a elaboração do PLOA 2015, entende-se que o Poder Executivo não poderia alterar a proposta do PJU e do MPU. Somente o Poder Legislativo teria a prerrogativa de fazê-lo, pois, da forma como chegou, para que aprovasse o aumento, os parlamentares deveriam substituir alguma outra despesa para recolocá-la na proposta. Inconformada com o ato da Presidência da República, a Procuradoria-Geral da República impetrou Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal batizado com a numeração nº 33.186 (BRASIL, [s.d.]). Em decisão liminar, nesse Mandado de Segurança,

a Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber deu a seguinte decisão, que vai ao encontro do que se expôs:

Ante o exposto, com respaldo no poder geral de cautela e no princípio constitucional da proporcionalidade, defiro o pedido de medida liminar, para assegurar que as propostas orçamentárias originais encaminhadas pelo Poder Judiciário, incluído o Conselho Nacional de Justiça, pelo Ministério Público da União e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, anexas à Mensagem Presidencial nº 251/2014, sejam apreciadas pelo Congresso Nacional como parte integrante do projeto de lei orçamentária anual 2015.

Nessa decisão fica cediço e consolidado que o Poder Executivo, por meio da Presidência da República, não pode excluir da peça orçamentária a proposta referente ao aumento dos vencimentos e dos subsídios dos referidos entes. Inclusive a Ministra previu multa na hipótese de descumprimento da decisão. Tendo como base essa decisão é que a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados deu parecer favorável no que se refere à compatibilidade e à adequação orçamentária e financeira da proposta. Destaca-se o seguinte excerto do parecer, no qual se demonstra o alinhamento defendido:

Considerando que esta Comissão de Finanças e Tributação tem admitido a tramitação de proposições que tratam de aumento de despesas com pessoal, cuja dotação e autorização constem da proposta de Lei Orçamentária Anual, bem como a determinação da Ministra da Suprema Corte assegurando que a proposta orçamentária original do Poder Judiciário seja apreciada como parte integrante do projeto de orçamentária anual de 2015, pode-se considerar, ao menos *a priori*, que a presente proposição se encontra compatível com a proposta de lei orçamentária de 2015 (BRASIL, 2014b).

Nessa esteira, acatando decisão da Ministra Rosa Weber, a Comissão entendeu que a proposta do PJU e do MPU estaria inclusa na proposta encaminhada pelo Poder Executivo. Compondo a peça orçamentária, a distinta Comissão estava autorizada a examinar e emitir seu juízo fiscal e orçamentário. Foi dessa forma que decorreu na sequência, pois foi aprovada na Comissão. Percebeu-se um alinhamento entre vários órgãos, entendendo que deva estar presente obrigatoriamente na proposta encaminhada a integralidade da proposta de outros Poderes. Em setembro de 2012 o Supremo Tribunal Federal já havia se debruçado sobre o referido tema pelo Ministro Joaquim Barbosa, que já prelecionava o mesmo entendimento da eminente Ministra na elaboração do PLOA 2013 na esfera federal. No trecho do Mandado de Segurança nº 31.618 (BRASIL, [s.d.]), o respeitado Ministro proferiu a seguinte decisão:

Embora relevantíssima para a autonomia e a harmonia das instituições democráticas e republicanas, a questão posta nestes autos é relativamente simples.

Segundo a distribuição dos mecanismos de controle recíprocos delineada na Constituição, cabe ao chefe de cada Poder (art. 99, §2º) e ao chefe do Ministério Público (art. 127, §§2º e 3º) elaborar as respectivas propostas orçamentárias.

Em seguida, a Presidência da República deve consolidar as propostas orçamentárias de todos os componentes da União, isto é, o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público (art. 84, XXIII).

O terceiro estágio preserva a histórica função primordial do Legislativo de aprovar as previsões de gastos estatais. De fato, o sistema de controles recíprocos (*checks and counter checks*) assegura aos Poderes a elaboração desembaraçada de suas previsões de dispêndio, ao passo que a aprovação desses dispêndios compete, inicialmente, ao Legislativo.

Perceba que o eminente Ministro Joaquim Barbosa nem deu azo a grandes debates sobre o tema por entender que a Carta Maior era bastante clara no que tange à autonomia dos Poderes e à do MPU concernentes à elaboração do seu orçamento. O que está posto é que a divisão de atribuição dos Poderes é bem balanceada. Cada Poder elabora seu orçamento, encaminha-o ao Poder Executivo, que o consolida, estrutura e organiza, além de apresentar seu relatório, inclusive podendo opinar desfavoravelmente em relação a alguma proposta de outro Poder. Por fim, encaminha-se a proposta ao Poder Legislativo, que, levando em consideração variados aspectos, aprovará ou reprovará a proposta em partes ou na sua totalidade. Esse Poder, a depender do caso, pode e deve substituir despesas que entenda ser menos relevantes que outras, sendo operacionalizadas por meio de emendas. Dentre os aspectos que o Poder Legislativo deve levar em consideração na hora de votar o orçamento, pode-se citar os seguintes: conjuntura econômica, balanço fiscal e inclusive o relatório apresentado pelo próprio Poder Executivo.

## 4 | CONCLUSÃO

A sociedade desenvolveu-se e, para melhor conviver, organizou-se em Estados independentes, que, entre si, exercem soberania. Pela mesma razão, dividiu-se em Poderes, que, de forma orgânica, exercem suas prerrogativas e funções. Para que essa conformação seja harmônica, faz-se mister que seja respeitada a independência dos Poderes. Essa separação se estende em variados prismas, como, por exemplo, a normativa e de controle. Outra materialização da independência dos Poderes está na autonomia administrativa e financeira para gerir-se de forma mais eficiente e estruturada. Essas autonomias compreendem a elaboração do orçamento de pessoal. Nessa esteira é que, sob o pálio da Constituição, o Poder Judiciário da União e o Ministério Público da União recebem autorização para elaborarem seus orçamentos de maneira autônoma. Cumpre destacar que, a despeito de seus orçamentos serem desconexos, tratou-se desse tema de forma conjunta neste estudo, apenas por critério metodológico, haja vista estarem sujeitos ao mesmo tipo de controle, dos quais são escopo nesta pesquisa.

Para a elaboração de suas finanças, esses dois entes devem obrigatoriamente respeitar alguns ditames legais. Dentre essas limitações, pode-se citar as definidas na LRF e na LDO. É evidente que, como componentes da República Federativa do Brasil,

devem fazê-los com responsabilidade e conscientes das limitações fiscais e econômicas por que atravessam o País. De forma conectada a toda sociedade, devem ter zelo pela coisa pública, valorizando as finanças que solicitaram.

Após elaborarem sua proposta nos moldes e nas limitações supracitadas, deverão encaminhá-las ao Poder Executivo. Esse Poder possui algumas atribuições constitucionalmente previstas, dentre elas o planejamento, por meio de programas do direcionamento dos recursos que são escassos. Essa decisão deve ser tomada partindo-se de análises técnicas e empíricas. Somada a essa análise, ele deve elaborar seu próprio orçamento, além de consolidar as propostas provenientes de outros Poderes.

Nessa esteira, o Poder Executivo, como ente consolidador geral, não pode, usurpando função legislativa, exercer atribuição de controle prévio sobre a proposta de outros entes. Essa limitação inclusive importa na impossibilidade de exclusão de parte do orçamento elaborado pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público. Cabe a cada um deles exercer suas funções constitucionalmente definidas, sem romper a clara fronteira que os separa. Sendo assim, a proposta de orçamento desses entes deve ser recepcionada em sua integralidade.

Em síntese, resta ao Poder Executivo apenas consolidar as propostas, apresentando relatório sobre elas, inclusive as dos outros Poderes, e, após esse tratamento, encaminhar ao Poder Legislativo, para que este faça o controle orçamentário e financeiro. Esse Poder, levando em consideração aspectos econômicos e fiscais e inclusive o relatório do Poder Executivo, analisará a proposta, aprovando-a no todo ou em parte, tendo discricionariedade para substituir, aumentar ou diminuir despesas. O relatório apresentado pelo Executivo pode conter parecer desfavorável em relação a orçamento de outro ente, sugerindo sua exclusão. O que não está autorizado é que, por iniciativa própria, sem respaldo legislativo, haja extirpação de parte do orçamento de outro Poder.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 30 de 8 de janeiro de 1892**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-30-8-janeiro-1892-541211-publicacaooriginal-44160-pl.html>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 1.804 de 24 de novembro de 1939**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1804-24-novembro-1939-411649-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 2.026 de 21 de fevereiro de 1940**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2026-21-fevereiro-1940-411936-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Lei nº 23 de 30 de outubro de 1891c**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-23-30-outubro-1891-507888-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Lei nº 30 de 30 de outubro de 1891b**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-23-30-outubro-1891-507888-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei no 7.920 de 2014**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=14BF910847FD9380A25FFDBC64074FB6.proposicoesWebExterno1?codteor=1288979&filename=Tramitacao-PL+7920/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=14BF910847FD9380A25FFDBC64074FB6.proposicoesWebExterno1?codteor=1288979&filename=Tramitacao-PL+7920/2014)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891a**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1940. 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: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 50 de 14 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc50.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc50.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.180 de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10180.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.524 de 25 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10524.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10524.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Portaria nº 7 de 14 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/legis\\_27308525\\_PORTARIA\\_N\\_7\\_DE\\_14\\_DE\\_FEVEREIRO\\_DE\\_2017.aspx](http://www.lex.com.br/legis_27308525_PORTARIA_N_7_DE_14_DE_FEVEREIRO_DE_2017.aspx)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Mensagem Presidencial nº 251 de 27 de agosto de 2014**. Disponível em: <[http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2015/Proposta/mensagem/01\\_enc\\_msg.pdf](http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2015/Proposta/mensagem/01_enc_msg.pdf)>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.513/RN**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 11 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1966569>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.356/CE**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=4356&classe=ADI>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 31.618/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4303186>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 33.186/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4629329>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo Saraiva, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 24. ed. São Paulo. Editora ATLAS, 2015.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.068.

MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 1. ed. Brasília. Coleção Gestão Pública, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emydio F. da. **Direito Financeiro e Direito Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Orçamento na Constituição. Volume V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

## LOCKDOWN: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Rodrigo Dias Cardôzo**

Jornalista. Bacharel em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pelo Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

**RESUMO:** Diante de uma crise pandêmica e de emergência sanitária que fora estabelecida em nosso país – em decorrência do coronavírus –, foi imprescindível que políticos e governantes adotassem medidas alternativas para contenção da disseminação do vírus, e assim ocorresse o devido enfrentamento à pandemia. Neste contexto tem-se a adoção do lockdown enquanto ato administrativo, que constitui na restrição de circulação generalizada, de forma temporária, para que assim evite a transmissão comunitária do coronavírus que pode acarretar na doença COVID-19 e causar um desequilíbrio no sistema de saúde. Logo, há de se mencionar que tal medida contempla restrições à liberdade enquanto direito difuso, porém, não se tratando de direito absoluto e em preservação do direito inviolável à vida, os direitos fundamentais e a garantia da supremacia do interesse público dá-se sua constitucionalidade e legalidade, respeitando que trata-se de uma medida temporal e possui suas condicionantes. E de mesmo modo, sua constitucionalidade se dá pelas competências concorrentes da União,

estados e municípios em garantir saúde a seus administrados. E, é pontuado também, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de constitucionalistas e publicistas do Direito que entendem pela preservação do direito inviolável à vida, bem como da saúde enquanto direito social resguardado pela Constituição. Portanto, conclui-se desta maneira que o ato administrativo além de ser constitucional e legal, é fundamental para que se preserve o Estado soberano de uma eventual omissão nas suas prerrogativas e acarrete na sua responsabilização civil e do dever de indenizar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ato administrativo, coronavírus, liberdade, lockdown, restrição.

**ABSTRACT:** Faced with a pandemic crisis and health emergency that had been established in our country - due to the coronavirus - it was essential that politicians and governments adopted alternative measures to contain the spread of the virus, and thus occurred the proper response to the pandemic. In this context we have the adoption of lockdown as an administrative act, which is the restriction of generalized circulation, temporarily, in order to avoid the community transmission of the coronavirus that can lead to the disease COVID-19 and cause an imbalance in the health system. Therefore, it must be mentioned that such measure contemplates restrictions to freedom as a diffuse right, however, not being an absolute right and in preservation of the inviolable right to life, the fundamental rights and the guarantee of the supremacy of the public interest, its constitutionality and legality is given, respecting that it is a temporary measure and has

its conditions. In the same way, its constitutionality is given by the concurrent competencies of the Union, states, and municipalities in guaranteeing health to its citizens. It is also pointed out the doctrinaire and jurisprudential understanding of constitutionalists and publicists of Law that understand the preservation of the inviolable right to life, as well as of health as a social right protected by the Constitution. Therefore, it is concluded that the administrative act, besides being constitutional and legal, is fundamental to preserve the sovereign State from an eventual omission in its prerogatives, resulting in its civil liability and the duty to indemnify.

**KEYWORDS:** Administrative act, coronavirus, freedom, lockdown, restriction.

## 1 | INTRODUÇÃO

Recentemente o mundo se viu sob uma realidade sem precedentes pela contaminação em grande escala pelo coronavírus<sup>1</sup>, qual fora levada em consideração para apresentação de medidas de saúde pública efetivas afim de reduzir a contaminação, para que assim houvesse a devida contenção da transmissão viral que já eram massivas e globais, além de amenizar os impactos proporcionados por elas.

Inquestionavelmente, a contaminação em proporções pandêmicas causou um colapso aos principais sistemas de saúde pública e atendimento hospitalar à população mundial, e de tal maneira fora demandado dos respectivos políticos e governantes que adotassem medidas alternativas para contenção da disseminação do vírus.

Dessa forma, é fundamental destacar que numa doença viral que transforma o ser-humano em vetor de contágio ocasionando a disseminação do vírus na sociedade, é necessário que se evite o contato com os demais civis de forma que se previna a transmissão comunitária e vise a redução do número de contaminados, além de reduzir a quantidade de pessoas que demandem de atendimento médico-hospitalar, onde assim, consequentemente tenhamos o devido enfrentamento à doença.

E principalmente no Brasil, por ser um país territorialmente extenso, tivemos diferentes realidades em cada região, o que necessitou de medidas emergenciais e mais restritivas em alguns casos, que dessa forma tornou-se objeto de ação constitucional a ser debatida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2 | ESCLARECIMENTOS SOBRE O LOCKDOWN – ATO ADMINISTRATIVO

A Constituição da República é clara ao amparar as diferentes realidades de estados de direitos no Brasil, onde traz duas premissas, quais são os estados de normalidade e o de excepcionalidade.

Deste modo, há de se destacar que o estado de normalidade se trata do cotidiano, no regular funcionamento do Estado Constitucional, qual o Estado está obrigado a garantir as mínimas condições para uma vida digna e os direitos sociais e fundamentais trazidos

---

<sup>1</sup> Vírus respiratório altamente transmissível que pode acarretar em doença respiratória (COVID-19) e assim causando complicações como pneumonias e comprometimento dos pulmões.

pela Constituição.

Em contrapartida temos o que é trazido pelo ordenamento jurídico pátrio como um estado de necessidade (ou excepcionalidade) qual é permitida a devida declaração através de ato administrativo com força normativa para sua vigência. Neste caso, a Constituição traz o Estado de Defesa, Estado de Sítio e a Intervenção Federal<sup>2</sup>.

Mas é evidente que a Administração Pública não pode se restringir apenas a estes três mecanismos, visto que existem outras realidades graves (na maioria das vezes em determinadas localidades ou regiões) em que não é necessária a adoção de uma medida tão drástica. Assim, temos o instituto que o direito traz definido como estado de calamidade pública, qual lhe é permitida a decretação seja pela União, Estados-membros ou municípios, conforme autoriza a Lei nº 12.608/12, devendo respeitar as competências determinadas pela Constituição Federal para sua decretação.

Logo, no estado de necessidade é permitida a adoção de medidas alternativas<sup>3</sup> – através de atos administrativos – para a garantia do que se tem pela supremacia do interesse público e se reduza as calamidades vigentes, fazendo ser restabelecido o estado de normalidade. O que assim garante que municípios e estados-membros possam instituir ato administrativo para o bloqueio de circulação de pessoas de forma generalizada (inclusive com medidas rígidas sobre funcionamentos de estabelecimentos comerciais ou até mesmo a imposição de multa pelo seu descumprimento) afim de preservar o interesse público e evitar o colapso no sistema de saúde pública num período de calamidade visando restabelecer a normalidade.

## **2.1 Esclarecimentos sobre o Lockdown – bloqueio generalizado de movimentação**

De forma genérica tem sido suscitada a hipótese de uma eventual inconstitucionalidade do ato administrativo que institui o lockdown simplesmente pela vaga alegação de ferir o direito fundamental à liberdade, qual é embasado, equivocadamente, pelo conflito jurídico da restrição de circulação generalizada imposta pelo ato em face do direito constitucional à liberdade.

Ocorre que, como apontado, a instituição de tal ato administrativo visa atender uma medida excepcional e temporária, num período em que está vigente uma emergência sanitária, o que motiva o estabelecimento deste instituto como uma forma de resguardar o direito à vida que está alçado ao mesmo patamar do direito à liberdade e suas decorrências como o direito de ir e vir. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

---

<sup>2</sup> Respeitando os requisitos necessários como a ciência ou aprovação do Congresso Nacional, observando cada caso (artigos 136 a 141 da Constituição Federal).

<sup>3</sup> São várias, podendo ser: dispensa de licitação para aquisição de produtos que vislumbrem a garantia de direitos fundamentais, requisição administrativa para atendimento às necessidades básicas daqueles administrados, ou medidas restritivas de circulação pessoais generalizada como no caso estudado.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

Deste modo, apesar de conflitarem entre si num mesmo patamar e se tratarem, ambos, de direito difuso, a garantia irrestrita do direito a liberdade conforme suscitada, coloca em risco o direito social à saúde trazido pelo artigo 6º da Lei Maior, como também passa a ser potencial ameaça à estabilidade do Sistema Único de Saúde e à rede hospitalar, visto que a ausência da adoção de tal medida exporia o risco de um eventual colapso na rede de saúde, podendo ocasionar aumento nas internações, conseqüentemente falta de leitos de UTIs (que já são escassos) e aumento descontrolado no número de mortes, o que assim fere o direito inviolável à vida abordado pela Carta Magna.

E apesar de direito algum ser absoluto em face de outro, a legalidade da instituição do lockdown se dá pela combinação de direitos que devem ser prevalecidos (à vida, à saúde, à dignidade humana e ao acesso efetivo ao sistema público de saúde), como também o devido atendimento ao interesse público que se dá exclusivamente pela estabilidade do sistema público de saúde e seu regular funcionamento.

E se tratando de inviolabilidade há de se destacar que a preservação do direito à vida constitui medidas que as garanta e não atentem contra si, onde, de mesma forma, temos que o direito à liberdade poderá ter ou sofrer restrições de circulação humana, onde não sendo absoluto e incondicionado é permitida a circulação desde que justificada para as garantias das mínimas condições fisiológicas de vida, o que assim dá direito, portanto, durante a vigência do lockdown, de cidadãos irem ao supermercado realizar suas compras para manutenção regular de vida, ou até mesmo a hospitais quando assim demandarem de atendimento médico.

Posto isto, menciona-se o entendimento doutrinário do célebre constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, que entende que o direito à liberdade contempla inclusive o direito de deslocamento dentro do território nacional, contudo, a norma infraconstitucional poderá limitar as excepcionalidades do exercício do direito à liberdade, dando inclusive restrições por particularidades demandadas pelo momento de calamidade, por exemplo, mas respeitando sempre o direito em face de medidas autoritárias.

Trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio.

Há de se falar também, que se tratando de um estado de excepcionalidade, dado que o estado de calamidade pública é decorrente da pandemia do coronavírus, há o que o direito chama de legalidade extraordinária que remete às garantias fundamentais do

cidadão, e, às garantias institucionais do Estado, que deverão ser preservadas a fim de garantir seu melhor desempenho das atividades regulares outorgadas pela Lei. Assim pontuam os publicistas Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, Anderson Medeiros Bonfim e Juliana Salinas Serrano.

Com vistas à preservação do próprio Estado, a Constituição instituiu mecanismos excepcionais destinados ao acionamento apenas em circunstâncias institucionais ou socialmente adversas para, conseqüentemente, substituir, de forma transitória, a legalidade ordinária e, assim, atribuir ao Estado determinadas competências especiais informadas e condicionadas pela temporariedade, proporcionalidade e vinculação teleológica.

Desta maneira, podemos dizer ao contrário do que possa ser entendido aos olhos da ignorância jurídica, o estado de legalidade extraordinária não se confunde com um estado de exceção (como a instituição do estado de sítio e de defesa, por exemplo), visto que este deve ser sempre positivo, ao contrário daquele, justamente por se tratar de um período extraordinário e imprevisível em que possa serem demandadas medidas alternativas pela Administração Pública para fazer restabelecer a ordem jurídica, institucional e social, e assim cumprir suas obrigações no atendimento ao interesse público e garantia de direitos fundamentais de obrigação do Estado.

### **3 | DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GARANTIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Não cabe ao Estado prometer direitos fundamentais, mas sempre os garantir, e por isso temos que o direito fundamental e inviolável à vida, bem como o direito social à saúde devem ser garantidos e preservados, por se tratarem de uma obrigação do Estado em prestá-los, sendo positivados pela Carta Maior em seus artigos 5º e 6º respectivamente.

Onde assim não há o que se falar em violação ao direito à liberdade, principalmente pela excepcionalidade em que encontra a ameaça provocada pelo coronavírus no desequilíbrio do funcionamento do sistema de saúde, encontrando previsão legal pela supremacia do interesse público, que determina que o interesse do administrado de forma ampla deve prevalecer, tendo atendido seu direito de acesso a uma saúde pública universal, estável e regular quando assim demandar neste período.

Há também, o que é amparado pelo direito, o instituto denominado “Garantia do Interesse Público Sanitário” conforme estabelecem José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

O interesse público sanitário está alinhavado pela Constituição e pela legislação sanitária vigente, constituindo a fonte de legitimação das diversas medidas administrativas previstas em lei, condicionantes do exercício de direitos individuais e sociais e, mesmo, indicativas de sacrifícios de direitos (com a necessária indenização, mesmo que a posteriori).

Assim, o artigo 2º, §1º da Lei nº 8.080/90 (“Lei do SUS”) em combinação com o artigo 196 da Constituição determina que o direito social à saúde a todo cidadão não está limitado ao atendimento pela rede pública hospitalar, visando tratamentos ou curas de doenças, mas principalmente na redução de riscos de infecções e contaminações por vírus, bactérias ou qualquer outro agente responsável por causar doenças e agravar quadros clínicos que façam o cidadão ser submetido à atendimento médico ou hospitalar.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De mesmo modo, em nossa realidade de enfrentamento ao coronavírus, podemos citar o dispositivo trazido pela Constituição Cidadã que, ao mesmo modo que determina a saúde como direito social do cidadão, garante também a prevenção de riscos à saúde humana e de eventuais epidemias – neste caso pandemia – através de controle epidemiológico, visando reduzir a transmissão e disseminação de doenças na sociedade.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

E com base nisso não pode ser ignorado o colapso causado no Estado do Amazonas em 2.020 causado pela falta de leitos e balões de oxigênio na rede hospitalar (pública e privada) principalmente pela ausência de políticas públicas que reduzissem os impactos da COVID-19 e, com base nisso tivemos o julgado pelo STF ainda em 2.020 ao entender que cabem aos Estados e Municípios estabelecerem as medidas restritivas necessárias em suas localidades para estabilidade do sistema público de saúde.

## **4 | O ENTENDIMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL ACERCA DAS RESTRIÇÕES REGIONAIS**

Como apontado, é obrigação do Estado garantir os serviços básicos de saúde dando o devido atendimento aos seus administrados, logo a legislação entende, por ser exclusividade do Ente Público o exercício da garantia de tais direitos, ser atividade que enseja responsabilidade objetiva frente aos cidadãos para dirimir eventuais violações a

direitos que causem danos, ainda que culposamente e de forma omissiva, para definir então a responsabilidade civil do Estado.

A respeito da responsabilidade civil do Estado (ainda que extracontratual) cumpre dizer também, que, na prestação obrigacional do serviço público, ainda que este possa ser omisso (como no caso da ausência da instituição do lockdown), estando presentes os requisitos de sua caracterização objetiva, há de fato sua configuração, onde causando dano por sua omissão com o devido nexo de causalidade, emerge o dever de indenizar, inclusive.

A caracterização de tal responsabilidade civil, neste caso será objetiva, pois cumpre ao Estado prestar, exclusivamente, tais serviços e garantir tais direitos, mesmo que não tenha culpa, e quando este causa dano, deve indenizar, pois não cumpre ao Estado causar danos e sim resguardar o interesse público e preservar direitos.

E o entendimento pacífico do STF é claro ao trazer que a saúde não é apenas uma promessa constitucional, mas constitui obrigação do Estado em fornecê-la qual é determinada pela Lei Maior conforme entendeu o Ministro Celso de Mello.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, 2.<sup>a</sup> Turma, DJ de 24.11.2000. No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Min.

Presidente Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, Plenário, DJE de 30.04.2010.

De mesma forma, ao julgar Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, o ministro Alexandre de Moraes entendeu que cabe também aos Estados e Municípios estabelecerem medidas de saúde públicas locais, afim de reduzir as graves ameaças do coronavírus que podem se tornar prejuízo efetivo caso não sejam tomadas providências. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

E tal entendimento (que garante a competência de estados e municípios legislarem sobre saúde) acarretou na constitucionalidade do artigo 24, XII, da Constituição da República que assim passou a entender que o ato administrativo que institui o lockdown se enquadra em tal dispositivo.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Por isso é clara a constitucionalidade e legalidade da instituição do lockdown enquanto ato administrativo a fim de restringir a circulação temporária de pessoas na sociedade (mas sempre preservado o direito à liberdade, o que não quer dizer que seja garantido de forma absoluta, incondicionada ou irrestrita), única e exclusivamente para contenção da transmissão do vírus e agravamento da doença (COVID-19) que pode acarretar na sobrecarga ao sistema de saúde, seja público ou privado, onde o Estado seria omissos e assim devidamente responsabilizado caso não o adotasse.

## 5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a instituição do lockdown enquanto ato administrativo – seja pelo município ou estado enquanto ente público – é necessário para a devida garantia aos preceitos constitucionais fundamentais, dado que não há violação a qualquer direito ou conflito jurídico por sua instituição.

A legalidade do ato administrativo, como também das restrições que decorrem da decretação do ato, é inquestionavelmente legais e constitucionais, visto que se trata de período de excepcionalidade que visa retomar a normalidade social e regularidade administrativa.

Ponto também que deve ser salientado, é que não há de se falar em violação ou desrespeito ao direito à liberdade (que está alçado ao mesmo patamar do direito à vida), visto que não há qualquer cerceamento à locomoção interna das pessoas, mas apenas restrições temporárias e condições como a temporariedade e o destino, para manutenção do direito inviolável à vida que é decorrente, também, do direito social à saúde.

Portanto, é inequívoco demonstrar que ato administrativo que restringe certo direito em período excepcional e temporário não constitui eventuais efeitos de institutos jurídicos como o Estado de Defesa ou de Sítio, que privam direitos e cerceiam pessoas, mas intui-se apenas à retomada da normalidade social, preservando sempre o interesse público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.080**, 1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672, do Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 271.286-8/RS. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 nov. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 20 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Interesse Público e Desafios de Tutela da Saúde Pública: regime jurídico-administrativo e competência dos entes federados no enfrentamento da pandemia da COVID-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio, (orgs.). **As Implicações da COVID-19 no direito administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PINTO SERRANO, Pedro Estevam Alves; BONFIM, Anderson Medeiros; SERRANO, Juliana Salinas. Legalidade extraordinária e direitos dos administrados. In: DAL POZZO, Augusto Neves;

CAMMAROSANO, Márcio, (orgs.). **As Implicações da COVID-19 no direito administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

## CONSIDERACIONES EN TORNO AL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO DESDE EL PARADIGMA DEL GOBIERNO ABIERTO

*Data de aceite: 26/11/2021*

*Data de submissão: 06/10/2021*

### **Miguel Angel Medina Romero**

Profesor e Investigador Titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo  
Morelia-México  
<https://orcid.org/0000-0003-4067-2816>

### **Josué Daniel Aguilar Guillén**

Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Estudiante del Programa de Cooperación Internacional para el Desarrollo en la Universidad Complutense de Madrid  
Morelia-México  
<https://orcid.org/0000-0002-3292-4721>

### **Alejandro Bustos Aguilar**

Rector de la Universidad Virtual del Estado de Michoacán  
Morelia-México  
<https://orcid.org/0000-0002-0415-5195>

### **Rodrigo Ochoa Figueroa**

Profesor e Investigador Titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo  
Morelia-México  
<https://orcid.org/0000-0003-1957-8147>

**RESUMEN:** El paradigma del gobierno abierto se vincula con los modelos denominados de nueva

gestión pública, de nuevo servicio público y de buen gobierno. Esta opción se ha mantenido en permanente cambio y creciendo a escala internacional, sin duda por la trascendencia del enfoque de los mecanismos de transparencia, difusión e innovación social. Este paradigma considera tres elementos de los cuales busca su interacción para lograr el mayor bienestar posible como son la transparencia, la colaboración, y la participación ciudadana, centrandolo a las personas en la construcción, desarrollo, seguimiento, implementación y evaluación de la eficacia de las políticas públicas. El objetivo del presente trabajo consiste en plantear un conjunto de consideraciones sobre el combate a la corrupción en México a partir del paradigma del gobierno abierto.

**PALABRAS CLAVE:** Combate a la corrupción, gobierno abierto, transparencia, rendición de cuentas, acceso a la información pública, estado de derecho, México.

### CONSIDERAÇÕES SOBRE A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO NO MÉXICO A PARTIR DE UM PARADIGMA DE GOVERNO ABERTO

**RESUMO:** O paradigma de governo aberto está ligado aos chamados novos modelos de gestão pública, novos serviços públicos e boa governança. Esta opção vem mudando constantemente e crescendo em escala internacional, sem dúvida por causa da importância da abordagem dos mecanismos de transparência, divulgação e inovação social. Este paradigma considera três elementos dos quais busca sua interação para alcançar o maior bem-estar possível, como a

transparência, a colaboração e participação cidadã, centrando as pessoas na construção, desenvolvimento, monitoramento, implementação e avaliação da eficácia das políticas públicas. O objetivo deste artigo é apresentar um conjunto de considerações sobre a luta contra a corrupção no México, com base no paradigma do governo aberto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Luta contra a corrupção, governo aberto, transparência, prestação de contas, acesso à informação pública, Estado de Direito, México.

## CONSIDERATIONS REGARDING THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN MEXICO FROM THE OPEN GOVERNMENT PARADIGM

**ABSTRACT:** The open government paradigm is related to so-called new models of public policies, of public service and good government. This option has been under permanent changes and international-scale growth, most certainly due to the transcendence of the focus on mechanisms for transparency, diffusion and social innovation. This paradigm takes three elements into account, along with their interaction to achieve the greatest possible wellness, such as transparency, collaboration and citizen participation, centering people on the construction, development, following, implementation and evaluation of the efficacy of public policies. The goal of this work is to pose a group of considerations about the fight against corruption in Mexico from the open government paradigm.

**KEYWORDS:** Fight against corruption, open government, transparency, accountable billing, access to public information, state of law, Mexico.

### 1 | INTRODUCCIÓN

El objeto de análisis del presente trabajo tiene su origen en uno de los problemas sociales de larga data como lo es la corrupción. En el caso de México, este fenómeno social ha protagonizado muchos capítulos en la historia del país, donde sucesos de los últimos tiempos nos indican que la corrupción ha sido sobreexpuesta debido, entre otros factores, a las redes sociales. Así, cálculos del Fondo Monetario Internacional (FMI) estiman que el costo de la corrupción en México es del 2% del PIB al año, que equivale aproximadamente 340 mil millones de pesos, lo que quiere decir que, al año y por habitante, este problema nos cuesta 2,833.33 pesos.

El filósofo coreano Byung-Chul Han (2014), en su libro *La sociedad de la Transparencia*, hace un análisis en el que destaca que las sociedades modernas son un claro ejemplo de desconfianza y, por ello, se exige transparencia. La desconfianza en la administración del poder genera desconfianza en términos generales y, por eso, se apuesta por espacios de apertura en transparencia. Cuando en una sociedad hay confianza, no surge ningún intento de pedir transparencia y aquí es donde fortalecemos el dicho de que la transparencia genera confianza y ésta, a su vez, produce cimientos sólidos para construir un gobierno con apertura, el gobierno abierto.

Sin duda alguna, un destacable acierto de México en la última década ha sido la reforma al artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

(CPEUM). Este logro en materia de transparencia se llevó a cabo en febrero del 2014 con el propósito de que la sociedad pudiera ejercer su derecho de acceso a la información pública. Ello marcó el inicio de una nueva era con la implementación de un Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (SNT), después de la promulgación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP); y constituye el piso mínimo para que todos los sujetos obligados del país y los 33 organismos garantes, a partir de esa coyuntura, quedaran obligadas a cumplir en torno a un mismo objetivo común: un México transparente.

Después de la promulgación de la LGTAIP, este ordenamiento ha contribuido a un avance considerable en términos legislativos y en el funcionamiento de la democracia. Además, en este contexto, se han implementado modelos que abonan a la causa del gobierno abierto. Lo anterior, sin olvidar derechos fundamentales, así como en el abono al combate a la corrupción y todo aquello que represente excesos por parte de algunas estructuras del Estado. Así, hay condiciones en el país para que los ciudadanos, hoy, ejerzan su derecho de acceso a la información y puedan llamar a las autoridades a rendir cuentas. Este derecho es un pilar fuerte y una vía sólida para la construcción -permanente y constante- de nuestra vida democrática. Ahora, el reto es lograr que la ciudadanía se informe, participe, pregunte, opine y, sobre todo, se involucre en asuntos públicos, donde el gobierno abierto juega un papel valioso.

En función de lo anterior, en esta participación nos proponemos establecer un conjunto de planteamientos en torno al problema de la corrupción y la experiencia en cuanto a su combate materializada en el caso de México, destacando en el ejercicio de este análisis el paradigma del gobierno abierto.

## **2 | EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN LA EXPERIENCIA DE MÉXICO**

En nuestro país se han verificado una importante cantidad de esfuerzos, iniciativas de ley, políticas públicas, campañas, capacitaciones, eventos, publicaciones y un fuerte trabajo para combatir la corrupción, a lo largo de la vida democrática de México. Los esfuerzos, sin embargo, no son suficientes y, en ocasiones, parecería que transitamos por una senda de regresiones, por ejemplo, con la exposición de casos de corrupción como el de “la casa blanca”, “la estafa maestra”, Odebrecht, entre otros. Ante tal situación, guarda lógica que el actual presidente de la República haya ganado su elección a partir de considerar en su oferta electoral como elemento cardinal el combate a la corrupción. Y es por ello que, desde su llegada a la primera magistratura del país, el ataque a la corrupción constituye un principio y eje rector del planteamiento de la *Cuarta Transformación* propuesto por el presidente Andrés Manuel López Obrador.

Los casos referidos con antelación revelan que, hoy por hoy, la corrupción se ha fortalecido y está alcanzando de una manera única su profesionalización. A partir de la

información de la reciente Encuesta Nacional de Calidad e Impacto 2019, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), nos damos cuenta que donde existió un mayor porcentaje de experiencias de corrupción durante el año 2019 fue en los cuerpos policiacos. Lo anterior resulta lamentable debido a que el fenómeno se presenta en nuestra estrategia seguridad, en las fuerzas policiacas. Evidentemente los gobiernos, en sus tres niveles (municipal, estatal y federal), tienen un reto importante que es el combatir la corrupción en los cuerpos policiacos colaborativamente con los mismos tres niveles de gobierno sin importar la ideología política que tengan tales administraciones y, en el mejor de los casos, plantear una estrategia homologada.

La reforma al artículo 113° constitucional, referente al Decreto en materia de combate a la corrupción, definió al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como *la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos*. Una vez promulgado el SNA, le siguió el proceso de elaboración y dictamen de las leyes que reglamentan los diecinueve artículos que se reformaron de la CPEUM. A partir de septiembre de 2015, al Congreso de la Unión le correspondió debatir y realizar foros para dar paso a los ordenamientos que habría de materializar en el SNA. El 18 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, como una disposición legal y vigente, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA). Sin embargo, el proceso de discusión y aprobación inició desde el 15 de noviembre de 2012 en el Senado de la República, a partir de un conjunto de iniciativas legislativas presentadas por senadores de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido Verde Ecologista de México (PVEM), Partido de la Revolución Democrática (PRD) y Partido Acción Nacional (PAN).

El SNA estableció las bases generales, los principios y las políticas públicas para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como para la fiscalización y control de recursos públicos. Su finalidad es establecer, articular y evaluar la política en materia de combate a la corrupción<sup>1</sup> y, para ello, se trabajó en las reformas que consistieron en seis instrumentos jurídicos: la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), para detallar las responsabilidades administrativas y obligaciones de los servidores públicos, de presentar declaraciones patrimoniales, de conflicto de intereses y fiscal; la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación

---

1 De acuerdo con la LGSNA (2016c), los propósitos del SNA, son: establecer las directrices básicas que definen la coordinación de las autoridades competentes para la generación de políticas públicas en materia de prevención, detección, control, sanción, disuasión y combate a la corrupción; proporcionar las bases y políticas para la promoción, fomento y difusión de la cultura de integridad en el servicio público, así como de la rendición de cuentas, de la transparencia, de la fiscalización y del control de los recursos públicos; y materializar las acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los servidores públicos, así como crear las bases mínimas para que todo órgano del Estado mexicano establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público.

(LFRCF), para fortalecer a la Auditoría Superior de la Federación (ASF) para el combate de la corrupción; la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (LOTFJA), para crear al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJA), como órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR, hoy Fiscalía General de la República), para crear la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción (FECC), como órgano autónomo para investigar y perseguir actos de corrupción; el Código Penal Federal (CPF), para establecer las sanciones para quienes cometan actos de corrupción: servidores públicos y particulares; y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOOPF); y, finalmente, fortalecer la Secretaría de la Función Pública (SFP) para la prevención y combate de la corrupción. Así las cosas, el SNA ha sido el resultado de un amplio y arduo trabajo en donde se incluyeron al debate a legisladores, académicos y organizaciones de la sociedad civil. Y, la concepción del Sistema fue, sin duda alguna, un acierto a la luz de sus bases, principios y objetivos planteados en el terreno de las ideas y propuestas.

Ahora bien, en el terreno de los hechos, los resultados que se han tenido de la implementación del SNA no han sido los deseados e, incluso, podríamos decir que son escasos los resultados, dada la existencia de una percepción de un nulo funcionamiento por parte del Sistema. Con esta consideración guarda relación directa una serie de datos que a continuación se presentan: desde 1995, la organización no gubernamental Transparencia Internacional publica el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), instrumento que posibilita medir, en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a cien (percepción de ausencia de corrupción), los niveles de percepción del fenómeno de la corrupción en el sector público en diferentes naciones y consiste en un índice compuesto que se configura a partir de información obtenida mediante encuestas aplicadas a expertos y empresas. Así, en el año 2015, el IPC de México se colocó en la posición 95 de 168 países considerados en la evaluación; para 2018, México se ubicó en la posición 138 de 180 países evaluados; y en el año 2019, México obtuvo el lugar 130 de 180 naciones evaluadas por Transparencia Internacional (Transparency International, 2019). Entre los años 2018 y 2019, nuestro país ganó un punto y con ello detuvo su tendencia a la baja sistemática registrada desde 2015, a la luz del instrumento de medición de referencia. Por ello, para recuperar los niveles obtenidos en 2014 y 2015, México debería mejorar seis puntos más, respecto al puntaje revelado por su IPC en la valoración de 2020. Además, a la fecha, nuestro país continúa siendo el peor evaluado entre los integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), colocándose en la posición 36 de los 36 países con membresía en dicha organización.

Como puede advertirse, el IPC de México se ha incrementado en lugar de bajar una vez aplicada la política pública en materia del combate a la corrupción, en la coyuntura en la que hace su aparición el SNA. Por ello, se estima que SNA constituye un modelo reactivo ante la corrupción y no preventivo de la misma, pues se pierden de vista las causas de raíz.

Y resulta preocupante que la vigente política pública de combate a la corrupción omita la prevención de aquella y eluda, igualmente, lo concerniente a la promoción de la ética en el servicio público. Por ello, en tanto no se asuma el combate a la corrupción con un modelo de prevención y la lógica del mencionado ataque resida únicamente en el castigo, es decir, que se privilegie un modelo de reacción, irán apareciendo más y más casos de corrupción, algo así como lo que pasa con el crimen organizado en nuestro país.

A lo expresado, sumamos también la existencia de una evidente falta de una filosofía de valores del servicio público. Estimamos, a partir de ello, que el combate a la corrupción se tiene que afrontar desde distintas aristas, pero encaminada a un objetivo en común; y la falta de ética pública y el debido seguimiento al comportamiento de los servidores públicos en todos sus niveles es, sin duda alguna, un elemento que se ha extraviado en el SNA. Por ello, a manera de bosquejo de propuesta, expresamos que formar, monitorear y evaluar continuamente a quienes participan en la función pública, constituye un necesario y pertinente esquema de prevención y de control ante la corrupción.

### 3 | EL GOBIERNO ABIERTO: ELEMENTOS TEÓRICOS DE UN PARADIGMA

Para fines de esta exposición, consideraremos al *gobierno abierto* (GA) como un paradigma que promueve el fortalecimiento de la relación entre la ciudadanía y el gobierno, adecuando las acciones de la administración pública gubernamental a la satisfacción de los requerimientos de las zonas geográficas y de los grupos sociales que conforman una ciudad o localidad en un país. Recientemente el concepto de GA ha adquirido importante vigencia a través de temas específicos como la gestión por resultados, el gobierno electrónico, la ética, la transparencia y la rendición de cuentas, los mecanismos de participación ciudadana, entre otros. Y, en este contexto, el GA integra buenas prácticas en la administración pública y proporciona herramientas a los gobiernos para mejorar sus servicios en beneficio de la ciudadanía.

El concepto de *gobierno abierto*, según el académico Álvaro Ramírez-Alujas, data de finales de la década de los setenta en el espacio político británico. El GA surgió para hacer referirse a la necesidad que había de “abrir las ventanas” de la administración pública al escrutinio de la ciudadanía (Ramírez Alujas, 2012). Además, en varios documentos se le reconoce al expresidente de Estados Unidos de América (EUA), Barack Obama, como el padre del GA, debido a que el referido personaje promulgó el 21 de enero del 2009 el *Memorandum sobre Transparencia y Gobierno Abierto*.<sup>2</sup>

Como consecuencia de lo anterior, es de destacar la aparición de un movimiento fuerte donde se integraron académicos que comenzaron a debatir conceptos y a integrar al

---

<sup>2</sup> A través del *Memorandum sobre Transparencia y Gobierno Abierto*, promulgado por Obama el 21 de enero del 2009, se asumió un compromiso para “Un nivel de apertura en el gobierno sin precedentes y un sistema de transparencia, participación pública y colaboración que reforzara la democracia, asegurara la confianza pública y promoviendo la eficacia y eficiencia gubernamental”.

GA como un nuevo paradigma en el marco de los estudios de la administración pública. Así, la definición del GA que contiene el Plan de Acción 2016-2018 (Alianza para el Gobierno Abierto, 2016), refiere que el “gobierno abierto es entendido como un nuevo modelo de gestión en el que ciudadanos y autoridades colaboran para producir políticas públicas y acciones encaminadas a construir soluciones colaborativas a problemas públicos, donde la participación y la transparencia son considerados elementos mínimos que sirven para dar atención a las demandas sociales, pero también promover ambientes sólidos de rendición de cuentas, innovación social y apertura institucional que son capaces de generar valor público”. Igualmente, la definición de Andrés Hoffman, apunta que “el gobierno abierto es un recurso político y de gestión que potencialmente sirve para enfrentar la irrupción de todos, pero cuyo marco conceptual debe ser más exigente de lo que ha sido hasta ahora, porque sus principales componentes, son prácticas usuales que no alcanzan para delimitar, cada una por sí misma, el espacio ideológico del gobierno abierto: la transparencia debe ser proactiva y con datos abiertos; la participación y la colaboración deben ser vinculantes; y la rendición de cuentas se debe de dar en todo el ciclo de vida de las políticas y programas; y éstas se deben ejercer además, de manera articulada y simultánea” (Hofmann, 2016). Estas definiciones coinciden con puntos claros como: un nuevo modelo de gestión, la inclusión de la ciudadanía y el gobierno para solucionar problemas, diseñar políticas públicas o acciones para problemas públicos; y, también, concuerdan con la exigencia mínima para lograr este ejercicio, la sólida rendición de cuentas, innovación pública y la participación para generar valor público.

Conceptualmente, el gobierno abierto se constituye a partir de tres elementos fundamentales: la transparencia, la participación y la rendición de cuentas.<sup>3</sup> Así, la *transparencia* se asocia con la idea de que la información sobre las actividades de los organismos públicos sea creada y esté a disposición del público, con excepciones limitadas, de manera oportuna y en formatos de datos abiertos sin límites para la reutilización. Esto incluye la divulgación de información en respuesta a las solicitudes de la ciudadanía y de manera proactiva, a iniciativa propia de las entidades públicas. También, que la información clave acerca de los entes privados esté disponible para la ciudadanía, ya sea directamente o a través de organismos públicos. Por lo que toca a la *participación*, este elemento consiste en que los ciudadanos puedan participar directamente en el análisis de las opciones de política pública y en las decisiones del gobierno, y contribuyan con ideas y evidencia que orienten las políticas, leyes y decisiones que mejor sirvan a la sociedad y a los amplios intereses democráticos. Además, que los gobiernos puedan buscar la movilización activa de los ciudadanos a participar en el debate público, y que existan mecanismos que permitan que el público participe por su propia iniciativa. Y, en lo referente a la *rendición de cuentas*, este elemento tiene que ver con que existan normas, reglamentos y mecanismos

---

<sup>3</sup> La colaboración y la innovación gubernamental son dos elementos accesorios que son sumados a los elementos fundamentales, por parte de algunos estudiosos de este paradigma.

que orienten el comportamiento de las autoridades electas y funcionarios en el ejercicio del poder público y el gasto de los recursos fiscales. Estas normas deben incluir los requisitos sobre los cuales las decisiones sean plenamente motivadas y justificadas con toda la información puesta a disposición del público. Y, finalmente, este pilar del GA, también, debe considerar que exista protección para los denunciantes y mecanismos que permitan reaccionar a las revelaciones de fechorías e irregularidades.

## **4 | LA APLICACIÓN DEL GOBIERNO ABIERTO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DESDE LA SOCIEDAD CIVIL**

Pensar en la aplicación del GA, sin duda alguna, tiene que ver con el análisis de la complejidad de sus fases, pasos y etapas. Cabe mencionar que para su aplicación hay dos formas posibles: la primera tiene que ver con la que parte desde los gobiernos y administraciones públicas (*top - down*), y la segunda, que proviene desde la sociedad civil o la sociedad organizada (*bottom - up*). En este escenario, la *métrica de gobierno abierto* (que incluye al Índice de Gobierno Abierto, IGA), constituye una investigación cualitativa y cuantitativa coordinada por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C. (CIDE), cuyo principal objetivo es evaluar y dar un seguimiento al nivel de apertura institucional de algunos sujetos obligados que contempla la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal).

Esta métrica considera un método para crear GA, mismo que puede ser aplicado en las 32 entidades de México. Debe destacarse que son 23 entidades del país que ya son sujetos de medición y, prácticamente, lo que se mide de manera sustancial es el nivel de participación ciudadana real a partir de dos aristas: la primera tiene que ver con la oferta que hacen los gobiernos y las administraciones para poder participar, y la segunda tiene se relaciona con el nivel de demanda que logren estos mecanismos de participación. En resumen, la *métrica de gobierno abierto* permite medir qué tanto el ciudadano puede conocer e incidir en la gestión de lo que hacen sus gobiernos. Además, considera que cada uno del componentes y perspectivas se integran por temáticas individuales, donde cada una de ellas cuenta con un porcentaje de ponderación, esto de acuerdo con la aportación al concepto de GA, como lo hemos referido anteriormente. Y, finalmente, la *métrica de gobierno abierto* constituye un elemento relevante para no sólo lograr y ejecutar el concepto del GA sino, también, para medirlo y comparar su avance desde lo micro a lo macro; y esto, a su vez, posibilita la configuración de las bases de una política de *gobierno abierto*, con cobertura nacional.

En consideración de lo anterior, dejamos de manifiesto aquí la importancia y la responsabilidad que hoy tienen los gobiernos de dar apertura en sus administraciones con

la intención de mejorar su misma legitimidad ante la ciudadanía. Y son las administraciones públicas las entidades que deberían mostrar y tener la iniciativa de proponer una agenda abierta y concretar ello como consecuencia de la presión social que se pudiera generar sobre la misma administración. Por tanto, en este contexto, vale la pena gestionar la apertura identificándola con todas las buenas prácticas y valores del *gobierno abierto*, basados en la honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, rendición de cuentas, integridad, transparencia y, sobre todo, vocación de servir. En síntesis, el *gobierno abierto* no debería constituirse en una herramienta reactiva de una administración, sino todo lo contrario, debe ser un medio que facilite la generación de una forma de relación con la ciudadanía, impulsada desde el mismo gobierno y, a su vez, colaborando con la ciudadanía.

Se advierte, por lo expuesto hasta aquí, que las administraciones públicas deben cumplir con una serie de condiciones para contar con un piso mínimo para lograr un *gobierno abierto* desde su posición. Y, a continuación, esbozamos tales condiciones que, en consonancia con una revisión de la literatura especializada y desde nuestra óptica, estimamos elementales y deseables: concentrar la información relevante de la administración y sistematizarla en esquemas sencillos y, a su vez, disponerla en formatos amigables para consulta de la ciudadana; promover el derecho de acceso a la información con la población; fomentar y mejorar el puente de comunicación con la ciudadanía a través de redes sociales y no solo darles uso de publicidad, sino de comunicación inmediata, esto para denunciar, solicitar o simplemente para comunicación directa; contar con un sitio digital único y de acceso sencillo para la consulta de información; impulsar laboratorios de innovación ciudadana como eje principal de la inteligencia colectiva; construir información que no existe, incluso cuando puede llegar a ser útil; fomentar el uso de internet para lograr los tramites de servicios públicos, de esta manera facilitarle al ciudadano los servicios públicos a través de internet; promover los grupos de enfoque por áreas para resolver problemas que puedan limitar la eficiencia y eficacia de la administración, tomando en cuenta a las personas involucradas; contar con un equipo profesionalizado, capaz para analizar y administrar la información, que pueda determinar las mejores decisiones con base en información generada; promover espacios colaborativos con la ciudadanía para la escucha activa y aprovechar la inteligencia ciudadana para resolver problemas públicos; contar con un archivo y registro de propuestas para la mejora administrativa y de los procesos; promover la agenda abierta de los funcionarios de primer nivel de la administración; promover ante la ciudadanía denunciar a los funcionarios que piden sobornos a cambio de “facilitar” tramites públicos; fortalecer la normativa existente y crear la necesaria para darle lugar a la apertura de información como primer paso para lograr el *gobierno abierto*; y promover el uso de redes sociales de mensajería instantánea que puedan permitir el dialogo constante entre autoridades y ciudadanía, como ejemplo, la policía por cuadrante y la ciudadanía.

## 5 I EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO DESDE EL PARADIGMA DEL GOBIERNO ABIERTO

En el marco de la publicación, en 2019, del *Cuarto Plan de Acción de Gobierno Abierto 2019- 2020 de México*, a partir de la sistematización de los resultados de la consulta pública para la construcción del *Cuarto Plan*, se identificaron seis temas que mostraron mayor interés por los mexicanos y éstos, a su vez, se desarrollaron en las mesas de cocreación. El tema más votado, con el 67.59%, fue el referente a “Eliminar la corrupción y la falta de consecuencias para quien la comete”, que nos dejó una lectura importante respecto a que la corrupción se estima como el mal que más nos interesa a los mexicanos, y no solo para combatirlo sino, además, hay interés en la falta de consecuencias para quien comete corrupción, es decir, en la impunidad. Por tanto, el interés por combatir la corrupción se ratifica en el *Cuarto Plan*.

El *gobierno abierto*, en los últimos años, ha ido ganando terreno de una manera importante no solo en nuestro país, sino en todo el mundo, pues los cambios y las acciones que hoy hacemos en favor de apertura a los gobiernos, las veremos reflejadas en décadas y será a través de las condiciones de vida que se tengan en unos años. Podríamos expresar que, igualmente, el *gobierno abierto* combate la corrupción en dos grandes aristas, las cuales pueden definirse de forma directa e indirecta. De forma directa ocurre cuando, dentro de los esquemas de los planes de acciones -desde el plan nacional y los planes locales-, se adopta como tema la eliminación o erradicación de la corrupción. En el *Cuarto Plan* se abordan de manera concreta algunas acciones y en el compromiso 1, que se denomina “Gasto abierto y responsable en programas sociales”, se proyecta lograr dar seguimiento a los recursos públicos utilizados en cinco programas sociales del gobierno federal y estos compromisos, a su vez, están alineados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Y la forma indirecta de combatir la corrupción a través del *gobierno abierto*, igualmente, ocurre a través de distintos mecanismos que se exige para lograr este ejercicio, a saber: el derecho de acceso a la información, la profesionalización de los servidores públicos en materia de *gobierno abierto* y la participación ciudadana.

El acceso a la información pública combate la corrupción de una forma importante, ya que las administraciones tienen la obligación de resguardar en orden toda la información que la misma administración va generando para que la misma pueda ser consultada. En ese sentido, el ciudadano juega un papel trascendente, no solo de ejercer su derecho humano -que es el acceso a la información-, sino de denunciar y hacer visibles las irregularidades que encuentre en esa información que se le ha entregado, incluso cuando por parte de las instituciones no se quiera entregar la información. Y, en la actualidad, ya no basta con entregar la información solicitada al ciudadano sino, ahora, resulta importante cómo se entrega la misma, refiriéndonos al formato en el que se remite.

El segundo elemento indirecto para combatir la corrupción a través del gobierno abierto es la profesionalización de los servidores públicos en materia de *gobierno abierto*. Aquí, consideremos la siguiente premisa: *el primer acto de corrupción que un funcionario público comete es aceptar un cargo para el cual no tiene las competencias necesarias*. Si partimos de considerar que no se cuenta con servidores públicos profesionalizados, difícilmente podremos llevar a cabo una administración alineada con los principios y los valores del *gobierno abierto*, específicamente en el eje de transparencia y acceso a la información, como un primer paso. Si analizamos todo lo que conlleva la gestión y la construcción de un *gobierno abierto*, por ejemplo: datos abiertos, análisis de gran cantidad de información pública y emitir informes técnicos para tomar decisiones, transparencia proactiva, la construcción de espacios de cocreación entre ciudadanos y funcionarios de primer nivel, capacidad de dar respuestas de forma eficiente y eficaz a la ciudadanía, capacidad de empatía con las causas de la ciudadanía, entre otras más, después de observar estas necesidades, sin duda alguna es de suma importancia que los gobierno y las administraciones públicas cuenten con perfiles altamente profesionales y empáticos a las causas del *gobierno abierto*. Abordar la capacidad institucional y profesional que las administraciones deben tener en claro de contar con perfiles no solo profesionales, sino también que busquen encuentros con la sociedad civil y con los ciudadanos en general. Y, es que, estos funcionarios deben ser expertos en saber escuchar y plasmar los encuentros con la ciudadanía, donde puedan construir programas, proyectos y políticas públicas de forma conjunta o, mejor dicho, puedan cocrear con base en las necesidades de las y los ciudadanos. De esta forma, se logran varios objetivos: legitimar la administración, evolucionar la forma de gobernar, generar más y mejores políticas y así servicios públicos, abonando a uno de los tres pilares de GA que es construir el escenario de la participación ciudadana y la colaboración entre gobernantes y gobernados.

El tercer elemento indirecto para combatir la corrupción a través del *gobierno abierto*, es la participación ciudadana. Esta última es, sin duda alguna, la parte medular para que el gobierno pueda -o no- funcionar; la participación ciudadana es el corazón del *gobierno abierto*. Ulrich Richter (2014), en su libro *De la protesta a la participación ciudadana*, relaciona la participación ciudadana con la acción e intervención de los ciudadanos en el gobierno para contribuir en el mejoramiento de su país. Hablar de participación ciudadana en el siglo XXI remite a hablar de una participación activa. La participación ciudadana ha evolucionado de forma gradual, no está limitada a participar en las elecciones cada 6 y 3 años como lo ha mencionado Richter. La participación ciudadana se ha incrementado de una forma exponencial, pues hoy la ciudadanía opina en redes sociales sobre temas públicos; y esto, a su vez, le lleva a la manifestación en calles y ello, paralelamente, le conduce a su vez, acciones del lado de la ciudadanía y el gobierno, al ver esta presión o demandas desde la ciudadanía conduce a las reacciones de gobierno y es, de esta forma reactiva, cuando cambian cosas por la reacción negativa de los ciudadanos. Además, la

participación ciudadana cuenta con una variedad de niveles. Se puede distinguir en las siguientes menciones y que todos estos puntos abonan a la construcción de *gobierno abierto*, los cuales son colaterales en su relación, analicémoslos (Ritcher, U., 2014): la información, que tiene que ver con la transmisión de información a los ciudadanos relativa a los elementos y la temática del proceso participativo del que se trate; la comunicación, que supone la relación y el contacto entre los impulsores del proceso participativo y los ciudadanos; la consulta, que pretende facilitar el conocimiento de las opiniones de los ciudadanos por parte de las administraciones; la deliberación, que implica la realización de evaluaciones, exámenes, periodos de reflexión, debates y discusiones sobre los objetivos y las decisiones del proceso participativo; y la participación en la toma de decisiones, consiste en la adopción de una decisión final vinculante para las autoridades.

Todos los mecanismos de participación ciudadana, por lo menos tendrán que contar con estos elementos anteriormente mencionados, ya que son un piso mínimo para lograr una sana y verdadera participación ciudadana. En la participación ciudadana, desde una perspectiva de *gobierno abierto*, sin duda alguna, esta genera valor público debido a que la ciudadanía participa de forma activa, autogestora al dejar de lado las acciones de gobierno para poder accionar. Y esto nos lleva a referir la propuesta de Mariñez-Navarro (2016) respecto de la importancia de 4 saberes cívicos en los ciudadanos al construir *gobierno abierto*: compromiso cívico, inteligencia cívica, contraloría social y participación colaborativa.

## 6 | CONSIDERACIONES FINALES

Por lo hasta aquí expuesto, es posible advertir que la tarea de los gobiernos y de las administraciones públicas exige la cocreación de la agenda de problemas públicos, bajo la premisa de que el papel que hoy se demanda del estado consiste, precisamente, en la institucionalización de la participación de los ciudadanos a través de la construcción de la acción pública (Cabrero, 2005). La participación ciudadana, por lo tanto, es importante no solo para el *gobierno abierto*, sino para el combate a la corrupción; y, de ahí la necesidad de integrar a los ciudadanos para avanzar en la referida causa.

Evidentemente, en torno al combate a la corrupción, a la luz de la experiencia de México, se han registrado aciertos y omisiones. También, continúan existiendo problemas y retos en materia de *gobierno abierto*. Así, se ha verificado un notable progreso en el andamiaje institucional y el marco legislativo, pero, igualmente, se avanza con pronunciada lentitud en lo que toca a la denuncia, e igualmente a la sanción, de los actos de corrupción (que se materializan). Además, pareciera que la corrupción tiende a profesionalizarse y que las sanciones quedan en un segundo o un tercer plano de importancia. Esta es la percepción de gran parte de la ciudadanía en México, por lo que se tiene el gran reto de construir una visión compartida que derive en una estrategia integral donde no solo sean incluidos los

servidores públicos, sujetos obligados a nivel federal, estatal y municipal, sino sea sumada, también, la ciudadanía. En tal estrategia, además, el Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional Anticorrupción, no deben limitarse a la homologación y armonización de las normas, plazos, criterios y procedimientos de lo local y federal, sino que deben considerar involucrar a las universidades y que estas puedan ir adoptando ejercicios de *gobierno abierto* para poder tomar mejores decisiones desde la inteligencia colectiva y, así, identificar buenas opciones soluciones a los grandes problemas compartidos, procurando, en todo momento, la profesionalización y la formación, no solo de los involucrados en el gobierno sino de quienes a diario son afectados o beneficiados con las decisiones gubernamentales que se materializan. De esta manera, estamos ciertos, es posible fortalecer nuestra democracia y consolidar una cultura de transparencia y de acceso a la información pública para buscar mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos.

## REFERENCIAS

BRIOSCHI, C. **Breve historia de la corrupción**. España: Taurus, 2010.

CABRERO, E. **Acción pública y desarrollo local**. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

CALDERÓN, C. **¿Por qué el gobierno abierto es importante para las ciudades?** U.S.A.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2016. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/gobierno-abierto/>.

CASAR, M. A. **México: anatomía de la corrupción**. Ciudad de México: Centro de Investigación y Deocencia Económicas e Instituto Mexicano para la Competitividad, 2015.

CHANES, J. **Del gobierno al estado abierto**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2019.

DE LA FUENTE, J. R. **El malestar ciudadano**. México: Grijalbo, 2017.

GOBIERNO DE MÉXICO. **Plan de Acción 2016-2018**. Ciudad de México: Alianza para el Gobierno Abierto, 2016. Disponible en: <https://www.gob.mx/gobiernoabierto>

HAN, B. **La sociedad de la transparencia**. Barcelona: Herder, 2014.

HOFMANN, A. La transparencia gubernamental: del estancamiento en que se encuentra y cómo revitalizarla. En: **XVII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública**. Colombia: CLAD, 2012.

HOFMANN, A. Datos abierto gubernamentales y gobierno abierto: ¿qué tan abierto es abierto? **Buen gobierno**, México, 19, julio-diciembre. 2015.

HOFMANN, A. Gobierno abierto: el imperativo de lo posible. En: **XXII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública**. Chile: CLAD, 2016.

Ibarra, A. B. **Discurso en ceremonia de inauguración de la iii conferencia regional de datos abiertos para Aamérica Latina y el Caribe.** Chile: Comisión Económica para América Latica y el Caribe, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. **Guía de cocreación de compromisos-ii: pluralidad de opiniones para resolver problemas públicos.** Ciudad de México: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2018.

LAJOUS, A. **La sociedad civil vs. la corrupción.** Ciudad de Méxcio: Penguin Random House, 2019.

LEE, G.; KWAK, Y. H. **An Open Government Implementation Model: Moving to increased Public Engagement.** U.S.A.: IBM Center for the Business of Government, 2011.

LÓPEZ, S. La transparencia gubernamental. En: ESQUIVEL, G.; IBARRA, F. A.; SALAZAR, P. **Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. Disponible en: <http://bibliodigitalbd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3354/tomo%202.pdf?sequence=7&isAllowed=y>

MARIÑEZ-NAVARRO, F. Los saberes cívicos en la innovación de la gestión pública. **Convergencia. Revista de Ciencias Sociales,** México, Vol. 23, No. 70, enero-abril, pp. 87-114. 2016.

MÉXICO. [Código (1931)]. **Código Penal Federal.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_010720.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_010720.pdf)

MÉXICO. [Ley (1976)]. **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153\\_22012\\_0.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_22012_0.pdf)

MÉXICO. [Ley (1976)]. **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153\\_22012\\_0.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_22012_0.pdf)

MÉXICO. [Ley (2002)]. **Ley Federal de Transferencia y Acceso a la Información,** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153\\_22012\\_0.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_22012_0.pdf)

MÉXICO. [Ley, (2009)]. **Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_anexo23.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo23.pdf)

MÉXICO. [Ley, (2010)]. **Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

MÉXICO. [Ley, (2015)]. **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.** México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP\\_130820.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP_130820.pdf)

MÉXICO. [Ley, (2016a)]. **Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación**. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRFCF.pdf>

MÉXICO. [Ley, (2016b)]. **Ley General de Responsabilidades Administrativas**. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA\\_130420.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_130420.pdf)

MÉXICO. [Ley, (2016c)]. **Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción**. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>

MÉXICO. [Ley, (2017)]. **Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados**. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017)

RAMÍREZ, A. El Gobierno Abierto en América Latina. **Revista Política Digital**, México, No. 70. Octubre/noviembre. 2012.

RAMÍREZ, A. Los nuevos desafíos de la Dirección Pública en el contexto del Gobierno Abierto: gobernanza corporativa, innovación abierta, co-creación y pensamiento de diseño en la gestión pública. **Revista Buen Gobierno**, México, No. 14, enero-junio. 2013.

RICHTER, U. **De la protesta a la participación ciudadana**. México: Océano, 2014.

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. **4º Plan de Acción 2019-2021 de México**. México: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Núcleo de la Sociedad Civil para el Gobierno Abierto en México, 2019. Disponible en: <https://gobiernoabierto.mx.org/blog/2020/01/02/cuarto-plan-de-accion-de-la-alianza-para-el-gobierno-abierto-en-mexico/>

THOMPSON, M. **Sin palabras ¿qué ha pasado con el lenguaje de la política?** México: Debate, 2017.

TRANSPARENCIA MEXICANA. ¿Quiénes somos? **Transparencia Mexicana**. México, 2020. Disponible en: <https://www.tm.org.mx>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de Percepción de la Corrupción de la corrupción 2019**. Berlín: Transparency International, 2019.

UGALDE, L. C. **Rendición de cuentas y democracia. El caso de México**. México: Instituto Federal Electoral, 2002.

UVALLE, R. **Restricciones del sistema nacional anticorrupción**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

## LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO: ¿UNA RESPUESTA JURÍDICA A LAS PANDEMIAS GLOBALES (COVID-19)?

*Data de aceite:* 26/11/2021

*Data de submissão:* 06/09/2021

### **Pablo Latorre Rodríguez**

Facultad de Derecho – Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California (UABC)  
Mexicali, Baja California, México  
ORCID: 0000-0002-1660-8948

### **Jorge Humberto Vargas Ramírez**

Facultad de Derecho – Mexicali, UABC  
Mexicali, Baja California, México  
ORCID: 0000-0002-7738-970X

### **Daniel Octavio Valdez Delgadillo**

Facultad de Derecho – Mexicali, UABC  
Mexicali, Baja California, México

**RESUMEN:** El estado de excepción y análogos son supuestos de suspensión constitucional incluidos en la propia constitución. En nuestro texto constitucional (la CPEUM de 1917), el artículo 29 incorpora la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de un modo semejante a como lo hacen otras constituciones con el nombre de estado de excepción. Ante situaciones de emergencia global como la pandemia mundial causada por el virus COVID-19, distintos países del mundo (España, Francia, Italia, entre otros), han activado estas medidas. ¿Podría México implementar herramientas similares en este sentido? En este trabajo nos encargamos de analizar este supuesto, así como de examinar de un modo más amplio esta notable institución

jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de excepción, suspensión de derechos, artículo 29 CPEUM, COVID-19.

### ESTADOS DE EXCEÇÃO E SUA REGULAMENTAÇÃO NO MÉXICO: UMA RESPOSTA JURÍDICA À PANDEMIA GLOBAL (COVID-19)?

**RESUMO:** O estado de exceção e semelhantes são casos de suspensão constitucional incluídos na própria constituição. No nosso texto constitucional (CPEUM de 1917), o artigo 29 incorpora a restrição ou suspensão do exercício dos direitos e garantias constitucionais de forma análoga a outras constituições com o nome de estado de exceção. Diante de situações de emergência global como a pandemia global causada pelo vírus COVID-19, diversos países do mundo (Espanha, França, Itália, entre outros) ativaram essas medidas. O México poderia implementar ferramentas semelhantes a esse respeito? Neste artigo, nos comprometemos a analisar esse pressuposto, bem como a examinar essa notável instituição jurídica de uma forma mais ampla.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de exceção, suspensão de direitos, artigo 29 CPEUM, COVID-19.

## STATES OF EXCEPTION AND THEIR REGULATION IN MEXICO: A LEGAL RESPONSE TO GLOBAL PANDEMICS (COVID-19)?

**ABSTRACT:** The state of exception and the like are cases of constitutional suspension included in the constitution itself. In our constitutional text (the CPEUM of 1917), article 29 incorporates the restriction or suspension of the exercise of constitutional rights and guarantees in a similar way to how other constitutions with the name of state of exception do. Faced with global emergency situations such as the global pandemic caused by the COVID-19 virus, different countries of the world (Spain, France, Italy, among others) have activated these measures. Could Mexico implement similar tools in this regard? In this paper we undertake to analyze this assumption, as well as to examine this remarkable legal institution in a broader way.

**KEYWORDS:** State of exception, suspension of rights, article 29 CPEUM, COVID-19.

### INTRODUCCIÓN: EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El estado de excepción es una figura jurídica acuñada por el filósofo alemán Carl Schmitt con el nombre de *Ausnahmezustand* (SCHMITT CARL, 2009), y posteriormente desarrollada por el italiano Giorgio Agamben. En su obra *Estado de Excepción. Homo sacer II, 1* (AGAMBEN GIORGIO, 2010). Agamben describe esta institución como una suspensión del orden jurídico de carácter provisional y extraordinario que actúa de manera excepcional (y aquí es dónde reside el *quid* de la cuestión) con el fin original de salvar el propio ordenamiento ante determinados acontecimientos que lo ponen en peligro.

Textualmente Agamben aclara: “el problema del estado de excepción se pone en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas del derecho (...), una suspensión del ordenamiento jurídico vigente para garantizar su existencia. Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objeto de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación ordinaria. La laguna no es interna a la ley, sino que se refiere a su relación con la realidad, a la propia posibilidad de su aplicación. Es como si el derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, sólo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir creando una zona en la que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor” (AGAMBEN GIORGIO, 2010, pp. 48-49).

Ante esta institución jurídica de tan extraordinaria índole resulta inevitable que las dudas en torno a su naturaleza surjan inmediatamente. El autor italiano admite que “la propia definición jurídica del término se hace difícil por su situación en el límite entre la política y el derecho” (AGAMBEN GIORGIO, 2010, pp. 9-10), exponiendo la diversidad de opiniones en cuanto al lugar en el que se ubica el estado de excepción, si lo hace dentro del Derecho o se sitúa en un plano exterior a éste y por tanto completamente extrajurídico (AGAMBEN GIORGIO, 2010, pp. 38-39). ¿Cómo es posible que en el propio ordenamiento se incluya una enmienda a sí mismo? ¿Cómo es posible, igualmente, que en

el propio ordenamiento exista una laguna por la que quede indefenso ante determinadas circunstancias excepcionales?

Agamben supera esta paradoja declarando que “en verdad, el estado de excepción no es ni exterior ni interior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente a un umbral, o una zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan”. Y concluye, “la suspensión de la norma no significa su abolición y la zona de anomia que instaura no está (o, por lo menos, pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico” (AGAMBEN GIORGIO, 2010, p. 39).

Por tanto, estamos hablando de medidas extraordinarias que se ponen en marcha ante circunstancias excepcionales, consistentes en un desajuste entre el caso teórico y la realidad que no supone otra cosa que un vacío o laguna en su planteamiento respecto a su implementación para determinados casos. Pues bien, la naturaleza de estas medidas constituye un asunto complejo en cuanto a su atipicidad se refiere. Se trata de actuaciones que, sin dejar de tener carácter jurídico, al mismo tiempo poseen carácter político. Pero lo verdaderamente importante es la finalidad que subyace a las mismas, y es que tras lo que aparentemente parece una contradicción se encuentra una idea sumamente audaz: suspender el sistema cuando éste se encuentra en peligro garantiza su supervivencia, y lo que en un principio pudiera suponer una traición a su espíritu se convierte en la salvaguardia de su integridad. El ordenamiento no se anula, sino que entra en una fase de suspensión que le sirve para resistir a circunstancias insólitas que ponen en peligro su propia permanencia.

## **REGULACIÓN EN MÉXICO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y FIGURAS ANÁLOGAS**

El artículo 29 de la CPEUM establece la posibilidad de “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías” constitucionales de un modo semejante a como lo hacen otras constituciones con el nombre de estado de excepción o análogos, aunque aquí no reciba un nombre de este tipo. Este artículo es heredero directo del artículo 29 de la Constitución precedente de 1857 cuya redacción es prácticamente similar. El artículo fue modificado en varias ocasiones para introducir cambios menores, pero fue en el año 2011 en el marco de la gran reforma constitucional en materia de derechos humanos cuando se produjeron las modificaciones más profundas: se integró la opción de “restricción” de los derechos y garantías a la hasta entonces única de “suspensión” de los mismos; se incorporó una excepción de esta restricción o suspensión para determinados derechos y las garantías que los protegen; y, se remató añadiendo la revisión por parte de la SCJN de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante el tiempo que durase la restricción o suspensión establecida.

Asimismo, esta reforma constitucional obligaba al legislativo a la creación de una

norma que desarrollase este artículo en el plazo de un año. Esta ley de desarrollo resultó polémica desde sus inicios, debido al posible recorte de derechos y libertades que pudiera implicar, y también a su eventual utilización incorrecta en una etapa en la que la llamada “Guerra contra el narco” proyectaba su sombra ante una potencial militarización fáctica de la esfera civil.

El proceso legislativo de esta Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional está resultando indigesto. En 2013 el ejecutivo presentó la iniciativa como proyecto de decreto y, tras la fase legislativa que tuvo lugar en las comisiones correspondientes, en 2015 la Cámara de Senadores aprobó la Ley Reglamentaria turnándola a la Cámara de Diputados. Ésta a su vez la turna a su Comisión de DH, la cual la aprueba hasta por dos veces, la última en diciembre de 2016; pero su discusión permanece postergada en la Cámara de Diputados. Nunca se abordó en la legislatura LXIII, ni tampoco en lo que llevamos de la LXIV, y por lo tanto sigue pendiente a día de hoy (GILES NAVARRO, 2019, p. 36).

Así pues, y aunque conocemos determinados aspectos del objeto de la ley, los casos aplicables o los requisitos necesarios, tendremos que esperar a la aprobación definitiva de la misma para analizar con más detalle cómo se regula la institución jurídica del estado de excepción (aunque sea de modo innominado) en México.

## **APLICACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y MEDIDAS SIMILARES COMO HERRAMIENTA PARA LA LUCHA CONTRA EL COVID-19**

La extraordinaria situación a la que el mundo se ha visto abocado en la primera mitad del año 2020 por causa de la pandemia provocada por el COVID-19 o Coronavirus (enfermedad causada por el patógeno SARS- CoV-2) sorprendió a todos los gobiernos, los cuales se vieron obligados a adoptar medidas no menos extraordinarias. La confusión, la improvisación que ésta conlleva, y las -en muchos casos- medidas contradictorias que los diferentes gobiernos llevaron a cabo, condujeron a la realidad totalmente insólita y que no encuentra parangón en la historia mundial reciente

La práctica totalidad de los gobiernos implementaron medidas de aislamiento entre su población en cuanto los primeros efectos de la epidemia comenzaron a hacerse manifiestos, en algunos lugares con extremada virulencia. Estas medidas utilizaron instrumentos jurídicos para su aplicación, y, en definitiva, para la creación de un marco de actuación que permitiese una reacción más rápida ante la lucha contra la pandemia.

En países como España Francia, e Italia, se aplicó el estado de excepción en alguna de las distintas formas que puede adoptar. La utilización de esta herramienta en estos países supuso una limitación (que no suspensión) de los derechos y libertades de los ciudadanos garantizados en la propia Constitución, con el fin de garantizar el orden público que había sido extraordinariamente alterado por causa de la pandemia provocada por el virus. En esta coyuntura, una limitación de derechos de este tipo que buscan prevenir y

contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico, resulta proporcionada en base a la extrema gravedad de la misma. ¿Podría México haber hecho lo mismo?

## **CONCLUSIÓN: PORQUÉ MÉXICO NO APLICÓ EL ART. 29 CPEUM ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19**

En México el estado de excepción, regulado de forma innominada en el artículo 29 CPEUM, solamente ha sido activado una vez en toda su historia: en 1942 con la entrada de México en la Segunda Guerra Mundial. La suspensión de derechos tomó forma mediante el Decreto de Suspensión de Garantías Individuales y la Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales. Por lo tanto, contamos con escasos precedentes de aplicación de estas medidas, y además en un momento histórico tan extraordinario como la declaración de guerra. Así pues, la pregunta con cuya respuesta queremos concluir este trabajo sería: ¿es factible la aplicación del estado de excepción (o la figura análoga correspondiente) en México ante una emergencia sanitaria de alcance global como es la pandemia causada por el COVID-19?

Hemos visto como en el caso de algunos países se han aplicado medidas similares que en definitiva consistían en el confinamiento de la población y la limitación de sus movimientos a fin de prevenir la propagación de la epidemia.

En el caso de México, el Consejo de Salubridad General acordó, el 19 de marzo de 2020, reconocer la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) como una enfermedad grave de atención prioritaria. A raíz de esto, el ejecutivo expidió un Decreto por el que se sancionaba el “Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Este documento tiene como fundamentos los artículos 4 y 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a de la CPEUM que establecen respectivamente el derecho a la protección de la salud, y “que, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables”.

Las medidas acordadas eran de tipo preventivo y no incluían suspensión o restricción de derechos y garantías como si hubiese sucedido con la aplicación del artículo 29 constitucional. Entre estas medidas se incluían: evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo; suspender temporalmente las actividades escolares en todos los niveles, las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas, así como los eventos masivos y las reuniones y congregaciones de más de 100 personas (después serán 50); y el cumplimiento de otras medidas básicas de higiene y salubridad.

Posteriormente, los días 27 y 31 de marzo del mismo año estas medidas se

endurecieron a través de sendas normas que, ahora sí, impusieron la suspensión de actividades no esenciales, y una mayor rigidez en lo relativo al resguardo domiciliario y la subordinación de bienes y servicios a las necesidades médicas (todas ellas responden al nombre genérico de Jornada Nacional de Sana Distancia).

En definitiva, se configura un panorama homologable al observado en otros países con la aplicación del estado de alarma en el contenido de las medidas adoptadas, pero más laxo en cuanto a su aplicación y cumplimiento. El ejecutivo, al basar sus decretos y acuerdos en los artículos 4 y 73 fracción XVI, Bases 2a. y 3ª de la CPEUM, evita usar el método previsto en el 29 constitucional que parece reservar sólo para las grandes ocasiones (FIX-ZAMUDIO, 2004).

Existe la posibilidad plenamente constitucional (con el fundamento del artículo 29) y la oportunidad fáctica (una pandemia global sin precedentes) para aplicar este tipo de medidas extraordinarias tal y como hemos analizado lo han hecho otros países en similares circunstancias. Sin embargo, bien debido a la indefinición legislativa al respecto, o bien a la prudencia histórica con la que siempre se han conducido los distintos gobiernos a la hora de activar esta opción (SALAZAR UGARTE, 2013) el ejecutivo ha considerado no oportuno tomar tal decisión, decantándose por un modelo menos áspero para afrontar con mayor o menor éxito la terrible emergencia sanitaria y social creada por el COVID-19.

## REFERENCIAS

Doctrina:

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1.*, Valencia, Editorial Pre-Textos, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “*Los estados de excepción y la defensa de la Constitución*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol.37, no.11, septiembre-diciembre 2004.

GILES NAVARRO, César Alejandro y CRUZ REYES, Gerardo, “*La suspensión de garantías en México y su legislación pendiente*”, Cuaderno de Investigación No.2, Instituto Belisario Domínguez, Ciudad de México, 2019.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, SCJN, Fundación Konrad Adenauer, 2013.

SCHMITT, Carl, *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza Editorial, 1999.

SCHMITT, Carl, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, Editorial Trotta, 2009.

Normativa:

México:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 2 de junio de 1942.

DOF 02-08-2007.

DOF 10-02-2014.

DOF 10-06-2011.

DOF 21-04-1981.

ACUERDO por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).DOF 24-03-2020.

DECRETO por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).DOF 24-03- 2020.

DECRETO por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).DOF 27-03- 2020

ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2.DOF 31-03-2020.

Ley de Prevenciones Generales, 13 de junio de 1942.

España:

Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Data de aceite: 26/11/2021

### Jonas Rodrigo Gonçalves

Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia, Sociologia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional, Administrativo e Trabalhista, dentre outras formações. Professor das Faculdades Processus (DF) e Facesa (GO)  
<http://orcid.org/0000-0003-4106-8071>  
<http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>

### Lívia Rebeca Gramajo Oliveira

Graduada em Direito pela Faculdade Processus (DF)  
<http://orcid.org/0000-0002-7132-5086>  
<http://lattes.cnpq.br/8879555584952101>

**RESUMO:** O presente resumo faz uma reflexão sobre o *cyberbullying* e o direito brasileiro, expondo, através de livro e artigos, a seguinte problemática: como o direito brasileiro combate o *cyberbullying*? O método utilizado é eficaz? Tendo como objetivo apresentar o porquê de o sistema brasileiro utilizado ser ineficaz e, através do estudo, expor soluções para combater e diminuir este ato no País.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Cyberbullying*; Direito; Brasil.

### CYBERBULLYING AND BRAZILIAN LAW

**ABSTRACT:** This summary reflects on *cyberbullying* and Brazilian law, exposing, through books and articles, the following problem:

how does Brazilian law fight *cyberbullying*? Is the method used effective? Aiming to present why the Brazilian system used is ineffective and, through the study, to expose solutions to combat and reduce this act in the country.

**KEYWORDS:** *Cyberbullying*; Law; Brazil.

### 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar como o *cyberbullying* é combatido pelo direito brasileiro e se o método utilizado é eficaz. Será apresentado o conceito de *cyberbullying*, seu enquadramento jurídico perante as normas brasileiras vigentes e expor as melhores soluções que são mais eficazes para combatê-lo e diminuir os casos no País.

Como é considerado uma brincadeira de criança, o *cyberbullying* acaba não sendo punido, visto que a vítima presume que não vão levá-la a sério e prefere ficar em silêncio e se isolar. A sociedade ainda não sabe lidar com esses casos, pois algumas pessoas acreditam ser algo normal da fase escolar e que não causa problema algum (DIOTTO, 2013, p.7).

O presente resumo tem o intuito de responder à seguinte problemática: como o Direito brasileiro combate o *cyberbullying*? O método utilizado é eficaz? Por ser um crime da atualidade, uma vez que a *Internet* é nova em comparação com as normas vigentes no País, os legisladores fizeram uso da analogia para punir e combater a prática do *cyberbullying*,

porém, isso não resolveu a situação (CONTE, 2010, p. 2).

O objetivo deste resumo é apresentar o porquê de o sistema brasileiro utilizado ser ineficaz e, através do estudo, expor soluções para combater e diminuir este ato no País. Para encontrar um método eficaz, é preciso compreender que, por meio da justiça tradicional brasileira, a vítima não sente que seus danos morais e emocionais foram reparados e o agressor não se sensibiliza, ou seja, a situação como um todo é resolvida parcialmente (RODER; SILVA, 2018, p. 31).

Assim, as leis vigentes não são o suficiente para punir, é necessário ter outros métodos para combater o *cyberbullying* (LACERDA, 2018, p. 12). Por ser um crime da atualidade e como a *Internet* avança a cada dia, é necessário que a sociedade em si conheça o conceito de *cyberbullying*, suas consequências e compreendam que os crimes praticados através do *ciberespaço* são punidos (GONÇALVES; OLIVEIRA, 2020, p. 3).

Este resumo foi desenvolvido por meio de pesquisa em seis artigos científicos publicados em revistas, dois livros e normas vigentes no Brasil. A pesquisa é qualitativa. A metodologia deste resumo é feita através do estudo minucioso das obras selecionadas em relação ao tema, abrindo o caminho de pesquisa trilhado pelos pesquisadores (GONÇALVES, 2019, p. 50).

## 21 CYBERBULLYING E O DIREITO BRASILEIRO

É inevitável que a tecnologia está presente na vida de todas as pessoas, trazendo vantagens para o cotidiano de cada um, sendo impossível pensar em um mundo sem a internet. Porém, apesar da grande revolução na comunicação, alguns encontraram oportunidade de cometerem crimes cibernéticos (GONÇALVES; OLIVEIRA, p. 4).

Assim, percebe-se que há riscos e perigos existentes no *ciberespaço*, sendo um deles o *cyberbullying*. Para compreendê-lo melhor, é preciso saber o que vem a ser o *bullying*.

A palavra *bullying* vem do inglês e que, em tradução livre para o português, significa brigão, valentão ou tirão (BRITO, 2013, p. 14).

A Lei nº 13.185 (BRASIL, 2015, Art. 1º, § 1º), sancionada em 6 de novembro de 2015, define *bullying* como um comportamento sistemático exercido por uma pessoa ou grupo contra uma ou mais pessoas, fazendo uso da violência física ou psicológica para intimidar ou constranger a vítima, causando dor e sofrimento. Existe uma relação hierárquica entre os envolvidos neste crime.

A preocupação em relação ao *bullying* começou em 1999, uma vez que os Estados Unidos da América testemunharam vários casos de tiroteios nas escolas, sendo o massacre da *Columbine High School* o mais conhecido, onde dois jovens, vítimas de *bullying*, invadiram a escola e atiraram em vários alunos e professores, cometendo suicídio depois (RODER; SILVA, 2018, p. 28).

Após várias pesquisas feitas, chegaram à conclusão de que este fenômeno era global, sendo uma das causas do aumento de adultos abusadores e criminosos (SHARIFF, 2011, p. 33). No Brasil, este assunto ainda é pouco estudado, sendo difícil comparar com outros países (LACERDA, 2018, p. 6).

Com o surgimento da internet, o que era praticado apenas nas escolas passou a ser praticado em todos os lugares, visto que o *ciberespaço* acompanha a vítima onde quer que ela esteja, fazendo com que os ofensores a intimidasse de qualquer lugar, surgindo o *cyberbullying*.

Segundo a Lei nº 13.185, *cyberbullying* é o comportamento sistemático de um indivíduo ou grupo contra uma ou mais pessoas na rede global, ou seja, é o *bullying* através da *Internet* ou de qualquer recurso tecnológico (BRASIL, 2015, Art. 2º, parágrafo único).

Embora seja mais comum na escola, a palavra *bullying* é usada em todas as relações que envolvam alguma hierarquia, tais como, na relação de trabalho entre chefe e funcionário (*mobbing*) ou entre professor e aluno, sendo incontestável que tal prática não está restrita apenas às escolas, podendo ocorrer em qualquer local, independente de idade ou classe social (RODER; SILVA, 2018, p. 30).

É evidente que existe presença de intimidações regularmente no *bullying*, uma vez que o agressor faz o possível para mostrar que é mais forte do que a vítima, causando sofrimento físico e emocional. Por sua vez, o *cyberbullying* conta com a rápida propagação das ofensas, fazendo com que o sofrimento da vítima seja maior, visto que tem o alcance de milhares de indivíduos e difícil controle em sua propagação.

A prática deste delito aumentou muito no Brasil, sendo considerado o segundo país com mais casos de *cyberbullying* em 2018. Assim, a preocupação em combatê-lo também se intensificou (CONTE, 2010, p. 16).

O Direito, como ciência, visa resolver os anseios da sociedade quando esta exige punição pelas práticas de atos abomináveis, observando todas as ameaças aos direitos dos indivíduos. Dessa forma, a primeira norma a ser analisada é a Constituição Federativa da República do Brasil (BRASIL, 1988), uma vez que é a diretriz maior do Direito pátrio.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) garante a todos a proteção dos direitos fundamentais, a dignidade humana e a liberdade de expressão. Segundo o artigo 5º, inciso X, da Constituição, todas as pessoas são livres para se expressar, contanto que não atinja o direito de outrem, ou seja, quem pratica *cyberbullying* está indo contra os princípios defendidos pela Constituição Federal (ALMEIDA, 2015, p. 11).

Além da Constituição, em relação ao direito civil, é possível aplicar a analogia das normas do Direito brasileiro, responsabilizando quem pratica o *cyberbullying*. Dessa maneira, os pais não podem argumentar dizendo que não sabiam que os filhos praticavam *bullying* ou *cyberbullying* gerando danos a outrem, uma vez que têm a obrigação de supervisionar os filhos. Assim, devem indenizar a vítima nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil Brasileiro (FELIZARDO, 2010, p. 49).

Porém, apenas indenizar a vítima não é o suficiente, uma vez que os casos de *cyberbullying* intensificaram constantemente.

Com isso, tentando combater os crimes virtuais, o sistema jurídico brasileiro adaptou os crimes cometidos virtualmente aos artigos do Código Penal (CONTE, 2010, p. 17).

Em relação ao *cyberbullying*, dependendo da conduta, o agente pode ser enquadrado nos seguintes crimes: calúnia (artigo 138, CP), difamação (artigo 139, CP), injúria (artigo 140, CP), constrangimento ilegal (artigo 146, CP), ameaça (artigo 147, CP), falsa identidade (artigo 307, CP) e racismo (artigo 20, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989).

Contudo, muitas pessoas acreditam que o *ciberespaço* é um espaço livre, em que se pode cometer crimes sem ser punido. Por esse motivo, a maioria dos absoluta e relativamente incapazes fazem uso do Estatuto da Criança e do Adolescente como artifício para se defender, afirmando que, por serem menores, não podem ser punidos, intensificando o número de casos de *cyberbullying* no País. Assim, é necessário encontrar um método eficaz para solucionar a ineficácia da punibilidade deste crime no Brasil, visto que a maioria dos agressores pensam que podem ficar impunes (GONÇALVES; OLIVEIRA, 2020, p. 7).

Lacerda acredita que a solução mais eficaz é o diálogo, pois, através dele, os indivíduos que fazem uso da internet podem ser conscientizados em relação as consequências e perigos do *cyberbullying* (LACERDA, 2018, p. 11).

Evidentemente, os esforços como procurar o judiciário ou expulsar alunos de escolas são métodos válidos, mas não são adequados para combater o *cyberbullying*, é necessário encontrar outros meios mais eficazes. Assim, as políticas públicas de prevenção e as medidas alternativas para a resolução de conflitos podem ser a solução (FELIZARDO, 2010, p. 64).

Em algumas cidades brasileiras, algumas ações de políticas públicas na pedagogia foram colocadas em prática.

Por exemplo, o governo de Santa Catarina começou a realizar uma campanha sobre o *bullying*, o governo sergipano montou uma cartilha sobre o *cyberbullying*, foi desenvolvido um projeto chamado Unidos no Combate à Prática do *Bullying* no Mato Grosso do Sul e o município de São Paulo sancionou o Decreto Lei nº 51.290, de 11 de fevereiro de 2010, iniciando vários projetos com palestras, seminários e oficinas nas escolas para combater o *bullying* escolar (FELIZARDO, 2010, p. 63).

Em 2015, a Lei nº 13.185 foi sancionada, estabelecendo o Programa de Combate à Intimidação Sistemática no Brasil. Em 2016, sancionaram a lei nº 13.277 que fixou o dia 7 de abril como o Dia Nacional de Combate ao *Bullying* e à Violência na Escola, pois, no dia 7 de abril 2011, um jovem de vinte e quatro anos entrou na Escola Municipal Tasso de Oliveira, em Realengo no Rio de Janeiro, e matou onze crianças.

Em 2016, o Ministério da Educação em parceria com o Ministério da Justiça criou o Pacto Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade, da Cultura da Paz e dos

Direitos Humanos.

Percebe-se que a maioria das políticas públicas criadas estão relacionadas com a educação, pois é uma das bases que formam o cidadão, atingindo a maioria dos brasileiros, e que ensinam a conviver com a diversidade (GONÇALVES; OLIVEIRA, 2020, p. 8).

Outra solução é o uso da dramatização. Segundo o Dr. Dan Olweus, este método tem sido um sucesso em relação a conscientização em relação ao *bullying* e *cyberbullying*, uma vez que a maioria das pessoas não tem ideia do mal que está causando e o teatro faz com que os alunos percebam e reflitam como as ações deste ato podem machucar o outro (FELIZARDO, 2010, p.71).

Outro método é a Justiça Restaurativa, sendo uma solução para a ineficácia do sistema jurídico tradicional brasileiro, oferecendo uma resposta que satisfaça a vítima e a sociedade, principalmente, quando se trata de *bullying* e *cyberbullying* (FELIZARDO, 2010, p. 65).

No Brasil, a Justiça Restaurativa é considerada um processo voluntário e informal, no qual mediadores ou conciliadores procuram um resultado restaurativo, tendo como intuito a reintegração social da vítima e do agressor. Através dela, os envolvidos participam ativamente na resolução do conflito, com auxílio de um terceiro imparcial no diálogo entre eles, procurando a melhor solução para as partes.

Nesta justiça, o agressor não é tratado como alguém que merece punição, mas como uma pessoa capaz de se responsabilizar por seus atos, reparando os danos causados. A vítima sente que a justiça foi eficaz, uma vez que a maioria das vítimas de *bullying* e *cyberbullying* querem saber a razão do agressor e receber um pedido de perdão (GONÇALVES; OLIVEIRA, 2020, p. 9).

Renato Sócrates Gomes Pinto afirma que a Justiça Restaurativa é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura a abertura às práticas restaurativas em seu artigo 98, inciso I, descrevendo que a União, Distrito Federal e os Territórios e os Estados criarão juizados especiais qualificados para a conciliação (RODER; SILVA, 2018, p. 58).

A Justiça Restaurativa surge como uma solução eficaz na punibilidade do conflito e reparar os danos que foram causados pela prática do *cyberbullying*, podendo ser ainda mais eficaz para resolver os casos nas escolas, uma vez que a criança e o jovem, considerados inimputáveis, podem participar ativamente de uma mediação, com a participação dos familiares, responsáveis e da comunidade escolar, buscando um acordo amigável entre as partes através do diálogo (FELIZARDO, 2011, p. 64).

### 3 | CONCLUSÃO

A partir dos estudos, o presente resumo evidenciou que não existe eficácia na punibilidade do *cyberbullying* no Brasil. Apesar do sistema jurídico tradicional pátrio tentar

resolver a situação, os números de casos intensificaram.

Tendo como objetivo apresentar o porquê de o sistema brasileiro utilizado ser ineficaz e, através do estudo, expor soluções para combater e diminuir este ato no país. Nesse sentido, comprovou-se que apenas punir não é uma solução eficaz, visto que não oferece uma resposta satisfatória aos envolvidos.

Assim, conclui-se que o sistema jurídico tradicional precisa trabalhar em parceria com as políticas públicas e a Justiça Restaurativa, complementando uma a outra para se alcançar a eficácia da punibilidade do *cyberbullying* no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nathalie Dutra de; CUNHA, Leandro Reinaldo da. Avanços Tecnológicos, o Direito à Privacidade e o Cyberbullying. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, 2015.

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

BRITO, Rafael Giordano Gonçalves; HAONAT, Ângela Issa. Aplicabilidade das Normas Penais nas Condutas Ilícitas de Cyberbullying Cometidas em Redes Sociais na Internet. **Revista Esmat**. Vol. 5, n.6, 2013.

CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Aspectos Jurídicos do Cyberbullying. **Revista FMU Direito**. Vol. 24, n.34, 2010,

DIOTTO, Nariel; WOLTMANN, Angelita; OBERDÖRFER, Ariane; FRIPP, Denize Terezinha. Cyberbullying: A Atuação dos Órgãos Essenciais à Justiça no Caso de Bullying Cometido Via Internet. **Revista Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão**. Vol. 1, n.1, 2013.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying: Difamação na Velocidade da Luz**. São Paulo: Willem Books, 2010.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Ano II, Vol. II, n. 5, 2019.

LACERDA, Igor Mendonça; PADILHA, Marcelo Fróes; AMARAL, Paulo Sérgio Pires do. Cyberbullying: Violência Virtual e a Tipificação Penal no Brasil. **International Scientific Journal**. Vol. 13, n. 2, 2018.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva; RODER, Priscila Costa Schreiner; SILVA, Helder Magno da. **Crimes Cibernéticos**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo; OLIVEIRA, Livia Rebeca Gramajo. (2020). A ineficácia da punibilidade do cyberbullying no Brasil. **Revista Educar Mais**. Vol. 4, n. 2, p. 308-319. Disponível em: <<https://doi.org/10.15536/reducarmais.4.2020.308-319.1819>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SHARIFF, Shaheen. **Ciberbullying: Questões e Soluções para a Escola, a Sala de Aula e a Família**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

# CAPÍTULO 16

## REDES, COLETIVOS E TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO: NOVAS DINÂMICAS DO COLETIVO E NOVAS FORMAS DE CONTROLE NA ERA DAS REDES

Data de aceite: 26/11/2021

**Adriana Pessôa da Cunha**

UERJ

Rio de Janeiro, Rio de Janeiro - Brasil

ID Lattes: 3138707363305034

**RESUMO:** A proposta do trabalho é discutir o tema das redes, TICs e tecnologias de monitoramento como campos de ação entre tecnologia e sociedade. As hipóteses que são tratadas discutem a possibilidade de construção de narrativas e ativação de modos de inserção e engendramento culturais, políticos e sociais por meio das TICs, sobretudo redes, disseminados por uma dinâmica de novos atores. Também é colocado em questão os riscos e as faces obscuras da comunicação e da liberdade, também coletivizada nas redes, pondo em funcionamento modos de captura e medo. Através de tecnologias de monitoramento são ativados, a todo tempo e instante, disputas por espaços para expandir fobias e estados emocionais dos mais diferentes matizes, porém, transvestidas, ora como formas de liberdade ora como formas de vigilância. O contraponto seria a possibilidade através das redes de desvios, resistências e rupturas já que trazem outro tipo de fala e de inserção social, nos dando pistas de um novo protagonismo social e uma nova dinâmica do coletivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Novas dinâmicas do coletivo, controle, sociedade, tecnologias, redes.

### NETWORKS, COLLECTIVES AND MONITORING TECHNOLOGIES: NEW COLLECTIVE DYNAMICS AND NEW FORMS OF CONTROL IN THE NETWORK ERA

**ABSTRACT:** We address the theme of ICTs and Monitoring Technologies as Fields of Action between Technology and Society. We discuss the hypothesis of using ICTs to enable the constructing of narratives and integration modes, as well as cultural, political and social engendering. We focus on networks, disseminated through a dynamics of new actors and new discourses. We tackle the risks and the dark sides of communication and freedom collectivized in networks, setting off capture and fear modes. Monitoring technologies activate at any time the struggle for spaces, expanding diverse shades of phobias and emotional states, although upset either as forms of freedom or surveillance. The counterpoint to this would be the possibility of finding new social leading roles and collective dynamics, through networks of deviation, resistance and breakdowns, which in turn bring other kinds of talk and social integration.

**KEYWORDS:** New collective dynamics, control, society, technology, Networks.

Página vazia, melodia

Onde é que a palavra vai cair?

Onde vai cair?

Acho que ela vai aterrissar em território perigoso

De onde a ideia vai sair? Por onde vai andar?

Onde o pensamento vai chegar?

Acho que ele pode atravessar um território perigoso

("Sou Volúvel", Arnaldo Antunes)

A emergência das redes e das redes sociais parece indicar um conceito de coletivo cuja dinâmica libertária e comunitária traz à tona um paradigma novo de inserção social e de novas narrativas de engajamento, como também reflete conflitos sobre a manipulação dessas “liberdades” disputadas tanto no plano virtual quanto no mundo real. Essas fábricas de tecnologia que monitoram conversas, gestos, conteúdos, símbolos e prazeres traz à tona a discussão de como os indivíduos e esses coletivos que estão sendo produzidos são ativados e insuflados numa lógica que faz bifurcar novos modos de existência e uma concepção de coletivo ressignificadas. Novas formas de controle e medo também são insufladas através do monitoramento e da captura produzida em redes de relacionamento, no tempo de trabalho imaterial e nos espaços, tanto físicos como virtuais.

Essa mercantilização da vida supervaloriza identidades egóicas, construídas em torno de “perfis” e em formas de identidade autocentradas. Nessa mercantilização da vida virtual são oferecidas a todo tempo uma atmosfera dicotômica, ora como sentido de unidade com base na noção de indivíduo com sua história cotidiana e suas dores individuais, ora como sentido de totalidade, com base também na noção de indivíduo, só que coletivizado nas redes sociais. Esse mecanismo global de interação em que vivemos nos dias atuais vêm produzindo o desmonte de processos identitários, fragmentando e tornando “flexível” não somente o capital e os mercados mais fragmentando o indivíduo, tornando-o líquido, flexibilizando tudo ao seu redor, até as emoções. A busca por novas identidades como fonte de significado social através das redes de sociabilidade, aliadas ao sentimento de falta de representação e crise de legitimidade política, trouxe uma crise estrutural aos padrões de identidade existentes, gerando em si mesmo contradições, ora baseado na construção de um novo ser coletivo ora baseado no individualismo em rede.

Numa sociedade caracterizada por globalização e fragmentação social a revolução dessas tecnologias da informação imprimiu papel decisivo na percepção de novas identidades, pondo em questão a própria noção de Estado-nação e de democracia participativa, em ondas poderosas de manifestação e busca por correspondentes de identidades tanto a nível coletivo como individual. A busca de novas identidades no contexto da globalização produz não somente a busca por novas conectividades de sentido proposta por novos arranjos, mas também gera novas formas de demandas sociais, políticas e culturais, em expressões de contra-ordens e resistências.

Zygmunt Bauman (1999) em um dos seus trabalhos sobre globalização chamou a atenção para os impasses advindos da globalização nos quais os indivíduos estão sempre em movimento e se sentem confrontados entre os limites tênues do confinamento e da mobilidade e liberdade.

A globalização tanto divide quanto une; divide enquanto une - (...). Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se

tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam (BAUMAN, p.8, 1999).

A dinâmica das identidades sociais nesse contexto global remete a um padrão de sociabilidade baseado no individualismo mediado por tecnologias de informação integradas em redes, numa nova noção de espaço e de tempo, remodelando conceitos identitários e noções tradicionais de sociabilidade como casa, família, cidadania, nação, instituição, ficando cada vez mais raras as antigas formas de interação social no seio de espaços padronizados.

Nesse paradoxo entre Rede e Ser os percursos dissociantes da globalização produzem uma ordem social pautada por uma espetacular liberdade de movimento acompanhada pela acentuação de diferenças e disputas identitárias nas quais os indivíduos buscam desesperadamente uns “nós”. Buscando livrar-se da variação permanente estabelecem-se em lugares territorialmente seguros e tranquilos como forma de proteção de suas “jurisdições” existenciais. Nesse contexto, a política do medo e do controle vai se engendrando na vida das pessoas e encontra terreno sólido para se intensificar e se multiplicar em novas técnicas de disciplinamento de corpos.

No universo de identidades mediadas por sistemas de comunicação em rede e em espaços que se interpenetram a cada instante a própria cultura e nossos sistemas de crenças historicamente construídos acabam sendo intermediados pela difusão dessa lógica da cultura da mobilidade, e em formas de comunicação cada vez mais multimidiáticas. A oposição entre o tempo da comunicação “real”, gerado pela mobilidade das redes, e o tempo do espaço “ocasional” faz com que as localidades percam sua noção de significado coletivo e sua capacidade de produzir sentido como forma de pertencimento social.

Nessa corrida, entramos num fluxo de vida em que a alta mobilidade e a livre circulação do capital são marcadas também pela ideia da instantaneidade do consumo. Nessa onda somos lançados ao consumismo não somente de objetos: consumimos emoções, amor, conhecimentos e sensações instantâneas, logo descartadas, adquirindo-se em sequência micro-desejos e micro aventuras passageiras que dê prazer. A flexibilização altera até a forma de amar. Sem demora, essas emoções são descartadas na busca por novas aquisições instantâneas e descartáveis. A simples ideia de novas emoções à disposição no mercado a varejo da vitrine virtual poderia nos dar a sensação de que estamos em constante movimento e que podemos consumir.

Paula Sibília (2012) identifica em um dos seus trabalhos a égide da performance individual que impregna corpos e subjetividades construídos em torno de verdadeiros moldes empresariais e a partir da exaltação de certas habilidades proativas, como o culto do “bom gerenciamento de si mesmo”. Assinalando as transformações desse processo, Sibília descreve que essa corrida é constantemente acelerada e instigada por uma aliança tácita entre três vetores fundamentais da contemporaneidade: meios de comunicação, tecnociências e mercado.

Assim, numa sociedade fortemente midiaticizada, fascinada pela incitação à visibilidade e instada a adotar com rapidez os mais surpreendentes avanços tecnocientíficos, em meio aos vertiginosos processos de globalização de todos os mercados, entra em colapso a subjetividade interiorizada que habitava o espírito do “homem-máquina”, isto é, aquele modo de ser trabalhosamente configurado nas salas de aula e nos lares durante os dois séculos anteriores. Aos poucos, ainda que numa velocidade que pode impedir a compreensão dos sentidos dos processos, ao lhes escamotear a densidade da experiência, desmorona-se toda a arquitetura psicofísica que sustentava aquele protagonista dos velhos tempos modernos. Saem de cena, assim, um tipo de corpo e um modelo de subjetividade cujo cenário privilegiado transcorria em fábricas e colégios, e cujo instrumental mais valorizado era a palavra impressa em letras e fôrma (SIBILIA, p. 49, 2012)

Essa codificação de si incorpora a supervalorização de imagens e falas revelando um indivíduo já não mais confinado em “filas” ou “lugares”, mas esquadrihado por máquinas expositivas e pela comunicação dos muitos. Sua história particular e suas dores se misturam numa espécie duplicada, coletivizada na rede com sua história grupal, com seu “público”, seus “fãs”, suas “comunidades” e suas “curtidas” em páginas virtuais, configurando um tipo de poder, não pelo que lhes escapa mas pelo que lhes complementa. Em suma: você vira uma marca, uma espécie de “Você S.A”. Essas narrativas se digladiam o tempo todo e em todo instante com as várias instâncias do “eu” que vão sendo aos poucos produzidas e reveladas. Ora coletivizado, ora individualizado esse indivíduo não dá conta de si; nessa narrativa do seu “eu” é posto em funcionamento a unidade e a totalidade como qualidades próprias da pessoa e como sendo a única forma de existência possível.

Paula Sibilia (2012) destaca essas características de modelagens corporais e subjetivas contrapondo às subjetividades efetuadas na privacidade do seio do lar ou em instituições de confinamento, como pátios e salas de aula.

(...) são outros os corpos e as subjetividades que se tornaram necessários. Por isso, agora e em toda parte, não surpreende que reverberem outros tipos de sujeitos: novos modos de ser e estar no mundo que emergem e se desenvolvem respondendo às exigências da contemporaneidade, ao mesmo tempo que contribuem para gerar e reforçar tais características (SIBILIA, p. 47, 2012).

Essas formas dicotômicas de pensar e sentir cada vez mais frequente em nosso cotidiano faz nascer uma concepção de indivíduo centrado em si mesmo que não dá conta de si, ora porque se coletivizou demais nas redes sociais ora porque, na intimidade de suas várias instâncias de “eus”, se veem solitários e perdidos em um emaranhado de enunciados, afetos, gestos e gostos.

Assim, a narrativa própria das redes e das tecnologias de monitoramento faz com que o indivíduo se veja presente em extremos ora de grupo-espaco ora de individualização-territorialização como produção de fobias, desencadeadores de controle, e apontando para

o caminho da insegurança, do isolamento e da incerteza. Com uma ordem social constituída em mobilidade e fluidez crescentes os indivíduos buscam desesperadamente se ancorar em territórios existenciais que lhes dê segurança, com apego às identidades como defesa de seu habitat individual, confrontados entre muros e redes; globalização e divisão. Diante do temor e da inquietação permanentes, dispositivos de controle são acionados e se traduzem em elementos que visam instaurar a política do medo com base no discurso de “mais ordem”, “mais leis”, “mais penas”, “mais confinamentos”; problematizando e gerando todo um tipo de “saber” insuflado de verdade. Um tipo de “saber” sobre os doentes, um “saber” sobre os alunos, um “saber” sobre os criminosos, um “saber” sobre as minorias. A esse tipo de poder articulam-se e são promovidas “ações sociais” de “resgate da cidadania”, de “inclusão das minorias”, cujas práticas se voltam para a população como foco de atenção, ativando e pondo a vida na lógica do “mais” insuflando-a e situando-a como instrumentalidade para produção de regimes de controle e vigilância que se intensificam e se multiplicam.

## **NOVAS FORMAS DE DISCIPLINA E CONTROLE: AS TORNOZELEIRAS ELETRÔNICAS CHEGARAM!**

Em um dos estudos de Foucault (2010) são oferecidas análises sobre uma nova mecânica de dispositivos de poder, uma nova tecnologia de poder não mais disciplinar porque elevada em outro nível de acontecimento e amparada por técnicas não mais dirigidas aos corpos individuais, mas dirigida à multiplicidade dos homens, a população, a vida.

Mais precisamente, eu diria isto: a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo de individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie (FOUCAULT, p.204, 2010).

A essa tecnologia de poder integrou-se todo modelo da técnica disciplinar só que em outro nível e em outra escala, não essencialmente centrada no corpo individual e na sua distribuição no espaço, em seu alinhamento em “lugares” ou “fileiras”, mas essa nova tecnologia dirige-se à vida, insuflando-a, intensificando-a, gerando objetos de saber concebidos no nível da massa e mediante mecanismos globais de regularidade. A essa nova técnica conjugou-se toda a prévia disciplinar, que não se negam mais, ao contrário, se

conectam em novo campo de intervenção e criação de saberes. Essa nova tecnologia do poder se instala em uma série de fenômenos, intervenções e saberes. Um tipo de saber de olhar por vigia, de vigilância extensa e todo um conjunto de fenômenos que lidam com um novo corpo, não essencialmente individual, um corpo com “inúmeras cabeças” na medida em que tomam forma de conjunto e que possam ser controlados.

Essa nova tecnologia do poder que funcionaria como mecanismo regulamentador sobre a vida, administrando-a de forma a prolongá-la, Foucault denominou de biopoder.

Neste contexto, a vida assim tornada amplificada tem por correlato um plus de vida articulado a um plus de controle. A proliferação de micro-medos e a sensação de insegurança permanente advém da própria “expansão” da vida onde a eliminação e controle dos perigos, dos desvios, dos eventos fortuitos e do acaso tornariam a vida mais tranquila e sob controle.

As descobertas da microbiologia, o mapeamento do código genético, a produção de vírus para as guerras bacteriológicas, os avanços da informática, as descobertas da medicina que permitem o prolongamento da vida são processos que permitem vislumbrar intervenções concretas na vida e também dispositivos sutis de controle. Essas intervenções que se pulverizam e têm como promessa, em algumas situações, o prolongamento da vida, tratam também da sua administração e controle, um controle que não mais se atém à vigilância e punição, mas que busca eliminar possíveis desvios futuros (HECKERT, p. 41, 2001).

A utilização de tornozeleiras eletrônicas é um exemplo bem atual dessa tecnologia do poder e foi amplamente divulgada recentemente na mídia por conta da sua utilização em dois ativistas políticos, presos em decorrência da morte de um cinegrafista atingido por bomba durante manifestação ocorrida contra o aumento da tarifa de ônibus no Rio de Janeiro em 2014. Os dois ativistas passariam a ser rastreados pelas tornozeleiras, mas a falta do equipamento por falta de pagamento a fornecedores atrasou a libertação dos presos e criou uma onda propagandística na população, insuflando discursos da lógica do “mais”: “chegam tornozeleiras para acusados”<sup>1</sup>; “ativistas não vão ser monitorados”<sup>2</sup>; “que justiça é essa?”<sup>3</sup> ou “monitoramento tem mostrado falhas”<sup>4</sup>. Esses dispositivos de controle se atualizam em novos dispositivos, multiplicam-se em novas tecnologias, na medida em que a ideia de liberdade vai insuflando de verdade a ideia do medo. As tornozeleiras eletrônicas seriam como uma espécie de brinde para a população contra as ameaças externas, introduzindo a temática do “mais” controle e “mais” segurança a fim de retirar os perigos que põem em risco a paz da população, tornando a vida mais sadia, mais equilibrada e mais limpa numa

1 <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000742446/-caso-santiago-chegam-tornozeleiras-eletronicas-para-acusados.html>

2 <http://www.ofluminense.com.br/editorias/policia/ativistas-nao-vaio-ser-monitorados>

3 <http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/rio/video/2015/03/19/15413072/que-justica-e-essa-acusados-de-matar-santiago-podem-ganhar-liberdade.html>

4 <http://oglobo.globo.com/rio/caso-santiago-andrade-acusados-deverao-ser-soltos-nesta-sexta-feira-sem-tornozeleiras-15638443>

espécie de higienização social.

Essas tecnologias de monitoramento representada pelas tornazeleiras eletrônicas retratam o que Gilles Deleuze chamou de sociedade de controle:

É certo que entramos em sociedades de “controle”, que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como o pensador das sociedades de disciplina, e de sua técnica principal, o confinamento (não só o hospital e a prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Porém, de fato, ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea (DELEUZE, p. 215, 1992).

Silvana Tótora (2006) oferece a análise de que no capitalismo pós-industrial os próprios homens são peças constitutivas da máquina e não meros usuários. Como aponta a autora, na sociedade de controle o poder do agenciamento coletivo configura um modo muito particular onde os corpos são controlados de forma incessantes em meio aberto, superando em muito as formas mais duras de confinamento. Na sociedade de controle, as subjetividades que privilegiam os corpos disciplinados são preteridas por formas de subjetividades que destacam a versatilidade criativa, a inteligência e as habilidades de comunicação. Neste sentido, os controles são modulações, autodeformantes e voláteis, instaurando emulações que contrapõem os indivíduos e os atravessam, dividindo-os em si mesmos (TÓTORA, p. 239, 2006).

Estaríamos diante de novas formas eficazes de disciplinamento de corpos? Corpos que se manipulam, se modelam e se tornam hábil sob uma forma midiática de mercantilização da vida, dos afetos, gostos, gestos, conhecimentos e querereres? Através de discursos que vão tomando corpo na vida das pessoas, insuflando-as de liberdade, incitando medo e dúvida são postos a atuar falas em fluxos de dispositivos de controle como “segurança e confiabilidade da informação”, “ambiente seguro”, “sorria: você está sendo filmado”, “com apenas um toque”, mantenha-me conectado”. Nessa concepção de realidade é posto a atuar uma narrativa de intervenção concreta na vida das pessoas, produtora de insegurança e isolamento, transvestida como formas de liberdade e segurança.

## **O CONTRAPONTO: O DISCURSO LIVRE NAS REDES E FORMAS DE ATIVISMO POLÍTICO**

O contraponto aos novos dispositivos seria a possibilidade de desvios e rupturas irradiada pelas redes, que trazem outro tipo de narrativa e de novas relações de trocas e de valores em novos contextos do “ter”. Nesse aspecto, se entrelaçam fatos, ideias, acontecimentos, intervenções e possibilidades de criação em outra ordem de significado e de relação com o tempo. Desdobramento dessa relação se dá, por exemplo, na perda do domínio da informação e das imagens pelas grandes indústrias de comunicação. O alcance das narrativas em rede se dá em outros paradigmas de relação com o tempo,

com o espaço, com o “eu” e com o outro onde a desmaterialização e a desterritorialização das falas produzidas hegemonicamente pelo “segundo caderno” e por indústrias de fazer notícia são agenciadas por outras narrativas e por regimes discursivos próprios de uma dinâmica libertária e cooperativa.

A rápida capacidade de se comunicar mediada por tecnologias de comunicação sem fio, smartphones, aparelhos multimidiáticos que integram telefonia, internet, televisão, câmeras de alta resolução, gravadores de áudio e geolocalização, redes de computadores, redes sociais, perfis individuais, blogs, fotoblogs, seja na forma escrita, pictórica ou visual, acarreta a possibilidade de uma penetração comunicacional e uma conectividade em nível global que transforma a comunicação em todas as suas faces.

A informação *in natura* produzida nas redes, disponibilizada de forma desinteressada, ao vivo e a cores, imprime outro referencial de relação com o outro, com o tempo, com o espaço e com o coletivo inaugurando verdadeiros campos de intervenção e de ação, colocando em movimento e em ação novas formas de sociabilidade e novos arranjos sociais, transformando o existente e dialogando em outra lógica de relação. Dessa forma, essas redes coletivas têm se irradiado progressivamente fazendo emergir novas formas de singularização e engajamento social e político, bem como se impondo como poderosa máquina de criação de novos regimes discursivos revelando-se em verdadeiras redes de produção de sentido e significado.

Um exemplo, bem atual, é o que aconteceu nos movimentos sociais em junho de 2013, no Brasil, no qual através das redes sociais, movimentos como “das redes às ruas”, “saímos do Facebook” e “nós somos a rede social”, provocou uma verdadeira onda de protestos com intensa participação nas redes. O aumento de 20 centavos no transporte público no Rio de Janeiro deflagrou em manifestações e protestos como forma de expressão da sociedade. Essa linguagem criou uma forma integrada de narrativas entre local e global e interroga as formas de funcionamento de instituições e as formas clássicas de produção de linguagens, imagens, sonoridades e acontecimentos. Com isso, a informação não monopolizada e exclusivista circula livre, múltipla, exógena, transversal e cooperativa, instituindo novas formas de uso e indicando a emergência de um novo perfil de indivíduo social e de novas formas de cidadania.

Fábio Malini e Henrique Antoun (2013) analisam os contextos do midialivrismo e dos *hackers* de narrativas que fazem a informação vazar em distintas comunidades virtuais ao mesmo tempo em que a ideologia da propriedade intelectual e dos direitos autorais concebe a ideia da “liberdade regulada” por leis de direito autoral e pela indústria do licenciamento.

Já o midialivrismo ciberativistas reúne experiências singulares de construção de dispositivos digitais, tecnologias e processos compartilhados de comunicação, a partir de um processo de colaboração social em rede e de tecnologias informáticas, cujo principal resultado é a produção de um mundo sem intermediários da cultura, baseada na produção livre e incessante do comum, sem quaisquer níveis de hierarquia que reproduza

exclusivamente a dinâmica de comunicação um-todos (MALINI; ANTOUN, p. 21, 2013)

Assim, esses movimentos sofrem mecanismos de controle e disputa a fim de eliminar as ondas de escape que são promovidas no interior dessas redes autônomas, com o monitoramento de conversas ocorridas nas redes. Como exemplo pode ser citado a prisão de ativistas pela polícia dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro por ocasião das manifestações. Através de prisões e inquéritos civis foram acionados diversos discursos de medo pondo em circulação um biopoder como forma de reduzir os escapes que iam se dando nas ruas. A notícia de que foram utilizadas trocas de informações pelas redes sociais entre os ativistas ou entre pessoas que queriam somente protestar fez surgir um amplo monitoramento e uma incessante vigilância, não somente entre os ativistas, mas gerando um verdadeiro comando de ação coletiva e de controle contínuo em torno da população, insuflando-a sobre os perigos que essas pessoas representam para a sociedade.

Os atos contra a Copa do Mundo programados pelas redes sociais no Rio também foram alvos de investigação pela polícia sendo conduzido pela delegacia de repressão a crimes de informática (DRCI). O inquérito também acusou o Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH) de “questionar a ordem vigente distribuindo o terror”. Em torno dos manifestantes foi criada uma identidade agressiva representando perigo à população. Foi sendo construído um diálogo e uma verdade que toma corpo, sendo insuflado por uma audiência propagandística onde a eliminação dessas figuras indesejáveis tornaria a vida mais saudável e tranquila. Através do decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 44.302 de 19/07/2013 foi criada a Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas (CEIV) a quem concedeu poder de investigação e “autoriza” o grupo a requisitar informações pessoais dos acusados a operadoras de telefonia e provedores de internet, devendo os pedidos de informação da Comissão Especial serem atendidos no prazo máximo de 24 horas. A prisão de vários manifestantes acusados de incitação à violência pelas redes sociais, formação de quadrilha e até prática criminosa constituem verdadeiros alvos de um biopoder numa tentativa de escamotear o processo de mobilização dos militantes e da prática do ativismo em rede e das lutas sociais como um todo.

Foi divulgado que a delegacia de repressão a crimes de informática (DRCI) autuou em flagrante diversos manifestantes a partir da análise de imagens das manifestações e do monitoramento da internet. Um dos indiciados por publicação de material considerado “incitação à violência” foi o administrador de uma rede social chamada Anonymous. A polícia começou a rastrear continuamente a presença de grupos nas redes sociais gerando “provas”, fabricando “dados” e produzindo “verdades” em torno desses ativistas políticos. Depois de constatar que através do Facebook e em outras mídias sociais havia a organização dos protestos, dia e horário das manifestações, agendamento e troca de informações e de vídeos entre os ativistas foi sendo gerado material suficiente para ser considerado “prova” e caracterizar legalmente uma “quadrilha”. Ou seja, foi

sendo construído em torno dessas pessoas e desses discursos um misto de salvação e demonização cuja forma muito particular de dominação e de produção de verdade geram processos que constituem verdadeiros mecanismos de poder, implantando uma série de fenômenos geradores de incapacidades que, ao encadear-se entre si, encontram outros apoios e outros alvos como formas compensadoras de efeitos. “(...) de pôr indivíduos fora de circuito, de neutralização, etc.” (FOUCAULT, 2010).

Essas pessoas que estão na rede trocando e cooperando com postagens na prática do ativismo e na militância política, no engajamento colaborativo em rede, parece indicar um apelo à construção de outras narrativas e outros coletivos numa nova forma de protagonismo social que faz bifurcar novos modos de existência e novos valores de cidadania e de vias alternativas às formas hegemônicas de pensar e agir. Esses espaços em rede podem e possuem referencial e potência para criar alianças como possibilidade de invenção coletiva, interrogando práticas instituídas, práticas comunitárias e locais, práticas governamentais, práticas políticas, fazendo emergir novas perguntas e, por que não, novos modos de troca e outros campos de ação. Novos contextos do “ter” repercutem em novos atores sociais, em uma nova dinâmica do coletivo.

Tais movimentos nos parecem indicar uma nova forma de protagonismo social que propicia novas cidadanias, novas formas de relacionamento e de pensar, novas formas de uso e, também, em novas formas de controle.

Por via desses dispositivos de controle que são acionados se inaugura outros espaços de ação, presentes nas próprias relações de poder, às quais Foucault (1999) chamou de resistências, distribuídas de modo irregular. Elas não podem existir senão em função de uma multiplicidade de pontos de resistência que representam, nas relações de poder, o papel de adversário, de alvo, de apoio, de saliência que permite a apreensão. Esses pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder. Portanto, não existe, com respeito ao poder, um lugar da grande Recusa – alma da revolta, foco de todas as rebeliões, lei pura do revolucionário. Mas sim resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não se no campo estratégico das relações de poder (FOUCAULT, p. 91, 1999).

Dessa forma, caberia trazer à tona o questionamento: há no justo interior desse campo de correlações de forças, movimentos de fugas e de escapes que indagam o existente e o cenário político e social, de modo a trazer outros modos de organização e outros modos de troca, valores e funcionamento, em novos contextos do “ter”? No mesmo sentido, não se acham presentes novas formas de controle acionadas por meio de novas tecnologias do poder dirigidas a vida, ao aleatório, ao corpo seriado por modulações contínuas, ao múltiplo de si mesmo, uma espécie de nulo?

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. Globalização. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

DELEUZE, G. Conversações. Rio de Janeiro: 34, 1992.

FOUCAULT, M. História da sexualidade: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1985.  
\_\_\_\_\_. Em defesa da sociedade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HECKERT, A.L. A globalização e os novos mecanismos de controle. In: Revista Contexto & Educação UNIJUI, RS, v. 16, n. 62, p. 31-50, 2001.

MALINI, F.; ANTOUN, H. A internet e a rua: ciberativismo e mobilização nas redes sociais. Porto Alegre: Sulina, 2013.

SIBILIA, P. Redes ou paredes: a escola em tempos de dispersão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

TÓTORA, S. Democracia e sociedade de controle. In: Revista VERVE, SP, n.10, p. 237-261, 2006.

# CAPÍTULO 17

## RESOLUÇÃO DE CONFLITOS *ON-LINE*: A CULTURA DO CONSENSO ALIADA À TECNOLOGIA

Data de aceite: 26/11/2021

Católica de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

### **Aline Letícia Ignácio Moscheta**

Advogada. Mestranda em Direito e Estado na Era Digital, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Inovação Tecnológica. Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Toledo. Especialização em Direito e Processo Civil pela Toledo. Assessora do Tribunal de Ética da 29ª Subseção da OAB/SP – Presidente Prudente-SP. Advogada no Sindicato dos Bancários de Presidente Prudente-SP e no Sindicato Rural de Presidente Venceslau-SP. Conciliadora e Mediadora no Centro Judiciário de Conciliação e Solução de Conflitos na cidade de Presidente Prudente-SP. Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da 29ª Subseção da OAB/SP de Presidente Prudente – SP

### **Amerita de Lázara Menegucci Geronimo**

Mestranda em Direito na área de concentração “Acesso à Justiça e Inovação Tecnológica” no UNIVEM/Marília-SP. Bolsista PROUNI. Pesquisadora no Programa Iniciação Científica, de 2016/2017. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2017/2018

### **Maria Fernanda Stocco Ottoboni**

Advogada. Mestranda em Direito e Estado na Era Digital, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Inovação Tecnológica. Mediadora e conciliadora no Centro de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da Comarca de Marília-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade

**RESUMO:** Diante do cenário da transformação digital vivenciado, com os impactos diretos da tecnologia nas relações sociais, é que surge a *Online Dispute Resolution (ODR)*, ou seja, a Resolução de Conflitos on-line, por meio da qual são utilizadas as várias técnicas específicas de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, as formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, por meio de plataformas digitais, que utilizam a rede para aproximar as partes e proporcionar a solução de litígios de forma mais célere e facilitada, tornando o acesso à justiça cada dia mais realidade às partes que desejam resolver seus conflitos consensualmente, sem a intervenção estatal, com difusão da cultura do consenso por consequência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consensual; Resolução de conflitos on-line; Meios alternativos de solução de conflitos; Desjudicialização; Acesso à Justiça.

**ABSTRACT:** In view of the digital transformation scenario experienced, with direct impacts of technology on social relations, it is possible to obtain an *Online Dispute Resolution (ODR)*, that is, an online Dispute Resolution, through which they are used as several specific techniques, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, as alternative forms of conflict resolution, such as conciliation, mediation, arbitration and negotiation, through digital platforms, which uses a network to bring together as parties and use

dispute solutions in a fast and easier way, making access to justice more and more real to those involved, resolving their consensual conflicts, without state intervention, with the dissemination of the culture of consensus as a result.

**KEYWORDS:** Consensual; Online Dispute Resolution; Disjudicialization; Alternative Dispute Resolution, Access to Justice.

## 1 | INTRODUÇÃO

A transformação tecnológica e as inovações digitais, inerentes às Terceira e Quarta Revoluções Industriais, a cada dia, estão impactando as pessoas individualmente consideradas, o modo como elas se relacionam, impactando assim, a sociedade como um todo, e não poderia ser diferente com a área do Direito.

Com isso, diversos mecanismos tecnológicos começaram a fazer parte do dia a dia de toda a comunidade mundial e, mais, a compor a vida das pessoas, à medida que a era digital é uma realidade que não mais se ausenta da vida em sociedade.

Outrossim, aliadas aos tradicionais métodos alternativos de resolução de conflitos e aos impactos da tecnologia nas relações sociais que surge a *Online Dispute Resolution* (ODR), em português, Resolução de Conflitos *on-line*, por meio da qual aplica-se técnicas específicas de resolução consensual de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, tudo pelo meio digital, com plataformas *online*, que utilizam a rede para proporcionar a solução de litígios, de maneira mais desformalizada, célere e fácil, fora do âmbito jurisdicional.

Assim sendo, o objetivo da resolução de conflitos *on-line* é ampliar os caminhos, dando outras opções de resolução de controvérsias que não seja o processo judicial, tendo como escopo facilitar o acesso à justiça, quando da autocomposição das partes, ou mesmo por meio da arbitragem, cuja solução aos litígios não dependem da prestação de serviço morosa do Estado, além do excesso de burocracia, custos e tempo que são, conseqüentemente, aniquilados.

Partindo dessa ideia é que se abordará no presente trabalho os obstáculos verificados na forma tradicional de solução de conflitos, via processo judicial, sob a custódia do Estado, por meio do Poder Judiciário e as facilidades que a inovação tecnológica e a transformação digital disponibilizam à sociedade atual.

Serão analisados, portanto, o surgimento da resolução de conflitos *online*, quais seus impactos na seara extrajudicial e, também, na judicial, com o advento de legislações gerais e específicas sobre o instituto e como o ordenamento jurídico brasileiro se comporta em relação à essa ferramenta tecnológica da ODR. e normas cogentes que regem a aplicação desse instituto.

Por fim, abordar-se-á como o cenário de crise sanitária que mundialmente todos vivenciam, em virtude da pandemia do COVID-19 e como o homem teve de se adaptar para sobreviver ao cenário caótico de saúde pública, especificamente na área do Direito, em

conjunto com as novas tecnologias, à medida em que os compromissos do dia a dia foram tomando formas mas desburocratizadas, com a diminuição de custo e tempo, bem como solucionando o impasse físico, na medida em que foram se aproximando as pessoas onde quer que elas estivessem, por meio da rede mundial de computadores.

É nesse contexto que,

O humano hiper-pós-trans-moderno com as Novas Tecnologias cria rupturas com a tradição e com a história e gera, conseqüentemente, novos problemas devido a produção de incertezas e de desordens junto às relações sociais, potencializando complexidade e contingências. Desse modo o Direito deve ser ressignificado em sua função e estrutura. (SANTOS; MARCO; MÖLLER, 2019, p. 01).

Não se pode olvidar de explanar, mesmo que de forma introdutória, o conceito de Tecnologias Disruptivas e Exponencias. Começando pelas tecnologias disruptivas, estas estariam mais associadas a um processo de inovação revolucionária, com a inserção de novos produtos e/ou serviços no mercado, com melhores características, diga-se, qualidades, novidades, ou o mesmo produto/serviço com menor custo para o consumidor.

Nas palavras de Clayton Christensen *apud* Serrano e Baldanza (2017, p. 40),

Disruptive technologies bring to a market a very different value proposition than had been available previously. Generally, disruptive Technologies underperform established products in mainstream markets. But they have other features that a few fringe (and generally new) customers value. Products based on disruptive technologies are typically cheaper, simpler, smaller, and, frequently, more convenient to use.

Ainda, segundo “o termo disrupção surge aplicado à economia para expressar as inovações que rompem com o processo tradicional de produção e reprodução de bens”, de forma que “a economia disruptiva gera uma fratura no modelo econômico, quebrando seu curso estático”, pois, “a disrupção normalmente é propiciada pelos avanços tecnológicos, mas não necessariamente qualquer inovação tecnologia é disruptiva, assim como nem toda disrupção necessita ser tecnológica” (TEODORO; D’AFONSECA; ANTONIETA, 2017, p. 04-05).

Ocorre, a exemplo, a integração de várias tecnologias disruptivas com o implemento da: Manufatura Aditiva; Inteligência Artificial; Internet das Coisas; SynBio – Biologia Sintética; CPS – Sistemas Ciber-Físicos: integração do físico (analógico), lógico e digital.

Já as tecnologias exponenciais, seriam

[...] As tecnologias para as quais se aplica a Lei de Moore. A lei de Moore mostra que cada 18 meses, a quantidade de transistores nos circuitos integrados dobra, inclusive na capacidade de processamento, enquanto o seu preço diminui significativamente. Resumindo: as tecnologias/produtos estão se tornando ‘digitais’, o desempenho cresce exponencialmente e os preços caem, também exponencialmente. (FGV, 2013).

São exemplos de tecnologias exponenciais: Inteligência Artificial e Robôs,

Nanotecnologia, Impressoras 3D, Networking e sistemas de computadores, Biotecnologia e bioinformática, Medicina e neurociência, Cloud computing, Sensores.

As tecnologias disruptivas e exponenciais são interligadas, de modo que as últimas são um consectário lógico das primeiras, gerando exponenciação nos resultados, o que acelera a produção de bens e ou serviços de maneira altamente multiplicada.

## 2 I TECNOLOGIA E DIREITO: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ON-LINE

Toda essa tecnologia está revolucionando, também, a área jurídica.

A fim de contextualizar o cenário jurídico nacional, é importante observar que o Brasil conta com mais de 1 (um) milhão de advogados formados. E, no início do ano de 2018, foram estimados 80,1 milhões de processos em trâmite, de acordo com a última edição do *Justiça em Números 2018, Ano Base 2017*, um estudo promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do qual é traçado um diagnóstico do cenário jurídico no país, por meio de estatísticas atualizadas.

Quando se pensa na área jurídica, muitas vezes, logo já se faz uma associação simples e direta a problemas, burocracias, tempo e custo. E, nesse contexto, a tecnologia pode figurar-se como o elemento transformador, capaz de melhorar e solucionar questões, até então, impostas sobre a sociedade.

E tais números acima vêm confirmar o potencial de mercado existente para a implementação de tecnologias como instrumentos voltados à otimização dos serviços e à solução dos problemas relacionados ao setor jurídico.

Todavia, há de se ter cautela. Como o setor jurídico apresenta várias vertentes de atuação e extensa normatização, antes de agir é necessário pensar e buscar entender quais são as questões para as quais são necessárias respostas e soluções, quais os conceitos, os objetivos e a legislação de regência para, então, focar em quais as tecnologias mais propícias para a situação posta.

Bruno Feigelson menciona que,

O primeiro passo é sempre organizar os dados internos para identificar os temas principais e, só num segundo momento, gerar os insights e analisar as tendências, para a utilização das mais diversas ferramentas, como plataformas de acordo, automação de documentos, de analytics, entre muitas outras. (FEIGELSON, 2018, p. 11).

A combinação entre tecnologia e Direito, o Direito Digital, a legislação para as Startups e os Negócios Digitais, além da própria inovação no âmbito do Direito, com a utilização das tecnologias conhecidas como *Big Data*, Inteligência Artificial, *Machine Learning*, *Blockchain*, as Criptomoedas, além da possibilidade de resolução de conflitos on-line compõem a realidade e nós, como seres sociais, não podemos viver num mundo paralelo, por isso necessitamos inserir e apreender, cada vez mais, a realidade digital na

âmbito da sociedade.

Dessa forma, com a junção da tecnologia aplicada ao Direito, as possibilidades de aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution* ou *ADR*) estão se ampliando, tornando o acesso à justiça cada dia mais realidade às partes que desejam resolver seus conflitos consensualmente, sem a intervenção estatal.

Com o advento da rede mundial de computadores e, por conseguinte, da implementação das atividades comerciais realizadas via internet, como, por exemplo, o *e-commerce*, cada vez mais crescente, surgiu a necessidade de criação de uma nova modalidade de resolução de conflitos que se desenvolvesse puramente *online*.

É diante desse cenário, de impactos da tecnologia nas relações sociais que surge a *Online Dispute Resolution (ODR)*, ou seja, a Resolução de Conflitos on-line, por meio da qual são utilizadas as várias técnicas específicas de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* (SCHULTZ, 2001), ou seja, as formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, por meio de plataformas digitais, que utilizam a rede para proporcionar a solução de litígios, de forma mais célere, facilitada, sem a intervenção do Estado.

A resolução de conflitos *on-line* cuida-se, portanto, da junção da tecnologia da informação com os meios alternativos (ao processo judicial) de resolução de controvérsias.

Tais meios de solução de conflitos alternativos ao processo judicial apresentam como missão facilitar o acesso à justiça, na medida em que apresenta uma solução às dores da área jurídica no que se refere à intervenção estatal, ao excesso de burocracias, de custos e de tempo.

E, aliado à tecnologia da informação, a resolução de conflitos *on-line* tende a derrubar todos esses obstáculos verificados na forma tradicional de solução de conflitos, via processo judicial, sob a custódia do Estado, por meio do Poder Judiciário.

Por intermédio de plataformas de resolução de conflitos *on-line* é possível privilegiar a autonomia da vontade das partes envolvidas em um litígio, além de atingir a desburocratização, a diminuição de custo e tempo, bem como solucionar o impasse físico, na medida em que aproxima as pessoas onde quer que elas estejam, por meio da rede mundial de computadores.

A fim de contextualizar a origem do instituto ora em análise, os precursores da *Online Dispute Resolution (ODR)*, ou seja, a Resolução de Conflitos *on-line* foram os professores Ethan Katsh e Janet Rifkin, que fundaram no ano de 1997 o chamado *National Center for Technology and Dispute Resolution (NCDR)*, vinculado à Universidade de Massachussets, nos Estados Unidos, com o objetivo de fomentar a tecnologia da informação e o gerenciamento de conflitos e escreveram o primeiro livro sobre o tema em 2001 (KATSH, RIFKIN, 2001).

Após esse *start*, diversas instituições renomadas passaram a explorar as resoluções de conflitos on-line nos Estados Unidos e no mundo.

Um exemplo paradigmático nessa seara, ainda nos Estados Unidos, foi o *SquareTrade*, um dos sistemas pioneiros de resolução de conflitos *on-line*, utilizado pela *eBay*, um gigante do comércio eletrônico, para resolver as disputas entre os usuários que se utilizam da sua plataforma de compra e venda (*consumer to consumer* ou *C2C*).

O *eBay* é uma plataforma digital global voltada a negociações, onde qualquer pessoa cadastrada pode anunciar e adquirir bens de outros usuários.

O sistema de resolução de conflitos *on-line* implantado no caso em referência permite que compradores e vendedores insatisfeitos abram reclamações a custo zero. Por meio de algoritmos (BECKER e LAMEIRÃO, 2017), o *software* guia os usuários através de uma série de perguntas e explicações a fim de ajudá-los a alcançar uma solução amigável (MATLACK, 2016).

Além do método exclusivamente autocompositivo sem a intervenção de um terceiro, o sistema oferece, ainda, a opção da contratação de um mediador no ambiente virtual por um custo reduzido, uma vez que parte dele é subsidiado pela própria plataforma de comércio eletrônico, conforme se verifica pelo simples acesso ao endereço eletrônico <http://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>.

O formato de negócio, ao mesmo tempo pode ser considerado simples, mas, de fato, inovador, pois foi e tem sido um sucesso, sendo responsável por resolver a marca de sessenta milhões de disputas entre seus usuários por ano (BBC, 2015).

No Brasil, não tem sido diferente. Ainda que de forma mais tímida, a utilização de formas alternativas ao processo judicial como conciliação, mediação, arbitragem e negociação de acordos, inclusive por meio de plataformas de resolução de conflitos *on-line*, vem angariando, também, o seu espaço.

Aliás, em um contraponto à cultura do conflito, enraizada na sociedade brasileira, conforme demonstram as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça acima expostas, a cultura da pacificação social é amplamente divulgada e, por conseguinte, estimulada pelo referido Conselho como método viável para a resolução de conflitos nas demandas judiciais e extrajudiciais.

Nesse contexto, em breve histórico sobre o tema, o contato menos recente que o Brasil teve com os métodos consensuais de resolução de conflitos foi com o advento da Lei de Arbitragem, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 é que foi reinaugurada (antes só teria havido a Constituição de 1824) a possibilidade de as partes, por meio de um terceiro auxiliador, chegarem às conclusões e soluções de seus litígios consensualmente.

A partir do implemento da Lei de Arbitragem, o Brasil começou a desenvolver, com mais afinco, os “meios alternativos de resolução de conflitos”, sendo seu consectário legal a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a famosa Resolução nº 125/2010 do CNJ, sendo declarado em seu preâmbulo que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada implementação no país tem

reduzido a excessiva judicialização dos conflitos.

Cinco anos depois, foram publicadas a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil) e a Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação).

O Código de Processo Civil foi elaborado com um viés principiológico de resolução consensual de conflitos, tendo em vários artigos as disposições acerca de métodos consensuais de solução de litígios, porém, a mediação e conciliação, se já instaurado o processo são obrigatórias, a menos que Autor e Réu não queiram sua realização (artigo 334).

Essa obrigatoriedade vinha com o intuito de proporcionar mais efetividade ao processo, todavia, a maneira como foi imposta, praticamente privou as partes de resolverem seus conflitos voluntariamente, de forma que, infelizmente, para alguns, a mediação e conciliação, na via judicial, hoje, é vista como mero protocolo a ser executado.

A cultura do litígio ainda reside em nossa sociedade e é por isso que desembaraçar os caminhos para a solução dos litígios e disponibilizar meios mais objetivos e concisos de resolução de conflitos está intrinsecamente ligado à mediação online, pois é um meio que as pessoas procuram espontaneamente para resolver seus problemas, principalmente os famosos litigantes habituais.

O precursor que dispôs sobre a conciliação e a mediação de conflitos à distância e a homologação judicial dos respectivos acordos foi o Tribunal de Justiça de São Paulo, com a publicação do Provimento nº 2.289/2015, considerando que o Código de Processo Civil, nos artigos 193 a 199 permite a prática de atos processuais por via eletrônica, resolveu, em seu artigo 1º que:

É viável a homologação de composições celebradas em procedimentos de conciliações e mediações por vias eletrônicas, por entidades cadastradas perante o Tribunal de Justiça do Estado, observados os dispositivos deste provimento.

A legislação mais nova sobre o tema é a Lei nº 13.994/20, que possibilitou a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Interessante ressaltar que, antes mesmo dessa nova Lei entrar em vigor, os Juizados Especiais Cíveis do Paraná já adotavam as audiências de conciliações virtuais, sendo que em Curitiba, desde 2017, há realização de conciliação e mediação pré-processual por videoconferência, no que tange o direito do consumidor.

No Juizado Especial de Cornélio Procópio, o procedimento, regulamentado pela Resolução nº 10/2018 do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), não dispensa a realização da conciliação, mas possibilita que ela aconteça, digitalmente, com a participação de um conciliador, assegurando aos litigantes o direito à razoável duração do processo.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por meio do provimento CSM nº 426/2018, credenciou e possibilitou o envio das conciliações pré- processuais e processuais para

homologação em câmaras privadas (Portaria NUPEMEC/MS nº 102/2018). Paralelamente às resoluções de conflitos on-line do Judiciário, existem inúmeras plataformas digitais de solução de conflito.

A resolução on-line de conflitos (*Online Dispute Resolution* ou *ODR*), possibilitou uma procura muito grande para a realização da mediação e conciliação nos litígios, de forma a restaurar a autonomia das partes para se chegar a uma autocomposição. Interessante destacar que a voluntariedade resulta em alto índice de cumprimento dos acordos celebrados, justamente porque as partes não têm que executar uma decisão adjudicada, com o peso da mão de um terceiro alheio, mas, sim, uma solução que elas mesmas propuseram, de forma que se tem garantido índices de eficiência muito superiores ao das decisões judiciais.

A Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), mantém um *site* que reúne inúmeras plataformas digitais e empresas que unem tecnologia e Direito.

A propósito, as chamadas *legaltechs* ou *lawtechs* consistem em empresas de tecnologia focadas no desenvolvimento e uso de tecnologias aplicadas à área jurídica.

Como se tratam de expressões do vocabulário inglês, correspondem tais termos, indistintamente, à união das palavras direito e tecnologia.

Cumprir observar, outrossim, que no Brasil não se faz distinção entre os termos, correspondendo ambos às empresas de tecnologia focadas no mercado jurídico. No exterior, entretanto, o termo *legaltech* costuma estar associado às *startups* que atendem a todo o mercado jurídico, ao passo que o termo *lawtech*, às que desenvolvem soluções tendo como público final os advogados.

E, embora ainda não exista estimativas oficiais sobre quantas são as empresas de tecnologia focadas na área jurídica existentes hoje no país, a Associação Brasileira de *Lawtechs* & *Legaltechs* (AB2L) apresenta um portal de Direito exponencial, o qual abrange dezenas de *lawtechs* e *legaltechs* associadas, voltadas a várias funcionalidades distintas, dentre as quais há aquelas que oferecem procedimentos consensuais de resolução de conflitos por meio digital.

Atualmente, identifica-se um nicho de empresas de tecnologia focadas na resolução de conflitos on-line, as quais se pautam pela utilização de formas alternativas ao processo judicial como conciliação, mediação arbitragem e negociação de acordos.

Nas palavras de Alexandre Assaf (2019, p. 02),

Compreende-se pela junção dos termos law e technology (Direito e tecnologia, da língua inglesa) tem a finalidade de ser uma plataforma digital para conectar pessoas a justiça, por meio de uma intermediação ágil e moderna perante os advogados, bem como, oferecer informações acessíveis na esfera jurídica ao público leigo.

Além de se caracterizarem por oferecer “serviços jurídicos com uso de tecnologia, software e inteligência artificial, para a logística do exercício da advocacia”, argumentando

que “que podem ser usadas tanto pelos clientes quanto pelo setor jurídico de uma empresa/escritório”. (ASSAF, 2019, p. 54).

As principais características é que são plataformas de negociação online, não fazem parte de nenhuma empresa, tão somente foram criadas para facilitar a comunicação entre as partes. Existem mecanismos que em que o interessado envia o caso, sendo que a plataforma irá contatar a parte contrária para o agendamento da conciliação virtual, que ocorrerá por meio de chat ou videoconferência, com o auxílio de um conciliador, sendo que, ao final, a própria plataforma elabora um Termo de Conciliação, sendo um documento com validade jurídica que formaliza o acordo.

Consoante Alexandre Assaf (2019), “todas elas são movidas pela ambição de oferecer soluções rápidas, com otimização de tempo e estreitamento de relacionamentos entre clientes/profissionais e usuários, por meio do uso da tecnologia”.

Importante frisar que elas dão a opção de dois procedimentos: método contencioso (quando já existe um processo) e o não-contencioso (pré-processual).

Existem plataformas que têm convênios com PROCONs e Juizados Especiais Cíveis, sendo que o foco dessas plataformas são as negociações entre empresas e consumidores.

A plataforma denominada Consumidor.gov, é um dos maiores exemplos de tecnologia aplicada para resolução de conflitos on-line e consiste em um “serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet” (<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1550499397154>), ferramenta monitorada diretamente pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Nessa ferramenta, os números são positivamente impactantes: “80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias”.

A adesão das empresas ao serviço se dá por meio da assinatura de termo, pelo qual se comprometem em “conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados” e o consumidor, “por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada” (<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>).

Algumas dessas plataformas disponibilizam alguns índices de acordo, ultrapassando 80% dos casos levados às plataformas, além de um total de 100% de homologação judicial dos acordos, como é o caso da Concilie (<https://www.concilie.com.br/>).

A tecnologia garante que a negociação entre as partes se dê por meio do diálogo das partes, sendo muito mais positiva essa nova forma de solução de conflitos, do que a, diga-se tradicional, forma litigiosa e processual, em que se espera que uma outra pessoa (o magistrado) possa decidir por elas.

O consentimento, como trazido na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Lei nº 13.709/2018, artigo 5º), obtido para a cláusula de eleição de método online de

resolução de disputas, é mais uma garantia para os contratantes.

Dessa maneira, é evidente que se faz necessário transformar o *mindset* da cultura do litígio, com o impulso das inovações digitais e tecnológicas, aplicando-se mecanismos de desjudicialização com o escopo de atingir a pacificação social, que aposta no diálogo como forma de prevenir novas ações.

É aqui que se encaixam as tecnologias da informação e comunicação, na medida em que oferecem inúmeras possibilidades para se conceber o significado de justiça.

E, dentre elas está o campo de Resolução On-line de Conflitos (*Online Dispute Resolutions* ou *ODR*), que já vem assumindo e cada vez mais assumirá um papel determinante na sociedade, de forma a colaborar com uma mudança de cultura social, do conflito para o consenso, transformando, por conseguinte, a área jurídica como um todo e fomentando uma maior pacificação social.

Mariana Faria (2018) considera que

A ODR pode ampliar o acesso à justiça ao abrir uma porta virtual para casos repetitivos e de baixo valor que antes significavam demanda reprimida no Poder Judiciário. Também aposta-se que, com sua capacidade de operação em escala, a ODR tenha potencial para reinventar os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) e, assim, possibilitar um processo mais acelerado e efetivo de desjudicialização.

Embora em grande parte a cultura do litígio ainda esteja presente na nossa sociedade, o que se deve à falta de conhecimento dos potenciais usuários acerca dos benefícios de resolver suas controvérsias por meio de uma plataforma *online*, aliado ao fato de que ainda poucos advogados e escritórios de advocacia levem os meios alternativos de resolução de conflitos a sério, de fato, ainda que timidamente, essa forma digital e alternativa de solução de conflitos vem causando uma ruptura na área mais antiga e perene da prestação de serviços advocatícios, que é o litígio.

Para Richard Susskind (2012, p. 102), inevitavelmente, os métodos alternativos de solução de conflitos têm grande potencial de expansão nesse mercado jurídico, fazendo surgir uma excelente oportunidade para novos *players* assumirem esse setor (ainda hoje) inexplorado.

Inclusive, em tempos de pandemia causada pela COVID-19, vivenciada pela sociedade mundial atual, e suas consequências referentes às medidas de restrição e isolamento social, tratar sobre pacificação social, sobretudo por meio da implementação de uma cultura do consenso e diante da existência crescente de empresas de tecnologia focadas na resolução de conflitos on-line, soa como uma boa solução e forma positiva para contemporizar tantos conflitos que já surgiram e que ainda estão por surgir, nas relações privadas e públicas.

Isso porque, é previsível que em um momento de crise socioeconômica e de saúde que, hodiernamente, aflige a sociedade, cresça o número de litígios devido aos

reflexos da atual pandemia, como, por exemplo, a diminuição da renda dos brasileiros, em impacto direto no poder de compra e pagamento, que culminará com revisões de contratos, impactará em relações familiares, entre inúmeras outras situações.

É neste cenário de crise que a tecnologia, quando aplicada ao Direito, se mostra ainda mais imprescindível para transformar e solucionar os problemas vivenciados setor jurídico.

Assim, já demonstrando uma preocupação com o fomento da cultura do consenso, o Conselho Nacional de Justiça não limitou a disponibilização e utilização dos métodos de solução de conflitos alternativos ao processo judicial ao setor público, bem como possibilitou ao setor privado o credenciamento no Tribunal de Justiça, através das Câmaras privadas físicas e das plataformas digitais de conciliação e mediação online, considerando, portanto, a tecnologia como ferramenta indispensável para a distribuição da justiça.

Dessa maneira, é certo que o estímulo e propagação dos métodos alternativos de resolução de conflitos por meio de plataformas *on-line* impactam diretamente na melhoria do acesso à justiça, bem como promovem aumento da pacificação social, na medida em que se apresentam capazes de reduzir a judicialização de conflitos, sobretudo, aqueles mais recorrentes e menos complexos, mas que representam parte substancial da massa de litígios existentes.

Também, a resolução de conflitos *on-line* mostra-se adequada para desonerar e desafogar o Poder Judiciário, na medida em que se apresenta como alternativa mais célere, menos burocrática e custosa à disposição de todos, independentemente de barreiras físicas.

Assim, a eficiência proporcionada pelos métodos de resolução de conflitos *on-line* é também uma questão de distribuição de justiça e pacificação social, valores caros e fundamentais para a vida em sociedade.

### 3 | CONCLUSÃO

O mundo mudou e isso já não é mais novidade para ninguém. A surpresa, talvez, o espanto, foi a forma como a mudança ocorreu, a celeridade das transformações.

O avanço tecnológico e disruptivo abalou, de forma exponencial, todo o planeta, o que se intensificou com a pandemia do Covid-19. Todos foram obrigados a se adaptarem a um “novo normal” da “noite para o dia”.

Crianças deixaram de ir às escolas físicas e passaram a estudar dentro de suas casas, por telas de computadores, celulares e ou *tablets*. Profissionais das mais variadas áreas necessitaram adequarem-se ao um novo modo de trabalho, uma vez que o distanciamento social foi o primeiro requisito como enfrentamento da citada pandemia.

Com efeito, não ficaram de fora, os profissionais da área do Direito que, apesar de estarem acostumados com a operar máquinas como instrumento de trabalho, tais como

computadores, *notebooks* e *tablet's*, necessitaram se reinventar na forma de trabalhar a partir de suas residências e no atendimento de seus clientes (no caso, dos advogados), a presidirem e participarem de audiências digitais (no caso de juízes, promotores, defensores públicos, procuradores, entre outros), e a prestarem os mais diversos serviços jurídicos (no caso dos servidores e colaboradores).

Fato é que, durante os meses de janeiro a maio de 2020, toda a população mundial observou o avanço tecnológico nunca visto antes. Foi uma antecipação, um acúmulo, uma avalanche de informações de cinco anos em, aproximadamente, cinco meses, numa rapidez de um vulcão em erupção.

Frente a toda esta transformação, surgiram (e têm surgido, a cada dia) os inúmeros problemas e desafios a serem encarados, na tentativa de se inserir no novo mercado de trabalho, no novo modo de viver, um novo modo de se relacionar com as pessoas, etc.

Nesse contexto, importante esclarecer que é falsa a ideia de que com o isolamento social os problemas jurídicos diminuíram. Ao contrário, o isolamento social trouxe inúmeros e diversos novos conflitos e desafios, dentre deles, os cibernéticos.

Convém destacar, por oportuno, que esse cenário propício ao implemento da tecnologia, que se afigura útil na medida em que atinge um número indefinido de pessoas, independente de proximidade física, podendo apresentar soluções de forma exponencial, ou seja, num universo elevado ao seu próprio fator.

Logicamente que os problemas serão infinitos, seja, por exemplo, com uma compra realizada no *e-commerce* com algum vício, ou uma aula transmitida *on-line* por uma instituição de ensino que pode gerar vários problemas de transmissão, etc. Enfim, diante de uma nova realidade, novas formas das pessoas se relacionarem na sociedade serão vivenciadas e, dessa maneira, novos conflitos, antes não pensados, aparecerão.

Desse modo, a fim de uma solução aos conflitos postos, a via a ser buscada é a judicial ou um meio alternativo para resolver o conflito em tela.

Nesse cenário, destacam-se, tanto as formas alternativas de soluções de conflitos, como também as plataformas digitais, por meio das quais são utilizados métodos alternativos ao processo judicial, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, a fim de aproximar as partes e propiciar a resolução consensual de seus conflitos.

Há plataformas de resolução de conflitos on-line, que possuem *softwares* específicos capazes de intermediar todo o conflito existente e apresentar soluções para as partes envolvidas no caso e, ao final, capaz de gerar um documento final, denominado termo de acordo.

Tais meios alternativos de soluções de conflitos, sobretudo operacionalizados por meio de plataformas digitais, são rápidos, eficazes e seguros, podendo dizer que “substituem” o modo tradicional jurídico de propositura de uma ação judicial a fim de buscar uma tutela jurisdicional, mais lenta e nem sempre a que melhor satisfaz a parte que sentiu ofendida.

É viável considerar que, a partir da mudança de paradigma dos últimos anos, advinda da transformação digital vivenciada pela sociedade com as Terceira e Quarta Revoluções Industriais, novos conflitos surgiram e, com isso, maior atenção tem sido verificada em relação aos meios alternativos de solução de disputas (por meio dos quais não há necessidade de envolvimento do Poder Judiciário).

As reflexões aqui traçadas demonstram a razoabilidade de se privilegiar os meios alternativos de solução de controvérsias entre no setor privado e público, em especial visando a resolução de conflitos via on-line.

Outro problema e talvez este, o maior deles, é a vulnerabilidade do acesso à justiça pelos meios tecnológicos. Com toda essa “chuva de tecnologia” nunca vivida antes, os mais fragilizados, economicamente falando, têm sofrido crucialmente.

Isso porque, famílias que tentam sobreviver com um a dois salários mínimos por mês e que necessitam, atualmente, do recebimento do benefício do auxílio emergencial (“BEM”), quando muito possuem um aparelho celular em sua casa: reforça-se, requisito este indispensável para requerer tal benefício do governo.

Ora, é totalmente contraditório uma pessoa que necessita de um auxílio emergencial tenha que possuir, no mínimo um aparelho celular, um endereço de e-mail e, obviamente, um pacote mínimo de dados de internet para fazer a referida solicitação.

Desse modo, o choque de realidade bate à porta de muitos, seja pelo impacto causado pela pandemia (doença viral), seja pelo impacto da economia (mudança estrutural e financeira do país), as pessoas estão sendo obrigadas a se reinventarem do modo que podem no mundo cibernético para buscarem meios alternativos de solução de conflitos de interesse que seja mais rápido, mais célere e mais justo para os envolvidos.

Até porque perante as Justiças Especializadas (Justiça do Trabalho) tem se debatido a questão sobre a obrigatoriedade de se realizar ou não as audiências de instrução e julgamento, por videoconferência, causando uma enorme desvantagem novamente às partes mais fragilizadas do processo, uma vez que aqueles que não possuem um acesso à internet satisfatório, restará prejudicado sua participação na referida audiência, podendo sofrer as cominações previstas para o ato especificado em lei.

Com efeito, vê-se que é o vulnerável sofrendo as intempéries da mudança do “novo mundo”, mudança esta que não tem mais volta.

Sem ajuda do Estado, sem conscientização de uma sociedade mais justa e igualitária, de nada adiantará todos os avanços tecnológicos adentrarem às casas do ser humano, como um meio de facilitação para uma “vida melhor”, para uma praticidade no serviço, uma melhor “qualidade de vida”, uma vez que permite otimizar melhor o tempo, se o dinheiro público não for direcionado para financiar a compra de computadores e *tablets* àqueles menos favorecidos, para que eles também possam ser inseridos na sociedade e fazer parte do mercado novo de trabalho; para que eles possam galgar espaço na sociedade tecnológica e disruptiva.

## REFERÊNCIAS

ASSAF, Alexandre. **O Direito e o ecossistema das startups**. Disponível em: < <https://administradores.com.br/artigos/o-direito-e-o-ecossistema-das-startups>>. Acesso em: 04 junho 2020.

BBC. **eBay-style online courts could resolve smaller claims**. BBC News. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-31483099> – Acesso em 25 de junho de 2020.

BECKER, Daniel; LAMEIRÃO, Pedro. **Filosofia e algoritmos: o dilema moral dos carros autônomos. Direito da Inteligência Artificial**. Disponível em: <https://direitodainteligenciaartificial.com/2017/07/28/filosofia-e-algoritmos-o-dilema-moral-dos-carros-autonomos/> – Acesso em 25 de junho de 2020.

BECKER, Daniel; LAMEIRÃO, Pedro. **Online Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas**. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no-ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>. Acesso em 26 de junho 2020.

CARDOSO, Danielle de Azevedo; OLIVEIRA FILHO, Umberto Lucas de. **Contributo para o descongestionamento do poder judiciário: os contratos e a legitimação dos métodos online de resolução de disputas como requisito pré-processual**. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/contributo-para-o-descongestionamento-do-poder-judiciario-os-contratos-e-a-legitimacao-dos-metodos-online-de-resolucao-de-disputas-como-requisito-pre-processual/>>. Acesso em: 28 junho de 2020.

CONCILIE ONLINE. **Plataforma de negociação online**. Disponível em: <https://www.concilie.com.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

D'ACORDO. **Plataforma de negociação online**. Disponível em: <http://www.dacordo.com.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

EBAY. **Dispute Resolution Overview**. ebay. Disponível em: <http://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html> – Acesso em 25 de junho de 2020.

FARIA, Mariana. **O que tecnologia tem a ver com acesso à justiça?** Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/o-que-tecnologia-tem-ver-com-acesso-justica/> Acesso em: 27 de junho 2020.

FEIGELSON, Bruno. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Ano 1, volume 1, out-dez/2018. Coordenação Alexandre Zavaglia Pereira Coelho, Bruno Feigelson, Christiano Pires Guerra Xavier. Edição e distribuição Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., p. 11.

FGV (Fundação Getúlio Vargas). EAESP. Fórum de Inovação. Inovação em Tecnologias Exponenciais, Transferência de Tecnologia, e Experiência do Consumidor. **Caderno de Inovação**. Setembro de 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/ci/article/viewFile/22402/21176>. Acesso em: 28 maio 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. **Online Dispute resolution – resolving conflicts in cyberspace**. Nova York: John Wiley & Sons, 2001.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da Máquina à nuvem. Caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber**. Editora LTR.2019.

LUPOLI, Dayane Nascimento Fernandes. **Covid-19 e os meios consensuais de solução de conflitos**. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/covid-19-e-os-meios-consensuais-de-solucao-de-conflitos/>. Acesso em 26 de junho 2020.

MATLACK, Carol. **Robots Are Taking Divorce Lawyers' Jobs, Too: Online tools that are cheaper than lawyers improve access to justice**. Bloomberg BusinessWeek. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-30/robots-are-taking-divorce-lawyers-jobs-too>. Acesso em 25 de junho de 2020.

NCDR. Mission. **The National Center for Technology and Dispute Resolution**. Disponível em: <http://odr.info/mission/> – Acesso em 25 de junho 2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MARCO, Cristhian Magnus de; MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Tecnologia Disruptiva e Direito Disruptivo: Compreensão do Direito em um Cenário de Novas Tecnologias**. Rev. Direito Práx. vol.10 no.4 Rio de Janeiro Oct./Dec. 2019 Epub Nov 25, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662019000403056&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662019000403056&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 28 maio 2020.

SCHULTZ, Thomas et al. **Online Dispute Resolution: the state of the art and the issues**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=899079> – Acesso em 21 de junho 2020.

SEM PROCESSO. **Plataforma de negociação online**. Disponível em: <https://semprocesso.com.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

SERRANO, Paulo Henrique Souto Maior; BALDANZA, Renata Francisco. **TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: O CASO DO UBER**. Revista Pensamento Contemporâneo em Administração, vol. 11, núm. 5, outubro de 2017, pp. 37-48 Universidade Federal Fluminense Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4417/441753779011.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 102.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; D'AFONSECA, Thaís Cláudia; ANTONIETA, Maria. **Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/suporte01/Downloads/14661-Texto%20do%20artigo-51929-1-10-20170424.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

TJPR, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Conciliação virtual é realizada em Juizado Especial de Curitiba**. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/12104633](https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/12104633) . Acesso em: 26 maio 2020.

TJPR, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Fórum de Conciliação Virtual está funcionando no Juizado de Cornélio Procópio**. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/19701079](https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/19701079). Acesso em: 26 maio 2020.

## A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO GÊNERO FEMININO INDEPENDENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL

*Data de aceite: 26/11/2021*

*Data de submissão: 27/09/2021*

### **Ronaldo de Almeida Barretos**

Advogado e Professor Universitário nas matérias de Direito Processual Penal e Tributário. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL. Pós Graduado em Direito Penal, Processo Penal, Penal Econômico e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina – UNIFIL. Pós Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná - EMAP Londrina – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/6549292199904061>

### **Henrique Giacomini**

Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Norte Novo de Apucarana - FACNOPAR. Pós Graduado do Curso de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina – UNIFIL Apucarana – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/7675803558053323>

**RESUMO:** No decorrer dos anos as relações de afeto se atualizaram então há, cada vez mais a necessidade de o Estado proteger os envolvidos nas respectivas relações. Frisa-se que há a falta da especificação de legislação para aos que se identificam ser do gênero feminino, bem como protege-las quando necessário em uma situação de violência doméstica e a figuração de sujeito passivo, pois a Lei Maria da Penha,

a lei nº 11.340/06, tem o explícito entendimento de que apenas esse lugar está assegurado para as denominadas mulheres biologicamente do sexo feminino. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo elencar as vulnerabilidades da Lei supracitada, bem como realizar a diferenciação entre a questão de se identificar como do gênero feminino e ser do sexo biologicamente feminino. O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a importância da proteção do gênero feminino independente da orientação sexual do mesmo, pois apesar dos entendimentos favoráveis dos juízes, não há previsão no ordenamento jurídico explícito para essa proteção. Ademais, o presente trabalho é somente a ponta de uma indagação necessária para todo um contexto, e a conclusão de que precisa ocorrer uma mudança urgente. O método utilizado será o hipotético-dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência de Gênero. Gênero Feminino. Lei Maria da Penha. Proteção Jurídica.

### THE IMPORTANCE OF LEGAL PROTECTION OF THE FEMALE GENDER INDEPENDENT OF ITS SEXUAL ORIENTATION

**ABSTRACT:** Over the years, the relationships of affection have been updated, so there is an increasing need for the State to protect those involved in the respective relationships. It is emphasized that there is a lack of specification of legislation for those who identify themselves as being female, as well as protecting them when necessary in a situation of domestic violence and the figuration of a passive subject, as the Maria da Penha Law, the law nº11.340/06, has the explicit

understanding that only this place is guaranteed for the so-called biologically female women. Thus, the present work aims to list the vulnerabilities of the aforementioned Law, as well as to differentiate between the issue of identifying oneself as female and being biologically female. This article aims to demonstrate the importance of protecting the female gender regardless of her sexual orientation, because despite the favorable understandings of the judges, there is no provision in the explicit legal system for this protection. Furthermore, the present work is only the tip of a necessary inquiry for an entire context, and the conclusion that an urgent change needs to occur. The hypothetical-deductive method will be used.

**KEYWORDS:** Gender Violence. Feminine gender. Maria da Penha Law. Legal Protection.

## 1 | INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha, foi criada com o intuito e mecanismo de proteção a mulher e do sexo feminino contra a violência doméstica e familiar. Porém, no texto da Lei não há o conceito amplo para de gênero feminino e de sexo feminino e assim, muitas vezes a Lei deixa de ser aplicada em alguns casos.

O gênero feminino deveria ser aplicado e estar explícito na referida Lei, pois ele abarca todos os sujeitos que de fato, se identificam como do gênero feminino. A Lei Maria da Penha, (in) felizmente é interpretada de forma literal, deixando de lado muitos indivíduos que necessitam de proteção pelo simples fato de não serem do sexo biologicamente feminino e sim somente se identificarem do gênero feminino. A partir da observação de que, no âmbito jurídico, não há um entendimento consolidado sobre o assunto, que continua gerando uma série de discussões e opiniões contraditórias, o presente trabalho procura mostrar a possibilidade da garantia dos direitos daqueles indivíduos que se identificam como do gênero feminino, não precisando ser biologicamente do sexo feminino para ser amparado pela Lei Maria da Penha, haja vista, as relações de afeto se atualizaram e o direito, assim como as leis, precisam evoluir junto.

O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar a pertinência da garantia do direito legal aos indivíduos que se identificam como do gênero feminino e que necessitam ser amparados pela Lei Maria da Penha. Isso possibilitará uma maior proteção a essa minoria discriminada que, assim como a mulher, é vítima de diversas agressões físicas e verbais, sendo alvo de preconceitos e exclusões. Esse grave problema de nossa atualidade merece atenção não apenas da sociedade, mas também do Judiciário.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. As técnicas utilizadas serão de levantamento de bibliografias e legislações.

## 2 | ASPECTOS GERAIS ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA

A lei nº 11.340/06, conhecida como a lei Maria da Penha, tem o propósito em

não apenas se restringir em proteger à vítima que se denomina do gênero feminino de violência doméstica e familiar, mas também de evitar e prevenir outras agressões e punir os causadores destas.

Em breve síntese, a violência é “uma espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência do outrem, ou levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade”. (VELLOSO, 2010)

Entretanto, há alguns parâmetros para que a violência doméstica e familiar se conceitue e seja tipificada, vejamos:

“(...) uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano.” (CAVALCANTI, 2010, p. 11).

Destarte, no âmbito da violência contra a mulher e/ou gênero feminino, se define como sendo violência: qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. (CAVALCANTI, 2010, p.12).

Assegurando esses termos, dispõe o artigo 5º da Lei 11.340/06:

“Art. 5º - Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.” (BRASIL, 2006).

Ainda se sobressai que, a violência doméstica e familiar é uma das maneiras de violência contra a mulher. Esse tipo de violência não se limita apenas à violência realizada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar, desde que motivada por uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima. (LEAL, 2010).

Conforme expõe os autores Rogério Cunha e Ronaldo Pinto que:

A agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, acarretando pessoas com ou sem vínculo familiar. Violência no âmbito da família é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco

(em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). E agressão em qualquer relação íntima de afeto é aquela inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundadas em laços de amor, companheirismo, amizade. (CUNHA; PINTO,2021).

Definido o que seja a violência doméstica e familiar, importante se faz, analisar as suas diferentes formas.

O art. 7º da Lei nº 11.340/06 enumera algumas formas de violência doméstica e familiar. São elas: violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Importante ressaltar que, de acordo com a Lei, estas não são as únicas formas de agressões, praticadas contra a mulher. (BRASIL,2006).

Para uma abrangência melhor as diversas formas de violência doméstica, deve-se ter em mente alguns conceitos a saber:

Entende-se por violência física qualquer maneira de se conduzir que atenta contra os preceitos a integridade ou a saúde da mulher. Quanto à violência sexual, inclui qualquer procedimento (maneira de agir) que obrigue, force, constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, com intervenção de força física ou ameaça. Já a violência psicológica, compreende qualquer comportamento que cause à mulher um dano emocional, diminuindo sua auto-estima, causando constrangimentos e humilhações. A violência moral é conhecida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação e injúria. Por fim, a violência patrimonial, que diz respeito a qualquer comportamento, que configure destruição, subtração de bens, documentos e instrumentos de trabalho. (VIEIRA, 2008).

É conveniente mensurar que, bater, chutar, ameaçar, humilhar, falar mal, destruir objetos, documentos, forçar o sexo são algumas atitudes que caracterizam a violência doméstica e familiar.

A violência contra mulher para que seja tipificada e amparada na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), significa que, essa violência precisa decorrer de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, precisa ocorrer no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual. Ressalta-se aqui, que aquelas ou aqueles que se considerarem por gênero feminino serão ou deverão ser amparados pela referida lei.

Como afirma Wânia Pasinato, socióloga, pesquisadora e consultora sobre acesso à justiça da ONU Mulheres no Brasil:

É preciso entender definitivamente que, quando há violência contra uma mulher nas relações conjugais não se trata de 'crime passionnal', é uma expressão que temos que afastar do nosso vocabulário, porque essa morte não decorre da paixão ou de um conflito entre casais. Ela tem uma raiz estrutural e tem a ver com a desigualdade de gênero.

O legado que a própria Lei Maria da Penha nos traz, são imprescindíveis para o enfrentamento da violência doméstica, bem como o feminicídio, e a mesma traz seis pontos

para que o mesmo seja evitado. Vejamos:

1- A Lei Maria da Penha define cinco formas de violência doméstica e familiar e não pressupõe que só há violência quando a agressão deixa marcas físicas evidentes. Reconhecer a violência psicológica nas relações, não subestimar o risco por trás de uma ameaça ou de uma aparente lesão corporal leve podem prevenir violências mais graves, incluindo o feminicídio íntimo. “O que no Código Penal é uma lesão leve pode ser o resultado de tortura sistemática ou mesmo de uma tentativa de feminicídio por enforcamento”.

2- Na maioria dos casos, diferentes formas de violência acontecem de modo combinado. É preciso compreender que a violência física é mais um traço de um contexto global de violência, que inclui também humilhações, críticas e exposição pública da intimidade (violência moral), ameaças, intimidações, cerceamento da liberdade de ir e vir, controle dos passos da mulher (violência psicológica), forçar a ter relações sexuais ou restringir a autodeterminação da mulher quando se trata de decidir quando engravidar ou levar adiante ou não uma gravidez (violência sexual), entre outros. É fundamental também entender que, na violência doméstica, a tendência é que os episódios de agressões se repitam e fiquem mais graves; é o chamado ‘ciclo de violência’.

3- É importante compreender que não existem padrões e perfis de vítima ou agressor, pois a violência doméstica contra mulheres e/ou gênero feminino cometida pelo parceiro, atual ou ex, é a mais comum, mas não é a única. A violência doméstica e familiar pode acontecer também entre indivíduos com ou sem vínculo de parentesco, mas que mantêm relações de convivência.

4- O uso de álcool, drogas ou o ciúme não são causas e não servem como justificativa para violências. São apenas fatores que podem contribuir para a eclosão do episódio de violência, mas que muitas vezes são usados como desculpa, promovendo a impunidade e a não responsabilização pela violência.

5- A culpa não é da vítima: ninguém pode ser responsabilizado pela violência que sofreu.

6- A Lei Maria da Penha prevê medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência, como o afastamento ou até a prisão preventiva do agressor. (PRADO; SANEMATSU, p. 17, 2017).

A Lei Maria da Penha, ampara apenas a mulher – toda e qualquer mulher, independente de classe, raça, orientação sexual, aparência, etnia, idade -, então a mesma não se aplica à vítima do gênero masculino. Já para fins do enquadramento de agente/agressor, podem ser tanto o homem quanto a mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica familiar, ou íntima de afeto. O agente agressor pode ser marido, companheiro, namorado, ex-namorado, a mãe, a filha, neta, neto, o cunhado, a cunhada, a irmã ou irmão, o patrão ou a patroa da empregada doméstica e até mesma a mulher que agride a sua companheira em relações homoafetivas. Neste caso, conforme supracitado, a vítima será quem se identifica como a mulher da relação, com o gênero feminino.

E quais são as formas de violência? Segundo a Lei Maria da Penha, as formas de violência contra a mulher, se dá de algumas maneiras:

**1- Física:** entende-se por qualquer conduta que ofenda a integridade física ou saúde corporal (empurrar, bater, atirar objetos, sacudir, esbofetear, estrangular, chutar, envenenar, ferir com qualquer tipo de arma), condutas estas caracterizadoras dos crimes de homicídio, abordo, induzimento ao suicídio, lesão corporal.

**2- Psicológica ou Emocional:** são condutas que causem qualquer dano emocional e diminuição da autoestima. A violência psicológica consiste em consiste em um comportamento (não-físico) específico por parte do agressor, num dado momento ou situação. Muitas vezes, o tratamento desumano, tal como rejeição, intimidação, depreciação, xingamento, indiferença, discriminação, desrespeito e isolamento de amigos e parentes, deixa marcas visíveis na mulher, levando-a a graves estados psicológicos e emocionais, muitas vezes estados que se tornam irrecuperáveis.

**3- Sexual:** entendida como qualquer conduta que constranja presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força. Fazer chantagem, pegar à força, humilhar uma pessoa e ter com ela relação sexual é conduta reconhecida por lei como agressão punível (crime contra a liberdade sexual), ainda que haja casamento, união estável ou namoro.

**4- Patrimonial:** esse tipo de violência é caracteriza como qualquer conduta que configure na retenção, subtração destruição parcial ou total de bens pertencentes à ofendida, ou quando por medo, coagida ou induzida a erro, a mulher transfere bens ao agressor ou ainda, quando o agressor retém ou tira o dinheiro da vítima ou esconde seus objetos pessoais.

**5- Moral:** é a violência que atinge a honra e a imagem das mulheres, em forma de calúnia (acusando-a falsamente de ter cometido crime), difamação (relatando fatos ofensiva à sua pessoa) ou injúria (ofendendo-a diretamente).

Superados os esclarecimentos quando os tipos de violência contra mulher, cumpre esclarecer algumas sentenças acerca a violência de gênero. Perante a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, todos são iguais perante a lei.<sup>1</sup> Então está assegurado o direito à igualdade. A violência de gênero é o resultado de um processo e uma luta histórica de uma classe que luta por igualdade. O conceito de gênero avança uma explicação conceitual, pois vai além de um conceito em si. Explicar violência gênero é perpassar por toda e qualquer conduta baseada em sofrimento, preconceito, dano e até mesmo morte.

Maria Berenice Dias esclarece que:

A distinção entre sexo e gênero é inciativa. Sexo está ligado a condição biológica do homem e da mulher, perceptível quando do nascimento pelas características genitais. Gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam a aquisição da masculinidade e da feminilidade. (DIAS, 2016).

A definição de gênero se dá então, por características culturais atribuídas a cada sexo, baseando-se em cada definição de ser ou não ser homem ou mulher em uma

<sup>1</sup> Art. 5º – todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

determinada sociedade. Ou seja, o que é estabelecido pela cultura como masculino só pode ser aferido partindo-se do feminino, e vice-versa, determinando-se os modelos de masculinidade e feminilidade que serão adotados como padrão dentro de uma sociedade (GOMES, 2008).

Já a expressão gênero refere-se, usualmente, à classificação binária de homem-mulher, e não está relacionado ao sexo ou atração sexual, mas sim a uma identificação individual. O termo passou a ser utilizado como uma forma de rejeição ao determinismo biológico implícito no termo “sexo” ou “diferença sexual”, reposicionando a discussão no âmbito da organização social da relação entre os sexos. Assim, a categoria gênero surge historicamente para se referir às diferenças culturais entre os sexos (SCOTT, 1989).

Conclui-se então que, o gênero é “apenas” uma situação híbrida de vocação masculina e feminino. Diz respeito a aquelas pessoas que nem assumem totalmente postura masculina ou feminino, mas sim um misto de ambas, podendo existir ou não prevalência de um gênero em relação ao outro. Frisa-se que a violência de gênero ocorre pela razão do gênero, por simples e puramente ser, se auto denominar mulher ou até mesmo gay, transexual ou alguém diferentemente do sexo masculino.

Salienta-se a importância de desmistificar a frase: praticadas contra mulher, pois há a clara necessidade de alterar para praticadas contra o gênero feminino. É sabido que as relações humanas se modificam e se evoluem, caso alguém se denomine do gênero feminino, deverá ser protegida e amplamente amparada pela Lei em casos de agressões e violência doméstica. Esse ponto será abordado mais afundo nos demais tópicos do presente artigo.

### **3 | A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO UMA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

É notório que um dos principais problemas que atinge toda a humanidade é o fenômeno da violência, sendo uma das grandes causas de morte no Brasil. O uso intencional e consciente da força física ou o abuso de poder trazem consequências ruins a toda sociedade. Existe, entretanto, diferentes tipos e formas de violência (exemplo da violência pessoal ou coletiva), que poderá recair sobre diferentes sujeitos. No entanto, é perceptível que a violência ocorre de forma distinta a depender do seu destinatário, homem ou mulher (COSTA; DANTAS, 2007, p. 315).

Justamente por esse motivo que houve a criação da Lei Maria da Penha. Entretanto, a referida Lei não tem acompanhado as relações de afeto, pois após diversos debates e discussões, as academias feministas no Brasil começaram a substituir a categoria “mulher” pela categoria “gênero”, o que acabaria por abrir um caminho ao novo paradigma no estudo das questões relativas às mulheres. Essa nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. O gênero, portanto, pode ser definido como uma “relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para

se investigar a construção social do masculino e do feminino” (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 05).

Eduardo Cambi e Emamanuella Denora apontam um marco importante acerca da lei maria da penha,

A Lei Maria da Penha procurou promover a igualdade constitucional em relação a gêneros para desfazer a visão idealista entre a realidade dos fatos e a lei. A lei não pode presumir uma igualdade sem existência real, criando consequências imprevistas e involuntárias quanto à situação das mulheres. Analisar o direito, na perspectiva feminista, é importante para se diagnosticar as áreas e os problemas a serem enfrentados, para suprimir os vazios jurídicos e buscar dar efetividade aos direitos humanos-fundamentais das mulheres. (CAMBI, DENORA ,2017).

Partindo dessa perspectiva, que trata da questão do gênero, passou-se a entender que não são propriamente as características sexuais que importam na determinação do que seria masculino ou feminino, mas as formas de como elas serão representadas e valorizadas. A relação entre homens e mulheres não deve ser compreendida do ponto de vista sexual, mas do ponto de vista social, ou seja, tudo o que socialmente se construiu sobre os sexos (LOURO, 2003, p. 21).

Tais discussões acerca da questão gênero acabaram por influenciar também os estudos relativos à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, surgindo, portanto, a expressão: “violência de gênero”.

A violência de gênero segundo José Khouri,

Está caracterizada pela incidência dos atos violentos em função do gênero ao qual pertencem as pessoas envolvidas, ou seja, há a violência porque alguém é homem ou mulher. A expressão violência de gênero é quase um sinônimo de violência contra a mulher, pois são as mulheres as maiores vítimas da violência (KHOURI, 2013, p.01).

Para Edison Miguel da Silva Junior,

A violência baseada no gênero é aquela praticada pelo homem contra a mulher que revele uma concepção masculina de dominação social (patriarcado), propiciada por relações culturalmente desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior à feminina, estabelecendo uma relação de poder e submissão que chega mesmo ao domínio do corpo da mulher. (JUNIOR, 2007, p. 239).

Embora a violência de gênero ocorra normalmente no sentido do homem contra a mulher, é possível se ter também violência de gênero partindo de um homem contra outro homem, ou de uma mulher contra outra mulher, ou até mesmo de um homem contra um transexual, sendo, portanto, algo muito mais amplo (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 05). Foi justamente em razão da existência dessa violência de gênero juntamente com a necessidade de abolir a ideia patriarcal de inferioridade feminina em face da masculina que surge a lei nº 11.340/06, como um mecanismo preventivo de combate a essa injustiça

(PUTHIN; AZEVEDO, 2013, p. 03 e 04).

Insta mencionar que 2013, no Brasil 13 (treze) mulheres foram assassinadas por dia, totalizando quase cinco mil no ano, segundo os dados do Mapa da Violência de 2015: Homicídio de mulheres no Brasil (Waiselfisz, 2015). As mortes violentas de mulheres chamam a atenção por ocorrerem num contexto marcado por desigualdade de gênero<sup>2</sup> e consubstanciando um crime com designação própria: o feminicídio. Tal crime, é considerado hediondo<sup>3</sup> desde 2015, mas para coibir os assassinatos femininos é fundamental conhecer suas características e, assim, implementar ações efetivas de prevenção e não somente, divulgar dado estatísticos.

Imperioso se faz entender que a consequência da violência contra a mulher é o feminicídio, entretanto, antes é necessário compreender em linhas gerais, o que é violência de gênero, bem como, a violência contra a mulher, já que o crime de feminicídio é a expressão extrema, final e fatal das diversas violências que atingem as mulheres em sociedades marcadas por essas desigualdades e violências.

Como explica a Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Marixa Fabiane Lopes Rodrigues, a subjugação máxima da mulher por meio de seu extermínio tem raízes históricas na desigualdade de gênero e sempre foi inviabilizada e, por consequência, tolerada pela sociedade. “A mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia usar, gozar e dispor”, afirma a magistrada. (PRADO; SANEMATSU, cap. 09, 2017).

Tais desigualdades, discriminações manifestam-se de várias maneiras, que vão desde de um acesso desigual a oportunidades e direitos até a violência mais grave. Há o conhecido círculo alimentado pela não aceitação do término de um relacionamento, por exemplo, que levam aos assassinatos de mulheres por parentes, parceiros ou ex, que motivados por um extremo sentimento de posse e raiva, não admitem e não aceitam o término do relacionamento e até a autonomia da mulher e acabam cometendo algum tipo de violência, e posteriormente o crime. Ou ainda, as mortes relacionadas a crimes sexuais, como o de estupro, em que a crueldade revela o ódio ao gênero feminino, e entre outros casos.

Então a Organização Mundial de Saúde (OMS), no Relatório Mundial sobre violência e saúde, define o fenômeno violência como uma ação que resulta em dano, nos seguintes termos:

A violência configura-se como uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

2 A desigualdade de gênero é um fenômeno social estudado pela sociologia que acontece quando ocorre discriminação e/ou preconceito com outra pessoa por conta de seu gênero.

3 No dicionário Aurélio, a palavra “hediondo” está descrita como algo sórdido, depravado, que provoca grande indignação moral, causando horror e repulsa. A expressão é utilizada com frequência para os crimes que ferem a dignidade humana, causando grande comoção e reprovação da sociedade. Já no âmbito jurídico, os crimes hediondos estão definidos pela Lei 8.072 de 1990, e são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança.

Nesse sentido, independentemente do resultado do ato praticado, o que realmente conta é a intenção desse ato junto com o resultado obtido. No termo “uso do poder” deve ser incluso os atos de omissão e a negligência, já no termo “uso de força física” incluso todos os outros tipos de abuso físico, sexual e psicológico, além do suicídio.

Além dos componentes definidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que descrevem a violência, a autora Marilene Chauí destaca um elemento que é fundamental para compreender o conceito de violência, que é a coisificação do outro. Conforme Chauí, transformamos a pessoa em objeto, coisa, quando violentamos o ser humano que é sujeito de direitos. Para a autora:

Considerando que a humanidade dos humanos reside no fato de serem racionais, dotados de vontade livre, de capacidade para a comunicação e para a vida em sociedade, de capacidade para interagir com a Natureza e com o tempo, nossa cultura e sociedade nos definem como sujeitos do conhecimento e da ação, localizando a violência em tudo aquilo que reduz um sujeito à condição de objeto. Do ponto de vista ético, somos pessoas e não podemos ser tratados como coisas. Os valores éticos se oferecem, portanto, como expressão e garantia de nossa condição de sujeitos, proibindo moralmente o que nos transforme em coisa usada e manipulada por outros. (CHAUÍ, p. 433, 2008).

Dessa forma, conclui-se as delimitações conceituais de violência e consegue-se chegar a uma noção do quão invasiva e devastadora a violência é. O comportamento e o ato violento são questões complexas, abrange campos sociais, econômicos, culturais e familiares. Essa imagem e sensação de superioridade do agressor e achando que está num patamar de poder não é uma justificativa em hipótese alguma para violar a dignidade de outrem.

Necessário se faz então, deixar de lado a ideia predefinida de que o gênero feminino somente engloba somente o sexo biológico da mulher, pois não é isso. A Lei precisa proteger aqueles que estão vulneráveis, não pode ter a finalidade de indispor direitos dos indivíduos. Deve-se levar em consideração que a felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, de que cada indivíduo é único e decide viver a sua vida da melhor forma. A norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética. Sendo assim, as partes de uma relação, principalmente onde há afeto, devem ter a sua vontade e sua dignidade totalmente respeitada.

### **3.1 A violência de gênero praticada contra mulheres e o devido amparo jurídico**

Segundo o entendimento de Heleieth Saffioti (2004), a violência de gênero é um conceito mais amplo de que a violência contra a mulher em si, pois abrange não apenas as mulheres, a violência de gênero produz-se e reproduz-se nas relações de poder onde se

entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia, expressando uma forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo, para isso, usar a violência.

Considerando que as relações de afeto e a humanidade se evoluíram ao longo do tempo, a legislação precisa dar amparo a elas e com isso, o sistema assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos, omitindo-se o legislador em regular, situações dignas de tutela (DIAS, 2007).

Ante a esse aspecto, os operadores do direito passaram a interpretar suas decisões a aplicação da lei para gêneros que se identifiquem como sexo feminino.

“Em função dessa referência, também passou a se reconhecer na Maria da

Penha pessoas travestis e transexuais, já que as que têm identidade de gênero do sexo feminino estariam ao abrigo da lei. Esse alargamento ocorreu por parte da doutrina e da jurisprudência”, pontua Maria Berenice Dias (2016).

Um dos casos de relevância no que tange a violência de gênero, aconteceu contra Bruna, uma mulher transgênero, em junho/2017, onde a mesma sofria violência doméstica onde a agressora era a própria mãe<sup>4</sup>.

O Juiz da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo (RJ) aceitou pedido da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e estabeleceu medidas para protegê-la de sua mãe.

Tudo se deu início quando, em maio do mesmo ano, Bruna de Andrade foi internada por sua mãe, que, segundo sua companheira, não aceitava sua identidade de gênero e orientação sexual, e contratou uma empresa especializada em remoções para internação. Em janeiro de 2016, Bruna assumiu que era transgênero, mas vinha passando por rejeições de sua mãe, que, opositora da identidade de gênero da filha, acreditava que sua escolha não passava de um transtorno mental adquirido pelo convívio com “más influências”. Em razão da opressão sofrida pela mãe, Bruna mudou-se para Minas Gerais com sua companheira, também transgênero.

Passado um tempo, a mãe procurou reconciliar-se com a filha, que, acreditando, voltou a morar em São Gonçalo próximo à mãe. Todavia, a mãe retomou a intolerância em relação à orientação sexual da filha e decidiu interná-la em uma clínica psiquiátrica compulsoriamente. Assim, certo dia, enfermeiros arrastaram-na, à força, para ambulância que a levaria ao estabelecimento. Os vizinhos presenciaram Bruna tentando resistir à internação tendo sido relatado que ela ficou praticamente nua durante a luta.

A situação, no entanto, não impediu que ela fosse colocada no veículo e levada para clínica fora do estado do Rio de Janeiro. No processo, teriam retirado seu vestido e a obrigado a usar roupas masculinas. A companheira afirmou que os enfermeiros teriam ameaçado bater nela quando tentou impedir a remoção. Na clínica, Bruna foi submetida a um pseudotratamento e teve seu longo cabelo raspado. Com objetivo de evitar mais

<sup>4</sup> Notícia sobre o caso: <https://catracalivre.com.br/cidadania/travesti-e-internada-forca-e-agredida-apos-pedido-da-mae/>

sofrimento a jovem, a Defensoria Pública pediu à Justiça que estabelecesse medidas para protegê-la de sua mãe.

Ao julgar o caso, o juiz da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo, Dr. André Luiz Nicolitt, apontou que a internação e o corte de cabelo forçados violaram a dignidade humana da mulher transexual, in verbis:

Convicções contrárias à orientação e identidade sexuais da pessoa não merecem acolhida nos dias de hoje, devendo o Poder Judiciário repelir violação ao arcabouço de direitos fundamentais da pessoa humana, em obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, destacou.<sup>5</sup>

Para o juiz o sujeito ativo dos crimes previstos na Lei Maria da Penha pode ser tanto homem quanto mulher — entendimento já fixado pelo STJ (Conflito de Competência 88.027).

A cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres. Sendo assim, não raro, mulheres assumem comportamentos machistas e os reproduzem, assumindo, não raro, o papel de opressor, sendo instrumentalizadas pelo dominador, como na escravidão existiu o negro que era 'capitão do mato', o que vem sendo tratado às vezes como síndrome de Estocolmo, argumentou o juiz.

Segundo o entendimento do próprio magistrado, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha referem-se a todas as mulheres do gênero feminino, ou seja, as que se sentem e identificam como mulher, independente do sexo biológico. Logo, tais garantias podem abarcar a proteção, além de mulheres, de gays e transgêneros (travestis e transexuais).

Dessa forma, foi determinado pelo Juiz que a mãe de Bruna Andrade mantivesse uma distância de no mínimo 500 metros da filha e não tentasse entrar em contato com ela, além de ter sido determinada a busca e apreensão de todos os objetos pessoais da vítima e sua companheira que estavam na casa da mãe.

Além do caso de Bruna Andrade, pode-se vislumbrar o acontecimento de outros casos onde as decisões beneficiam mulheres transgêneros, aplicando-se as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, como o caso da transexual BrunnaRubby, no ano de 2016, que foi trancada pelo namorado em um apartamento e agredida com uma vassoura após manifestar que queria terminar com o relacionamento, neste caso vítima levou oito pontos na cabeça e teve escoriações no resto do corpo.

Devido a tal discriminação, criou-se o estigma de que esse grupo não tem os mesmos direitos e garantias previstos em lei para as mulheres heterossexuais.

Por conta deste cenário, são poucos os casos de violência doméstica contra os LGBTs que chegam a ser denunciados e, tampouco, investigados, muitas vezes, quando

<sup>5</sup> Decisão citada mais detalhadamente: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/juiz-concede-medidas-protetivas-para-transexual-internada-a-forca-por-nao-aceitar-sexo-biologico>

chegam ao conhecimento da autoridade policial já ocorreu o pior. A psicóloga e mulher transgênero, Jaqueline Gomes de Jesus (2015, sp), em entrevista para Agência Patrícia Galvão relatou que:

Embora existam decisões judiciais favoráveis à aplicabilidade da Lei Maria da Penha para violências conjugais em casais formados por homens cisgêneros (que não são trans) e mulheres trans, faltam dados mais precisos quanto à realidade de violência sexual e doméstica vivida pelas trans brasileiras, dada principalmente a sua desproteção social. Não há informações oficiais de como os órgãos públicos brasileiros têm-se articulado para auxiliá-las, no que concerne: à possibilidade de serem atendidas nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher; à proteção pela Lei Maria da Penha; e ao respeito à sua identificação no trabalho e outros espaços.

Na teoria e no ordenamento jurídico há proteção, assistência e garantias às mulheres LGBT's em situação de violência, bem como o acesso à justiça, entretanto por vezes, o acesso é complicado, principalmente devido ao desconhecimento, seja das vítimas, ou de profissionais de atendimento nas áreas de saúde, segurança e justiça.

Na prática, nem sempre é dada credibilidade à palavra da vítima, seja nas delegacias ou nas instâncias judiciais, dificultando a obtenção de medidas protetivas de urgência. Medidas estas, que, se fossem devidamente aplicadas, como preconiza a Lei Maria da Penha, coibiria a reincidência do agressor. (TINOCO, CABRAL, 2019).

Ademais, as mulheres transexuais enfrentam de pronto obstáculos devido ao seu próprio nome, eis que muitas não realizaram a mudança no registro civil, tendo que falar o nome masculino, o nome de nascimento, logo, na maioria das vezes, sendo dispensadas pelo atendente que informa que a queixa não pode ser feita no local, sendo assim privadas de seu acesso à Justiça. (TINOCO, CABRAL, 2019).

Outrossim, ainda há a questão do preconceito enraizado na sociedade, pois quando se fala em gênero, muitas vezes somente há dois tipos pré-estabelecidos: o homem e a mulher. Sua constituição e comportamento estão primordialmente ligados ao sexo biológico. Um transgênero seria justamente aquele que não se identifica, nem se expressa, segundo o “esperado” para o seu gênero sexual.

Dessa forma, é possível concluir-se que, embora haja decisões favoráveis nas questões de violência de gênero, no que tange a proteção às mulheres transgêneros ou englobando a todos que se identificam ser do gênero feminino, o fato de não haver uma legislação específica, pode acarretar em divergências nas decisões judiciais, com isso, o Poder Judiciário responsável resguardar o bem jurídico do indivíduo, pode acabar não o fazendo.

## **4 | A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO GÊNERO FEMININO INDEPENDENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL**

Para ter uma melhor compreensão, inicialmente cumpre esclarecer o que é sujeito

ativo e sujeito passivo envolvidos num crime.

O sujeito ativo da conduta típica é a pessoa humana que pratica a figura típica descrita na lei, isolada ou conjuntamente com outros atores. O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (quem mata, subtrai etc.), como também o partícipe, que colabora de alguma forma na conduta típica, sem, contudo, executar atos de conotação típica, mas que de alguma forma, subjetiva ou objetivamente, contribui para a ação criminosa (CAPEZ, 2006, p. 145). Já o sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Nada impede que, em um delito, dois ou mais sujeitos passivos existam: desde que tenham sido lesados ou ameaçados em seus bens jurídicos referidos no tipo, são vítimas do crime. (MIRABETE 2019).

Diante do exposto, é certo que sujeito ativo é aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal e o sujeito passivo é a vítima, ou seja, o titular do bem jurídico tutelado. Passada as definições dos sujeitos, necessários se faz, expor as distinções acerca dos posicionamentos sobre quem pode estar sob a proteção da Lei Maria da Penha.

Para Luciana Costa dos Santos Almeida, a aplicação da Lei Maria da Penha cabe unicamente quando o sujeito passivo for do sexo feminino, ou seja, a vítima for mulher, podendo ser autor do fato, homem ou mulher.

Confirmando o que foi afirmado por ela vejamos:

Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável - que nada mais é que uma relação íntima de afeto - a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. Para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser um homem como outra a mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. (ALMEIDA, 2010).

Inspira simpatia o posicionamento da autora Maria Berenice Dias, quando cita estarem sob abrigo da Lei as lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros. Ilustrando esse posicionamento, veja-se o trecho:

Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência. (DIAS, 2010, p. 58).

Diante a tudo que já foi exposto, não há dúvidas de que o sujeito ativo nos crimes domésticos pode ser homem ou mulher, pois independe a orientação sexual do agressor.

Entretanto, conforme exposto anteriormente, há uma vasta luta para pacificar o entendimento de que o sujeito passivo, ou seja a vítima, pode ser um homem que se

identifique com o gênero feminino. O fato do homem não ser do sexo feminino biologicamente não significa que não pode ser protegido e amparado pela lei, então qual é o objetivo real da Lei Maria da Penha? Pois as relações humanas se evoluem.

Nesse contexto, é digno de explicar que a violência contra a mulher é uma forma específica de violência, praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher e dirigida à mulher. Acontece que, o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino. Assim sendo, não teria sentido sancionar uma lei, que tivesse como objetivo a proteção apenas de um determinado sexo biológico.

Assim, diz-se que é baseada no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres e não às diferenças biológicas entre homens e mulheres. Desse modo, a violência de gênero não ocorre apenas de homem contra mulher, mas pode ser perpetrada também de homem contra homem ou de mulher contra mulher.

Não se trata, portanto, de qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na nova Lei, é necessário que a conduta seja baseada no gênero feminino. (SILVA, 2010, p.01).

Nesse sentido, ressalta-se que o sexo se refere às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios. Gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais.

Corroborando com o assunto, Maluf diz que: o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas. (MALUF, 2010, p. 249).

Nesse sentido, partindo da premissa de que o que não é proibido é permitido, e que o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras. Para Maria Berenice Dias, as situações de violência contra o gênero feminino merecem total proteção. Dessa forma, a lei não se restringe apenas a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. (DIAS, 2010)

Assim sendo, os artigos 2º e 5º da Lei 11.340/06 dispõem sobre as relações pessoais sem se importar com a orientação sexual. Vejamos:

**Art. 2º-** Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

**Art. 5º** - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (CUNHA, PINTO, 2021).

Embora esteja elencado acima a expressão “toda mulher”, cumpre novamente ressaltar, a urgente alteração do texto, pois alguns operadores do direito interpretam a lei na sua literalidade. Isto porque, a Lei Maria da Penha foi criada para tutelar as desigualdades encontradas nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, mas embora tenha dado ênfase à proteção da mulher, deixou de esclarecer claramente o que deve ser entendido como mulher, entregando à interpretação judicial os casos de indivíduos com sexo biológico masculino, mas identidade feminina, por exemplo, e que, em muitos casos, também se encontram em situação de vulnerabilidade. A literalidade da legislação, portanto, ignora que gênero não deve estar ligado exclusivamente à dimensão estrita do corpo, da genitália. E isso é grave e pede urgência, pois as relações afetivas estão cada vez mais se desenvolvendo e a lei precisa acompanhá-las.

Frisa-se que é um Direito Constitucional e dever de o estado proteger todos os indivíduos sejam eles como são, sem distinção alguma. Pois no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prevê esse dever:

**Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Infelizmente, o Brasil é um dos países em que há violência de gênero e da população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) mais elevada, a mudança de perspectiva só ocorrerá com informação. A mudança desse cenário precisa acontecer, os direitos precisam ser assegurados e a hostilidade sanada.

Como tratado durante todo o trabalho, essa imprecisão na Lei Maria da Penha precisa ser resolvida, as relações de afeto evoluíram, obviamente que os direitos conquistados com o advento da referida lei foram significativos, mas não suficientes. Há clara e urgente necessidade de alteração na redação da Lei, pois o entendimento literal, acaba fazendo com que muitas vidas sejam ceifadas, pois a identidade de gênero ainda é um tabu para muitos operadores do direito, precisa estar mais explícito na lei que há a necessidade da proteção para aqueles que se identificam como do gênero feminino e não somente são do sexo biológico feminino.

## 5 | CONCLUSÃO

Diante a todo o contexto de diferenças e ao mesmo tempo igualdade, é importante considerar que se busca por somente um objetivo: a proteção da vida. Pois, ao surgir uma agressão ou crime, surge o dever de punir do Estado, e isso independe da orientação

sexual do agressor ou da vítima.

A própria Lei Maria da Penha tem o objetivo de proteger a integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual do sexo biológico da mulher, independente da sua orientação sexual, bem como do gênero feminino. Entretanto, o que se vê ultimamente é uma luta diária para a efetivação dessa proteção e da garantia desses direitos. Pois há uma notória interpretação arcaica e literal da referida Lei e a mesma não abrange os demais gêneros e sim somente o sexo biológico mulher. Dessa forma, acaba deixando de proteger os que se identificam como do gênero feminino sem a devida proteção.

Não abranger quem se identifica como do gênero feminino e/ou a população LGBT, é uma afronta aos princípios constitucionais da Igualdade, Liberdade Sexual bem como o da Dignidade da Pessoa Humana. Cabe destacar, que cada ser humano tem a sua individualidade, e suas ações e gostos são inerentes a si. Não cabe a ninguém, tão pouco ao Estado, escolher ou restringir isso, pelo contrário, cabe ao Estado, resguardar todos os direitos e proteger o ser humano.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha deve ser aplicada a todos aqueles que se identificam como do gênero feminino e/ou se comportam como mulheres, pois esse é o objetivo da referida Lei, prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não por razão do sexo biológico, mas em virtude do gênero, sem qualquer distinção.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRICIA GALVÃO. “Os meios de comunicação poderiam ser parceiros na construção da cidadania trans”, aponta psicóloga. Entrevista da psicóloga Jaqueline Gomes de Jesus. 2015. Disponível em <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/mulher-e-midia/os-meios-de-comunicacao-poderiam-ser-parceiros-na-construcao-da-cidadania-trans-aponta-psicologa/>>. Acesso em 19 mar 21.

ALMEIDA, Luciana Costa Dos Santos. **Retratção na Lei Maria da Penha: A busca pela preservação da harmonia familiar**. 2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3444](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3444)>. Acesso em: 22 fev 21.

BRASIL. **CONSTITUÇÃO 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: 20 fev 21.

BRASIL. **LEI Nº 11.340/2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 20 fev 21.

CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella. **Tutela diferenciada dos direitos das mulheres nas relações domésticas e Familiares através da Lei Maria da Penha**. Revista de Direito brasileira. São Paulo, SP. v. 17. n. 7. p. 221-244. Mai/Ago. 2017. Disponível em:< <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3064>>. Acesso em: 19 mar 21.

CAPEZ, Fernando. **Sujeito ativo da conduta típica**. In: CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 15, p. 145.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares De Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 fev 21.

COSTA, Daliane Simão Cabral da; DANTAS, Dayan D. Filgueira. **Liberdade Constitucional de Gênero: Lei Maria da Penha**. *Revista Direito e Liberdade*. Mossoró, v. 5, mar 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica (2021), Lei Maria da Penha – 11.340/06, comentada artigo por artigo**. 10ª edição, revista ampliada e atualiza. Ed. Juspodivm. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias. (Livro eletrônico)**. 4º ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/237/Viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica+e+as+uni%C3%B5es+homoafetivas>>. Acesso em: 20 fev 21.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha também vale para transexuais; entenda a aplicação**. 2016. São Paulo. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/11536/Lei+Maria+da+Penha+tamb%C3%A9m+vale+para+transexuais%3b+entenda+a+aplica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 19 mar 21.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

KHOURI, José Naaman. **Violência contra a Mulher**. Disponível em: <<https://dp-mt.jusbrasil.com.br/noticias/3021506/artigo-consideracoes-sobre-a-violencia-de-genero-e-violencia-domestica-contra-a-mulher>>. Acesso em 20 fev 21

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, Sexo e Educação: uma perspectiva pós estruturalista**. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

MALUF, Adriana Caldas Do Rego Freitas Tabus. O homossexual. In: MALUF, Adriana Caldas Do Rego Freitas Tabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. Cap. 5, p. 249.

MIRABETE, JULIE FABBRINI. **Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP - volume 1**. Julie Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. - 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra: 2002. PRADO, Débora. SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio: #InvisibilidadeMata** / Ilustração: Ligia Wang; [editor] Fundação Rosa Luxemburg. – São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

PUTHIN, Sarah Reis; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Violência de Gênero e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Disponível em: <[http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais\\_XVENABRAPSO/208.%20viol%C3%Aancia%20de%20g%C3%A9nero%20e%20conflitualidade.pdf](http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/208.%20viol%C3%Aancia%20de%20g%C3%A9nero%20e%20conflitualidade.pdf)>. Acesso em: 20 fev 21.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado e violência**. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Cecília; IZUMINO, Wânia Pasinato. **Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil**. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1408/viol%C3%AAncia\\_contra\\_as\\_mulheres.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1408/viol%C3%AAncia_contra_as_mulheres.pdf?sequence=1)> Acesso em: 20 fev 21

SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history**. New York, Columbia University Press. 1989. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod\\_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf). Acesso em: 08 mar 21.

SILVA, José Afonso Da. Direito de igualdade. In: SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 3, p. 211-229.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. **Direito Penal de gênero. Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso**. Cuiabá, ano 02, nº 03, jul./dez. 2007.

TINOCO, Déborah; Hideliza Cabral. A Proteção jurídica das mulheres transgêneros homossexuais nos casos de violência de gênero. 2019. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6311>> Acesso em: 19 mar 21.

VIEIRA, Marcelo Paulo et al. **Visões sobre a mulher na Idade Moderna**. 2008. Disponível em: <<http://biuivicente.blogspot.com/2006/09/vises-sobre-mulher-na-idade-moderna.html>>. Acesso em: 20 fev 21.

## TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS FAMÍLIAS HAITIANAS: NARRATIVAS DA SAGA DE MIGRANTES HAITIANAS PARA REAVER A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COM O(A)(S) FILHO(A)(S)

*Data de aceite: 26/11/2021*

*Data de submissão: 30/08/2021*

### **Fernanda Ely Borba**

Doutorado Interdisciplinar em Ciências  
Humanas da Universidade Federal de Santa  
Catarina  
Florianópolis, Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/0006432267938903>

### **Teresa Kleba Lisboa**

Doutorado Interdisciplinar em Ciências  
Humanas da Universidade Federal de Santa  
Catarina  
Florianópolis, Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/8242765953205178>

**RESUMO:** O início do século XXI tem sido marcado pela alteração dos fluxos migratórios em escala global. Os obstáculos impostos pelos EUA e Europa para reprimir a entrada de migrantes em seus territórios têm estimulado a ampliação dos fluxos migratórios entre países do hemisfério Sul. Nesse cenário, o Brasil tem se tornado receptor de migrantes de outras nacionalidades, frente à importância geopolítica assumida na América Latina e em âmbito global. Tal processo de mobilidade transnacional mobiliza diversos marcadores, posto que boa parte é protagonizado por mulheres, negras afrodiáspóricas, em fase adulta, de nacionalidades latino-americanas. Emergiu desse panorama o interesse em investigar as nuances de gênero e raciais que vêm à tona a partir da migração haitiana para

o Sul do Brasil, cujo marco temporal remonta o ano de 2010. A transnacionalização dos laços familiares das migrantes haitianas radicadas em Santa Catarina é, dentro desse contexto, tema que nos instigou a propor uma pesquisa no Programa de Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas da UFSC, iniciada no ano de 2018. Concebida da perspectiva epistemológica feminista, a pesquisa dá relevo às narrativas das migrantes haitianas radicadas em Santa Catarina para retomar a convivência familiar com o(a)s filho(a)s. O arcabouço metodológico privilegiado condiz com a análise de narrativas, elegendo-se como instrumento de coleta de dados entrevistas em profundidade, as quais estão em andamento. A pesquisa tem reunido subsídios teórico-metodológicos para contribuir na propulsão de políticas públicas e de demais ações destinadas à reunificação familiar, a partir da intersecção de marcadores de nacionalidade, gênero e raça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Migrantes haitianas; famílias transnacionais; interseccionalidade; narrativas; reunificação familiar.

### TRANSNATIONALIZATION OF HAITIAN FAMILIES: NARRATIVES OF THE SAGA OF HAITIAN MIGRANTS TO REGAIN FAMILY LIFE WITH THEIR CHILDREN

**ABSTRACT:** The beginning of the 21st century has been marked by the change in migratory flows on a global scale. The obstacles imposed by the US and Europe to repress the entry of migrants into their territories have stimulated the expansion of migration flows between countries in the southern hemisphere. In this scenario, Brazil

has become a receiver of migrants from other nationalities, given its geopolitical importance in Latin America and globally. This process of transnational mobility mobilizes several markers, since most of it is carried out by women, Afro-diasporic blacks, in adulthood, of Latin American nationalities. From this panorama emerged the interest in investigating the nuances of gender and race that surface from the Haitian migration to southern Brazil, whose timeframe dates back to 2010. The transnationalization of family ties of Haitian migrants settled in Santa Catarina is, within this context, a theme that instigated us to propose a research in the Interdisciplinary PhD Program in Humanities at UFSC, which began in 2018. Conceived from a feminist epistemological perspective, the research highlights the narratives of Haitian migrants settled in Santa Catarina to resume family life with their children. The preferred methodological framework is the analysis of narratives, choosing as a data collection tool in-depth interviews, which are in progress. The research has gathered theoretical and methodological subsidies to contribute to the propulsion of public policies and other actions destined to family reunification, from the intersection of nationality, gender and race markers.

**KEYWORDS:** Haitian migrants; transnational families; intersectionality; narratives; family reunification.

## INTRODUÇÃO

Ao celebrarmos dez anos da imigração haitiana no Brasil (2010-2020), identificamos que a presença haitiana e de outras nacionalidades latino-americanas no país suscita a busca de novos conhecimentos e habilidades para intervir perante as questões migratórias. O grau de capilarização da imigração haitiana no país, expandindo-se das portas de entrada iniciadas no Amazonas e no Acre (MAMED; LIMA, 2016), posteriormente seguidas de São Paulo (BAENINGER; PERES, 2016), interiorizando-se especialmente nas regiões Sudeste e Sul do Brasil, sucedem no atendimento das demandas de imigrantes haitianos(as) por parte das políticas públicas brasileiras.

A partir deste processo de mobilidade transnacional, interseccionam-se diversos marcadores sociais, à medida que é percorrido por muitas mulheres, negras afrodiaspóricas, em fase adulta, de nacionalidades latino-americanas. Despontou daí a motivação para analisarmos os impactos da violência estrutural para a transnacionalização dos vínculos familiares de migrantes haitianas (MEJÍA; BORTOLI; LAPPE, 2015), (MEJÍA; CAZAROTTO, 2017), pois a migração por força da sobrevivência pode acarretar o distanciamento dos vínculos familiares de tais mulheres.

As histórias de transnacionalização familiar de migrantes haitianas que tivemos a oportunidade de conhecer, até o momento, inspiram as análises teóricas oportunas, as quais percorrem as epistemologias feministas, a interseccionalidade, famílias transnacionais de migrantes haitianas e narrativas. Para este artigo, selecionamos a narrativa da história da migrante haitiana Bleue.

## EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS E INTERSECCIONALIDADE

Os Estudos Feministas, também chamados de “Crítica Feminista à Ciência”, tiveram início de forma mais sistemática nos finais dos anos de 1970 e têm produzido significativa variedade de tipos de investigações, tanto nas áreas de Ciências Humanas como nas de Ciências Sociais Aplicadas.

Ainda que existam inúmeras correntes e diferentes concepções sobre Feminismo, há alguns pontos convergentes entre elas: o primeiro é que a categoria gênero, em interação com muitas outras categorias como raça, etnia, classe, geração, orientação sexual, é um organizador chave da vida social; e segundo, não é suficiente entender como funciona e como está organizada a vida social; é imprescindível que ocorram ações para tornar as relações mais equitativas, mais justas e menos desiguais entre mulheres e homens.

Nesta direção, as Epistemologias Feministas têm contribuído significativamente para um outro tipo de teoria do conhecimento, na medida em que ressalta o compromisso político com a mudança social. As Epistemologias Feministas têm como pressuposto que nenhuma teoria do conhecimento pode ignorar o contexto social do sujeito que conhece, ou seja, a pessoa cognoscente é compreendida como alguém que realiza a investigação científica e daí produz o conhecimento, e também como alguém que realiza os processos de investigação e produção de conhecimento a partir de um conjunto de elementos que constituem a sua perspectiva teórica sobre o problema, a instituição na qual realiza suas atividades, bem como seus marcadores sociais, entre eles o de gênero.

Além de denunciar e demonstrar as desigualdades de gênero fomentadas e mantidas pela ciência convencional, as estudiosas feministas propõem novos recortes teóricos e metodológicos, como os estudos sobre a Interseccionalidade (SALGADO, 2008).

Ao introduzir o conceito de interseccionalidade, Kimberle Crenshaw (2002) refere-se a uma associação entre múltiplos sistemas de subordinação, ou seja, situações em que ocorrem dupla ou tripla discriminação. Para a autora, “[...] a interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

Kimberle utiliza uma metáfora de intersecção, fazendo uma analogia com um cruzamento de avenidas em que os vários eixos de poder, isto é, raça, etnia, gênero e classe constituem as ruas que estruturam os terrenos sociais, econômicos e políticos. “Essas vias são por vezes definidas como eixos de poder distintos e mutuamente excludentes; o racismo, por exemplo, é distinto do patriarcalismo, que por sua vez é diferente da opressão de classe” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

A autora nos adverte que tais sistemas, frequentemente, se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam. Por exemplo, as mulheres negras estariam mais sujeitas a serem atingidas pelo intenso fluxo de tráfego em todas essas vias, uma vez que comumente estão posicionadas em um espaço

onde o racismo ou a xenofobia, a classe e o gênero se encontram.

## **NARRATIVAS DE MIGRANTES HAITIANAS SOBRE A TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES**

A maioria das mulheres migrantes de países latino-americanos e africanos, e em específico do Haiti, caracterizam-se pela condição de pobreza e pelos reflexos cotidianos da herança cultural estruturada nas desigualdades de gênero, étnicas e raciais. É nesse contexto que sobrevém a análise do processo de feminização das migrações internacionais, o qual segundo Ramos (2014), é configurado como uma das nuances da migração contemporânea. Nesse sentido, cada vez mais mulheres emigram dos países de origem para fugir de problemas que afetam as mulheres de modo geral: a miséria, a violência, o reduzido acesso à educação, saúde e oportunidade de emprego e renda.

Uma das consequências dos processos migratórios que assolam o Haiti diz respeito à reconfiguração das famílias das migrantes, as quais são reordenadas a partir da transnacionalização dos vínculos familiares. Denominando-se famílias transnacionais, tais agrupamentos familiares, embora distendidos em vários pontos do globo, não perdem os vínculos quando inseridos em novos contextos sociais. Pertencem ao referido agrupamento todas as pessoas envolvidas na situação de migração, sendo tanto os adultos quanto as crianças, tanto quem fica quanto quem migra, quem retorna e quem transita (MEJÍA, BORTOLI e LAPPE, 2015).

Segundo Mejía e Cazarotto (2017), a vida das mulheres haitianas está profundamente ligada a dos familiares, cujas trajetórias de vida femininas e trajetórias de vida familiar se interconectam. Essa intersecção revela que a migração acompanha a vida das famílias por várias gerações.

Nessa toada, as autoras evidenciam como uma característica central no universo social haitiano o fato de que nas casas é frequente a presença de crianças, temporária ou permanentemente aos cuidados de mulheres diferentes de suas mães biológicas. Ou seja, revelam que há uma relação indissociável entre família e diáspora, a qual é vivenciada pela população haitiana como uma experiência familiar e de sociabilidade: “as estruturas familiares na família extensa haitiana desempenham um papel importante na configuração da morfologia social da diáspora” (MEJÍA; CAZAROTTO, 2017, p. 182).

Consoante Mejía, Bortoli e Lappe (2015), as expectativas diante do projeto migratório assumem contornos diferenciados conforme os gêneros. Ao passo que os homens haitianos almejam a formação educacional, a autonomia e a independência financeira, as mulheres haitianas emigram especialmente para oferecer melhores condições de vida para os filhos e demais familiares. Ou seja, para as mulheres haitianas a migração conforma-se num projeto familiar, no qual aspiram ter renda suficiente para mantê-las no Brasil e enviar dinheiro à família no Haiti.

Evitando essencializar as categorias mulher migrante haitiana, Mejía e Cazarotto (2017) sistematizaram as principais dinâmicas migratórias, com o destaque para as seguintes: as haitianas emigram juntamente com seus maridos; as haitianas emigram posteriormente aos maridos, que já instalados no Brasil economizam os valores para viabilizar a viagem das esposas; emigram sozinhas e deixando o marido e filhos no Haiti; são solteiras ou divorciadas e emigram sozinhas. Para enfrentar a dor da separação, perseguem o objetivo de reunificação da família num futuro próximo e de contribuir para a melhoria das condições de vida da família.

O diálogo com as migrantes haitianas neste estudo privilegiou, como fio condutor, a abordagem das narrativas. Segundo Jovchelovitch e Bauer (2008), as narrativas dizem respeito não apenas ao produto de uma narração estruturada por uma sequência temporal contendo um começo, um meio e um fim, mas a um princípio organizador da experiência humana. Desse modo, os seres humanos criam enredos que possibilitam articular e dar coerência aos diversos eventos testemunhados e protagonizados pelos atores sociais. Ou seja, ao relatar sobre um episódio cotidiano - como um conflito, um sonho, uma doença -, a comunicação frequentemente assume o formato narrativo, por meio da exposição de uma história contada de acordo com certas convenções.

Segundo Bruner (1997), as formas de estruturar as narrativas tornam-se modelos que estruturam a experiência, viabilizando delinear itinerários no passado e guiar as narrativas até o presente e o futuro. Assim, uma vida não é somente como ela aconteceu, mas também a maneira como ela foi contada e interpretada.

Atento ao papel constitutivo da linguagem para a interpretação e recriação da realidade social, o enfoque das narrativas viabiliza uma espécie de tradução, na qual o intérprete precisa conhecer os usos da cultura de onde o relato ou o texto emerge, e não apenas o vocabulário de uma língua. É nesse contexto que a abordagem das narrativas é pertinente para estudos com migrantes haitianas, à medida que pertencem a outro universo linguístico e cultural, e muitas vezes, embora tenham migrado para o Brasil, não dominam a língua portuguesa. A dificuldade de comunicação acaba se tornando um grande desafio para a realização de pesquisas com migrantes haitianas, implicando na busca por referenciais que contribuam para o estabelecimento de vínculo na realização das pesquisas.

A ação de relatar é tão importante quanto o relato em si. A ação discursiva e o trabalho das palavras e dos gestos revelam-se indispensáveis para compreender a produção de sentidos sobre si e sobre o mundo. Noutras palavras, segundo Jovchelovitch e Bauer (2008), dar sentido à própria vida por meio da narração é o que viabiliza criar discursivamente essa realidade, produzindo um conjunto de efeitos sobre si e sobre as pessoas com quem se convive, além do(a) interlocutor(a) das narrativas.

Nesse diapasão, vislumbramos a importância das narrativas como desobediência epistemológica, nos termos de Mignolo (2008), à medida que contar uma narrativa é protagonizar uma transformação para si, para as personagens da narrativa e para

o(a) interlocutor(a) ou leitor(a) das narrativas. Tal é a potência das migrantes haitianas como sujeitos cognoscíveis (SALGADO, 2008), que a partir das suas narrativas sobre a transnacionalização dos vínculos familiares, têm muito a ensinar ao nosso país sobre a necessidade de rompermos com o racismo estrutural e investirmos em políticas de acolhimento a migrantes.

A narrativa das histórias das haitianas que tivemos oportunidade de conhecer foi realizada a partir do protagonismo dessas mulheres na reunificação familiar. Poucas histórias são suficientes para demonstrar o caleidoscópio dos dramas que envolvem a reunificação familiar em um país que conta com poucas políticas públicas para o segmento migrante. Os atravessamentos de gênero, de raça, de classe e de nacionalidade amplificam esse caleidoscópio.

Tendo em vista a importância da bandeira haitiana como um símbolo de independência e de resistência dessa nação, a apresentação das narrativas respeitando o sigilo das identidades contou com o codinome das haitianas a partir das cores da bandeira do Haiti – predominantemente vermelha e azul, com um símbolo ao centro nas cores branca, verde e amarela –, em francês, que é uma das línguas oficiais do país (a outra é o crioulo). Para este artigo, contaremos a narrativa da migrante haitiana Bleue (Azul):

Bleue é casada e tem quatro filhos, o caçula deles de nacionalidade brasileira. Migrou para o Brasil posteriormente ao marido. Antes disso, residiu um período na República Dominicana. A rota migracional de Bleue ocorreu por deslocamento aéreo até São Paulo, e depois disso dirigiu-se a Chapecó, Santa Catarina. Sua formação de origem é como massoterapeuta e fotógrafa. Além disso, comunica-se em cinco idiomas (crioulo, francês, inglês, espanhol e português). Não obstante a qualificação de Bleue, a inserção no mercado de trabalho em Chapecó/SC ocorreu em ocupações muito inferiores à sua formação, dentre elas como auxiliar de produção em agroindústria e auxiliar de limpeza em empresa terceirizada. Por um período o marido ficou desempregado, e Bleue tornou-se a única provedora, percebendo baixo salário em uma cidade com alto custo de vida.

Quando Bleue migrou para o Brasil, conseguiu trazer consigo apenas uma filha ainda bebê. Os outros dois filhos permaneceram no Haiti sob os cuidados da avó materna. Ambos meninos, sofreram muito por terem permanecido no Haiti, sentindo-se rejeitados. O tempo de espera pela reunificação familiar foi vivenciado pelos meninos com grande angústia. No Brasil, Bleue e o marido foram surpreendidos por nova gestação, de um menino.

O fato de conseguirem apenas ocupações desvalorizadas financeiramente face ao alto custo de vida da cidade, somado à necessidade de custear as despesas dos filhos no Brasil e enviar remessas para os filhos no Haiti, tornaram a reunificação familiar cada vez mais distante para a família.

Bleue foi surpreendida pelo falecimento de sua mãe, e precisou mobilizar rapidamente uma estratégia para trazer os filhos ao Brasil. As crianças permaneceram provisoriamente sob os cuidados de uma tia no Haiti, enquanto ela providenciava sua migração para Miami,

nos Estados Unidos.

Na época, Bleue trabalhava como auxiliar de limpeza em um shopping center de Chapecó, e as colegas de trabalho de algumas lojas uniram-se para juntar o montante necessário para a viagem. Fizeram rifas e venderam alimentos. Esse grupo buscou a mídia local, o que sensibilizou a comunidade chapecoense a doar os valores necessários para que Bleue pudesse viajar ao Haiti para buscar os filhos. Embora Bleue tenha procurado as políticas públicas municipais, não conseguiu qualquer forma de subsídio público para auxiliá-la na reunificação familiar.

Concluída esta empreitada, a família fixou-se em Chapecó/SC. Bleue e o marido estão inseridos no mercado de trabalho, e os filhos frequentam a escola e a unidade de saúde. O mais velho é adolescente aprendiz. Bleue e o marido são uma liderança para a população haitiana no bairro em que habitam, principalmente por estarem à frente de igreja evangélica frequentada pelos seus compatriotas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A riqueza das histórias protagonizadas pelas migrantes haitianas que tivemos a oportunidade de conhecer revelam, em primeiro lugar, que o agravamento das condições de vida em escala global repercute no aumento dos processos migratórios e, nesse diapasão, na transnacionalização dos vínculos familiares. Os impactos políticos, econômicos, sociais e ambientais reverberam na alteração dos arranjos familiares por meio do esgarçamento dos laços familiares para além dos Estados-Nação. Nessa conjuntura, é preciso reconhecer que os vínculos familiares transcendem as fronteiras dos Estados-Nação.

O grau de interiorização da migração haitiana em solo brasileiro revela-se profícuo para analisar as famílias transnacionais sob o cruzamento de marcadores de gênero, raça, classe, nacionalidade, geração, demandando referencial calcado na interseccionalidade.

Nesse contexto, sobrevém o fato de que o Haiti, ao ter como uma das principais fontes de renda o envio de remessas obtidas pelos(as) migrantes haitianos(as), impele as mulheres a migrarem para outros países como forma de sobrevivência econômica das famílias, o que implica no alargamento dos vínculos familiares para além das fronteiras do Haiti. Se a distância geográfica se coloca como imperativa, o compromisso financeiro em manter a família que permaneceu no Haiti e os contatos viabilizados pelas tecnologias da informação reforçam os vínculos familiares transnacionais.

Outro achado nesta pesquisa refere-se ao fato de as haitianas que emigram para o Brasil, embora tenham grau de escolaridade equivalente ao nível médio ou superior brasileiro, enfrentam dificuldade para a validação de seus títulos. Por consequência, ocupam os postos de trabalho mais degradados, tais como a limpeza e os serviços mais braçais em agroindústrias. Soma-se a isso o fato de serem alvo de racismo e de xenofobia por serem negras e por serem haitianas.

As especificidades da transnacionalização dos vínculos familiares haitianos esbarrarão nas políticas públicas brasileiras. Disso sobrevém a importância de tais políticas apropriarem-se da transnacionalização dos vínculos familiares de migrantes – tanto haitianas como de outras nacionalidades latino-americanas – como um fenômeno que se coloca na contemporaneidade.

## REFERÊNCIAS

BAENINGER, R.; PERES, R. Imigração haitiana em São Paulo: perfil e ocupação. In: BAENINGER, R.; PERES, R.; FERNANDES, D.; SILVA, S. A. da; ASSIS, G. de O.; CASTRO, M. da C. G.; COTINGUIBA, M. P. (Orgs.). Imigração Haitiana no Brasil. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. pp. 253-266.

BRUNER, Jerome. Ato de Significação. Trad. Sandra Costa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

CRENSHAW, K. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, UFSC, 2002. p. 171-188.

JOVCHELOVITCH, Sandra; BAUER, Martin. W. Entrevista narrativa. In: BAUER, M. W.; GASKELL, G. (Org.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. Trad. Pedrinho A. Guareschi. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 90-113.

MAMED, L.; LIMA, E. O. de. Movimento de trabalhadores haitianos para o Brasil nos últimos cinco anos: a rota de acesso pela Amazônia Sul ocidental e o acampamento público de imigrantes do Acre. In: BAENINGER, R.; PERES, R.; FERNANDES, D.; SILVA, S. A. da; ASSIS, G. de O.; CASTRO, M. da C. G.; COTINGUIBA, M. P. (Orgs.). Imigração Haitiana no Brasil. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. pp. 113-171.

MEJÍA, M. G.; BORTOLI, J. de; LAPPE, E. Papel das mulheres migrantes nos projetos familiares que mobilizam a imigração haitiana para o Brasil. In: Anais do IV Simpósio Internacional Diálogos na Contemporaneidade: tecnociência, humanismo e sociedade. Lajeado: Univates, 2015. P. 154-159.

\_\_\_\_\_; CAZAROTTO, R. T. O papel das mulheres imigrantes na família transnacional que mobiliza a migração haitiana no Brasil. In: Repocs - Revista Pós Ciências Sociais v.14, n.27. Maranhão: EDUFMA, jan/jun. 2017, pp. 171-190.

MIGNOLO, Walter D.; Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Trad. Ângela Lopes Norte. Cadernos de Letras da UFF. Dossiê: Literatura, língua e identidade. n. 34, 2008. pp. 287-324. Acesso em [[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251728/mod\\_resource/content/0/op%C3%A7%C3%A3o%20descolonial%20walter%20mignolo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251728/mod_resource/content/0/op%C3%A7%C3%A3o%20descolonial%20walter%20mignolo.pdf)]

RAMOS, Maria Natália. Migração, maternidade e saúde. In: Repertório. Nº 18. Salvador, 2012. p. 84-93.

SALGADO, Martha Patricia Castañeda. Metodología de la Investigación Feminista. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIHC) de la Universidad Autónoma de México (UNAM). México: Fundação Guatemala, 2008.

## VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: QUEM CALA NEM SEMPRE CONSENTE

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Elaine da Silva**

Graduanda em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria Santa Maria, RS, Brasil

### **Letícia Thomasi Jahnke**

Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul

Artigo apresentado, no primeiro semestre de 2019, ao Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

**RESUMO:** O presente trabalho demonstra o resultado de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, acerca da violência obstétrica, tendo por objetivo principal aferir sobre a realidade atual da violência obstétrica no Brasil e no mundo, o tratamento jurídico dado ao crime de violência obstétrica e a posição doutrinária de autores que tratam sobre o tema. No decorrer do trabalho, visou-se o esclarecimento de pontos relevantes que permeiam a matéria, como o seguinte problema: Que medidas o Brasil adota para o combate ao crime de violência obstétrica? No Brasil porque ainda não existe legislação específica para o crime de violência obstétrica? As legislações atuais são realmente suficientes para inibir a violência contra a mulher gestante?

Para tanto foram examinados temas essenciais à compreensão do assunto e dentre os resultados encontrados, verificou-se que mesmo com algumas legislações em vigência para a inibição da prática desse crime, fundamentadas em tratados internacionais e legislação nacional, ainda há um grande número de mulheres vulneráveis, pois a violência obstétrica é viabilizada ao passo que a mulher que é vítima dessa violência aceita calada por não conhecer os seus direitos. Entendeu-se, ainda, que essa realidade de violência obstétrica deve ser combatida com universalidade social, competindo a família a sociedade e ao estado a responsabilidade pela promoção de melhor interesse da mulher gestante.

**PALAVRAS-CHAVE:** mulher. Violência. Direitos da mulher. Violência obstétrica.

### **OBSTETRICAL VIOLENCE: THOSE WHO SHUT UP NOT ALWAYS CONSENTS**

**ABSTRACT:** The present work demonstrates the result of a bibliographic research, developed from the deductive method, for purposes of approach, and monographic, on the procedural basis, about obstetric violence, with the main objective of assessing the Current reality of obstetric violence in Brazil and in the world, the legal treatment given to the crime of obstetric violence and the doctrinal position of authors who deal with the subject. In the course of the work, the clarification of relevant points that permeate the matter was aimed at, such as the following problem: What measures does Brazil adopt to combat the crime of obstetrical violence? In Brazil, because there is still no specific legislation for the crime of

obstetrical violence? Are current legislations really enough to inhibit violence against pregnant women? To this end, we examined themes essential to understanding the subject and among the results found, it was found that even with some legislations in effect to inhibit the practice of this crime, based on international treaties and legislation National, there is still a large number of vulnerable women, because obstetric violence is made viable while the woman who is the victim of this violence accepts silence for not knowing her rights. It was also understood that these realities of obstetric violence should be fought with social universality, competing the family for society and the State to be responsible for promoting a better interest of pregnant women.

**KEYWORDS:** Woman. Violence. Women's rights. Obstetrical violence.

## 1 | INTRODUÇÃO

Segundo os dados estatísticos do fundo das nações unidas para infância (UNICEF) e a realidade noticiada pela mídia (televisão, jornal, rádio, etc.), mostra que cada dia aumenta os casos de violência, mas o que chama atenção é que um tipo de violência vem crescendo no cotidiano das notícias, a violência obstétrica, chegando ao extremo de alguns países, tais como Brasil, notabilizaram-se pela violência obstétrica, violência está que envolve toda uma rede de pessoas que deveriam cuidar da mulher gestante, no entanto são os responsáveis pelo seu sofrimento.

Sendo este em um dos momentos que na maioria das vezes, chega a ser um dos mais lindos da vida de uma mulher, ao passo que ela se prepara para dar à luz, com esperança de um amanhã sereno e tranquilo para criança que está gerando em seu ventre, no entanto por diversas vezes este momento torna-se traumático para a gestante, pois os procedimentos e tratamento dispensados a ela durante e até mesmo após o parto por muitas vezes é desumano, sendo considerado violência obstétrica.

Por violência obstétrica entende-se, todo tipo de agressão verbal física e psicológica que a mulher sofre durante o período gestacional e parto, Sendo que está engloba um grande campo de violações que podem ocorrer em várias etapas do processo da gravidez, podendo ser qualquer ação ou omissão que afete a mulher durante o acompanhamento e seu pré-natal, parto e puerpério, que venham a lhe causar sofrimento desnecessário, dor, ou qualquer tipo de dano, tanto estético como psíquico.

Atos estes praticados sem a autorização e aceitação da mulher de forma clara e incontestável, bem como a desconsideração de sua autonomia de decisão, sendo englobado nesse viés desde o acompanhamento da gestação, o momento do nascimento e posteriormente (recente ao nascimento), não sendo a violência obstétrica unicamente praticada por médicos, podendo ser está cometida por qualquer classe atuante com a gestante nesse período.

Bem como não sendo caracterizado somente os atos contra a gestante como violência obstétrica, mas sim também quaisquer fatos que envolvam seu bebê e afetem ambos de qualquer forma, visto que é um direito da mulher poder ter seu filho e obter

um tratamento digno e correto a ambos, pois qualquer coisa que passe por cima de sua autonomia de forma arbitrária com total certeza causará danos aterradoros.

Podemos evidenciar como violência obstétrica vários tipos de atrocidades, como submeter a mulher sem nem ao menos consultá-la a procedimentos ultrapassados e que não se fazem realmente necessários, exemplos disso são a manobra de Kristeller, ato que consiste em aplicar pressão na parte de cima da barriga da gestante, o que pode ocasionar em alguns casos até mesmo a morte de ambos.

Também no mesmo sentido temos a episiotomia, incisão efetuada na região do períneo (área muscular entre a vagina e o ânus) para que seja ampliado o canal do parto, assim facilitando o nascimento, fato é que esse processo é usado sem que a mulher ao menos seja questionada sobre a sua aceitação e pior é deveras vezes usada como prática habitual e rotineira sendo usada de forma desnecessária e muitas vezes sem necessidade, assim causando danos que poderiam ser evitados.

Além desses graves fatos, também podemos enquadrar diversas outras formas, como tratamento grosseiro no atendimento, durante o parto, preconceitos em geral, não atendimento, e demais fatos que não podem ser aceitos em uma sociedade plena e sadia, onde busca-se cada dia mais ater-se ao direitos e garantias individuais, para que todos sejam tratados de forma digna e igualitária, assim sendo o único viés que possuímos para materialização de um contexto social mais pleno e harmonioso para vivermos.

Partindo dessa realidade, questiona-se: que medidas o Brasil adota para combater essas práticas violadoras dos direitos da mulher gestante? Há uma preocupação do Estado em elaborar leis específicas que reprimam a prática do crime de violência obstétrica?

Para responder a essas indagações de pesquisa utilizou-se uma combinação de método de abordagem e procedimentos, pois o estudo partirá da análise geral do tema referente a violência obstétrica, o que terá como elemento de estudo desde os tratados internacionais que versam sobre o tema até a legislação interna.

Feito este delineamento normativo e teórico, o estudo analisará as formas de violência obstétrica.

O estudo também adota o método de procedimento monográfico, pois elegeu um grupo específico para análise, qual seja, mulheres que sofrem violência obstétrica, realidade que tem se ampliado no Brasil e no mundo.

Desse aporte metodológico resultou o trabalho dividido em quatro partes: Na primeira parte é abordado a violência contra mulher e seus tipos, na segunda parte abordamos a violência obstétrica, suas definições e meios e formas em que ela se dá, na terceira parte aborda-se o tratamento jurídico adotado para violência obstétrica e na quarta parte discute-se a polemica causada pelo Ministério da Saúde ao querer extinguir o termo violência obstétrica.

## 2 | A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

A violência contra a mulher é um assunto que vem ganhando mais enfoque e atenção a cada dia, sendo que é um problema universal que atinge um número alto de pessoas e muitas vezes de forma silenciosa, dissimulada e destruidora causando inúmeros traumas físicos e psicológicos a figura feminina, independente de classe social raça e credo, a violência contra mulher está presente no dia-dia de várias formas e muitas vezes passa despercebida.

Não mais aceitável pode ser esta situação, onde a mulher é tratada como uma escrava ou quem sabe até pior, salienta-se que esta violência não acontece somente nos dias de hoje, infelizmente ela é datada de bem antes, ainda na idade média, e continua a existir e tornar nossa sociedade um lugar que discrimina a mulher por sua natureza feminina e frágil, ao passo que a mulher sofre violência física, psicológica, sexual, patrimonial e simbólica. Para melhor entender os tipos de violência contra a mulher elenca-se abaixo detalhadamente como cada uma dá-se ante ao cenário atual.

**Violência física:** Este tipo de violência, ocorre quando a mulher é agredida fisicamente, tais danos podem ser causados por chutes, socos, ponta pés, amarrações e todos outros tipos de coisas que envolvem contato físico e machuque fisicamente a mulher.

A afirmação da agressão é a imposição da vontade de uma pessoa sobre a outra, sem, no entanto, respeitar os limites físicos e morais. Podendo existir na forma física contra a pessoa e contra bens ou verbal, contra pessoa" (Silva, 1992, p. 239).

**Violência psicológica:** Causadora de danos mentais, acaba por prejudicar a autoestima da vítima, esse tipo de violência pode também ser chamado de bullying, é um dos tipos que se caracteriza como mais comum e pode ser cometido dentro do seio familiar, escola, rua, trabalho e outros lugares onde a mulher frequenta.

**Violência sexual:** Este tipo de violência não dá-se apenas, por estupro ou ato de conjunção carnal forçado, a violência sexual acontece também quando o homem se faz entender para a mulher afirmando que ele a domina, ou nega-se a usar preservativo, proíbe de usar métodos contraceptivos ou ainda lhe obriga a práticas sexuais que a mulher não gosta.

**Violência simbólica:** Este tipo de violência acontece geralmente no meio social, onde as mulheres são colocadas em papéis os quais se julgam ser específicos delas, a exemplo em comerciais de cerveja onde apenas mulheres desnudas aparecem, ou a alegação de que dirige mal por ser mulher ou então de que toda loira é burra. A violência simbólica, está nos pequenos detalhes do cotidiano que diminui a mulher justamente por ela ser mulher.

**Violência patrimonial:** este tipo de violência está a atrelado a leis que no passado tornavam basicamente a mulher propriedade do marido, ela dá-se ao passo que na divisão do patrimônio a exemplo o marido saia privilegiado, ou então quando homem destrói bens

pessoais da mulher por vingança, o não pagamento de pensão quando se tem direito e até mesmo quando homem proíbe a mulher de trabalhar ou lhe oculte possuir algum bem.

Enfim, há vários tipos de violência que uma mulher pode ser submetida entretanto, já a leis que se sobressaem em sua defesa:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (Artigo 2º, Lei Maria da Penha nº 11.340/2006) (Brasil, 2006).

A Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha que foi uma das principais conquistas alcançadas pelas mulheres no Brasil, essa lei trouxe uma segurança maior as mulheres vítimas de violência, em especial às vítimas de violência doméstica.

Neste ínterim, a violência que é praticada contra a mulher é um ato que merece total repúdio, combate e punição, e por considerar que a mulher precisa de proteção o Estado interveio através dessa lei, garantindo a proteção da mulher contra a violência sofrida dentro do lar, entretanto de todas as violências que uma mulher pode sofrer, existe aquela que é considerada por muitos a pior de todas a violências, a violência obstétrica.

### 3 | A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Este tipo de violência contra mulher é considerado por muitos talvez a que deixa mais sequelas, uma vez que ela acontece em um dos momentos que a mulher tem como mais especial de sua vida, o momento em que ela dá a luz. Segundo Andrade (2014, p. 1):

Entende-se por violência obstétrica qualquer ato exercido por profissionais da saúde no que concerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres exprimidos através de uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionistas, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos. (ANDRADE, p. 01, 2014).

Silas Lobos a violência obstétrica conceitua o fenômeno como:

A apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres por profissionais da saúde, por meio de tratamento desumanizado, abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, causando perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos impactando na sexualidade e negativamente na qualidade de vida das mulheres”.

Situações que podem ser usadas como exemplo são: **a)** Negar ou dificultar atendimento à grávida; **b)** Deixá-la sem água ou comida; **c)** Gritar com ela; **d)** Impedir a escolha de forma e de local em que o parto ocorrerá, obrigando-a, por exemplo, a se submeter a uma cesárea ou à episiotomia (corte na vagina), por interesse ou conveniência do profissional da saúde; **e)** Proibir a entrada de acompanhante (LOBOS, 2017, p. 01).

Assim há de se observar conforme a citação acima que a violência obstétrica não

dá-se apenas quando a mulher é agredida fisicamente no parto, essa violência caracteriza-se também, quando há qualquer tipo de abuso verbal ou outros contra a mulher durante o período do parto. Entretanto para melhor entender vamos elencar abaixo as violências obstétricas mais comuns durante o parto segundo a Organização Mundial da Saúde, (OMS).

Para a OMS, os tipos mais comuns de violência obstétrica são:

**Violência institucional:** este tipo de violência é praticado pelo estabelecimento de saúde que deveria em tese acolher a mulher em trabalho de parto e ser o responsável por ajudá-la e cuidá-la no momento delicado que é o de dar à luz, entretanto, muitas vezes o que ocorre é que a mulher vem a ser vítima de violência obstétrica nestes locais, onde é mal atendida, agredida verbalmente ou submetida a procedimentos desnecessários e constrangedores. (OMS,2018, p, 01).

Nesse sentido Cielo (2012, p.51) vem corroborando o entendimento de violência obstétrica institucional ao afirmar que:

O que se considera violência institucional compreende a atuação do profissional de saúde dentro da instituição de atendimento, atrelando, de certa maneira, sua atuação às condições físicas, organizacionais e de recursos da mesma (CIELLO, 2012, p.51).

Seguindo esta linha o autor segue o seu raciocínio evidenciando ainda que:

Ações ou formas de organização que dificultem, retardam ou impedem o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada. Exemplos: impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, impedimento à amamentação, omissão ou violação dos direitos da mulher durante seu período de gestação, parto e puerpério, falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas vigentes (CIELLO, 2012, p. 61).

Observa-se que conforme salienta o autor não somente os médicos que atendem a mulher gestante são os seus agressores quando o assunto é violência obstétrica. Essa violência pode ser cometida por toda a rede de atendimento que varia desde a instituição de saúde que no geral possa vir a negar o atendimento digno à gestante até chegar aos médicos que lhe atendem. Por isso segue a OMS a elencar os tipos de violência obstétrica:

**Violência verbal:** é a violência que agride a mulher gestante com palavras que deixam sua autoestima e consciência em estado debilitado por fazer ela acreditar que sua gestação está sendo um erro e que não deveria estar passando pelo momento, que tal gestação seria um erro. (OMS,2018, p, 01).

Para melhor entender o que é essa violência verbal obstétrica vejamos o que Silva (2014, p. 823) nos fornece como exemplo:

A violência verbal ocorre na utilização de expressões ofensivas à mulher, como: "Na hora de fazer não gritou! Quem entrou agora vai ter que sair! É melhor seu marido não assistir o parto, senão ele ficará com nojo de você!". (SILVA, 2014, p. 823).

Além destes tipos de violência obstétrica ainda há de se salientar que segundo a OMS, existe aquela forma estendida da violência obstétrica institucional onde a mulher tem seus direitos negados ou suprimidos, tais como não poder escolher entre parto normal ou cesariana, ter a companhia do pai da criança durante o parto, e até mesmo ser submetida a procedimentos desnecessários tais como: Episiotomia: essa técnica consiste em cortar o espaço entre ânus e vagina da gestante em trabalho de parto normal, o amparo para que se possa fazer tal corte consiste na alegação de que é para que o bebê possa sair mais fácil, ocorre que segundo estudos realizados recentemente a OMS apontou que esta prática tornou-se rotineira utilizada muitas vezes pelos médicos sem que haja necessidade, o que acaba sendo considerado uma violência contra a mulher em trabalho de parto que fica à mercê sem ter como defender-se no momento. Neste sentido vejamos a posição doutrinária de García, Díaz e Acosta (2013), sobre o tema:

Um fator sempre presente entre as gestantes é a falta de informação e o medo de perguntar sobre os processos que irão ser realizados na evolução do trabalho de parto. Essa situação pode levá-las a se conformar com a exploração de seus corpos por diferentes pessoas, aceitando diversas situações incômodas sem reclamar. Segundo a OMS (2014), gestantes do mundo todo sofrem abusos, desrespeito, negligência e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. (GARCIA, DIAZ e ACOSTA, 2013, p. 02).

**Exame de toque:** Esse exame é considerado como incômodo e doloroso, e é aconselhado pelo Ministério da Saúde a não ser feito muitas vezes na gestante. Entretanto muitas vezes há um uso excessivo do exame, principalmente onde há residentes médicos, neste sentido a violência ocorre quando o exame é feito para a aprendizagem do residente e não para garantir a saúde da gestante. Sobre o tema podemos observar o relato abaixo transcrito pelo autor MICHEL ODENTH, 2018, de uma gestante em trabalho de parto:

Durante um exame de toque, eu pedi para parar pois estava sentindo muita dor. O médico disse: 'na hora de fazer tava gostoso né? Nessa hora me senti abusada.

Seis acadêmicos fizeram fila para fazer toque em mim sem se apresentarem, sem me explicarem o porquê do procedimento (ODENTH, 2018, p. 01).

O relato acima demonstra o despreparo e o desrespeito com a mulher em trabalho de parto, deixando vir à baila que muitas gestantes são utilizadas como cobaias humanas de médicos em treinamento, passando situações desumanas em um dos momentos mais delicados de sua vida, deixando claro a violência obstétrica sofrida.

**Cesariana:** Essa talvez seja uma das práticas abusivas mais recorrentes quando o assunto é violência obstétrica uma vez que ela é usada demasiadamente sem restrição. Na prática o parto por cesárea somente deveria ser usado por necessidades médicas do paciente, entretanto essa prática virou um meio de arrecadação pecuniária entre estabelecimentos de saúde e tornou-se também um meio violentar a mulher obstetricamente ao passo que muitas vezes mesmo sabendo que a paciente não necessita da

intervenção cirúrgica o médico a induz a fazê-la como podemos ver nos exemplos a seguir que SILVA, 2014, nos dá:

A violência obstétrica se dá também quando o médico diz: Agendando a cesárea você pode escolher o dia e a hora do seu parto meu bem! É melhor fazermos cesariana. Pois o parto normal esgarça a vagina e assim você pode preservar suas relações sexuais e dar mais prazer ao seu marido! Vamos fazer cesárea, pois o mundo evoluiu e você não precisa parir feito um animal com desconforto e muita dor. Com a cesárea você não terá nenhum desconforto! (SILVA: 2014, p. 823).

Ainda sobre a cesariana, Diniz Chacham, 2006 colaboram com seguinte texto para o tema:

No modelo atual de atenção ao parto no Brasil, a atuação dos profissionais de saúde não está baseada em evidências e estaria atrelada ao desconhecimento e a uma crença dos profissionais de que a experiência profissional valeria mais do que a produção científica atual da área obstétrica. Além disso, haveria ainda o medo de represália ou a dificuldade de lidar com membros da própria equipe de saúde que tenham divergências em relação a uma perspectiva alternativa ao modelo centrado no médico (Sanfelice et al., 2014). As demandas por cesariana parecem se basear na ideia de que a qualidade do atendimento obstétrico está associada à tecnologia utilizada no parto operatório (Dias et al., 2008; Ministério da Saúde, 2014). Também o incremento das cesáreas nos últimos anos está relacionado com fatores sociodemográficos e culturais; por exemplo, dados da pesquisa Nascer no Brasil mostraram que o uso da ocitocina na aceleração do trabalho de parto era mais frequente em usuárias do SUS e nas gestantes de menor escolaridade. Nesses mesmos grupos foi verificado que a frequência do uso de analgesia foi menor. (DINIZ, p.122, 2006).

Nesses casos está explícita a violação e desconsideração dos direitos da gestante, por vezes os médicos para não serem atrapalhados em seus momentos de lazer, como finais de semana, entre outros, pois um parto normal pode ocorrer a qualquer hora, programam dia e hora dos nascimentos, induzindo a mulher a achar que este é o único e melhor caminho existente, sendo que na realidade a melhor escolha para a mulher e para a criança sempre deverá ser o parto normal.

Segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde), além de diminuir em até 6 vezes a chance de infecção materna e uma possível hemorragia, reduz as chances de o bebê nascer prematuro, pois nos partos cesariana, o parto é agendado forçando o nascimento, bem como por passar pelo trabalho de parto a liberação do leite e favorecida, um fator muito relevante é a melhor recuperação no parto normal, onde é mais fácil e rápida.

Foi constatado pela OMS que o Brasil é o segundo país com maior percentual de partos realizados por cesárea no mundo, enquanto a OMS orienta uma taxa ideal entre 25 e 30%, a realidade brasileira aponta que 55,6% dos partos são realizados com essa prática. O percentual é ainda mais alto na medicina privada, na qual 85,5% dos partos são feitos a partir de cesariana, de acordo com dados da Agência Nacional de Saúde

Suplementar(ANSP).

Para a OMS, o parto normal deve ser a regra, sendo a cesariana uma eventualidade, pois trata-se de um procedimento a ser usado em situações onde houver um quadro extremamente necessário, que exija uma intervenção, seja por existência de uma doença ou até mesmo em um caso de risco de vida, assim reservando-se a cesariana apenas para quadros deverasmente críticos. Não que a cesariana seja uma vilã, pelo contrário é um recurso extremamente importante e que salva muitas vidas, mas como tudo que é usado em excesso acaba tornando-se prejudicial, esta não foge à regra, pois além dos riscos comprovados em contraponto com o parto normal, existe o seu uso abusivo por parte dos médicos, e por parte de muitas pessoas onde foi criada a cultura a cesariana.

Sendo isso um dos grandes motivos que levam o Brasil a ser o lugar com mais cesarianas no mundo, a opção das cesáreas além de ser incentivada pelo sistema, ao longo dos anos foi tornando-se banal, assim a exceção virando regra por predileção, levou as pessoas a verem como sendo o normal, bem como a vontade por vezes das mulheres que mal informadas por seus médicos e pela cultura intrínseca, cultivada erroneamente, para fugir da dor são induzidas até mesmo inconscientemente a optar pela cesariana.

Atualmente estão sendo desenvolvidas políticas públicas para incentivar o parto normal, sendo que em alguns lugares após a instauração destas a natalidade por parto normal quase dobrou, muitas das reclamações como que o parto normal causa mais dores, entre outras coisas, deve-se ao uso de práticas abusivas que considera-se violência obstétrica, que aqui abordamos e que podem aumentar as dores e prejudicar o parto normal, como o uso da ocitocina que amplia as contrações e dores.

Também no sistema muitas vezes por falta de recursos financeiros e outros, a gestante fica presa a um único médico, fato este que não ocorre em outros países, sendo o médico chamado apenas em último caso, com o novo projeto tenta-se fazer como em alguns lugares no exterior, onde a gestante é acompanhado por uma equipe multidisciplinar, também dentre os fatores que dificultam o nascimento e a posição deitada usada aqui, sendo que em pé, dentre outras facilitam o nascimento, usando a força da gravidade em benefício próprio.

Torna-se necessário, além de uma total modernização de nossas práticas, dar um novo conceito ao que temos hoje como realidade nos nascimentos, e cultura sobre tal, é possível usar o parto normal como algo menos invasivo e menos doloroso do que é hoje, assim evitando a banalização da cirurgia e possibilitando as nossas crianças que irão nascer, um procedimento mais sadio e seguro, para que todos saiam ganhando.

Manobra de Kristeller: Muito polêmica esta manobra está sendo aos poucos banida, ela é considerada pelo próprio Ministério da Saúde uma das formas mais violentas de violência obstétrica. A Manobra de Kristeller consiste em pressionar a parte superior do útero para facilitar e ainda acelerar o parto. Essa conduta pode implicar em danos severos a mãe e ao bebê vistos que causa lesões gravíssimas, deslocamento

de placentas, traumas encefálicos e outras séries de problemas. Segundo a Fundação Perseu Abramo diz que:

25% das gestantes brasileiras relatam ter sofrido violência obstétrica - parte delas devido à Manobra de Kristeller, que já foi banida pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Em janeiro de 2017, a Maternidade Mãe Esperança, em Porto Velho, recebeu uma recomendação do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público de Rondônia (MP/RO) para que não recorra à técnica nos partos realizados naquela unidade de saúde. Isso ocorreu depois da denúncia de uma mãe que deu à luz na maternidade na véspera do Natal de 2015. Na recomendação, o procurador da República Raphael Bevilaqua e a promotora de Justiça Lisandra Vanneska Santos ressaltam que, além dos riscos à mãe e ao bebê, o uso deste procedimento inadequado pode implicar na responsabilização do poder público, inclusive ao pagamento de indenização por danos. Caso a instituição não cumpra a recomendação, o Ministério Público poderá adotar providências judiciais. (ABRAMO, 2017).

É visível que a violência obstétrica contra mulher pode dar-se em várias situações, entretanto, por ser um assunto que está em evidência devido ao grande aumento de casos por todo mundo, onde seres totalmente vulneráveis sofrem maus tratos o mundo está sendo tratado juridicamente pelo estado.

#### **4 | O TRATAMENTO JURÍDICO ADOTADO PARA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Devido à grande elevação de denúncias e episódios de violência obstétrica no Brasil e no mundo mister se faz, se faz necessário uma legislação que em tese proteja a gestante de tal violência. Entretanto ainda não há uma legislação específica que verse sobre o tema, mas a Constituição traz passos que levam a proteção das mulheres gestantes.

Segundo o preâmbulo, nosso Estado democrático se destina a assegurar o “bem-estar”. A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos fundamentos da República (art. 1º, III), pelo art. 5º, III, da Constituição, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art 7º, XVIII). A proteção à maternidade é um direito social (art. 6º, caput). O art. 10, II, ‘b’ traz restrições severas à dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Não bastasse, a previdência social atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II).

Como podemos ver aos trechos extraídos da Constituição ela protege ferrenhamente as gestantes, abrindo um campo prioritário a mulher gestante que pode ser utilizado contra a violência obstétrica, podendo estes dispositivos de empírica proteção revolucionar o atendimento às gestantes uma vez que de conhecimento disso a gestante pode exigir o atendimento adequado que merece ao seu estado frágil e delicado.

Embora ainda não exista uma lei federal específica, alguns estados já editaram leis

que versam sobre o tema e outro ainda estão em andamento, Santa Catarina por exemplo editou a lei 17.097, de 17 de janeiro de 2017, de autoria da ex-deputada Angela Albino, a lei obriga a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente. Dentre elas está a elaboração de uma cartilha pela Secretaria de Saúde de SC sobre os direitos da mãe e do bebê e também a exposição de cartazes sobre o tema em hospitais, unidades de saúde e demais locais de atendimento à gestante. Ao sancionar a lei estadual que tipifica a violência obstétrica e prevê que o Estado deve garantir às gestantes informação e proteção contra esse tipo de violência, Santa Catarina reconheceu, pioneiramente, que esse problema existe e que as parturientes precisam de mais segurança e atenção por parte dos profissionais da área de saúde.

Outra lei a lei 1.130, de 2017, de autoria da deputada Leci Brandão, ela fala sobre a violência obstétrica. Esta lei foi editada no estado de São Paulo, visando proteger a gestante que possam vir a ser vítimas de violência obstétrica.

Nesse mesmo caminho a lei 9.263, de 1996 pode vir a ajudar, vistos que a lei trata dos direitos sexuais reprodutivos, estes são assegurados com clareza pela constituição Federal, sendo que uma garantia que preserva a dignidade da pessoa humana, pois possibilita que as pessoas possam constituir sua família da forma como melhor lhes convier. O estado não pode decidir se a família terá ou não filhos, pois tal prática seria desumano e uma violência praticada contra mulher.

Sendo assim evidenciada a intenção do legislador que ao elaborar nossas normas base, procurou manter as pessoas com o máximo de controle sobre suas vidas e escolhas, somente interferindo nesse contexto em última instância, e por suma necessidade.

Na nossa Constituição Federal podemos encontrar alguns pontos que enfatizam o direito das pessoas a reprodução, sendo este um direito totalmente garantido, assim vejamos:

Art. 5º, L – às presidiárias serão **asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos** durante o período de amamentação;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade** e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII– **licença à gestante**, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX– **licença-paternidade**, nos termos fixados em lei;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II – **proteção à maternidade**, especialmente à gestante; (grifos nossos)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar,

independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a **proteção à família**, à **maternidade**, à infância, à adolescência e à velhice; (BRASIL, 1988).

Esses são alguns dos direitos subjacentes ao direito à reprodução que por conseguinte também são garantidos como podemos vislumbrar no texto constitucional. Tais direitos, além de garantir os direitos sexuais reprodutivos asseguram a dignidade da gestante em qualquer momento, e são um marco base para que ela ampare-se em caso de violência obstétrica, uma vez que garante a proteção à maternidade, à dignidade, saúde e outros.

Ademais a violência obstétrica pode ser punida de acordo com código penal vistos que nele encontramos uma série de itens passíveis de aplicação ao agente que comete a violência obstétrica, pois há uma notável gama de crimes passíveis de serem cometidos neste âmbito dentre eles a lesão corporal e o constrangimento ilegal que esta está tipificada no art. 129 e 146 do referido código. Considera-se lesão corporal no âmbito da violência obstétrica a episiotomia, o exame de toque excessivo, inclusive os feitos por universitários, já o constrangimento ilegal é considerado uma prática violenta, como podemos observar abaixo

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Aumento de pena § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. Ameaça (BRASIL, 1940).

Ainda seguindo o rol das punições, salienta-se que também a punição civil no tratamento jurídico adotado contra violência obstétrica, pois de acordo com Maria Helena Diniz (2003, p.153) o médico pode ser responsabilizado civilmente por não cumprir suas obrigações no exercício da função, conforme podemos ver logo abaixo:

O fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente iludido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses. Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no dano corporal (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: O dano patrimonial ou econômico e dano extrapatrimonial ou não econômico.

Conforme podemos ver Maria Helena Diniz (2003), está fundamentando o dano

moral interesses da gestante O dano moral, de acordo com Maria Helena Diniz (2003, p. 54), pode ser caracterizado nos casos de: “injúrias que ofendem a dignidade e a honra das pessoas, a sua reputação; é o caso dos sofrimentos físicos experimentados por causa de ferimentos e na sequência deles por causa, nomeadamente, de tratamentos a dor física”. No caso de violência obstétrica, o dano moral, também pode ocorrer no caso de angústias e sofrimentos morais ligados a dor, mas não só por isso, já que um internamento hospitalar, uma operação cirúrgica, uma dúvida vivida quanto à evolução favorável do caso, uma consciência do risco de vida. Percebe-se que o direito brasileiro admite a indenização por prejuízo material e a reparação moral, “primeira na reintegração pecuniária ou ressarcimento strictu sensu, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa” (DINIZ: 2003, p. 57).

## 5 | A POLÊMICA INSTITUÍDA SOBRE O TERMO VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O despacho do ministério da saúde na presente data de 03 de maio de 2019, tendo por intuito acabar com o termo usado para definir a violência contra mulher que encontra-se gestando em estado de parto ou puerpério, e no mínimo triste e traz afirmações um tanto infelizes em relação a sua veracidade e aplicação no contexto.

E pretendido por este excluir o termo “violência obstétrica” pois alega-se que este termo marginaliza a área da saúde e seus profissionais atuantes, veja-se a tão mesquinha preocupação classicista da área em defender apenas sua imagem, a imagem da classe segundo afirmam está sendo violada pela expressão, que não trata-se de uma expressão e sim do nome correto dado aos atos que por eles são praticadas.

Não todos os componentes de tais classes, mas especificamente os que praticam tais atos, como pessoas que trabalham em tal meio sabem que estão atuando com seres humanos e tem plena e total convicção de suas ações tendo a informação necessária para saber o que faz ou não alguém sofrer, e conseqüentemente gerar traumas.

No despacho do ministério da saúde dá-se a entender que a violência obstétrica e praticada “sem intenção”, convenhamos que praticar um ato, que em sua própria definição tem a palavra violência, sem ter intenção de tal e no mínimo um despautério, como alguém faria algo do tipo sem a devida intenção, proferir palavras, atos e condutas assim sem ao menos perceber e uma afirmação indeglutível.

A classe da saúde preocupa-se em mudar nomes, mas não em acabar com o mal que assola as mulheres a tempos, se providências não forem tomadas, os praticantes desses atos horríveis continuaram impunes e ainda menosprezando tais ações, que causam sérios danos em que é vítima.

Somente quando forem rigorosamente punidos, e excluídos do meio da saúde, os indivíduos que tem em seu dia a dia estas condutas nocivas e que poderemos construir um meio mais acolhedor e puro, para que as mães de nossa sociedade e nossas crianças

possam vir ao mundo com a total dignidade que merecem e que a lei os assegura.

Nesse dia não será preciso mudar o nome da prática, pois está será extinta, que melhor remédio para um mal que extirpá-lo, ao invés de apenas remediar, ao invés de nos preocuparmos com designações e impacto social que a ventilação da dura realidade gera, devemos pensar exclusivamente nas pessoas e defender seus direitos, doa a quem doer, somente dessa forma que conseguiremos materializar a realidade que almejamos para todos nós como cidadãos.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou na presente pesquisa a violência obstétrica ocorre de diversas formas e em diversos momentos, em vários meios, praticado por muitas pessoas diferentes. O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise clara de como a violência em especial a violência obstétrica, gera danos a mulher. Neste sentido, verificou-se que a crueldade praticada durante a violência obstétrica vem sendo passada por despercebido muitas vezes pelas mulheres, uma vez que elas acham que aquele comportamento, aquele tratamento recebido é normal durante o parto e até mesmo antes e após ele.

Outrossim, cabe salientar que tal prática só existe pois há uma falta de informação dos direitos da mulher, à vista disso, tem-se que os agressores da mulher podem ser desde família a amigos até as pessoas responsáveis pelos atendimentos durante seu estado gestacional.

Essas condutas ferem diretamente os direitos da mulher, e conforme verificado, tais condutas são severas para o desenvolvimento gestacional, e as consequências dão-se em curto ou longo prazo, e são contabilizadas por meio de danos físicos, comportamentais, emocionais e sexuais com reflexos na vida presente e futura da vítima.

Mesmo com algumas legislações existentes que servem como medidas para inibição da prática, ainda há lacunas que devem ser sanadas para combater o feito. Cumpre aqui dizer que há muitas vezes um acobertamento do crime de violência obstétrica, vistos que muitas vezes o agente sabe que seu subordinado está cometendo um crime no atendimento quando age com violência de qualquer tipo contra mulher em trabalho de parto, entretanto cala-se ou até mesmo concorda com o procedimento utilizado, fazendo a mulher acreditar que aquilo era o melhor que se podia fazer.

Sendo assim Estado e sociedade devem se unir para o combate desse crime que assola as mulheres, a sociedade deve sempre denunciar quando deparar-se com tal crime e o Estado deve agir com mais rigor, legislando com leis específicas sobre o assunto, punindo assim toda a rede que pratica a violência obstétrica contra mulher. Portanto, entende-se que essas práticas precisam ser combatidas de maneira veemente, competindo essa tarefa ao Estado, família e a sociedade, todos responsáveis pela promoção do melhor interesse

da mulher gestante. Esse melhor interesse em nada combina com violência obstétrica, que deve ser terminantemente repudiada por todos os autores encarregados da proteção integral da mulher.

Considerando os pontos abordados no artigo, vê-se a necessidade de que as leis que estão em tramitação sejam aprovadas, visto há urgência de uma norma que venha suprir a falta de legislação nesse contexto, onde venha uma nova norma a equiparar-se com a lei Maria da Penha e sua ação em seu viés específico, entretanto que ao invés de legislar sobre violência doméstica, verse sobre violência obstétrica, buscando a proteção da mulher gestante e a punição daqueles que com violência agem contra a mulher em estado gestacional.

No mesmo segmento também há uma necessidade maior de divulgação para gestantes sobre seus direitos antes, durante e após o parto, vistos que muitas mulheres desconhecem o mínimo de direitos que possuem, tais como, o direito de ter um acompanhante durante o parto conforme o guia de boas práticas de atenção ao parto, ter acesso ao atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério, acompanhamento pré-natal adequada, saber e ter acesso a maternidade que será atendida no momento do parto.

Também terá direitos conforme o Programa de Humanização no Pré- Natal e Nascimento (PHPN), Lei Federal nº 11.108, de 07 de abril de 2005, Lei do acompanhante e a rede cegonha, sendo que todas contribuem para um fim específico que é gerar um ambiente mais humanizado e garantir que os direitos da mulher em estado gestacional sejam respeitados, sendo imprescindível para que possamos cada vez mais garanti-los e cumpri-los, a presença e atenção da sociedade como um todo e do estado, cada um fazendo sua parte e trabalhando de forma harmônica.

Bem como também que as gestantes passem cada vez mais a exigir e fazer valer seus direitos, denunciando sem medo quando houverem transgressões, não aceitando jamais caladas nenhum tipo de conduta abusiva e certamente criminoso e desumano que por vezes conforme relatos muitas recebem, em um dos momentos mais importantes de suas vidas, sendo que quem comete a violência obstétrica contra a mulher está cometendo um crime contra toda uma sociedade e contra todos nós, homens ou mulheres, pais ou mães e deverá sofrer o rigor da lei.

## **DEDICATÓRIA**

Hoje neste dia pleno e especial venho agradecer, em primeiro lugar a Deus, nosso pai celestial, que nos abençoa a cada dia com o dom da vida e com abundância de graças em todos os sentidos de nossa existência, tornando-nos assim pessoas cada vez mais realizadas em nosso caminho.

Embora seja este por vezes árduo, nele encontramos ajuda, pessoas, instituições e

situações que são colocados(as) em nosso caminho para que possamos crescer e evoluir na nossa jornada, e assim crescermos muito mais que intelectual e mentalmente, mas como pessoas.

E esse calor humano que a Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) nos fornece, com seu sistema diferenciado de tratar os seus integrantes, com o acolhimento que tem com cada um em especial, dando a cada aluno, professor e colaborador a certeza de serem cada um especial em sua função.

Preciso expressar aqui meu mais nobre agradecimento a esta instituição que me deu o suporte e apoio para concretização de um sonho agora mais próximo a cada dia que se passa, e conjuntamente com está venho demonstrar meu mais afetuoso sentimento a cada professor, que enriqueceu minha jornada, fazendo de mim uma pessoa mais completa a cada ensinamento, tanto no âmbito jurídico, quanto pessoal, deixando em ressalva minha orientadora que se fez disponível plenamente ajudando-me na elaboração do presente trabalho.

Agradeço a todos meus amigos pelo apoio nos momentos de dificuldade, pela parceria nos longos dias ao decorrer de minha formação, bem como aos funcionários que tornem mais agradável e possível nossos dias e noites de estudos, minha profunda gratidão por todo carinho com o qual sempre laboraram.

Por fim que deixar o meu puro e sincero obrigado a toda minha família, e as pessoas que me desejam e querem bem, pois são estas que tornam possível todas as realizações alcançadas em minha vida, sendo cada um portador do meu incondicional amor, a todos vocês eu deixo o desejo de uma vida realizada e plena e o meu incondicional carinho, pois nada que eu faça ou diga poderá demonstrar a real importância de cada um em minha vida, que o futuro só nos traga bênçãos e vida em abundância.

## REFERÊNCIAS

Aguiar, J. M. (2010). **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. Tese de Doutorado, Programa de Pós graduação em Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, SP. Andrade, B. P. & Aggio, C. M. (2014, maio).

ALVES, A. C. F.; ALVES, A. K. da S. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres**. 2013. Disponível em: <[http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos\\_completos/69\\_17225-08072013-161937.pdf](http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos_completos/69_17225-08072013-161937.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2019.

ANDRADE, Briena Padilha. **Violência obstétrica: a dor que cala**. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 27 a 29 de maio, Florianópolis, 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 08 de maio. de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)>. Acesso em 15 de maio. de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**: Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Violência Obstétrica é Violência Contra a Mulher. Mulheres em luta pela abolição da violência obstétrica**. São Paulo, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22º Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

CORRÊA, Sônia. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico- conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/Dir\\_Sau\\_Rep.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dir_Sau_Rep.pdf). Acesso em 12 junho. 2019.

DAHLBERG, Linda L. KRUG Etienne G. **Violência**: um problema global de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, 11(Sup), Atlanta/GA, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Violência Obstétrica, você sabe o que é?** Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher e Associação Artemis, São Paulo, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIOCRUZ, Instituto. **Nascer no Brasil**. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados2/>. Acesso 12 fev. 2019.

MOURA, Elisângela Santos. **O direito a saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13440&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440&revista_caderno=9). Acesso em 19. Maio. 2019.

SOUZA, João Paulo Dias de. **As diferentes faces da violência obstétrica**. Disponível em: <http://saudenacomunidade.org/2015/03/03/resc2015-e84/>. Acesso em 14. Março. 2019.

SADLER, Michelle, **Moving Beyond Disrespect and abuse: Addressing the structural Dimension of Obstetric violence**, *Reproductive Rights Matters*, Volume 24, 2016, Issue 47.

SOUZA, Mércia Cardoso. **A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência Contra a Mulher** (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7874](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7874). Acesso em 06. Março. 2019.

ZILETO, Elvio. Violência obstétrica: **a dor que cala**. In **Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas** (pp. 01-07), Londrina: Universidade Estadual de Londrina. ISSN: 2177-8248. [http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3\\_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf](http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf)Acesso em 02 de janeiro, 2019.

## O SUPERENDIVIDAMENTO E O DIREITO À (DES)INFORMAÇÃO - UMA ANÁLISE DO PARCELAMENTO AUTOMÁTICO DO CARTÃO DE CRÉDITO FRENTE AO CDC

Data de aceite: 26/11/2021

### Louíse de Oliveira Chaves

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia  
Vitória da Conquista- Bahia  
<http://lattes.cnpq.br/6068440028564072>

### José Carlos Melo de Miranda

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia  
Vitória da Conquista- Bahia  
<http://lattes.cnpq.br/7794861819634142>

**RESUMO: INTRODUÇÃO** Vive-se na sociedade de consumo, onde a felicidade atrela-se à posse material (BAUMAN, 2008). Contudo, a estimulação ao consumo não acompanha-se da conscientização do consumidor, mas da diminuição da solvabilidade dos cidadãos, fomentando o superendividamento, atrelado à facilitação irresponsável do fornecimento de crédito pelas concessionárias, que minora as chances de real adimplemento pelo consumidor. **OBJETIVOS.** Busca-se conceituar “superendividamento” como fenômeno da atualidade e, após, entender o uso do Código de Defesa do Consumidor, especificamente o direito à informação, para minorar tal situação, para, enfim, entender como o parcelamento automático se enquadra como fator de reiteração do superendividamento. **PROBLEMÁTICA.** O superendividamento é “...impossibilidade global de o devedor, pessoa física, consumidor, leigo e de boa fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo...” (MARQUES, 2006), com fatos geradores diversos, relacionando-se

com facilitação do acesso ao crédito, sem todas as informações necessárias e a manutenção do estado de devedor. Ante a existência da relação consumerista, utiliza-se o CDC para dirimir tal quadro. Um dos meios de “manutenção” do crédito é o parcelamento automático do crédito em cartão. Tal situação é favorável à manutenção da “economia da dívida” (BERTONCELLO, 2015) e agride o princípio da informação (art. 6º, III, CDC), pois o consumidor não é informado de como esta progredirá, sem poder escolher a forma menos onerosa de quitação, perdurando o endividamento. **METODOLOGIA.** Esse artigo conta com revisão bibliográfica de artigos científicos, além de obras de cunho jurídico e filosófico sobre o tema, além de análise jurisprudencial do tema. **RESULTADO.** O superendividamento, agravado pela tentativa de democratização do crédito irregular, sem preocupações informativas, tem como agravante o parcelamento automático do crédito em cartão, que, desrespeitando o direito à informação, o superendividado não escolhe a forma de enfrentamento do débito, além de fomentar a falsa ilusão de poder de compra.

**PALAVRAS-CHAVE:** Superendividamento. Direito à informação. Parcelamento automático.

### OVERINDEBTNESS AND THE RIGHT TO (DIS)INFORMATION: AN ANALYSIS OF THE AUTOMATIC INSTALLMENT OF THE CREDIT CARD IN FRONT OF THE CDC

**ABSTRACT: INTRODUCTION** We live in a consumer society, where happiness is linked to material possession (BAUMAN, 2008). However, the stimulation of consumption is

not accompanied by consumer awareness, but by a reduction in the solvency of citizens, fostering over-indebtedness, linked to the irresponsible facilitation of the provision of credit by borrowers, which reduces the chances of real payment by the consumer. **OBJECTIVE.** The aim is to conceptualize “over-indebtedness” as a current phenomenon and, after, understand the use of the CDC, specifically the right to information, to alleviate this situation, to finally understand how automatic payment in installments fits as a reiteration factor of over-indebtedness. **PROBLEM.** Over-indebtedness is “...the global impossibility of the debtor, individual, consumer, lay person and in good faith, to pay all their current and future consumer debts...”(MARQUES, 2006), with several generating facts, relating to facilitate access to credit, without all the necessary information and maintenance of debtor status. In view of the existence of the consumerist relationship, the CDC is used to resolve this situation. One of the means of “maintenance” of credit is the automatic payment in installments of credit cards. This situation favors the maintenance of the “debt economy” (BERTONCELLO, 2015) and attacks the principle of information (art. 6, III, CDC), as the consumer is not informed of how it will progress, without being able to choose the least discharge, with the indebtedness continuing. **METHODOLOGY.** This article includes a bibliographic review of scientific articles, as well as legal and philosophical works on the subject, besides a jurisprudential analysis. **RESULT.** Over-indebtedness, aggravated by the attempt to democratize irregular credit, without informational concerns, has as an aggravating factor the automatic payment in installments of credit on a card, which, disregarding the right to information, over-indebted persons do not choose how to deal with the debt, in addition to promoting false illusion of purchasing power. **KEYWORDS:** Over-indebtedness. Right to information. Automatic installment.

## 1 | INTRODUÇÃO

De acordo com Zigmund Bauman (2008), vive-se atualmente o que se conhece como sociedade de consumo, que promove, encoraja e reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, enquanto rejeita todas as opções culturais alternativas, na qual o próprio conceito de felicidade atrela-se à posse de bens, tendo em vista que o desejo pela mercadoria estaria correlacionado à promessa de satisfação dos desejos e inclusão do ser na sociedade, de forma que o *cogito* de Descartes, atualmente, consubstanciar-se-ia em “compro, logo sou um sujeito”.

No entanto, a geração de insatisfação permanente dos consumidores como forma de manutenção e elevação do padrão de consumo (BAUMAN, 2008), não é acompanhada de aumento gradual da renda dos consumidores, até mesmo porque esta não é - e nunca será - suficiente para aquisição de todos os bens que são ofertados para satisfação pessoal e inclusão social, de forma que a concessão de crédito se torna imprescindível para conseguir a satisfação imediata dos desejos consumeristas e para o desenvolvimento econômico da sociedade (MENDONÇA, 2019).

Assim, Michele Mendonça (2019) indica que a aquisição de crédito para consumo torna-se prática costumeira, além de aceita pela sociedade, como forma de incrementação da capacidade aquisitiva, mesmo com a estagnação da renda do sujeito. No entanto,

a autora entende que pode haver relação direta entre o avanço do endividamento das famílias e manutenção da economia.

Ainda, a mesma argumenta que, apesar da concessão de crédito, quando bem utilizada, ser benéfica à sociedade e ao consumidor, esta não é a realidade da maioria dos brasileiros. Em verdade, o problema surge quando este crédito começa a ser utilizado como complementação da renda, gerando o consumidor endividado.

Conforme a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) em dezembro de 2020, 66,3% dos consumidores brasileiros estavam endividados, indicando um aumento crescente anual de 0,7% de endividados por ano, o que fomenta a tese de que a utilização desmedida do crédito como complementação da renda familiar não está contribuindo para saúde financeira dos brasileiros, mas sim aumentando seus débitos.

Desta feita, a dependência ao cartão de crédito e sua utilização sem a devida informação têm ocasionado o aumento das dívidas dos cidadãos que, erroneamente, na busca incessante de se manter no ciclo social e consumista, não percebem o “precipício” econômico do parcelamento automático do cartão de crédito, apenas apegando-se na falsa sensação de poder aquisitivo.

## 2 | DESENVOLVIMENTO

O superendividamento, fenômeno que vem se tornando cada dia mais comum no Brasil atual, para Fabio Andrade e Tais da Rosa (2015), em seu artigo “Notas Sobre a Tutela do Consumidor Superendividado no Brasil: um novo caso de proteção da pessoa contra si mesmo (atualidades e perspectivas)” resume-se somente na impossibilidade econômica de cumprir com suas obrigações de forma a sanar seus débitos.

Já para Claudia Lima Marques (2009), o superendividamento seria a impossibilidade de um devedor, na condição de pessoa física e na posição de consumidor leigo na relação de consumo, pagar as dívidas que contraiu, tanto as vencidas quanto as vincendas, desde que as tenha contratado de boa-fé.

Porquanto, entende Andreza Pereira (2019) que o superendividamento é uma condição na qual o consumidor, como pessoa física, contraiu débitos superiores à sua capacidade de adimplemento, não podendo honrar com pagamentos imediatos ou futuros, referentes também às obrigações diferidas que contrai.

O art. 54-A,, §1º, do CDC, passou a dispor o que se entende por superendividamento:

*art. 54-A.* Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

Esta situação de superendividamento, além de causar prejuízos financeiros, mentais e, até mesmo, o possível adoecimento do devedor, é insustentável para uma economia futura, ante ao reconhecimento de que, ao tornar-se devedor, este consumidor não mais será parte ativa na economia, fazendo com que a administração pública arrecade menos e o PIB perca seu ritmo de crescimento, o que pode gerar uma recessão, conforme indicado por Anderson Pellegrino, professor de economia da IBE Conveniada FGV.

Os motivos que levam ao superendividamento são diversos, como o desemprego, uma doença, falecimento na família, divórcio, contração de dívidas para pagar outras dívidas e empréstimos. Segundo o Idec, o cartão de crédito é a principal fonte de dívidas das famílias, seguido pelo carnê e pelo financiamento de veículos.

O cartão de crédito é:

“[...] um instrumento de pagamento eletrônico de varejo que permite ao seu portador adquirir bens e serviços nos estabelecimentos credenciados, [...]. Para tanto, o portador dispõe de limite de crédito para cobrir despesas de compras e saques em espécies. Neste caso é cobrada tarifa fixa mais encargos diários, que devem ser pagos na fatura mensal ou podem ter seu pagamento antecipado, sendo os encargos, até então devidos cobrados na fatura seguinte.” (ABECS, 2010).

Conforme o indicado pela Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços (ABECS) no trabalho “Mercado de cartões de pagamentos no Brasil”, existem quatro formas de pagamento do cartão de crédito: pagamento da fatura com o valor integral, na data do vencimento; pagamento do valor indicado como pagamento mínimo, que, geralmente, corresponde a 20% do valor integral da fatura e utiliza o chamado “crédito rotativo”; pagamento maior do que o mínimo; parcelamento da compra, com eventuais acréscimos de juros no parcelamento.

O crédito rotativo, entendido como financiamento do saldo da diferença, é:

“[...] a forma de financiamento automático, em caso de pagamento inferior ao valor total mas superior ao valor mínimo, da fatura mensal, o saldo restante passa, imediatamente, ao crédito rotativo. Ele passa a ser corrigido pela taxa de juros fixada pelo emissor, geralmente, banco, até que ocorra o pagamento integral.” (ABECS, 2010).

É neste que reside o problema foco deste artigo. No momento em que não há o pagamento do crédito rotativo na fatura seguinte, esse crédito é, em regra, automaticamente parcelado pela empresa tomadora. Esta situação somente é descoberta pelo consumidor endividado no momento do recebimento da próxima fatura do cartão, na qual aparecerá o valor parcelado, com acréscimos de juros, que muitas vezes são exorbitantes. Já quanto ao devedor superendividado, esta situação, além de possível geradora do fenômeno, pode também agravá-lo, tendo em vista que, ante a automaticidade da situação, o endividado não pode escolher como enfrentar a dívida, de modo que somente perdura esta no tempo e a aumenta, tendo em vista a incidência dos juros.

Tal situação, quando levada ao Poder Judiciário, foi decidida pela 3ª Turma Recursal do TJ/BA, que manteve a sentença que reconheceu a licitude do parcelamento automático da fatura de cartão de crédito em caso de inadimplência de consumidora que fez o pagamento parcial, ante a existência dos arts. 1º e 2º da Resolução nº 4.549/2017, do Banco Central, que prediz:

*Art. 1º O saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, quando não liquidado integralmente no vencimento, somente pode ser objeto de financiamento na modalidade de crédito rotativo até o vencimento da fatura subsequente.*

*Parágrafo único. O financiamento do saldo devedor por meio de outras modalidades de crédito em condições mais vantajosas para o cliente, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros, pode ser concedido, a qualquer tempo, antes do vencimento da fatura subsequente.*

*Art. 2º Após decorrido o prazo previsto no caput do art. 1º, o saldo remanescente do crédito rotativo pode ser financiado mediante linha de crédito para pagamento parcelado, desde que em condições mais vantajosas para o cliente em relação àquelas praticadas na modalidade de crédito rotativo, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros.*

*§ 1º A previsão da linha de crédito de que trata o caput pode constar no próprio contrato de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.*

No entanto, ousando discordar, compreende-se que tal entendimento e tal normativa ferem o princípio da informação, indicado no art. 6º, III, do Código do Consumidor, e constitucionalmente previsto, de forma que não poderia ser aplicado.

Conforme Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2013), o Código do Consumidor (CDC):

*[...] constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. [...]. Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social."*

De acordo com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o CDC parte da ideia de afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, de forma a garantir a igualdade formal-material entre os sujeitos da relação jurídica de consumo (REsp. 586.3 16 /MG). Para consubstanciar tal dever, surge o direito da informação, expresso no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, e concretizado no art. 6, III, do CDC, tornando-se um princípio norteador de tal *Codex*.

Jorge Sodré, no artigo "A informação como direito fundamental do consumidor na sociedade da informação" (2012), indica que o princípio da informação cumpre a necessidade de eliminar a crise de desconfiança existente na pós-modernidade, pois,

pela informação objetiva, clara, em linguagem adequada e simples, o consumidor, ao estar ciente do produto/serviço a ser contratado e seus limites, opta pela aceitação ou não da oferta apresentada. Ele ainda esclarece que a informação pode ser entendida como instrumento de liberdade, reforçador da boa fé, da probidade e da igualdade, protegendo o consumidor em sua dignidade, para conhecer todos os aspectos técnicos necessários para a construção da sua vontade.

O direito à informação, conforme preleciona o doutrinador Manuel Aparicio no livro “Contratos: presupuestos” (2016), tem um duplo objetivo: o de afirmar que o consumidor dará o consentimento ponderado e que tem o conhecimento necessário para o emprego e uso satisfatório destes. Já para Ricardo Luis Lorenzetti, na obra “Fundamentos de Direito Privado” (1998), este entende que a norma delimita o poder e a participação, dividindo-se em duas fases sobre a informação, que importa no direito de informar e no direito de ser informado.

Quanto a este direito de ser informado, entendido por Cláudia Lima (2013) como dever de prestar informação, dialogando com as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/Brasilcon, expõe-se que:

“[...] não se restringe à fase pré-contratual da publicidade, [...] mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6.º, III), especialmente no momento da cobrança ele dívida (a contrario, art. 42, parágrafo único, c/c art. 6.º, III), ainda mais em contratos cativos de longa duração, como os de planos de saúde, os contratos bancários, de financiamento, securitários e ele cartão ele crédito, pois, se não sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se contínua; se não sabe quanto pagar ou se houve erro na cobrança ou se está discutindo quanto pagar, necessita a informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Nestes momentos informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa-fé.

Assim, ante ao entendimento de que a contratação do cartão de crédito, que gera o problema do parcelamento automático do rotativo, é uma relação jurídica de consumo, a estas devem ser aplicadas as normas do Código do Consumidor, e, por consequência, seguir os seus princípios norteadores. Neste caso, em especial, questiona-se o rompimento do dever de informação (que compõe o princípio da informação), ante a percepção de que tal parcelamento é automático.

Por conseguinte, focando no superendividado, este, que já não possui a capacidade de adimplir com suas dívidas atuais e futuras, não poderá escolher a forma de enfrentar a dívida contraída no cartão. Seus juros e número de parcelas do débito não pago aparecem independentemente de consulta ou negociação, sendo impossível indicar que, para este, foi uma escolha livre e consciente. Sem tais informações, como poderá o consumidor criar uma estratégia de controle de gastos e pagamentos?

Corroborando com tal pensamento, parte minoritária da jurisprudência vem entendendo que assim deve ser aplicado:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO PAGA INTEGRALMENTE - RESOLUÇÃO Nº 4.549 BACEN - PARCELAMENTO AUTOMÁTICO - AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO** - O parcelamento automático do débito de fatura de cartão de crédito não paga integralmente só pode ser considerado válido quando a instituição financeira comprova que o consumidor tenha sido cientificado dessa ocorrência caso não opte por outro plano de parcelamento - O parcelamento automático do débito de fatura de cartão de crédito não paga integralmente deve ser invalidada quando não houver ciência do consumidor, pois infringe o dever de informação ao consumidor, tornando o débito demasiadamente oneroso e desvirtuando a finalidade da resolução do BACEN nº 4.549 - Uma vez anulado o parcelamento automático, a dívida originária, objeto do parcelamento, deve ser restaurada. (TJ-MG - AC: 10000205009699001 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 23/09/2020, Data de Publicação: 24/09/2020).

### 3 | CONCLUSÃO

Bauman (2008) informa que, na sociedade atual, o consumo excessivo é ensinado como sinal de sucesso, que conduz ao “aplausos público e à fama”, além do que possuir e consumir objetos específicos e praticar determinados estilos de vida são condições necessárias para a sociedade. Esta situação propicia o surgimento e agravamento do fenômeno conhecido como superendividamento, que é, em síntese, a impossibilidade global de o consumidor, pessoa física e de boa fé, de adimplir com suas dívidas atuais e futuras (MARQUES, 2009), pois o incentivo ao consumo desenfreado e desmedido é uma das causas e agravantes de tal situação.

O superendividamento, fruto de uma ou mais relações de consumo, possui em suas causas as mais diversas situações. Desemprego, descontrole, dívidas, doenças, empréstimos, óbitos, fechamento de negócios. Entretanto, como principal causa no Brasil, encontra-se o uso do cartão de crédito. É óbvio que o crédito, quando bem utilizado, é necessário na nossa sociedade, como forma de fomento à economia. Entretanto, seu mau uso é um gatilho para o superendividamento ou para crescimento de dívidas já existentes.

Assim, como forma de exemplo e tópico foco do artigo, surge o problema do parcelamento automático do débito existente na fatura do cartão de crédito quando não pago na data acertada. O que ocorre é que no momento em que o consumidor não paga integralmente a fatura, inicia-se o uso do crédito rotativo. Este crédito, quando não pago na próxima fatura, é, como costumemente feito pelas tomadoras, parcelado automaticamente, com acréscimo de juros. Tal situação não é passada ao consumidor, que somente vem a descobrir tal parcelamento no momento do pagamento da próxima fatura. Infelizmente, esta prática encontra-se de acordo com a Resolução nº 4.549/2017 e jurisprudência majoritária.

Argumentando-se contra esta situação, vem a indicação de que, como relação consumerista, este parcelamento deverá seguir o Código do Consumidor, que tem como um de seus norteadores o princípio da informação, expresso no art. 6, III, CDC. Ainda, este direito não somente atinge a fase pré-contratual da relação, mas também a sua fase de execução, que, em muitos momentos, é diferida (MARQUES, 2013).

Assim, minimamente, torna-se necessário que as empresas concessionárias, antes de proceder com o parcelamento, cientifiquem o consumidor. No entanto, como forma de consubstanciar materialmente o princípio da informação, essas deveriam aguardar a resposta destes, tendo em vista que haveria a possibilidade de negociação das dívidas. Ainda, deveriam informar os juros e números de parcelas, com o valor total a ser pago.

Espera-se que tal situação melhore com a promulgação da Lei 14.181/2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, de forma a aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. No entanto, a mesma somente fala acerca da fase pré-contratual das relações de consumo, de forma que se tornará necessária a aplicação por analogia do art. 54-B, § 3º, do CDC, quanto aos contratos de cartão de crédito, que possuem execução diferida, já que o mesmo dispõe:

*Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:*

*§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37 deste Código, a oferta de crédito ao consumidor e a oferta de venda a prazo, ou a fatura mensal, conforme o caso, devem indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.*

Desta feita, espera-se que o princípio da informação comece a ser mais efetivado nos momentos de parcelamento do rotativo do débito em cartão de crédito, tendo em vista que tal ato onera e agrava a situação dos superendividados, que se veem, cada vez mais, sem perspectivas de verem um novo início, uma libertação das suas dívidas e possibilidade de quitá-las.

## REFERÊNCIAS

BARTONCELO, Káren. **Superendividamento do Consumidor- mínimo existencial- casos concretos.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2008.

BERTONI, Gabriella. **Como a quantidade de endividados impacta a economia do país?** Disponível em: <https://financasfemininas.com.br/como-a-quantidade-de-endividados-impacta-a-economia-do-pais/>. Acesso em 27/08/2021

BRASIL. Lei 14.181, de 01 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.html). Acesso em: 29/08/2021

COSTA, F. N.; COSTA, C. A. N.; OLIVEIRA, G. C., orgs. **Mercado de Cartões de Pagamento no Brasil**. São Paulo, 2010.

MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antonio H. V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MENDONÇA, Michele. **Consumidor Superendividado: visão sociológica, jurídica, e instrumentos de proteção**. 1ª edição. Rio de Janeiro: e-book. 2019.

PEREIRA, Maria Luiza. **Descontos e novos prazos ajudarão 30 milhões de endividados, diz pesquisa**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/07/27/lei-do-superendividamento-ajudara-30-milhoes-de-brasileiros-diz-pesquisa.htm>. Acesso em: 27/08/2021

SODRÉ, Jorge *et. al.* **Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Florianópolis: GEDAI. 2012.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel A. N. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2018.

**.Justiça valida parcelamento automático da fatura do cartão de crédito**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349790/justica-valida-parcelamento-automatico-da-fatura-de-cartao-de-credito>.

TJ-MG - AC: 10000205009699001 MG. **Apelação Cível - Ação Ordinária - Fatura De Cartão De Crédito Não Paga Integralmente - Resolução Nº 4.549 Bacen - Parcelamento Automático - Ausência Do Dever De Informação**. Relator: Pedro Aleixo. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933312454/apelacao-civel-ac-10000205009699001-mg>.

## O TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO NO BRASIL

*Data de aceite: 26/11/2021*

*Data de submissão: 06/09/2021*

### **Aymina Nathana Brandão Madeiro Scala**

Faculdade CERS  
Recife - Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/5329893792885422>

### **Letícia Roberta Medeiros Pirangy de Souza**

Faculdade CERS  
Recife - Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/0628633742911046>

### **Maria Amália Oliveira de Arruda Camara**

Faculdade CERS  
Recife - Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/2714417044890847>

### **Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho**

Faculdade CERS  
Recife - Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/9389896835316686>

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é analisar como o teletrabalho impacta o direito fundamental à desconexão do trabalhador brasileiro. A sociedade do conhecimento está cada vez mais dependente da internet e dos ambientes virtuais. Ao tratar da seara laboral, percebe-se que o teletrabalho é um dos exemplos de crescimento exponencial de trabalho informatizado, baseado na sociedade digital hodierna. O advento da pandemia de Covid-19 potencializou o implemento desta modalidade laboral ao fazer com que necessariamente os

indivíduos passassem a trabalhar nas suas residências. O método utilizado foi o dialético, visto que considerou a busca dos nexos constitutivos da realidade a ser pesquisada utilizando-se de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e legislação nacional, captando contradições acerca do objeto ao longo do tempo e como isso impacta no processo investigativo e culmina no que se observa na realidade. A pesquisa tem caráter qualitativo quanto à abordagem, exploratória quanto aos objetivos, bibliográfica e documental quanto aos procedimentos. Compreende-se que a sociedade da informação e os avanços tecnológicos são uma realidade com a qual os trabalhadores precisam conviver e adaptar-se. Sendo assim, conclui-se pela necessidade de normas específicas para o teletrabalhador, bem como políticas públicas que fortaleçam a compreensão sobre a importância do descanso enquanto direito fundamental.

**PALAVRAS - CHAVE:** Teletrabalho; sociedade digital; direito à desconexão.

### **TELEWORK AND THE RIGHT TO DISCONNECTION IN BRAZIL**

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze to what extent telecommuting impacts the fundamental right to disconnection of the Brazilian worker. The knowledge society is increasingly dependent on the Internet and virtual environments. When dealing with the labor field, we realize that telework is one of the examples of exponential growth of computerized work, based on today's digital society. The advent of the Covid-19 pandemic has boosted the

implementation of this type of work by making it necessary for individuals to work from their homes. The dialectical method was used, since it considered the search for the constitutive links of the reality to be researched using data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics - IBGE and national legislation, capturing contradictions about the object over time and how this impacts the investigative process and culminates in what is observed in reality. The research is qualitative as to its approach, exploratory as to its objectives, bibliographical and documental as to its procedures. It is understood that the information society and technological advances are a reality with which workers must live and adapt. Therefore, we conclude that there is a need for specific norms for teleworkers, as well as public policies that strengthen the understanding of the importance of rest as a fundamental right.

**KEYWORDS:** Telework; digital society; right to disconnection.

## 1 | INTRODUÇÃO

A dinâmica social demanda que os indivíduos acompanhem as evoluções tecnológicas, em especial, para este trabalho, das Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC's que viabilizam a execução do trabalho remoto com maior eficiência e agilidade.

O constante desenvolvimento das TICs traz à seara trabalhista novos desafios, principalmente considerando o caos e incerteza que se instaurou durante a pandemia provocada pela Covid-19, em que o trabalhador precisou adaptar-se rapidamente ao *home office*.

O teletrabalho está positivado no direito brasileiro, com definição no artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que considera neste regime, todo trabalhador que desempenhe suas atividades laborais predominantemente fora da empresa, utilizando tecnologia da informação e comunicação e que, pela natureza da atividade, não possa ser considerado trabalhador externo. (BRASIL, 1943).

Interessante a perspectiva trazida por Silva e Mendes (2019, p. 31), ao pontuar que: "O labor é importante para as sociedades ocidentais contemporâneas, pois tem um papel de influência direta em relação à motivação dos trabalhadores, sua satisfação e produtividade."

O objetivo do presente estudo é analisar como o teletrabalho impacta o direito fundamental à desconexão do trabalhador brasileiro. O método utilizado foi o dialético, visto que considerou a busca dos nexos constitutivos da realidade a ser pesquisada utilizando-se de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e legislação nacional, captando contradições acerca do objeto ao longo do tempo e como isso impacta no processo investigativo e culmina no que se observa na realidade. A pesquisa tem caráter qualitativo quanto à abordagem, exploratória quanto aos objetivos, bibliográfica e documental quanto aos procedimentos.

## 2 I SOCIEDADE DIGITAL E O MUNDO DO TRABALHO

Hodiernamente vive-se um período em que as revoluções tecnológicas acabam por conduzir diversas transformações na sociedade. Oportuno citar a Quarta Revolução Industrial como instrumento propulsor às evoluções atualmente vivenciadas. Schwab (2019) leciona que esta revolução se diferencia das anteriores justamente por ser dotada de maior velocidade, amplitude e profundidade e impacto sistêmico.

Um sistema produtivo que estampa com clarividência as características da Quarta Revolução Industrial é a indústria 4.0 (BERWANGER; SOUZA; VASCONCELOS FILHO, 2021, no prelo).

As transformações operadas pela ascensão do que se chama indústria 4.0 são consubstanciadas em processos digitais avançados, devidamente integrados e em constante automação, incorporando robôs automatizados, internet das coisas, *big data*, plataformas digitais etc. (ARBIX et al, 2017; RÜSSMANN et al, 2015; SCHWAB, 2019; SOUZA, 2020).

Conforme o entendimento de Silva (2013), a sociedade digital se refere ao conjunto de indivíduos que são diretamente dependentes e conectados às Tecnologias da Comunicação e Informação. Lipovetsky e Serroy (2010) entendem que essa sociedade partilha de uma mesma linguagem digital, criando e evoluindo sua forma de comunicação.

Segundo Del’Omo (2019), atualmente há um crescimento exponencial na dependência entre pessoas e máquinas, empresas e tecnologia, tornando essa interação uma necessidade básica diária. Isso impacta não apenas no cotidiano dos indivíduos, mas na forma com que o mercado de trabalho se desenvolve, onde as empresas buscam adequar os meios de produção a fim de potencializar seus ganhos e diminuir seus gastos.

O trabalho é condição inerente ao ser humano, algo indissociável, contudo, a flexibilização dos processos proporcionada pelas TIC’s institui uma nova forma de trabalho e, conseqüentemente, o trabalhador denominado como trabalhador de jornada flexível (ESTEVES; CONSENTINO FILHO, 2019; CASTELLS, 2020).

Os padrões que até então eram vistos como os mais avançados passam a ser substituídos por novas maneiras de se fazer e de se produzir coisas. (BERWANGER; SOUZA; VASCONCELOS FILHO, 2021, no prelo). É nesse cenário de mudanças estruturais no modo de trabalho que Mazali (2018, p. 408) destaca: “*When we talk about work in smart factories, the following terms are often recurrent: flexibility, passion, participation, responsibility, motivation, integration and team*”<sup>1</sup>.

O conceito de Trabalho Decente, formulado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT em 1999 é a junção de quatro objetivos estratégicos: promoção dos direitos no trabalho, geração de empregos produtivos e de qualidade, extensão da proteção social e fortalecimento do diálogo social (OIT, 1999).

<sup>1</sup> Quando falamos em trabalho nas fábricas inteligentes, os seguintes termos são recorrentes: flexibilização, paixão, participação, responsabilidade, motivação, integração e equipe (tradução livre dos autores).

Outro aspecto a ser considerado nesta questão é a influência da tecnologia na transformação das formas com que o mundo do trabalho está sendo reorganizado. As plataformas digitais de trabalho associadas ao chamado *home office*, altamente recomendado por conta do contexto complexo ocasionado pela pandemia de Covid-19 (LIMA, 2020), faz com que os trabalhadores que não conseguem uma vaga de emprego formal tenham o controle de seu tempo e de sua produção, configurando assim os chamados *freelancers*.

A precarização na atual conjuntura pode ser percebida em trabalhos que impõem jornadas extenuantes, metas inalcançáveis, que provocam no empregado a sensação de esgotamento físico e mental (NUNES, 2018), desrespeitando direitos fundamentais e desconsiderando a função social do trabalho.

### 3 I TELETRABALHO E A PANDEMIA POR COVID-19

Antes do advento da pandemia de Covid-19, aproximadamente 7,9% dos trabalhadores do mundo laboravam em suas residências, o equivalente a 260 milhões de pessoas (OIT, 2021). No decorrer da pandemia, o regime de teletrabalho se intensificou, em escala mundial, fomentando uma confusão entre os conceitos de teletrabalho e *home office*, uma vez que as medidas temporárias adotadas pela maioria dos governantes incluíam o *lockdown*, obrigando os mais diversos empregadores a fecharem suas portas, levando o trabalhador a desempenhar suas atividades laborativas remotamente de suas casas.

Segundo levantamento de dados feito pelo IBGE na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD Covid-19, no mês de maio de 2020, 13,3% dos indivíduos ocupados no Brasil exerceram o teletrabalho, o equivalente a 8,7 milhões de pessoas (IBGE, 2020).

Empresas, adeptas ao teletrabalho antes da pandemia ou não, precisaram se reorganizar rapidamente, tornando viável a execução das atividades laborais dos seus empregados por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs, incorrendo num *boom* do teletrabalho (OIT, 2020).

Embora não seja um conceito novo em si, é interessante observar que as configurações do regime de teletrabalho sofreram algumas alterações no período de pandemia, como por exemplo, a transformação de todo teletrabalho em *home office*, uma vez que os trabalhadores foram obrigados a permanecer em casa.

É oportuno destacar que *home office* e Teletrabalho não possuem o mesmo significado. O primeiro é espécie do qual o segundo é gênero. Ou seja, o *home office* é uma modalidade do teletrabalho, ocasião em que o trabalhador desempenha sua atividade laboral diretamente de sua residência (SOBRAT, 2020).

Garcia (2020), traz o teletrabalho como uma modalidade laboral especial, característico à sociedade moderna, diferente do trabalho à distância em função da utilização das TIC's para execução do trabalho e afirma que nesta modalidade a flexibilização da

jornada de trabalho é habitual, o que pode trazer prejuízos a outras dimensões da vida do teletrabalhador.

A legislação brasileira positiva o teletrabalho em seu artigo 75 - B<sup>2</sup>, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, delimitando e caracterizando o referido regime, com ênfase na utilização das TIC's e no desempenho das atividades.

O artigo 62, inciso III da CLT, desobriga o controle de jornada do teletrabalhador, o que endossa a disponibilidade destes trabalhadores a todo momento, numa hiperconexão à atividade laboral, majorando o tempo de trabalho e favorecendo a precarização do teletrabalho (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

Parahyba (2019, p. 71) afirma que: “A agregação da tecnologia no trabalho, ao invés de proporcionar ao ser humano maior tempo para o ócio, sociabilidade, capacitação, educação e convivência familiar, potencializou o ritmo de trabalho e reduziu o tempo livre.”.

As tecnologias de informação e comunicação que viabilizam este regime de trabalho, por vezes acabam por compelir o trabalhador a permanecer conectado e consequentemente disponível ao empregador, ainda quando deveria estar gozando de seu direito ao lazer, descanso, convívio social e familiar (PINTO, 2019).

Del’Olmo (2019), assevera que a dependência mútua entre os indivíduos e os avanços tecnológicos, nos mais diversos segmentos da vida humana, conferem à tecnologia o *status* de algo básico e essencial.

É nessa conjuntura que surge a necessidade de análise das condições em que o teletrabalho se dá, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pode ser considerado um direito universal, bem como o direito fundamental à desconexão, à saúde, ao meio ambiente do trabalho saudável e ao lazer, além da função social do trabalho (GHIRARDI, 2021; GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

## **4 | DIREITO À DESCONEXÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

O direito à desconexão na sociedade digital visa resguardar a essência humana, diante de um mundo hiperconectado, onde o trabalhador por meio das tecnologias de informação e comunicação, permanece conectado ao ambiente de trabalho onde quer que se encontre (MELO; RODRIGUES, 2018).

O artigo 6º, *caput* e o art. 7º, IV, da CF/88, trazem o direito ao lazer, lado a lado com o direito à saúde e ao trabalho, dentre outros direitos capazes de promover benefícios à condição social do trabalhador (BRASIL, 1988).

Apesar de não estar positivado, o direito à desconexão pode ser considerado um direito fundamental, correlato aos direitos de segunda geração delimitados pelo precursor Karel Vasak. Tais direitos, também conhecidos como direitos sociais são tidos como

---

<sup>2</sup> Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

obrigações do Estado para promover necessidades da sociedade de caráter econômico ou sociocultural (FARIAS, 2010).

O direito fundamental à desconexão promove a efetividade do direito fundamental ao trabalho, à saúde, ao lazer e à dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado fixar jornada de trabalho que permita ao trabalhador usufruir de seu direito ao não trabalho (SARLET, 2015; SOUTO MAIOR 2003).

UNI P&M (2020), apresenta o direito à desconexão como o direito do trabalhador de utilizar a internet, redes sociais, plataformas de resposta instantânea, sem se sentirem obrigados a lidar com nenhum assunto relacionado com o labor. O direito à desconexão viabiliza um maior equilíbrio entre as dimensões profissional e pessoal do trabalhador.

O direito ao não trabalho consagrado por Maior (2003), estabelece uma correlação entre os avanços tecnológicos inerentes à sociedade digital e o direito do indivíduo de desconectar-se do ambiente de trabalho e usufruir assim, efetivamente do direito fundamental ao lazer e à convivência social.

O Projeto de Lei nº 4.044/2020, de autoria do senador Fabiano Contarato (REDE/ES), propõe alteração do § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho.

O senador Contarato (2020), aduz “que o desenvolvimento tecnológico, que permitiu a criação de *smartphones* e de serviços de mensageria (*WhatsApp, Telegram* etc.), fez com que muitos empregadores impedissem seus empregados de gozar plenamente dos períodos de folga.”.

É em especial neste contexto de teletrabalho que as TIC’s acentuam a conexão constante do trabalhador, trazendo a obrigação de estar sempre disponível para atender as demandas de seu empregador, principalmente ao considerar o delicado momento econômico mundial, bem como a competitividade do mercado de trabalho (FARIAS, 2020).

Diante das exigências de um mercado de trabalho competitivo e instável, múltiplas habilidades são exigidas do indivíduo (KANAN; ARRUDA, 2013), o que pode fomentar o impulso de manter-se conectado às atividades laborativas, no afã de mostrar-se produtivo, bem como necessário ao empregador.

Importante observar que uma série de problemas de cunho mental vêm acometendo o trabalhador, a exemplo da Síndrome de *Burnout*, reconhecida pela OMS, em 2019 como um fenômeno ocupacional, sendo inserido na Classificação Internacional de Doenças - 11 - Classificação Internacional de Doenças.

A CID-11 que entrará em vigor a partir de 2022, define a Síndrome de *Burnout* como o resultado do estresse crônico no ambiente de trabalho, que não foi gerenciado com sucesso (ICD-11, 2019). A sobrecarga de trabalho traz prejuízos físicos, emocionais e mentais ao trabalhador que tem tolhido seu direito à preguiça<sup>3</sup>, conforme estabelece

3 Paul Lafargue defende que a paixão exacerbada pelo trabalho estimulada pelo mundo capitalista e sua elite, degrada

Lafargue (2016).

O desgaste que pode ser compelido ao trabalhador devido ao mal gerenciamento das atribuições laborais por parte dos líderes e gestores, bem como pelo clima e cultura organizacional negativos e de pressão constante, deve ser levado em consideração, no que tange à manutenção da saúde e qualidade.

O cenário atual, marcado pelo desemprego estrutural, insegurança, instabilidade, medo e trabalhadores sobrecarregados, aumentam exponencialmente os fatores psicossociais (SANTANA; SARQUIS; MIRANDA, 2020).

Han (2019) que trabalha com o conceito de sociedade do cansaço<sup>4</sup>, defende que o esgotamento mental do trabalhador contemporâneo é sobretudo fruto do sistema, que pressiona o indivíduo exaustivamente e marca o século XXI com as doenças neuronais, a exemplo da Síndrome de *Burnout*, ou síndrome do esgotamento profissional.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia por Covid-19 enfatizou a importância das novas tecnologias de informação e comunicação na viabilização das mais diversas áreas de trabalho.

O cenário atual não deve ser tomado como parâmetro para definir a funcionalidade do regime em comento, vez que o Covid-19 trata-se de calamidade sem precedentes que atingiu a todos numa escala global.

Percebe-se que as tecnologias da informação e comunicação têm grande potencial como formas de facilitar a execução de determinadas atividades, auxiliando o trabalhador a desempenhar seu trabalho sem a obrigação de estar na sede da empresa, numa espécie mais flexível de trabalho, característica à sociedade do conhecimento.

O direito à desconexão demonstra-se fundamental à efetividade da função social do trabalho, assim como à fruição plena dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados ao trabalhador, sendo muito mais que o direito ao não trabalho, mas sobretudo o fio que une saúde, qualidade de vida, lazer e dignidade.

O peso vindo da hiperconectividade do teletrabalhador, perpassa pela falta de legislação específica que proteja e regulamente o teletrabalho, pela cultura organizacional que fomenta e estimula essa hiperconexão e da inserção do teletrabalhador no rol daqueles incompatíveis com o controle de jornada, desobrigando o empregador, após a reforma trabalhista.

A presença do teletrabalhador no inciso III do artigo 62 da CLT, é incoerente com a tecnologia que caracteriza essa modalidade de trabalho, uma vez que o avanço das TICs, permite ao empregador um controle eficaz do tempo que o empregado leva para desempenhar suas obrigações, o período em que este permaneceu logado, os horários

---

e adoce os trabalhadores que ignoram seu direito a desconectar-se das obrigações laborais e usufruírem o que o autor denomina de direito à preguiça.

4 A sociedade do cansaço de Han é marcada pela pressão por desempenho, pelo desejo de maximizar a produção e que gera indivíduos depressivos, esgotados, que sofrem com o que ele descreve por infartos psíquicos.

precisos em que o mesmo realizou determinada tarefa.

Compreende-se que a sociedade da informação e os avanços tecnológicos são uma realidade com a qual os trabalhadores precisam conviver e adaptar-se. Sendo assim, conclui-se pela necessidade de normas específicas para o teletrabalhador, bem como políticas públicas que fortaleçam a compreensão sobre a importância do descanso enquanto direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

ARBIX, G.; SALERNO, M.S.; ZANCUL, E.; AMARAL, G.; LINS, L. M. O Brasil e a nova onda de manufatura avançada: o que aprender com Alemanha, China e Estados Unidos. **Novos estudos**. CEBRAP, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 29-49, Nov 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/nec/a/KvxYTQ5LFs3KZ6NJ8cFTJMq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 02/08/2021.

BERWANGER, J. L. W.; SOUZA, L. R. M. P de.; VASCONCELOS FILHO, O. de A. **Indústria 4.0, precarização do trabalho e (in)seguridade social: reflexões teóricas no contexto da COVID-19**. Revista Científica do Unirios, 2021. No prelo.

BONAVIDES, P. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 2, n. 3, p. 82-93, 30 jun. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534#:~:text=Destaca%20a%20paz%20como%20um,de%20supremo%20direito%20da%20humanidade>. Acesso em: 04/05/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/04/2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/173000266/artigo-75a-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4044 de 2020**, altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 03/06/2021.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 22ª edição, revista e ampliada. - São Paulo: Paz e Terra, 2020. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1).

CRISTIANO HABOWSKI, A.; CONTE, E. A teoria crítica da tecnologia em Andrew Feenberg. **CIET:EnPED**, São Carlos, maio 2018. ISSN 2316-8722. Disponível em: <https://cietenped.ufscar.br/submissao/index.php/2018/article/view/131>. Acesso em: 05/05/2021.

DEL'OLMO, F. S. **O Modelo Social Gerado pelos Avanços das Tecnologias de Informações e seus Desafios para a Cidadania**. In: Odete Maria de Oliveira; Florisbal de Souza Del'Olmo; José Francisco Dias da Costa Lyra; Péricles Stehmann Nunes. (Org.). *Relações Internacionais, Direito e Poder: Rede REdRI, Atores Emergentes, Cidadania Global*. 1ed. Curitiba, PR: Editora CRV, 2019, v. 1, p. 169-182.

ESTEVES, J. T.; COSENTINO FILHO, C. O teletrabalho na Lei n. 13467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 28-57, fev. 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/152270> . Acesso em: 28/04/2021.

FARIAS, C. R. C. A fragilização dos direitos fundamentais de segunda dimensão pelo poder judiciário e suas consequências sócio-jurídicas. Trabalho publicado nos **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE, Junho de 2010. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais\\_fortaleza.html](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais_fortaleza.html) . Acesso em: 04/05/2021.

FARIAS, F. V. **Tempos de trabalho, novas tecnologias e o direito à desconexão: um diálogo entre os sistemas jurídicos português e brasileiro**. Dissertação (Ciências Jurídico-Empresariais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/92759/1/FERNANDA%20VIDAL%20FARIAS%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20PDF.pdf>.> Acesso em: 03/06/2021.

FREITAS, C. C. G.; SEGATTO, A. P. Ciência, tecnologia e sociedade pelo olhar da Tecnologia Social: um estudo a partir da Teoria Crítica da Tecnologia. **Cadernos EBAPE.BR**. *On-line version*, ISSN 1679-3951. Cad. EBAPE.BR vol.12 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-39517420>. Acesso em 05/05/2021.

GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito do Trabalho**. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GHIRARDI, J. G. Depois da Razão: Crise da metafísica e desafios para a democracia contemporânea. **Revista Científica Disruptiva**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 50-64, 2021. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/97>. Acesso em: 21/07/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/27946-divulgacao-semanal-pnadcovid1.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 03/09/2021.

KANAN, L. A.; ARRUDA, M. P. de. A Organização Do Trabalho Na Era Digital. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, vol. 30, no. 4, Dec. 2013, pp. 583–591, [www.scielo.br/j/estpsi/a/RJcLpKbksMkFjHxSVCM8Mh/?lang=pt](http://www.scielo.br/j/estpsi/a/RJcLpKbksMkFjHxSVCM8Mh/?lang=pt), 10.1590/s0103-166x2013000400011. Acesso em: 10/05/2021.

LAFARGUE, P. **O direito à preguiça**: refutação do direito ao trabalho de 1848/ Paul Lafargue; tradução, apresentação e notas Alain François. - São Paulo: Edipro, 2016.

LIMA, R.C. Distanciamento e isolamento sociais pela Covid-19 no Brasil: impactos na saúde mental. *Physis*: **Revista de Saúde Coletiva**, v.30, p. 1 – 10, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/phys/a/nyq3wrt8qpWFsSNpbgYXLWG/?lang=pt>. Acesso em: 26/06/2021.

LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. (2010). **A Cultura-Mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Lisboa: Edições 70.

NUNES, T. C. **A precarização no teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. 2018. Edição do Kindle

OLIVEIRA, O. M. de; DEL'OLMO, F.; LYRA, J. F. D. da C.; NUNES, P. S. **Relações Internacionais, Direito e Poder**. Rede REdRI, Atores emergentes, Cidadania Global, V. I. Editora CRV, Curitiba – Brasil, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conferencia Internacional del Trabajo**, 87., 1999, Ginebra. Trabajo decente. Ginebra: OIT, 1999. 92 p. Memoria del Director General.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Teletrabalho durante e após a pandemia da** Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_771262.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_771262.pdf) . Acesso em: 16/04/2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho em domicílio: OIT defende melhor proteção para trabalhadores em domicílio**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_766231/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_766231/lang-pt/index.htm). Acesso em: 08/06/2021.

PINTO, R. P. de A. Direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 22, p. 69-82, 2019. <https://hdl.handle.net/20.500.12178/179930>. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/179930/2019\\_pinto\\_roberto\\_direito\\_desconexao.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/179930/2019_pinto_roberto_direito_desconexao.pdf?sequence=1). Acesso em: 20/04/2021.

RÜSSMANN, M.; LORENZ, M.; GERBERT, P.; WALDNER, M; JUSTUS, J.; ENGEL, P.; HARNISCH, M. **Industry 4.0: the future of productivity and growth in manufacturing industries**. Boston: BCG, 2015. Disponível em: [https://image-src.bcg.com/Images/Industry\\_40\\_Future\\_of\\_Productivity\\_April\\_2015\\_tcm9-61694.pdf](https://image-src.bcg.com/Images/Industry_40_Future_of_Productivity_April_2015_tcm9-61694.pdf). Acesso em: 02/08/2021.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019.

SILVA, E. de K. C. da; MENDES, F. P. **Uma análise do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da redução temporal ínfima dos intervalos intrajornadas**. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/048p2018/e0hza279/sp1DBGbWV3PbEI7Q.pdf> . Acesso em: 20/04/2021.

SILVA, V. T. S. da. **Sociedade Digital: o poder da multidão participativa**. Dissertação (Mestrado em Comunicação Estratégica: Publicidade e Relações Públicas). Universidade da Beira Interior, Covilhã, Portugal, 2013. Disponível em: [https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/1584/1/Tese\\_Mestrado\\_Vanessa\\_Silva.pdf](https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/1584/1/Tese_Mestrado_Vanessa_Silva.pdf). Acesso em: 02/09/2021.

SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. **Orientação para implantação e prática do teletrabalho e home office. O trabalho do Futuro chegou para ficar**. Nov. 2020. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2020/12/Cartilha-Teletrabalho.pdf>. Acesso em: 18/04/2021.

SOUTO MAIOR, J. L. **Do Direito à Desconexão do Trabalho**. São Paulo, 2003. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaiorm.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho.pdf](https://www.jorgesoutomaiorm.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf). Acesso em: 15/04/2021.

SOUZA, S.S. **Criação do curso de extensão “Conhecendo a Indústria 4.0 Sob o Olhar da Ciência”**. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional e Tecnológica). Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas, Manaus, 2020. Disponível em: [http://repositorio.ifam.edu.br/jspui/bitstream/4321/502/1/Conhecendo%20a%20industria%204-0%20sob%20o%20olhar%20da%20ciencia\\_Souza-2020.PDF](http://repositorio.ifam.edu.br/jspui/bitstream/4321/502/1/Conhecendo%20a%20industria%204-0%20sob%20o%20olhar%20da%20ciencia_Souza-2020.PDF). Acesso em: 02/09/2021.

UNI PROFESSIONALS AND MANAGERS, **Legislação sobre o direito à desconexão**. UNI GLOBAL UNION 8-10 Ave Reverdil, 1260 Nyon, Switzerland [www.uniglobalunion.org](http://www.uniglobalunion.org). Disponível em: [https://uniglobalunion.org/sites/default/files/imce/uni\\_pm\\_right\\_to\\_disconnect\\_pt.pdf](https://uniglobalunion.org/sites/default/files/imce/uni_pm_right_to_disconnect_pt.pdf). Acesso em: 05/06/2021.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. ICD-11. Who.int. Disponível em: <https://icd.who.int/en> . Acesso em: 20/05/2021.

## DESCARTES, A HERMENÊUTICA DA CONSTITUIÇÃO-CIDADÃ E O “GÊNIO MALIGNO”: O QUE FIZERAM COM A VÍTIMA?

*Data de aceite:* 26/11/2021

*Data de submissão:* 28/08/2021

**Rodrigo Otávio Lamêgo Vasconcelos**

Manaus – Amazonas

<http://lattes.cnpq.br/1357252640640531>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar o modo hermenêutico com que se interpreta o papel da vítima no constitucionalismo contemporâneo (em especial, nas normas relativas aos direitos fundamentais) com base na filosofia de René Descartes, em sua “teoria do gênio maligno” (e em pesquisa bibliográfica correlata), como uma sugestão de releitura constitucional a partir da autonomia da vontade do intérprete. Para tanto, buscou-se na historicidade constitucional e no direito constitucional comparado o fundamento do presente trabalho para, ao final, sugerir a aplicação dos artigos 13 e 14 da Lei de Segurança Nacional como sugestão de solução.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica Constitucional; Teoria do Gênio Maligno; Segurança Nacional; Soberania Nacional.

**DESCARTES, THE HERMENEUTICS OF THE CITIZEN CONSTITUTION AND THE “EVIL GENIUS”: WHAT DID THEY DO WITH THE VICTIM?**

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the hermeneutic way in which the role of the victim

is interpreted in contemporary constitutionalism (in particular, the norms concerning fundamental rights), based on the philosophy of René Descartes, his “theory of evil genius” (and in related bibliographical research), as a suggestion of constitutional rereading from the autonomy of the will of the interpreter. To this end, we sought in constitutional historicity and in constitutional law compared the basis of the present work to, finally, suggest the application of articles 13 and 14 from National Security Law how a possible solution.

**KEYWORDS:** Constitutional Hermeneutics; Evil Genius Theory; National security; National sovereignty.

### 1 | INTRODUÇÃO

Conquanto não seja possível a separação da História moderna do conceito de “Estado”, também aquela se torna indissociável do estudo e do processo de formação constitucional do mesmo.

Ocorre que o modo de interpretação constitucional atualmente - dolosa ou culposamente, acaba por criar um “estado de coisas inconstitucional” que viola os direitos fundamentais do cidadão.

Dessa forma, concorre com a ineficiência das normas constitucionais, também, aquilo que poderíamos denominar de um “sistemático erro hermenêutico-constitucional brasileiro”. A consequência disto, é que um erro de interpretação jurídico pode, não raro (se

encontrar as combinações “adequadas”), representar um perigo à segurança de toda uma coletividade de pessoas (que aqui chamaremos de “segurança nacional”, por ser um problema presente em todo o território brasileiro).

Para se chegar ao cerne de tal questão, valeu-se o presente artigo da relação entre a filosofia de René Descartes, traduzida em sua “Teoria do Gênio Maligno”, com a atual situação jurídica brasileira tendo entre ambas, a História moderna como elo intersubjetivo.

## 2 | OBJETIVO(S)

O objetivo fundamental do presente trabalho é, antes de tudo, chamar a atenção do leitor jurisdicionado (operador do direito ou não), para a possibilidade de existirem alternativas outras à ideia de “Justiça” (im)postas no inconsciente coletivo como uma espécie de “régua de validade moral”, e que, por isso mesmo, tendem a podar a função acusatória do Estado esquecendo-se, conseqüentemente, da figura da vítima. Paralelamente, almeja também, uma vez aceita a premissa primeira, revisar a figura da vítima no processo a partir de uma reinterpretação constitucional.

## 3 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### **A perspectiva democrática na história do direito constitucional comparado (ou: “A história pode ser apartada do direito constitucional?”)**

- Digo então que o escopo de todo direito humano é Paz e Justiça em toda a nação, inclusive ente elas, a defesa contra inimigos estrangeiros.
- Mas o que é Justiça?
- Justiça é dar ao homem o que lhe pertence. (HOBBS, 2015).

O diálogo acima pertence à obra Hobbesiana “Diálogo entre um filósofo e um jurista”, e dele se nota, desde logo, ao menos no ponto de vista do autor, íntima relação entre a soberania de um povo com o sentimento comum de justiça ou injustiça nele presente.

A obra original data de 1681. É o nascimento das primeiras noções de limitação ao arbítrio estatal. Não por acaso, é a partir do século seguinte que surgem as primeiras constituições escritas (ou seja, historicamente, é o começo da noção de “constitucionalismo clássico” como superação do chamado “constitucionalismo antigo”).

É de se notar ainda, que a Constituição, enquanto construção social de um povo, desde então, nunca perdeu importância, tendo função variante de Estado para Estado. Sobre a matéria constitucional e suas respectivas funções sociais, ilustra o eminente Professor Doutor Michael Troper, Professor da Universidade de Paris X – Nanterre, na obra coletiva “Introdução ao Direito Francês” coordenada pelos insígnis Profs. Drs. Gerge A. Bermann (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia) e Etienne

Picard (Professor emérito de direito público da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne) (2011, p.15):

[...] Entretanto, em razão da abundância de constituições, a opinião geral é de que a constituição não é muito importante e certamente não desempenha o mesmo papel na cultura francesa que em outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Constituição tem auras de Promessas de Deus na Arca da Aliança e realmente molda a sociedade e as crenças, enquanto na França não vale muito mais do que um documento que organiza o governo. [...]

O real problema surge a partir do conceito do que, de fato, vem a ser “democracia” em um Estado Democrático de Direito, pois essa “dúvida hermenêutica”, por assim dizer, se não solucionada, acompanhará todas as demais interpretações da carta constitucional.

Vale considerar, então, as lições de Olavo de Carvalho (2013, p.103) quando infere que há sérios motivos pra se questionar se “o remédio para os males da democracia seria mais democracia, como disse Bobbio e como facilmente se encontra nos manuais atuais”.

O autor pondera os motivos: o primeiro, porque não há consenso do que vem a ser “mais democracia” (por exemplo: para um liberal, seria menos intervenção do Estado na economia; para um socialdemocrata seria mais ajuda aos necessitados, etc.). O segundo, porque há razões para se duvidar que “mais democracia” ainda seja democracia. E o terceiro, porque a democracia já é em si, por definição, o diálogo das diferenças, ou seja, dispensa qualquer necessidade de consenso. Com ele concordamos.

Especifica e precisamente falando do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, Luís Roberto Barroso em seu “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”: (BARROSO, 2010, p. 108), leciona:

A ideia de Estado Democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia.

[...] (constitucionalismo) significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição. [...]

Assim, tal dúvida democrática acaba por desaguar na contradição hermenêutica objeto do presente trabalho. É de se notar que Carta Constitucional de 1988 que tutela a vida, a presunção de inocência e todos os outros direitos fundamentais do acusado, réu e/ou apenado, é o mesmo diploma que se dispõe à tutelar a proteção à vítima com tudo que dela advir.

Entretanto, não é isso que se observa da interpretação do texto constitucional brasileiro quando de um método teleológico das normas a tratar de agressor e vítima (isto é: método de interpretação que busca, a partir do texto da lei, um sentido tal que, aplicado aos casos concretos, resulte no atingimento dos fins a que se destina a lei interpretada).

Isto porque, manifesta-se a carta magna de 1988 exatas 12 (doze) vezes prol do agressor (seja na condição de acusado, seja na condição de réu ou mesmo na condição de apenado). No entanto, quanto à vítima, resta citada apenas uma única vez quando do deslocamento de competência em crime de Tribunal do Júri (fato que, por si só, nem pode ser considerado um benefício em si mesmo). (BRASIL, 1988, art. 125).

Contemos, pois, os direitos do agressor: uma vez com o termo “sentenciado” (artigo 5º, inciso LIII); uma vez com o termo “apenado” (artigo 5º, inciso XLVIII); uma vez com o termo “presidiária” (artigo 5º, L) e 9 (nove) vezes com o termo “preso” (artigo 5º, incisos XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXXV; Artigo 53, parágrafo 2º e Artigo 136, parágrafo 3º, incisos I e IV). (BRASIL, 1988).

Por certo que a proteção aos direitos da vítima estão salvaguardados pela própria essência do ordenamento jurídico. Mesmo porque, do contrário, o caos imperaria. Por certo também que os direitos do acusado não podem ser olvidados sob pena de regredirmos o sistema jurídico a mais animalesca barbaridade. Contudo, nem aqui está a se propor um retorno à vingança privada, nem, muito menos, que a lei maior de um Estado soberano possa se furtar a fornecer as diretrizes gerais de um tema tão relevante quanto é a participação da vítima no processo.

Se o constituinte originário achou por bem elevar os direitos do agressor (pouco importando se este é um apenado pecuniário, é um detento administrativo-militar, é um preso criminal, etc.) a um status de normatização expressa no diploma constitucional, com muito mais razão, deveria manifestar-se expressamente também com relação aos direitos da vítima.

É de se considerar ainda a hipótese do silêncio constitucional a respeito da vítima ser proposital, conquanto esteja subentendido que o processo inteiro seja direcionado a ela, vítima (sobretudo o processo penal). Todavia, se assim entendida a norma, deve-se, automaticamente, entender que sua aplicação pelo intérprete constitucional, notadamente no processo penal, está equivocada.

Estamos, pois, com o doutrinador processual penal e Professor brasileiro Dr. Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 35-36) quando infere que “nenhum princípio é absoluto”.

Lembra o insigne Jurista, que em desarrazoada sendo, nenhuma norma pode passar por “jurídica”. Mais ainda: em aplicação desproporcional do seu teor ante à qualquer situação concreta do mundo fenomênico, também não será constitucional. E conclui:

Hoje, é certo, é empregado nos países mais avançados da Europa e adotado largamente nas decisões prolatadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. [...]

Dessa forma, é de se mencionar o trabalho de Otto Bachof quando da existência de verdadeiras “normas constitucionais inconstitucionais” (1951) na ordem jurídica constitucional brasileira.

Mas porque, então, a resposta ao voluntarismo constitucional do intérprete brasileiro traduzido, nos dizeres de Bishop, em normas constitucionais inconstitucionais e, especificamente no caso brasileiro, na quase que total supressão da vítima do cenário processual, haveria de estar na filosofia jurídica e não nos meios tradicionais de controle de constitucionalidade (sobretudo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão)?

Porque é precisamente nela, na filosofia, que reside (ou não) a capacidade julgamento perante o desarrazoado, o desproporcional, o ilogismo. E é a ausência dessa “certeza da lucidez” que o filósofo René Descartes chamou de “Gênio Maligno”.

### **A Teoria do Gênio Maligno de René Descartes**

Essa é a teoria filosófica do pensador francês René Descartes (1641) que apregoa que nenhum pensamento por si mesmo traz garantias de corresponder a algo do mundo. Muito ao contrário, anuncia o gênio maligno como um ente que coloca na cabeça dele, Descartes, pensamentos bastante evidentes, contudo, falsos. O gênio maligno estaria continuamente a trabalhar para criar ilusões.

Trazendo o conceito para o contexto do constitucionalismo brasileiro do século XXI e supondo que não tenha sido a intenção do legislador constituinte originário da Constituição atual uma omissão intencional da palavra “vítima”, a pergunta que se faz é: - “Há algum denominador comum a todos os processos de formação constitucional da sociedade brasileira que justifique essa omissão?” Mais ainda: - “Existirá no inconsciente político coletivo brasileiro, algum modo de pensar que perpetue esse estado de coisas?”.

A mera possibilidade de, até hoje, desde 1888, a assunção ao alto escalão do parlamento nacional só tenha ocorrido por homens de moral vacilante, é, estatisticamente, mais do que improvável, é risível. Então, porque o processo histórico-constitucional brasileiro não evoluiu a ponto de já ter voltado sua atenção a vítima do processo?

A esse questionamento não se sabe. Entretanto, o que se sabe é que o que não se pode medir no nível físico, se pode conjecturar no nível metafísico. Do mesmo modo como é (quase) impossível que todos os representantes eleitos pelo povo tenham moral duvidosa, é também difícil crer que todas as Constituições do Brasil, seus métodos hermenêuticos e a aplicação de suas normas representem uma influencia tal no constitucionalismo brasileiro do século XXI, a ponto de influírem no curso da lógica matemática traduzidas no contraponto de doze vezes por uma quando confrontados direitos de vítima e de réu.

A análise deve recair, então, não apenas sobre a instituição que por própria definição constitucional existe para interpretá-la – a suprema corte, mas a todos que fazem uso prático dos dispositivos constitucionais. Entretanto, se tal análise já nasce viciada, forma-se um efeito de ondas concêntricas de inconstitucionalidades (curiosa e contraditoriamente muitas

vezes emanadas de quem deve interpretá-las). Chamaremos esse “agente influenciador externo dificultador” de “gênio maligno” na falta de termo melhor.

#### **4 | METODOLOGIA / MÉTODOS**

Para a elaboração do presente trabalho, utilizou-se o método quantitativo de contagem das expressões relacionadas ao ofensor e ao ofendido para, através da linguagem constitucional, demonstrar que, teleologicamente, a Constituição brasileira, apesar de conter muitos avanços, nesse ponto é omissa ante aos direitos humanos das vítimas. Utilizou-se ainda, o processo comparativo de estudo das normas e das doutrinas correlatas de circunstâncias históricas (método histórico) e de direitos fundamentais alienígenas (“quinto método”).

#### **5 | RESULTADOS/DISCUSSÃO**

Assim, entendemos que o “gênio maligno” aqui esposado assume dupla faceta: uma civil e uma criminal. Na civil, conquanto seja o “erro” elemento da vontade que resta por viciar o negócio jurídico (BRASIL, 2012), o gênio maligno é o agente que leva o jurisdicionado a incorrer no “erro interpretativo” que os números de violência urbana brasileira (que ultrapassam nações em guerra civil), são indicadores de “tempos perigosos”, mas ainda assim, “melhores do que o quanto se matou na ditadura militar”, mesmo que isso signifique, como dito, uma clara ofensa aos primados mais básicos da aritmética mais elementar. Nesse tipo de caso, o jurisdicionado é, portanto, a vítima de uma falsificação de informação ideológico-normativa, ofendido, pois, em seu sagrado direito à informação.

E na criminal, quando estiver a se falar não do erro do intérprete, mas do “estado de erro” proposital do legislador e dos aplicadores da norma constitucional (dolosa ou culposamente), que é, pois, a subversão pensada, calculada dos valores históricos e sociais da nação, justificando-se falsamente na própria democracia, à fim de atender interesses de determinado grupo em específico.

Dessa forma, devemos falar da vítima em um caráter duplo: a desconsideração do(a) seu papel processual e/ou sua memória e a sonegação de informação. No primeiro caso, resta configurado o império do caos em detrimento do Império da Lei, traduzindo uma verdadeira ameaça à soberania nacional. No segundo caso, a ignorância fruto da desinformação acaba por ofender todos os primados da ordem democrática. Outro não é, pois, o enquadramento penal de qualquer conduta que negligencie, omita e/ou falsifique informação perante à figura da vítima que não a de um crime contra a segurança nacional nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). (BRASIL, 1983).

## 6 I CONSIDERAÇÕES PARCIAIS / FINAIS

Contudo, ainda que identificado o problema hermenêutico, outro surge instantaneamente: a execução da norma com o conseqüente enquadramento dos agentes nas tipificações supra. Neste sentido, frisamos: o texto constitucional não nos parece ser o problema em si mesmo, mas do modo de se interpretá-lo. Portanto, não é desarrazoado concluir que se o problema penal aqui considerado é justamente a falsidade ideológico-normativa do discurso, não sendo a mera identificação que será suficiente ao seu obstamento.

Por outro lado, a resposta judicial devida, corre o risco de não acontecer, uma vez que o próprio Poder Judiciário é parte do problema do esquecimento da vítima.

A solução alternativa, então, parece ser a aplicação concreta da Lei 7.170/83 sempre que, na prática, o garantismo penal tornar-se tão hiperbolicamente *pro reo* a ponto de fomentar o caos.

## REFERÊNCIAS

Bachof, Otto. Verfassungswidrige verfassungsnormen? Universität Tübingen. 1951.

Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo 2- edição 2010. P. 108.

Bonfim, Edilson Mougenot. Código de processo penal anotado / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed . atual. de acordo com a Lei 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. P.33.

Bonfim, Edilson Mougenot. Código de processo penal anotado / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 35 e 36.

Brasil Paralelo, 2018. Entre mitos e verdades: a história do regime militar. 1ª edição

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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)>. Art. 125, parágrafo 4º.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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)>. Art. 5º, LIII; XLVIII; L; XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXXV; Art. 53, parágrafo 2º e Artigo 136, parágrafo 3º, I; IV.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

Carvalho, Olavo de. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota / Olavo de Carvalho. – 5ª ed. organização Felipe Moura Brasil - Rio de Janeiro: Record, 2013.

<< Autoridade religiosa do mal >>. P. 149; 103;

Descartes, René. Teoria do gênio maligno. 1641.

Hobbes, Thomas, 1588-1679. Diálogo entre um filósofo e um jurista / Thomas Hobbes ; [tradução, apresentação e notas Raul Fiker]. – São Paulo : EDIPRO, 2015. P. 25

Introdução ao direito francês / [editores] George A. Bermann e Etienne Picard; tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho (capítulos 1 e 2) Monique Geller Moszkowicz (capítulos 3 a 17). – 1. ed. Brasileira. – Rio de Janeiro : FORENSE, 2011. (Biblioteca Forense de Direito Internacional). P. 15.

## A FILOSOFIA DO DIREITO NA CONFIGURAÇÃO DE UM NOVO CAMPO JURÍDICO: UMA PROPOSTA DE UMA PEDAGOGIA A PARTIR DO PROCEDIMENTALISMO DA CONTRATAÇÃO NATURAL

Data de aceite: 26/11/2021

**Wilberto Teherán**

Corporación Universitaria Americana  
Medellín, Antioquia, Colombia  
<https://orcid.org/0000-0001-7797-6595>

**Adriana Patricia Arboleda López**

Corporación Universitaria Americana  
Medellín, Antioquia, Colombia  
<https://orcid.org/0000-0001-6864-5911>

Artículo producto del proyecto de investigación denominado: La hermenéutica diatópica en la teoría de Boaventura de Sousa Santos, como procedimiento para la configuración de un contrato natural. En el desarrollo del Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana.

*“La Ley verdadera es la recta razón de conformidad con la naturaleza y tiene una aplicación universal, inmutable y perenne, mediante sus mandamientos nos insta a obrar debidamente y, mediante sus prohibiciones, nos evita obrar mal”.*

Cicerón

**RESUMO:** Este capítulo, instalado em uma concepção inclusiva da teoria do direito, convicto da relevância da formação acadêmica a partir dos fundamentos filosóficos e da compreensão do fenômeno jurídico como comportamento humano integrador do campo social, propõe uma reflexão, com alcance prático, sobre em

torno do conceito de hermenêutica diatópica como procedimento ideal para a contratação natural. Com efeito, é a partir de uma sociologia do direito crítica, explicada como uma filosofia do direito realizada “por dentro” do fenômeno jurídico, ou, em outros termos, a partir de uma teoria do direito, que se avança a análise. Esta proposta busca transcender a compreensão tradicional do direito como uma disciplina voltada para o mero funcionamento de silogismos normativos e a aplicação de técnicas jurídicas lógicas entre comportamentos e regras de um sistema jurídico. Destaca-se o papel do direito como prática social e política que se realiza em um contexto específico, com o poder de configurar procedimentos contratuais que incluam a Natureza como sujeito de direito e, nessa perspectiva, em tom acadêmico, como novo ambiente pedagógico. na formação de profissionais jurídicos. Em tempos de crise ambiental, quando começa a se manifestar um desastre ecológico de dimensões catastróficas causado pelo homem, que, após atingir o domínio da natureza, instalou um paradigma inspirado nas atividades parasitárias, legitimado por uma teoria antrópico-jurídica desconhecida de interesse característico de a terra e o seu estatuto de sujeito de direito que carrega dignidade, é urgente a promoção de uma filosofia - teoria do direito, que contribua para a formulação de um novo contrato e para a configuração de uma nova sociedade que reconcilie o mundo mundano com o mundo mundo e que dá origem a uma ecologia de saberes conducentes a um “diálogo intercultural sobre a dignidade humana e da natureza” (Santos, 2010). Por fim, em termos das

implicações práticas da proposta no campo acadêmico, propõe-se uma reflexão em torno do conceito de competências em ser, saber e fazer, com ênfase no primeiro, o que permitirá a construção de um sujeito de conhecimento que contribua, por meio técnica e procedimentos, para oferecer soluções alternativas para as vicissitudes e conflitos inerentes às relações sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Filosofia, direito; humanidades; sociologia jurídica; contrato natural.

### THE PHILOSOPHY OF LAW IN THE CONFIGURATION OF A NEW LEGAL FIELD: A PROPOSAL BY A PEDAGOGY FROM THE PROCEDURALISM OF NATURAL CONTRACTING

**ABSTRACT:** This charter, installed in an inclusive conception of legal theory, convinced of the relevance of academic training from the philosophical foundations and the understanding of the legal phenomenon as integrating human behavior of the social field, proposes a reflection, with practical scope, around to the concept of diatopic hermeneutics as an ideal procedure for natural contracting. Indeed, it is from a critical legal sociology, explained as a philosophy of law carried out from “inside” the legal phenomenon, or in other terms, from a theory of law, that the analysis is advanced. This proposal seeks to transcend the traditional understanding of law as a discipline aimed at the mere operation of normative syllogisms and the application of logical legal techniques between behaviors and rules of a legal system. The role of law as a social and political practice that takes place in a specific context is highlighted, with the power to configure contractual procedures that include Nature as a subject of law and from this perspective, in an academic key, as a new pedagogical environment in training. of legal professionals. In times of environmental crisis, when an ecological disaster of catastrophic dimensions caused by man begins to manifest itself, who, after reaching the domain of nature, installed a paradigm inspired by parasitic activities, legitimized with an anthropic-legal theory unknown of interest characteristic of the land and its status as a subject of law that carries dignity, it is urgent to promote a philosophy - theory of law, which contributes to the formulation of a new contract and the configuration of a new society that reconciles the mundane world with the world world and that gives rise to an ecology of knowledge conducive to an “intercultural dialogue on human and nature dignity” (Santos, 2010). Finally, in terms of the practical implications of the proposal in the academic field, a reflection is proposed around the concept of competences in being, knowing and doing, emphasizing the former, which will allow the construction of a subject of knowledge that contributes, through technique and procedures, to offer alternative solutions to the vicissitudes and conflicts inherent in social relationships.

**KEYWORDS:** Law; humanities; sociology of law; ethics; philosophy.

### LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO CAMPO JURÍDICO: UNA PROPUESTA POR UNA PEDAGOGÍA DESDE EL PROCEDIMENTALISMO DE LA CONTRATACIÓN NATURAL

**RESUMEN:** El presente capítulo, instalado en una concepción incluyente de la teoría del derecho, convencido de la pertinencia de la formación académica desde los fundamentos filosóficos y la comprensión del fenómeno jurídico como conducta humana integradora

del campo social, propone una reflexión, con alcance práctico, en torno al concepto de hermenéutica diatópica como procedimiento idóneo para la contratación natural. En efecto, es desde una sociología jurídica crítica, explicada como una filosofía del derecho realizada desde “adentro” del fenómeno jurídico, o en otros términos, desde una teoría del derecho, que se adelanta el análisis. Esta propuesta busca trascender la tradicional comprensión del derecho como una disciplina dirigida a la mera operación de silogismos normativos y la aplicación de técnicas jurídicas lógicas entre conductas y reglas de un ordenamiento jurídico. Se destaca el papel del derecho como una práctica social y política que tiene lugar en un contexto concreto, con potencia configuradora de procedimientos contractuales incluyentes de la Naturaleza como sujeto de derecho y bajo esta perspectiva, en clave académica, como ambiente pedagógico novedoso en la formación de los profesionales del derecho. En tiempos de crisis ambiental, cuando empieza a manifestarse un desastre ecológico de dimensiones catastróficas propiciado por el hombre, quien, luego de alcanzar el dominio de la naturaleza, instaló un paradigma inspirado en actividades parasitarias, legitimado con una teoría antrópico - jurídica<sup>1</sup> desconocedora del interés propio de la tierra y su condición de sujeto de derecho portadora de dignidad, resulta urgente la promoción de una filosofía - teoría del derecho, que contribuya a la formulación de un nuevo contrato y a la configuración de una nueva sociedad que concilie el mundo mundano con el mundo mundial<sup>2</sup> y que dé lugar a una ecología de saberes propicia para un “diálogo intercultural sobre la dignidad humana y de la naturaleza” (Santos, 2010). Finalmente, en términos de las implicaciones prácticas de la propuesta en el campo académico, se plantea una reflexión en torno al concepto de competencias en el ser, el saber y el hacer, acentuando en las primeras, que permitirá la construcción de un sujeto de conocimiento que contribuya, mediante la técnica y los procedimientos a ofrecer alternativas de solución a los avatares y conflictos inherentes a las relaciones sociales.

**PALABRAS CLAVE:** Filosofía, derecho; humanidades; sociología jurídica; contrato natural.

## 1 | INTRODUCCIÓN

La filosofía es la actividad humana creadora de conceptos, por extensión, la filosofía del derecho constituye el plano de significación de lo jurídico y es en ella donde la reflexión se despliega en clave de la justicia. La dogmática asume la comprensión y explicación del fenómeno jurídico como norma, será allí donde preguntas por el carácter lógico y científico del derecho, la estructura y la validez de la norma jurídica, la naturaleza de los enunciados prescriptivos y de los juicios (prescriptivos/disyuntivos) se responde. Por otro lado, la sociología jurídica otorgará a la discusión por el derecho el aspecto fáctico y realista que pondrá en el centro las cuestiones de la eficacia y que no por eso se despojará de pretensiones teórico-filosóficas. Este último componente estructural de la teoría definirá el ambiente que enmarcará la propuesta que asumirá el derecho como una práctica social y naturalmente humana, configurando la principal premisa a desarrollar en el contenido

1 De ἄνθρωπος (anthropos), alude a lo humano en oposición a lo natural. La filosofía del derecho moderno pone al hombre en el centro de la reflexión y de los intereses; la juridicidad está exclusivamente al servicio de la empresa humana, en torno a la que gravita el gobierno del “medio ambiente”.

2 Serres, M. *El Contrato Natural*. Valencia: Pre-Textos, 2004.

de este texto. En un primer momento, desde esta perspectiva, se procura responder interrogantes como: ¿Qué es la filosofía?, ¿Qué es el derecho? y posteriormente, ¿Qué son las humanidades?, ¿Qué es la hermenéutica diatópica y el contrato natural?, para así otorgarle los rudimentos teóricos a la propuesta de herramienta educativa.

Por más que avancen los elementos técnicos y las operaciones lógicas de diversas teorías que buscan controvertir esta premisa, hay que dejar claro que se asume el derecho como el resultado y no como el origen de las relaciones sociales -en sentido opuesto a lo planteado por autores tan distantes entre sí como Durkheim y Foucault-, pero además, en términos contractuales, como posible producto de la relación humana con la naturaleza.

Sobre la teoría del contrato moderno y las críticas que desde distintos frentes se le han formulado (marxismo, neocontractualismo, teorías críticas, entre otras.), existe una vasta producción, especialmente construida en los mismos países centrales, constitutiva de una lectura autorreferencial y excluyente, o en términos de Santos, un localismo globalizado.<sup>3</sup> De otra parte, desde los estudios culturales, la teoría crítica poscolonial, la filosofía andina y las Epistemologías del sur, se trabaja intensamente en la producción de conocimientos y prácticas que justifican y validan otras explicaciones de la cultura, de la política, de las relaciones humanas y naturales, en otras palabras, de otros posibles posibles. Las fuentes de análisis son amplias, pero sobre el procedimiento que debe adelantarse para alcanzar el pacto incluyendo a la naturaleza no se acentúa. Claramente, al respecto se infieren e intuyen propuestas cuando se abordan conceptos como hermenéutica diatópica, ecología de saberes, contrato natural, pero aún no se cuenta con una reflexión que presente al diálogo intercultural como procedimiento idóneo para la realización de un pacto que reconozca a la naturaleza como sujeto de derecho.

En este orden de ideas, los ordenamientos jurídicos modernos, que fueron creados a partir de la Revolución Francesa, se entienden bajo unas máximas para las sociedades occidentales que son traducidas, entre otras, en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, instrumento jurídico político que establece cuáles son los mínimos constituidos y acordados por un grupo de personas que posicionaron esa forma de relación social luego de superada en occidente: la monarquía autocrática.

La concepción instrumental del derecho en relación a su enfoque social, está tradicionalmente marcado por lo que la sociedad en un contexto concreto significa, al paradigma de conocimiento asumido, a los niveles de formación y de la experiencia de los individuos en relación, por ejemplo, con el acceso a la satisfacción de necesidades básicas; situaciones determinantes, además, de la transformación en el tiempo de la técnica del derecho, situación que no obstante, desde un enfoque iusfilosófico permite también aseverar que la noción del derecho es la que no cambia, y por el contrario, reafirmar su sustancial relación con los fenómenos sociales, naturales y humanos. A modo de ejemplo, pueden reconocerse sistemas jurídicos diferentes, con procedimientos judiciales completamente

<sup>3</sup> La teoría posmoderna es claro ejemplo de lo afirmado.

disímiles, con escalas de valores abismalmente diversas incluso en territorios cuyos procesos históricos han sido similares, pero en los cuales se manifiestan heterogéneas formas jurídicas en razón de su variada experiencia social.

Si se entendiera al derecho como una disciplina exacta, susceptible de una exclusiva definición, sería muy sencillo construir modelos específicos a título de leyes universales, como ocurre con la física o la química, ciencias que no varían sus teorías en el tiempo; contrario a ello, en derecho, la variación de técnicas, procedimientos, restricciones, etc., obedece al contexto y no a la fórmula; un ejemplo de ello es el avance de la sociedad que permitió que los originarios de África fueran considerados personas y no objetos que podían intercambiarse como mercancías; así mismo el hecho por el cual las mujeres pudieron ser catalogadas como ciudadanas con igualdad de derechos que los hombres es el resultado de un contexto abiertamente cambiante y dialéctico. Esto último, para el caso, aconteció hace tan sólo 70 años en Colombia, e incluso hoy, se siguen evidenciando espacios de disputa sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Frente a las distintas configuraciones sociales en el mundo, el derecho ha asumido la tarea de gestionar por medio de sus técnicas los conflictos. En situaciones históricas en la que se evidencia desequilibrio entre dos partes involucradas se ha apelado al ideal de justicia, buscándose reducir las consecuencias conflictivas al interior de la sociedad y en tal sentido se resalta el carácter regulador, más que el aspecto técnico y deductivo que muchas veces el derecho toma como ideal, desconociendo el contexto social en el que se encuentra.

Finalmente, el derecho es ejercido por personas que tienen características formativas y sociales particulares que van a condicionar sus interpretaciones al tiempo que a determinar sus decisiones, razón por la cual se debe enfatizar, en términos de formación, en unas competencias humanas: desde el ser, en el sentido filosófico práctico; desde el saber, porque la técnica es importante para lograr decisiones justas, y desde el hacer, porque al ejercicio jurídico coincide con decisiones técnicas y operativas.

## **2 I FILOSOFÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO?**

Es un lugar común dentro de la teoría filosófica moderna y contemporánea, presentar a la Grecia clásica como sitio de origen del pensamiento racional. En efecto, es allí, entre los siglos VII y VI a. de. C., donde se empieza a desarrollar un tipo de conocimiento y de pensamiento de corte lógico, metódico y sistemático, que se aparta de las explicaciones fundadas en la tradición, las narraciones heroicas y la religión, y que por el contrario persigue la demostración de los primeros principios, o en otras palabras, persigue el conocimiento necesario.

El hombre posmoderno se encuentra ubicado en un tiempo y un lugar donde aun no se resuelven los dilemas que aparecen al momento de intentar darle respuestas a las

cosas del mundo que lo convocan, pues persisten los problemas que entrañan las distintas formas de pensamiento y de acción en su particularidad y en su relación. En la misma situación, pero en los albores del pensamiento, se encontraba ya el hombre griego. Los fenómenos del mundo lo inquietaban y para superar la incertidumbre, luego de toparse con el lenguaje, empezó a explicar y a justificar la naturaleza de las cosas y al mismo tiempo su propia existencia.

Mito y Logos se presentan como dos modos paradigmáticos de pensamiento y de acción en la tradición occidental. Ante los fenómenos de la naturaleza y del cosmos, los primeros hombres, y no sólo los griegos, formularon explicaciones del mundo exterior que partían de la experiencia cercana, del mundo interior, de lo humano, de lo más cercano al hombre: el hombre mismo. Así es como surge el denominado animismo.

El mito es “un relato tradicional que refiere la actuación memorable y paradigmática de unos personajes extraordinarios (dioses y héroes en el mundo griego) en un tiempo prestigioso y originario” (García, 1998). Los mitos se insertan en las mitologías y dan lugar en su entramado, a cosmovisiones y teologías que a manera de narraciones coherentes y lineales configuran la vida del hombre.

Cultura y religión obedecen en su estructura, en los primeros tiempos del pensamiento, a las ficciones y fantasías originales que se empiezan a consignar en catálogos y epopeyas al estilo de los *Trabajos y los días* de Hesíodo y *La Ilíada* y *la odisea* de Homero. Estos trabajos, de talante poético y teológico, portadores de “la verdad”, recogen la tradición oral y otorgan, mediante la escritura, un marco de referencia y coherencia al entramado explicativo del mito.

Cada personaje extraordinario y fantasioso mantiene sus características y maneras dentro de la mitología; lleva una carga simbólica que se constituye en un referente cuando de explicar o definir algo se trata. No obstante, puede cada personaje dar lugar a narraciones aisladas (mitemas) que amplían el terreno mitológico sin desfigurarlo. Esto explica las distintas versiones que sobre las actuaciones y la vida de los dioses y los héroes se encuentran en la obra de diversos poetas, desde el sistemático Hesíodo, hasta el político Virgilio, pasando por el épico Homero.

### 3 I FILOSOFÍA Y DERECHO: EL IUSNATURALISMO ANTIGUO

Los fenómenos jurídicos y políticos no escapaban a la influencia del mito en la Grecia primitiva y arcaica; los dioses encarnaban el imperio de la ley, a éstos se invocaba cuando resultaba necesaria la administración de justicia. Son los tiempos del naturalismo antropomórfico, una concepción del mundo que asimilaba los asuntos de la naturaleza y también de la divinidad, a los humanos.

En los primeros tiempos del pensamiento, la unidad o identidad que se forjó entre *physis* (naturaleza) y *nomos* (norma-sociedad), dio lugar a una explicación que otorgaba

a los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad, las características de lo humano. En el período pre-científico y animista griego se humanizan los fenómenos para explicarlos y entenderlos, dando así lugar a una concepción antropomórfica que moldea el mundo divino y natural a imagen y semejanza del humano.

La vida práctica de los hombres resultaba determinada por la orientación y las enseñanzas que los mitos formulaban. Tanto dioses y héroes, como hombres de carne y hueso, se veían abocados y enfrentados en conflictos que requerían para su solución unas formulas de dirección que dieron lugar a sistemas de control y organización político, jurídico y moral.

En tiempos del mito, política y derecho encuentran magnas representaciones en las narraciones que realizan poetas, por mencionar solo algunos, como Hesíodo y Homero en Grecia y luego Virgilio y Ovidio entre los romanos. En terrenos de la gobernabilidad y del poder es fundamental recordar los conflictos que dieron lugar a cruentos enfrentamientos primero entre Uranos y Cronos, y luego entre éste y Zeus.

“Cuando Saturno fue enviado al tenebroso Tártaro y el mundo quedó bajo el poder de Júpiter, nacieron los hijos de la edad de la plata, inferior a la del oro, pero más valiosa que la del rojo bronce. Júpiter redujo la duración de la antigua primavera, y con inviernos, veranos, irregulares otoños y breves primaveras dividió el año en cuatro estaciones. Por primera vez, entonces, el aire se volvió incandescente, abrazado por secas bocanadas de calor, y témpanos de hielo colgaron condensados por el viento. Por primera vez los hombres se refugiaron en casas: fueron sus casas cuevas, arbustos espesos y ramas entrelazadas con cortezas; por primera vez se sembraron en surcos los frutos de Ceres, y los novillos mugieron oprimidos por el yugo” (*Metamorfosis*, I, p.75).

En *Los trabajos y los días* de Hesíodo la justicia es representada bajo la figura de una mujer (*Diké*), que violada, ensangrentada y espada en mano, cobra venganza a los hombres que la profanan.

[...] la justicia termina prevaleciendo sobre la violencia, y el necio aprende con el sufrimiento [...]; cuando la *Dike* [la justicia] es violada se oye un murmullo allí donde la distribuyen los hombres devoradores de regalos [los malos gobernantes] e interpretan las normas con veredictos torcidos. Aquélla [*Dike*] va detrás quejándose de la ciudad y de las costumbres de sus gentes, envuelta en niebla, y causando mal a los hombres que la rechazan y no la distribuyen con equidad. (*Trabajos y días*, 215-224).

Grábate tú esto en el corazón; escucha ahora la voz de la justicia (*Dike*) y olvídate por completo de la violencia. Pues esta ley (*nómos*) impuso a los humanos el Cronión [Zeus]: a los peces, fieras y aves voladoras, comerse los unos a los otros, ya que no existe justicia entre ellos; a los hombres, en cambio, les dio la justicia, que es mucho mejor (*ibid.*, 275-279).

En los inicios del pensamiento griego no existía entonces distinción entre *physis* y *nomos* (física/naturaleza y sociedad/norma). Sociedad y naturaleza respondían a las mismas leyes. En terrenos del derecho, este se encuentra en el cosmos; el orden jurídico

que reconocen los hombres en sus relaciones debe guardar consonancia con el derecho que se encuentra dado afuera, en la naturaleza. Para Max Weber, “el conocimiento científico hoy apenas deja sitio al mito” (Weber, 1967), y para Kelsen, las relaciones entre los hechos y las consecuencias jurídicas atienden relaciones de imputación y no de causalidad<sup>4</sup>.

## 4 I EL PERIODO COSMOLÓGICO DEL DERECHO Y LA POLÍTICA

En la tradición, que como el nombre lo indica, se funda en las costumbres milenarias de los pueblos, se instalaban las explicaciones de corte religioso y mítico que dieron lugar a la formulación de las primeras teorías sobre la justicia y el poder. En los primeros tiempos entonces, la unidad entre *physis* y *nomos* se entendió en clave humana, la naturaleza se humanizó.

Entre los siglos VI y V a. de. C., la lógica que se venía utilizando para entender las cuestiones de la ley natural y social se invirtió: ya no se humanizaría más la naturaleza, por el contrario, serían el hombre y la sociedad, para ser comprendidos, quienes se naturalizarían. Así se concibe una teoría de corte más elaborado y lógico. Heráclito de Efeso, reconoce aún la unidad entre *Physis* y *nomos*, pero ahora la ley humana tiene como fundamento la ley divina que es producto del orden cósmico universal: el *logos*, que entre otras acepciones significa razón y lenguaje, también pues, será entendido como armonía y especialmente como orden: “Todas las leyes humanas se nutren de la ley única, la divina, la cual manda tanto cuanto quiere, y basta a todo y es superior a todo” (Ruiz, 2009, pág. 19).

El oscuro filósofo del logos se percató del orden al cual se mantenían sometidos los cuerpos de cosmos. Tanto en los astros, como en los hombres, los animales y las plantas, era posible reconocer una ley universal que los gobernaba. Fenómenos naturales como las estaciones, los eclipses, las migraciones de las aves, o también los ciclos de desarrollo de los organismos vivos, obedecían a una lógica inflexible que se entendió como una ley natural.

Esta nueva manera de comprender la relación entre naturaleza y sociedad, se constituye en un precedente de lo que más adelante se conocerá como el modelo iusnaturalista, que presenta como fundamento de las leyes humanas positivas a la ley natural del cosmos, y así entonces se podrá postular con coherencia y justificación que el derecho será ordenado por ser justo y no que es justo, simplemente, por ser ordenado.

---

4 En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de *imputación* (atribución). En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos –esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional-, de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo al de causalidad, con todo se diferencia de él en mera característica. [...] Un enunciado jurídico es, por ejemplo, la oración: “Si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena”; o: “Si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales. [...] De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tiene un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. [...] El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. (Kelsen, 2003).

También servirá para defender una naturaleza organicista de la sociedad. (Ruiz, 2009, pág. 20).

El mito cedió terreno, se replegó pero no se agotó; adoptó forma de alegoría en la literatura y de metodología estratégica en la pedagogía. Claro ejemplo de esto lo encontramos en Platón, que en la *República* censuraba el trabajo de los poetas y de los narradores de historias tradicionales, para luego reconocer en el mito, en su última obra, las *Leyes*, un valor alegórico y político.

Luego de padecer la crueldad de la razón instrumental<sup>5</sup> que imperó desde comienzos de siglo XX y propició a la destrucción masiva de vidas, bienes y recursos naturales, poniendo en inminente peligro la existencia del planeta y todo lo que contiene, las críticas no se hicieron esperar, y entre otras propuestas, se planteó la necesidad de volver al mito. Esta forma de conocimiento encuentra así en nuestros días nuevos defensores que rescatan su valor simbólico, moral y existencial:

“Hoy no podemos seguir repitiendo los absurdos de Aristóteles y Hegel cuando le adjudican al mito el papel de instrumento de la fantasía y lo irreal. Si algo podemos aprender, a pesar de cinco mil años de dominio casi absoluto de la *historia autorizada*, es que el mito muchas veces antecede a la realidad, la crea, y siempre *es* la realidad en su proceso fáctico y concreto. El hecho de que hoy nos guiemos por unos mitos específicos y no por otros ha construido este mundo de racionalidad elemental en el que muchas veces se conjugan el sujeto paranoico y la castración social. La mayor falacia cometida por el hombre que juzga es establecer un mundo único sobre la fehaciente evidencia de la multiplicidad de mundos existentes” (James, 2004.).

Es en la Jonia del siglo VI a. de C, donde se empieza a rechazar al mito como forma de explicación válida y objetiva de las cosas. Ya los caminos extraordinarios y fantásticos de la leyenda resultaban cerrados y no conducían a ningún lugar seguro de comprensión. Se pasa así del mito al logos. Ahora la *physis*, la naturaleza, debe investigarse siguiendo rutas razonables y recorriendo los caminos confiables de la razón. Se instauran así las dos grandes ramas de la filosofía: la ontología y la gnoseología.

La admiración (*Thaumázein*) y el extrañamiento, que en los nuevos filósofos suscitaban las explicaciones provenientes del mito sobre los complejos asuntos del mundo (humano y natural), fue la actitud que instauró a la razón (logos), en el lugar que ocupaba el mito como forma de comprensión y explicación. El desocultamiento de las cosas y la búsqueda de la verdad (*alétheia*), para los primeros pensadores racionales se alcanzaría pues, en terrenos de la filosofía. La fe ya no se colocaría más en dioses y en entidades de naturaleza suprasensible, poderosa y divina, sino en el hombre y su capacidad de raciocinio. Sólo mediante el pensamiento lógico-racional se podría dar razón: *Lógon didónai*.

La fuerza que los filósofos del siglo VI a. de C., encontraban en el poderoso instrumento de la razón, les permitía retar las explicaciones que ofrecían fantasiosos poetas-teólogos

---

<sup>5</sup> Razón que se pone al servicio de la técnica en función de fines. Fue duramente criticada por la escuela de Frankfurt que denunció la mediatización y el sacrificio del hombre y de la naturaleza en pos del desarrollo técnico.

de la tradición como Homero y Hesíodo, por mencionar a los más influyentes. Un extracto de los versos del aristócrata poeta griego Teognis de Megara, refleja la insatisfacción que se empezaba a experimentar en la Grecia del siglo VI a. de. C., con la paradigmática pero insuficiente visión mítica del pensamiento, que sometía a dar cuentas incluso a los dioses, en el tribunal de la razón:

“! Amigo Zeus, me dejas admirado! Pues tú reinas sobre todos los seres con gloria y gran poder, y conoces bien el pensamiento y la voluntad de todos los hombres; tu fuerza está sobre todas, ¡oh rey! ¿Cómo pues tu designio, Crónida, se atreve a confundir en el mismo destino a los malvados y al justo, tanto si la razón de los hombres se dirige a la obediencia como si se da a la violencia, emprendiendo acciones injustas?” (García, 1998, pág. 23.).

Se empieza así en la Grecia antigua, a raíz de la búsqueda rigurosa de las causas primeras de los fenómenos de la naturaleza, a transitar del paradigmático estilo de pensamiento mítico, al lógico. Se exigía entonces rigor en las explicaciones, ya la fuerza de los dioses flaqueaba y un nuevo estilo de reflexión, ahora de corte científico se impuso: El logos.

## 5 | ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Desde hace algún tiempo la pregunta acerca de ¿qué es el derecho? Ha sido objeto de amplias discusiones por parte de alumnos y profesores. Frente a la respuesta hay múltiples posturas que van desde remitirse a los griegos y romanos, pasando por la edad media y el renacimiento, hasta las definiciones más cercanas del mundo moderno. Para los fines de este texto, interesa lo relacionado con las definiciones más recientes del derecho y la noción de justicia que dentro de éste concepto se abarcan, así como las nuevas formas de entender el derecho que van de la mano de la sociología jurídica, una disciplina en crecimiento y que por ende ha sido objeto de múltiples debates por parte de variados académicos alrededor del mundo.

Para dar una definición sobre el derecho, se parte de la idea que lo concibe como una ciencia práctica, es decir, que “más allá de producir utilidades para el hombre como el dinero, el placer, los bienes de consumo, un puesto de trabajo o lo que le sirve a la reforma de las estructuras o a la revolución social” (Hervada, 2009) es también una ciencia que se sirve de las teorías, filosofías y de las formas menos “académicas” de éstas para definirse. Resulta interesante entonces analizar la utilidad real que tienen las herramientas abstractas de las teorías y la forma en la que éstas permiten abrir el panorama de análisis ante un hecho o situación social, ya que muchas veces la mera definición práctica del derecho no hace juicio ante la situación o suceso y esto requiere de otros marcos de análisis que los brinda un elemento más generalista, de características del orden de lo filosófico.

De esta manera, el derecho como ciencia práctica, es también el encargado de regular la sociedad, es decir, de mantener el orden en la conducta de los seres humanos, de

la mano de los gobernantes y los órganos políticos y judiciales, quienes son los operadores del mandato ejecutivo o, para el caso concreto, del legislador. “Hacer las leyes es un arte que corresponde a los políticos; es parte del arte de la política, que es quien tiene que construir la sociedad según justicia, libertad y solidaridad” (Hervada, 2009). Es así como los abogados deben estar formados no sólo en el campo jurídico práctico, sino también en la política y la filosofía. A ello debe integrarse las herramientas metafísicas para el análisis de la realidad.

La formación de abogados con conocimiento y comprensión de códigos y leyes, no debería ser el único objetivo de las facultades universitarias donde se brinda esta ciencia. Las nuevas herramientas que están abiertas al derecho, como la ética y la filosofía, deben ser una prioridad también, es decir, abogados capacitados en competencias ciudadanas, comunicativas, investigativas y por supuesto éticas, que no sólo limiten los resultados de sus casos a una cuestión de favorecer una u otra pretensión, sino que –por medio de la empatía hacia el otro y la naturaleza– se ofrezca la solución al suceso de la mejor manera para la satisfacción de ambas partes.

En el derecho se encuentra un factor determinante: la justicia. Es allí donde la complejidad de la pregunta acerca de ¿qué es el derecho? debe atender una respuesta respecto de ¿qué es la justicia? Para Hervada (2009) “la justicia no es originariamente un efecto de la norma, no nace de la ley, y por eso no es una dimensión originaria de la política, es decir, a la política y a la ley, la justicia le es dada, y esto es por parte del derecho, de las cosas justas”. Según este autor, los juristas romanos, en su ocupación de transformar el conocimiento, definieron la justicia como dar a cada uno lo suyo, esto es, dar a cada uno su derecho. Por lo que lo suyo y su derecho, son la misma cosa.

Podría decirse entonces, que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, y de esta manera, el derecho se vuelve el instrumento por el cual le es dado a cada ser humano acceder en condiciones de equidad a lo que le corresponde. Bajo este planteamiento, es posible afirmar entonces que donde no hay derecho no podría existir la justicia, porque ésta se encuentra presente en todas las cosas, pero se manifiesta de manera tangible por medio del derecho. Es menester entonces que las facultades de derecho puedan centrar la formación de sus profesionales en la idea de la ciencia jurídica como la representación de la justicia y lo justo; de esta forma la apuesta por convertir a las personas formadas en la ciencia del derecho como defensores de la justicia no solo se hace plausible sino un imperativo ético para su ejercicio.

Para hablar de lo justo, es necesario hablar de la igualdad, y por ende, que la justicia basada en la igualdad, no discrimina por condición socio-económica, color de piel, nivel de estudios, género, orientación sexual, prácticas religiosas, convicciones políticas, etc., se fija en darle a cada cual lo que le corresponde de una manera equilibrada. Para Hervada (2009) “¿Cuál es la igualdad propia de la justicia? Es aquella que se contiene en su fórmula: dar a cada uno lo suyo. A todos se trata igual porque a todos se da lo que les corresponde”. De

esta manera, la justicia se ve representada con los ojos vendados, por la no discriminación de las personas y con la balanza, porque da a cada uno lo que corresponde de manera equilibrada, es decir, no atendiendo a recomendaciones de terceros, a simpatía hacia unos por encima de otros o a favorecimientos subjetivos.

Con una introducción hacia la definición del derecho como ciencia y algunas de sus características, es necesario en este punto, adentrarse en la discusión que ha sido tema central desde su creación, y es el concepto de sociología jurídica. Este concepto es relativamente nuevo, data de la década de 1960 y desde que vio la luz es objeto de fuertes discusiones en los espacios más ortodoxos del derecho y por autores que se niegan a abrir la discusión en la que el derecho debe concebirse como una ciencia social que se nutre permanentemente de las disciplinas sociales a su alrededor.

La sociología jurídica se ha ido ganando un lugar en las facultades de derecho de todo el mundo al abrir el debate en torno al sentido y al concepto de la disciplina y cómo desde sus planteamientos, le ha brindado nuevas herramientas a los abogados en formación de todas las escuelas de derecho existentes. La lucha que se han dado los autores que promueven esta disciplina alrededor del mundo radica en buscar el reconocimiento de la sociología jurídica como una disciplina autónoma en sus postulados, que pertenece claramente al campo de la sociología, pero de la cual retoma elementos que servirán para la comprensión y el análisis del derecho en relación con los fenómenos sociales.

Para hablar de sociología jurídica se hace necesario definirla a partir de lo que el jurista francés Jean Carbonnier señaló como un concepto que “engloba todos los fenómenos de los que en el derecho pueden ser causa, efecto y ocasión. Así, para el jurista, la sociología jurídica puede definirse como aquella rama de la sociología general que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales: los fenómenos jurídicos o fenómenos de derecho” (Arrieta, Carvajal, 2005). Esta definición sigue siendo objeto de discusión para los académicos del derecho y de otras áreas que han buscado unificar el derecho y la sociología. Es el caso de Boaventura de Sousa, sociólogo portugués, quien defiende esta disciplina indicando que la sociología jurídica es “una rama especializada de la sociología y se refiere también a los conceptos de fenómenos social y fenómeno jurídico” (Arrieta, Carvajal, 2005).

Sumado a esto, en el texto acabada de citar se reúnen una serie de definiciones acerca de este concepto, para lo cual se retomará la postulada por Germán Palacio, académico colombiano, que define la sociología jurídica de la siguiente manera:

“Los estudios sociojurídicos comprenden una acepción muy amplia: se trata de toda literatura que analiza la dimensión legal y normativa en relación con consideraciones o análisis que provienen de otras disciplinas sociales. [...] Esta disciplina trata de establecer las relaciones entre la normatividad jurídica positiva y las realidades sociales. El sistema de la dogmática jurídica no se interesa o no ofrece respuestas a los problemas de falta de aplicación o falta de eficacia de las normas” (Palacio, 1996: 20).

Esta definición nos abre un panorama frente a nuevas formas de entender el derecho, y cómo este con el paso de los años, se ha visto en la necesidad de transformar sus postulados en pro de un mejor ejercicio profesional y de un entendimiento mayor hacia las personas que recurren a los operadores jurídicos para darle solución a los sucesos o acontecimientos que los aquejan y sobre los cuales suelen construir pretensiones que deben resolverse a la luz de las normas preexistentes dado el principio de legalidad propio de los ordenamientos jurídicos modernos.

Siendo este tema objeto de amplios debates por diversos académicos alrededor del mundo, para los objetivos de este texto, sólo se retomarán algunos de los que se consideran están a la vanguardia, ya que de plantear las múltiples posturas que de este concepto se tienen, requiere un análisis más profundo que desdibujaría el sentido de esta propuesta. De esta manera, en los intentos de buscarle una definición y caracterización al término de sociología jurídica o sociología del derecho, se ha visto entonces que el marco general del análisis de este concepto, se encuentra la interacción entre lo social – la sociedad – y el derecho.

Para algunos profesionales de escuelas más ortodoxas, es complejo relacionar y entender el derecho a la par con la sociología, la sociología jurídica y sociología del derecho. En los muchos debates que se han presentado sobre el objeto de estudio de esta disciplina en formación, unos se inclinan más por la interacción social; otros suelen resumirlo a partir de análisis empíricos de actitudes o comportamientos en el campo de lo jurídico; y para otros, abarca todo lo que tiene que ver con el derecho en cuanto a sus mecanismos de producción y aplicación y por ende, lo relacionado con la sociedad en su conjunto (Arrieta, Carvajal, 2005).

Vincular el derecho con el saber social no solo brinda la posibilidad de tener mejores profesionales, formados en elevados valores comunitarios, ética y solidaridad con el otro, sino que posibilita el empoderamiento del ser humano en la búsqueda de una mejor calidad de vida, resaltando las cualidades autónomas en el sentido de la solidaridad y la equidad. Sumado a esto, los saberes sociales dentro del derecho, tales como la política, la economía, la antropología, la psicología, la cultura, el arte, la educación, etc., le brindan al profesional en derecho, mejores capacidades para adaptarse a los fenómenos sociales, es decir, le nutren de un marco de análisis mayor, permitiendo que el entendimiento del problema sea mayor y que como consecuencia de ello se pueda reclamar la necesidad de resaltar esta formación en las facultades de derecho.

Con lo anterior es posible ampliar la concepción para responder a la pregunta inicial de ¿qué es el derecho? Es por ello que se retoma el planteamiento inicial respecto del derecho como una ciencia práctica, en palabras de Hervada (2009), más allá de producir utilidades para el hombre, es también una ciencia que se sirve de teorías, filosofías y de las formas menos académicas. Esta definición abre un paso importante para lo considerado a lo largo de este texto como una forma de explicar y lograr la justicia que finalmente se vale

del concepto de sociología jurídica, que inspira la idea de diálogo intercultural, para dar cuenta del aporte de las demás disciplinas sociales en dicha labor.

Pensar el derecho sin la justicia, es una desproporción para los profesionales en esta área, ya que según la vieja definición que se dio anteriormente de tal valor, dar a cada uno lo suyo, y aquí se involucra también a la naturaleza, es importante resaltar siempre que el derecho se vuelve el instrumento por el cual la justicia hace obra, es decir, se manifiesta de manera tangible en las expectativas que surgen en el son de una sociedad. Es de suma importancia resaltar el hecho de que la justicia avanza a la par de la equidad y es por ello que este concepto trasciende la manifestación formal de la igualdad para instalarse desde la perspectiva de igualdad material.

Una justicia que se ha edificado alrededor de la igualdad con el otro se preocupa exclusivamente por dar a cada uno lo que le corresponde de una manera equilibrada, es decir, lejos de la discriminación o de simpatías hacia unos u otros con el fin de otorgar soluciones que favorezcan a las partes de la mejor manera procurando que cada cual pueda acceder a lo que le corresponde. Es así como se insiste en la representación de la justicia con los ojos vendados y la balanza sostenida en sus manos, pues es la forma gráfica de dar a entender lo que se plantea desde la descripción de estos conceptos.

Así pues, en este punto la sociología jurídica gana un lugar importante, al ser una disciplina que recoge lo que se ha construido inicialmente respecto de lo que es el derecho y cómo desde otras ciencias se otorga un sinfín de herramientas y marcos de análisis que permiten ampliar tanto metodológica como teóricamente al derecho como ciencia social para comprender de una manera más adecuada los fenómenos sociales que son fuente de su existencia. La antropología, la psicología, el arte, la cultura, la economía, la política, y por supuesto, desde la ética, el profesional en derecho tendrá mayores capacidades para incluir en la reflexión y ejercicio a la naturaleza como sujeto de derecho y darle solución a los conflictos que se presenten en el ejercicio de su profesión si comprende y reivindica lo que aquí se ha dicho.

## **6 | ¿QUÉ SON LAS HUMANIDADES?**

El objetivo del presente texto requiere que este interrogante sea abordado a partir de lo que se ha entendido por las ciencias humanas, esto es, las denominadas humanidades. Para muchos autores dentro del campo de discusión común, las humanidades se refieren únicamente a los estudios del hombre como centro de todas las cosas y de la realidad misma; también se entienden como una serie de herramientas gnoseológicas que permitirán acceder a múltiples tipos de saber, es decir, herramientas filosóficas que estudian la naturaleza, el conocimiento, hasta dónde llega y qué límites tiene. Es claro que estas definiciones dejan vacíos conceptuales a la hora de abarcar todo lo relacionado con lo que ampliamente se entiende por humanidades.

Para darle un mayor alcance, las humanidades “están constituidas por los temas referidos a los valores humanos, el empleo y el análisis del lenguaje y las expresiones de espiritualidad de los hombres. De ahí a que sean concebidas como la teorización de las artes, del lenguaje, de la mente y de la experiencia cultural” (Saladino, 2017). Ampliado el campo semántico de las humanidades, es necesario dejar por sentado que en la actualidad esto sigue creciendo; dentro de esta ciencia se agrupan estudios relacionados con la literatura, la filosofía, la historia crítica, la arqueología, la teoría y práctica de las artes, así como la economía, la política, la psicología, la antropología, la educación, entre otras afines.

Dentro de los diversos objetivos que tienen las humanidades, uno de ellos se centra en la tarea de “apartar al hombre de la animalidad, haciendo más humano al hombre mediante el refinamiento de su cultura” (Saladino, 2017) y por ende, de la valoración de su autonomía dentro del campo de la ética, por lo que su relación con la filosofía es bastante estrecha.

Las humanidades hacen parte de un área del saber que, desde su nacimiento, ha tenido como objetivo la realidad, no solo del hombre sino del mundo, es decir, explicar e interpretar lo relacionado con la existencia del ser humano y su entorno. Pero dentro de esta batalla por explicar la realidad, el conocimiento científico ha tenido distancias frente a lo que desde las humanidades se ha planteado, frente a esto, es necesario confrontar estas dos posturas:

“Si el conocimiento científico aspira a formular en lenguaje riguroso las leyes que rigen los fenómenos, que son susceptibles de comprobación, se refiere al ser; tiene como pretensión la objetividad e imparcialidad, busca la diversidad y particularidad hacia la unidad y uniformidad y simplicidad explicativa; el saber humanístico forja concepciones e interpretaciones reflexivas, tiene como referente el deber ser, intenta desentrañar la esencia de las cosas, refleja visiones personales, tiende hacia la complejidad, originalidad, lo inesperado” (Saladino, 2017).

De esta manera, el saber científico y las humanidades no son enemigas entre sí, su relación ha estado basada desde su existencia, por la complementariedad. Las humanidades son necesarias para darle claridad a la razón y el saber científico tiene como fin proporcionar datos y explicaciones que van a nutrir los postulados de la primera. Las humanidades por su parte tienen una carga bastante representativa, éstas se encargan de ser una fuente del pensamiento crítico, así como de impulsar el desarrollo de este, con el objetivo de cumplir el deseo del hombre por conocer y darle validez a las interpretaciones de la realidad que se estén desarrollando. Otro rasgo importante, es el “reconocimiento de la diversidad y universalidad, la tolerancia al ayudar a cultivar la importancia de la existencia de la diversidad humana a partir de la cual fincan mejor su realización los humanos” (Saladino, 2017).

De este modo, destaca un factor importante dentro de las humanidades: la

interdisciplinariedad de sus estudios. Este factor posibilita comprender que existen relaciones entre diversas disciplinas y áreas del saber con otro tipo de conocimientos, que resultan en relaciones complementarias para obtener mejores explicaciones de la realidad y fundamentar de una manera más fuerte las concepciones sobre los aspectos de esta.

En este punto es donde se hace necesario adentrarse en la relación de las humanidades con el derecho. Para esto, se tomará lo planteado por el filósofo y sociólogo francés Pierre Bourdieu, quien elaboró dos conceptos fundamentales para la utilización de categorías dicotómicas y marcos teóricos opuestos dentro del pensamiento moderno, el campo social y el habitus.

Para Bourdieu, el derecho es un campo social, de la misma manera como lo son la política, la ciencia o la economía. De esta manera, el derecho como campo social “permite una aproximación a múltiples niveles de conceptualización del derecho, que incluye, por ejemplo, el derecho como práctica, como conjunto de normas, como descripción y conceptualización de las normas y como elaboración teórica de fundamentación y de explicación de las relaciones sociales” (Gómez, 2005).

La idea del campo social no solo sirve para entender el derecho, sino que es una herramienta conceptual que permitirá acercarse a la ciencia. De allí que se afirme que Bourdieu “no estudia la ciencia para hacer una construcción discursiva desde ella misma, sino para hacer un análisis sociológico del escenario social de los científicos y la ciencia, y así responder el interrogante sobre el uso social que se le da a la ciencia” (Gómez, 2005). Para este filósofo y sociólogo francés, la ciencia se torna en un “microcosmos provisto de sus propias leyes, dotado de autonomía parcial” lo que no significa que no pueda recibir influencia de otros campos, precisamente ahí radica su ventaja sobre otras disciplinas científicas y áreas del conocimiento de esta misma línea.

La categoría de campo social termina siendo una herramienta conceptual y teórica bastante importante para entender el papel del derecho en la vida social y natural, lo que conduce ineludiblemente al planteamiento sobre el lugar que ocupan las facultades y las escuelas de derecho en la formación para un adecuado análisis y entendimiento de los fenómenos sociales, naturales y el análisis de la realidad, pues es en su seno donde tienen lugar estas discusiones y donde suele formarse un criterio a partir del cual se elaboran síntesis de la realidad.

Como se ha dejado ver, el derecho está permeado por múltiples áreas y disciplinas que harán de él un campo social, pero que a su vez, le otorgan cualidades diferentes para el ejercicio profesional de aquellos quienes han sido formados en esta disciplina; el reto está en posicionar estas nuevas concepciones en los centros de formación y las universidades alrededor del mundo con el fin de devolverle al derecho su lugar central para la sociedad como un organismo vivo cuyo motor está dado por los conflictos que en su seno se desarrollan e impulsan la evolución.

Ahora bien, las humanidades y las disciplinas afines a ella, no pueden ser

vistas como simples asignaturas de complemento, es decir, que dentro de la formación técnica de los abogados, la existencia de asignaturas que se enfoquen en un análisis de características sociales o que contengan temáticas de economía, sociología, psicología, política, cultura, etc., deban ser desechadas por maestros y estudiantes, o peor aún, no incluidas en los planes de estudio, ya que la formación de un abogado deber ser completa, integral y –sobre todo– debe obedecer a los fines de justicia e igualdad material que fueron descritos anteriormente. Solo a partir de elementos tanto técnicos como sociales, a la hora de resolver conflictos, es posible generar resultados idóneos socialmente. En este sentido es que se propone una reflexión incluyente del derecho, con alcance práctico pedagógico, que no haga extraña la posibilidad de entender a la naturaleza como sujeto de derecho y de propiciar un contrato natural mediando un contrato natural.

Lo anterior tiene un valor agregado para el caso colombiano, la formación de abogados no solo con capacidades técnicas, sino con un amplio enfoque social y natural desde las humanidades, permitirá que estudiantes ad portas de ejercer su vida profesional, puedan entender y analizar de mejor manera las necesidades de la sociedad colombiana de hoy en día, es decir, situarse en el contexto de un país que firmó un Acuerdo de Paz para dar solución por la vía dialogada a sus conflictos estructurales. Es por ello que se requiere que los profesionales con competencias en resolución de conflictos impriman a cada una de sus actividades el enfoque social, natural y humano que sólo es posible con una formación dirigida intencionalmente en este sentido. Así, el aporte en la ardua tarea de construir una Paz estable y duradera, la convivencia pacífica entre los colombianos, además de una armonía ambiental y ecológica, puede seguir siendo edificado cotidianamente.

Es una tarea entonces de las facultades de derecho colombianas, asumir una posición frente a nuevos campos de formación para sus egresados, quienes con las suficientes herramientas técnicas jurídicas van a necesitar el campo de las humanidades para completar una formación al nivel de las necesidades de un país situado en posconflicto y desde el cual se desarrollan diversas iniciativas en la sociedad que buscan una solución pacífica a las situaciones de violencia que aquejan a sus habitantes.

## **7 | SOBRE EL DIÁLOGO INTERCULTURAL Y LA CONTRATACIÓN NATURAL**

La crisis del paradigma moderno occidental se manifiesta hoy, de manera drástica, en clave ecológica. La naturaleza, luego de concebirse matemática, geométrica e instrumentalmente como objeto y recurso consumible y apropiable, padece bajo el rigor del discurso desarrollista. Paliativos retóricos como los expresados en términos de desarrollo sostenible y sustentable se han formulado para resolver el conflicto ambiental, pero los datos confirman su ineficacia. Océanos acidificados, calentamiento global, contaminación del aire, efecto invernadero, nuevas pandemias, extinción de especies, entre otras, son resultado de la visión antropocéntrica que en tiempos de globalización se acentúan. El

contrato social, hipótesis teórica surgida en la modernidad para alcanzar las promesas de libertad, igualdad y solidaridad, se mostró ineficaz en términos emancipatorios y propició bienestar a un reducido porcentaje de personas, mientras que a la gran mayoría excluyó. La naturaleza nunca fue tenida en cuenta como parte en el contrato, se sometió a un proceso pre y post contractualizador, así se desconoció su carácter de sujeto de derecho y también resultó excluida, declarada ausente e inexistente.

La propuesta por una hermenéutica diatópica, como condición del procedimiento contractual que asuma a la naturaleza como sujeto de derechos y que propicié una ecología de saberes, se convierte en interés primordial del trabajo. Se asume que la evolución y transformación apropiada de las crisis ecológicas se concretará luego de revisar de manera crítica la historia del conflicto ambiental y los procedimientos puestos al servicio de su gestión, contribuyendo a la implementación de los medios que permitan, de manera ponderada, resolver las tensiones que de él se derivan.

Sobre la teoría del contrato moderno y las críticas que desde distintos frentes se le han formulado (marxismo, neocontractualismo, teorías críticas, etc.), existe una vasta producción, especialmente construída en los mismos países centrales, una lectura autorreferencial y excluyente, o en términos de Santos, un localismo globalizado.<sup>6</sup> Igualmente, desde los estudios culturales, la teoría crítica poscolonial, la filosofía andina y las Epistemologías del sur, entre otros enfoques y teorías, se trabaja intensamente en la producción de conocimientos y prácticas que justifican y validan otras explicaciones de la cultura, de la política, de las relaciones humanas y naturales, en otras palabras, de otros posibles posibles. Lo que nos resulta común hoy es la crisis ecológica, la pandemia, el calentamiento global. Aún en el logos occidental, la ecología profunda ha reflexionado sobre nuevas formas de relacionamiento humano y natural, y es de allí que se toma en el presente texto el concepto de contrato natural que desde nuestra perspectiva deberá incluir a la naturaleza como sujeto de derecho. Aún hasta aquí, las fuentes de análisis son amplias, pero sobre el procedimiento que debe adelantarse para alcanzar el pacto incluyendo a la naturaleza no se acentúa. Claramente, al respecto se infieren e intuyen propuestas cuando se abordan conceptos como diálogo intercultural, hermenéutica diatópica, ecología de saberes, pero aún no se cuenta con una reflexión que presente al diálogo intercultural como procedimiento idóneo para la realización de un contrato que reconozca a la naturaleza como sujeto de derecho.

Sobrevivimos pre y pos contractualmente: muchos no entraron al pacto y otros ya salieron de él; el sistema de valores y de medidas occidental, antes que promover políticas de inclusión y solidaridad, resultó excluyente, determinando en términos jurídicos y políticos, entre otras, una concepción instrumental de la naturaleza como objeto de apropiación y explotación. El paradigma moderno promovió lógicas mercantilistas que colonizaron, además de instituciones regulatorias como el Estado (Hobbes) y la comunidad (Rousseau),

<sup>6</sup> La teoría posmoderna es claro ejemplo de lo afirmado.

formas emancipatorias de racionalidad estética, teórica y práctica. El arte, la ciencia y la ética se postraron ante un modo de producción económica que se despliega en sentido geométrico lineal en un mundo redondo y natural.

Las Epistemologías del sur denuncian la *Razón indolente*, como una razón perezosa, arrogante y olvidadiza<sup>7</sup>, que desconoce otros posibles posibles y otras formas de comprensión y solución de los problemas sociales y ecológicos distintos del occidental logocéntrico; una razón indolente que se manifiesta, según el profesor Boaventura de Sousa Santos, de dos maneras: La razón metonímica y la razón proléptica. La primera toma la parte por el todo y como consecuencia de esto se impone una narrativa hegemónica, la propia, la parcial occidental logocéntrica (capitalista y patriarcal). La segunda, al estilo Fukuyama, solo ve una historia posible, un único destino mundial que se alcanza linealmente y que tiene como horizonte el metarrelato del progreso individual<sup>8</sup>. Al decir del filósofo social, la metonimia contrae el presente, desconociendo posibles experiencias y realidades e imponiendo la propia. La prolepsis amplía el futuro, lo ve infinito y así también a la naturaleza, así las cosas, para tragedia nuestra, la idea que se impone es: para satisfacer deseos infinitos disponemos de recursos infinitos. La razón proléptica descuida y malgasta, la metonímica declara inexistencias e impone una sola realidad.

La inconformidad ante las experiencias genera una tensión dialéctica que, en la teoría de Santos, desapareció en la modernidad. La regulación que debió reemplazarse se impuso colonizando incluso a su agón emancipatorio. Hoy, las expectativas, que entonces proyectaban bienestar, no pintan bien. Desde una perspectiva crítica, posmoderna de oposición, se formula una propuesta alternativa de realidad, con Santos, se asume en este trabajo que “no existen soluciones modernas para problemas modernos”. Una nueva emancipación surgirá en la confrontación de la razón indolente y esto será posible mediante la oposición de una sociología de las ausencias y de las emergencias. Aquella identifica y promueve realidades excluidas e instrumentalizadas; esta produce experiencias posibles, que en la lógica dialéctica son candidatas a nuevas regulaciones.

La razón colonialista que se viene presentando se asienta en distintos tipos de monoculturas que imponen declaraciones de inexistencia: 1. La monocultura del saber científico, con exclusivistas pretensiones de rigor y explicación; 2. La monocultura de la temporalidad lineal, que configura primeros y segundos, desarrollos y subdesarrollos, primitivismos y progresismos; 3. La monocultura de la naturalización de la diferencia, donde la jerarquía se legitima como un hecho natural, 4. La monocultura de la única escala, lo universal y ahora globalizado descalifica lo local que pasa a ser folklore, y finalmente, 5. La monocultura de la producción química - intensiva, explotadora de la tierra y los recursos.

---

7 Perezosa pues trabaja con un solo criterio de comprensión; arrogante por evadir el diálogo y la confrontación con otras racionalidades que desconoce de antemano, y olvidadiza porque genera ausencias que desperdician experiencias.

8 No debe perderse de vista que esta razón metonímica, desde Grecia, otorgó a la sustancia un lugar privilegiado pues las demás categorías quedaron relegadas a ella, por ejemplo, la relación que a partir de entonces se entenderá como accidente predicable de algo que se explica por su existencia.

El mundo resultado de la monoculturalidad se nutre así de ignorancias, residualidades, inferiorizaciones, particularismos y esterilidad.

En este punto podrá aceptarse sin muchos problemas que una ecología de saberes, temporalidades, reconocimientos, inter – escala y de las productividades, inspirará nuevas formas contractuales, que mediando una traducción intercultural concretable en una hermenéutica diatópica con enfoque ecológico, posibilitará un contrato natural con base epistemológica en principios de universalismo negativo<sup>9</sup>, relacionalidad y equivalencia homeomórfica.

Siguiendo a Guastini, la filosofía del derecho se realiza desde adentro o desde afuera de este. La filosofía de los juristas (interior) deviene teoría especial del derecho, mientras que la de los filósofos (exterior), es general, la tradicional filosofía de la justicia<sup>10</sup>. Nuestro trabajo se enmarca en esta última<sup>11</sup>, en la filosofía del derecho, pero en estrecha relación con la ecosofía andina. Obviando la discusión sobre el estatuto epistemológico y la validez de una filosofía distinta a la heleno-euro céntrica, partimos de las epistemologías del sur como premisa teórica apuntalada en la filosofía ancestral andina (ecosofía andina) y el giro lógico que en ella subyace, según el cual lo accidental (relación), deviene sustancial. La *pacha mama* como categoría filosófica y al mismo tiempo como sujeto de derecho contratante con la humanidad<sup>12</sup>.

La perspectiva formal del derecho, liderada por Kelsen, se ancló en el concepto de imputación que ya en Kant, resultaba de capital importancia cuando de definir el sujeto de derecho se trataba. En relación con el papel de la naturaleza dentro del mundo de la juridicidad, la tradición gestó un *eco-apartheid* (Cullinan), que despojó de personalidad jurídica a la naturaleza: “una persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. La personalidad moral, pues, no es más que la libertad de un ser racional sometido a leyes morales. [...] Una cosa es lo que no es susceptible de ninguna imputación. Todo objeto del libre arbitrio, que carece de libertad por sí, se llama, pues, cosa” (Kant, 1996).

En un sentido distinto, las epistemologías del sur, en clave crítica y pos colonial, en un ejercicio de sociología de las ausencias y universalismo negativo, rescata del “epistemicidio” formas excluidas de comprensión de la naturaleza, la política y el derecho, aspirando a una justicia cognitiva y a la emergencia de otros mundos posibles, posibles. En este punto acude como procedimiento de inteligibilidad contractual entre la naturaleza y la humanidad, el dialogo intercultural, trabajo de “imaginación epistemológica y de imaginación política”, que Santos define de la siguiente manera: “procedimiento que permite crear inteligibilidad

---

9 Principio que niega la posibilidad de teorías universales y homogéneas del mundo y sus circunstancias, por el contrario, De Sousa Santos predica sobre este que es el lugar de “muchas totalidades, todas ellas parciales” (Santos, 2005b: 146) y el único acuerdo posible gira en torno a la imposibilidad de omnicomprensión del funcionamiento y explicación del mundo.

10 En términos de Guastini, la del “gentilhombre burgués”

11 Aunque de la teoría del derecho asume la preocupación por los problemas del lenguaje.

12 Que al mismo tiempo es naturaleza.

recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles” (Santos, 2005a: 175). En la ecosofía andina se soporta el trabajo cuando se acude a la hermenéutica diatópica y los principios de relacionalidad y equivalencia homeomórfica.

## 8 I COMPETENCIAS DEL SER, DEL SABER, DEL HACER

El ser, en términos ontológicos, refiere a la sustancia que existe independientemente de la conciencia, empero, desde una perspectiva materialista dialéctica, el ser no se realiza por fuera del mundo material (Ludin, Rosenthal, 1982), es decir, contrario a la insigne cartesiana *cogito ergo sum*, el ser no sólo deviene de un acto de la conciencia; bajo esta proposición, también corresponde traer a colación la idea del ser social, puesto que caracteriza la vida material de la sociedad.

El ser en sociedad ha sido objeto de reflexión desde la antigüedad hasta la contemporaneidad, de tal modo que *La política* de Aristóteles continúa siendo una obra fundamental en la formación filosófica moderna; a grosso modo, en ésta reposa de manera más concreta la concepción aristotélica sobre la forma de organización social, contiene varios libros donde expone la jerarquía entre amo, esclavo, mujeres; la economía, la propiedad, la familia, la aldea, hasta alcanzar la polis. Sin embargo, el punto de interés para este planteamiento es el descrito como *Zoon politikón*:

“De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre”. (Aristóteles, 1988, p. 1253a).

Algunas posturas de *La Política* son controvertidas, sin embargo, al dotar de tal naturaleza al hombre, implica que éste –desde su posición– posee un deber con la sociedad. En este punto es preciso mencionar que para Aristóteles la política y la ética estaban intrínsecamente ligadas, pues ambas tienen como fin último el bien común.

En la obra *Ética Nicomáquea* o *Ética a Nicómaco* de este grandioso pensador, se plantea el problema de la felicidad y el buen vivir para el hombre; en el libro I, Aristóteles (2007) menciona que “toda actividad humana tiene un fin y la ética forma parte de la política”, sosteniendo con ello que en apariencia las acciones, actividades y producciones humanas tienden a algún bien y por consiguiente, teniendo en cuenta que éstas poseen tal intención, vale la pena examinar a cuál ciencia pertenecen. No obstante, enuncia en el mismo texto:

“Parecería que ha de ser la suprema y directiva en grado sumo. Ésta es, manifiestamente, la política. (...) Y puesto que la política se sirve de las demás ciencias y prescribe, además, qué se debe hacer y qué se debe evitar, el fin de ella incluirá los fines de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre.

Pues, aunque sea el mismo bien del individuo y el de la ciudad, es evidente que es mucho más grande y perfecto alcanzar y salvaguardar el de la ciudad; porque procurar el bien de una persona es algo deseable, pero es más

hermoso y divino conseguirlo para un pueblo, para las ciudades”.

En ese sentido, es apropiado señalar que la discusión sobre la ética recobra fuerza al plantear tanto la esfera de lo individual, señalando las virtudes del hombre tales como la responsabilidad, la generosidad, la lealtad, la justicia, la paciencia, entre otros, así como la esfera colectiva, procurando establecer aquellos mínimos para las sociedades más armoniosas. No obstante, la postura aristotélica respecto a la relación ética y política puede considerarse lo ideal para una comunidad que se pretenda conformada por individuos buenos y comprometidos socialmente, la indagación filosófica sobre la ética no se agota allí.

En la modernidad, Immanuel Kant, entre su amplia obra, en *La fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) expresa su profunda preocupación por una filosofía moral pura, es decir, una filosofía constituida enteramente por principios a priori –de la razón pura– o libre de la experiencia humana, dado que lo antropológico puede verse corrompido, por eso, ha de profundizar sobre los fundamentos de una voluntad pura en la medida de lo realizable, ignorando las inclinaciones o deseos humanos.

Al contrario de la postura aristotélica, para Kant la felicidad no es el fin que se persigue, sino la buena voluntad, en vista de que *los dones de la fortuna*, donde se incluye la honra y el bienestar, pueden hacer del hombre feliz un ser arrogante (1785), de hecho, advierte sobre los misólogos, quienes al empeñar su razón en torno a la felicidad, más se alejan de ella; asimismo, la buena voluntad no debe confundirse con el deber, si bien éste se nutre de la buena voluntad, se puede enfrentar a ciertas subjetividades como los impulsos o inclinaciones, recayendo en acciones egoístas que no necesariamente tienen relación con el deber ser.

En suma, para Kant, la razón es una facultad práctica, su propósito ha de ser la producción de la buena voluntad, sin embargo, ésta por sí sola no conducirá a la plena satisfacción de los sujetos, dejando así la posibilidad de que la buena voluntad se vea envilecida; por su parte, la buena voluntad atravesada por la razón, convierte al hombre en un ser capaz de alcanzar la mayoría de edad, de autolegislar, lo que proporciona determinada libertad para enaltecer su entorno social.

Aun así, existe un símil con la obra aristotélica al haber una aspiración universal, nuevamente se presenta la ética como una categoría vital para indagar sobre el bienestar y la convivencia en las sociedades; pese a que se habla de principios generales, los factores sociopolíticos, económicos y culturales, a su vez, condicionan las convenciones éticas y morales; es en este punto donde conviene subrayar el derecho como ciencia práctica, dado que, en conjunto con dirigentes y organismos estatales, se encargan de decretar leyes, las cuales están encaminadas a la constitución de sociedades justas y libres (Hervada, 2009), lo que a la postre pueden ser las aspiraciones universales planteadas tanto por Aristóteles como por Kant.

Expuestas estas concepciones de grandes pensadores, es menester destacar la trascendencia de la ética en la actualidad. Lejos de tratarse de antiguos imperativos religiosos o una asignatura secundaria en la formación académica, la cotidianidad del ser humano se reviste de numerosos juicios basados en la concepción de lo ético, es por eso que, como miembros de una sociedad difícilmente pueda alguien manifestar no tener una postura frente a las acciones de los otros, a los acontecimientos públicos, entre otros. Es allí donde dirá Pieper (1991) que el acuerdo y el rechazo, así como la pretendida neutralidad, expresan una postura ética. Ahora bien, cuando la postura es dogmática, se considera un moralismo o fariseísmo, dado que empieza a ser excluyente, de ahí que este autor afirme que:

“Las consecuencias de esta clase de *ethos* acriticamente generalizado son conocidas: persecución religiosa, difamación de minorías, discriminación racial, proscripción de quienes piensan política o ideológicamente de otra manera, desprecio a quienes practican otra moral, etc. Los hombres resultan divididos entonces en clases y clasificados en superhombres e infrahombres y esto se da según la escala de valor de quien se aferra a una posición absoluta y no se muestra dispuesto a cuestionarla” (Pieper, 1991).

Dicho lo anterior, el derecho no debe ser visto unívocamente desde las fuentes formales; incluso desde sus fuentes informales entendidas como el campo de lo que ha de complementar el espectro normativo. Por ello, vale la pena retomar elementos de la sociología jurídica, donde se rechaza la noción clásica del derecho abstraído frente al mundo social; en palabras de Kelsen, como ya se ha venido insistiendo, la ciencia jurídica se entiende como un conjunto cerrado y autónomo, cuyo desarrollo sólo se puede entender según su “dinámica interna”, ya que desde esa perspectiva “pura” del derecho, éste se moldea como un instrumento de dominación y no como un mecanismo para alcanzar la justicia.

Es por esta razón que se hace necesario que los abogados obtengan una formación interdisciplinaria, crítica y ética, donde sean conscientes de la complejidad del campo social, que va más allá de las relaciones productivas, pues “éste pertenece a un universo social específico en el cual se produce y ejerce; en esa medida, el derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos, de ahí que, puede hacer el mundo social, sin que devenga de éste” (Bourdieu, 2001).

Un abogado íntegro tiene la capacidad de ahondar en las diversas interpretaciones de un caso particular, teniendo en cuenta las variables que se presentan en su contexto —en el sistema jurídico no hay verdades *ex ante*— y no sólo como una norma o silogismo que se aplica a la totalidad de los casos; una regla no puede ser aplicable de forma pura e inmóvil ni de la misma manera para los diversos fenómenos sociales que motivan la operación jurídica, puesto que nunca habrá dos casos iguales. Es por ello que está en virtud del juez, por ejemplo, decidir si una regla se extiende o no, a otro caso y bajo qué características debe ser aplicada. Finalmente, la integridad y compromiso social del abogado va más allá

de su actuar frente a un sistema jurídico, pues se requieren personas empáticas, fiables, que puedan sostener una comunicación asertiva con las partes encontradas en disputa o con la comunidad que busca satisfacer una necesidad o expectativa; se debe dar prioridad a la integralidad en los elementos empleados para realizar síntesis de la realidad, pues allí se constituye una sinergia que proporcionará profesionales y sociedades humanitarias que procuran por que cada cual reciba lo que le corresponde, es decir, por lo que es considerado como justo.

## 9 | CONCLUSIONES

El ser humano es un ser social y natural, en esa medida, a lo largo de la historia del pensamiento filosófico y ético, la pregunta por la idea de lo bueno, lo justo, lo virtuoso, las formas de comportamiento e interacción ha sido una preocupación que continúa siendo vigente. Es evidente que, cuando los sujetos carecen de una postura ética y crítica se forja el espacio propicio para la reproducción de ideologías totalitaristas que se han caracterizado por ser dogmáticas y excluyentes, atacando y reprimiendo la diferencia.

Es por asuntos como los aquí tratados que resulta necesario profundizar en la formación de abogados íntegros, con una educación interdisciplinar que irrumpa con la idea ortodoxa de que el derecho se limita al estudio de lo jurídico y por ende se abstrae de lo social y lo natural. El proceso de formación de los abogados debe ser crítico al considerar y examinar las múltiples condiciones de posibilidad e interpretaciones más allá de la norma; su formación debe poner al centro la ética porque el derecho incide directamente en el campo de relaciones sociales y por ello adquiere una responsabilidad que conlleva un carácter ejemplar en las acciones ejercidas como profesional.

Hoy nuestro lugar común deviene crisis ecológica, pandemia y calentamiento global. Aún en el logos occidental, la ecología profunda ha reflexionado sobre nuevas formas de relacionamiento humano y natural, y es de allí que se ha abordado el presente trabajo mediando el concepto de contrato natural que, desde nuestra perspectiva, incluye a la naturaleza como sujeto de derecho. El diálogo intercultural concretado en una hermenéutica diatópica, puede contribuir a la configuración de un pacto natural con cláusulas verdaderamente incluyentes formuladas desde una teoría de la responsabilidad y atendiendo principios de un concepto de justicia asociado a la idea de vida.

Realizando una aproximación analítica a la teoría de la sociología jurídica crítica se plantea la necesidad de involucrar en la enseñanza y la práctica del derecho conceptos como la traducción intercultural y la denuncia de prácticas como el localismo occidental globalizado y colonizador. Se señala la relación entre prácticas, saberes y agentes sociales; la negación de la completud cultural; su flexibilidad para poner en relación saberes hegemónicos y saberes subalternos, y finalmente la naturaleza política, emocional e intelectual de la teoría.

En el actual escenario, un abogado debe estar en capacidad de proponer alternativas frente a los nuevos retos que como sociedad le corresponden; asuntos como la justicia, la paz y la reconciliación son imperativos de su actuación. En otras palabras, desde el ser en el sentido filosófico es indispensable que refleje su formación ética; desde el saber, ha de estar cualificado para lograr decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico; y desde el hacer, le corresponden decisiones para que la justicia pueda acercarse al objetivo de igualdad material respecto de las personas que integran una sociedad.

Finalmente, se insiste en la sociología del derecho, pues esta mirada abarca las disciplinas que integran las humanidades para, de esa forma, brindar herramientas conceptuales más idóneas para la comprensión de fenómenos sociales y naturales la resolución de conflictos modernos y el aporte en la construcción de sociedades más justas y democráticas.

## REFERENCIAS

Aristóteles. (2007). *Ética nicomáquea*. Barcelona: Editorial Gredos.

Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid: Editorial Gredos.

Aguiló Bonet, A. (2010). Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural. "Cuadernos Interculturales 8,no. 14 Redalyc. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55217005009>

Arrieta, Iván Pacheco, and Jorge Enrique Carvajal Martínez . "Discusiones Acerca Del Concepto De Sociología Jurídica." *Iusta*, vol. 2, no. 23, 2016,

Bourdieu, Pierre. La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2000.

Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer.

García Gual, Carlos. (1998). *Mito, historia y razón en Grecia: del mito al logos*. Recuperado de <http://www.march.es/publicaciones/pasadas/cuadernos/pdf/Nuevo%20romanticismo.pdf>

García, M. (2014). *La ética ecológica en la perspectiva de Michel Serres: una propuesta de la reconciliación del ser humano con la naturaleza*. [tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]

Guastini, R. (2013). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa

James, Ariel José & Jiménez, David Andrés (2004). *Chamanismo. El otro hombre, la otra selva, el otro mundo*. Colección cuadernos de estudiante tomo I. Bogotá: Instituto colombiano de antropología e historia. Imprenta nacional de Colombia.

Kant, I. (1873). *Principios Metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez.

- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Gómez Sánchez, G. I. (2005). La investigación, la producción y las prácticas del saber jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. *Estudios de Derecho*, 62(140), p. 93-131.
- Hesíodo. (2013). *Teogonía, Trabajos y días, Certamen, Escudo*. Madrid. Alianza editorial.
- Majone, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. FCE.
- Martínez, A. (2017) *Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional*. *Lex N° 20*.
- Marx et al., (1974). *La Ideología Alemana*. Ediciones Grijalbo S.A.
- Meléndez, Germán (1998). *La ética antigua*. En *Estudios de filosofía política*, (pág. 124). Bogotá: Universidad nacional de Colombia.
- Ovidio. (2006). *Metamorfosis*. Madrid. Espasa Calpe.
- Panikkar, R. (1993<sup>a</sup>) *Diálogo intrarreligioso*. Trotta.
- Pieper, A. (1991). *Ética y moral: una introducción a la filosofía práctica*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Ruiz, Alfonso. (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Madrid. Trotta
- Saladino García, Alberto. *Humanidades: Concepto e identidad*. La Colmena, n. 3, p. 40-44, oct. 2017.
- Santos, B. (1998a). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Santos, B. (2003b.) *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée de Brouwer.
- Santos, B. (2005<sup>a</sup>). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Trotta/ILSA.
- Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Trilce. Universidad de la República.
- Santos, B. (2009). *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. Siglo XXI.
- Stermann, J.(2006). *Filosofía andina: Sabiduría indígena para un mundo nuevo*. ISEAT.
- Weber, Max. (1967). *El político y el científico*. Madrid: Alianza.

## LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL EN LA FORMACIÓN DEL LICENCIADO EN DERECHO

*Data de aceite: 26/11/2021*

### **Sergio Gilberto Capito Mata**

Universidad Autónoma de Baja California  
Mexicali, Baja California, México

### **Luis Alberto Bautista Arciniega**

Universidad Autónoma de Baja California  
Mexicali, Baja California, México

### **Marina Gisela Hernández García**

Universidad Autónoma de Baja California  
Mexicali, Baja California, México

**RESUMEN:** Los modelos actuales de desarrollo que permean en las últimas décadas, provocó que, a través de los principales postulados internacionales en materia ambiental, despertara la consciencia sobre las grandes afectaciones que se tienen sobre los recursos naturales y el medio ambiente. Dentro de las formas reconocidas de procuración al cuidado del medio ambiente en México, la educación y el derecho se han tornado elementos indispensables para su regulación eficaz, con amplio margen para mejorar en sus lineamientos. Nuestra Carta Magna consagra el derecho al acceso y calidad que deberá tener la educación en nuestro país, en él se señalan los lineamientos por los cuales transitará el modelo de enseñanza en los diferentes rubros, como lo es el caso de la enseñanza ambiental. En este tenor, la conjugación de la educación a través de la enseñanza del derecho en materia ambiental, se erige como un pilar en la protección del medio ambiente en nuestro país. La enseñanza del

derecho a nivel superior, enfrenta desafíos que rezagan el conocimiento de esta trascendental materia en las escuelas de derecho. La materia de derecho Ambiental, posee características que la distinguen de otras áreas de derecho, ciertamente la hace compleja y en ella confluyen elementos que la hacen singular, aunque la sensibilización institucional en este rubro ha sido paulatina. La consciencia jurídica ambiental cada vez demanda una plataforma distinta de abordar esta materia en la cátedra universitaria, partiendo del reconocimiento como una asignatura obligatoria en los planes de estudio de las universidades, así como de otros factores. Si se parte de la anterior premisa, habrá de plantearse a través de las líneas de esta reflexión cuales son los criterios para consolidar esta materia dentro de los programas de derecho ambiental en México.

**PALABRAS CLAVE:** Educación, educación ambiental, derecho ambiental, universidad.

## LA EDUCACIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO

### 1 | INTRODUCCIÓN

A través del planteamiento internacional que se realizó sobre la concientización del hombre y la problemática ambiental del orbe en la Declaración de Estocolmo de 1972 (Arroyo: 248), se ha generado un oleaje de diversas perspectivas de propuestas y posibles soluciones para paliar los efectos degradantes al entorno natural, principalmente al presupuesto

de que toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Dentro de los postulados que han recogido los países para contrarrestar el deterioro ambiental han sido los instrumentos de política, la educación y el mismo derecho, la incorporación al contexto jurídico nacional de conceptos como el desarrollo sustentable (Foladori: 12) y los principios preventivo y precautorio.

La regulación jurídica ambiental en su arista educativa, se erige como postulado constitucional en México, desprendido de su mandato se ha encontrado un espacio fértil, relativamente novedoso, el cual encuentra en la actualidad un desarrollo doctrinal y de posicionamiento social, por lo que la categorización que se ha hecho sobre la misma, ha merecido ubicarla ya como una rama autónoma del derecho, no desprendida en su totalidad como originariamente fue del derecho administrativo.

No obstante, lo anterior, es importante tener clara la procedencia de los postulados internacionales a los cuales México se apega para cumplimentar la regulación jurídica de la educación y en su vertiente ambiental. Es por ello que, en un contexto de categorización, la profesionalización del conocimiento jurídico demanda cada vez más que se generen planes de estudio tendientes a la enseñanza de la temática ambiental en el campo del derecho.

La enseñanza del derecho ambiental en las universidades del país, ha fijado diversos retos a saber, entre los principales que nos lleva a la reflexión son respecto a qué posición posee esta asignatura dentro de los mapas curriculares se encuentra las instituciones de educación superior que la contemplan. Es decir, esta asignatura puede determinarse como obligatoria u optativa. Posterior a ello, habrá que reflexionar sobre el corpus de la misma, la naturaleza y contenido, mismo que hace complejo su estudio y comprensión pues escapa de la óptica tradicional del derecho individualista y patrimonial (Lorenzetti: 2).

Un enfoque último de reflexión sería el cómo los estudiantes perciben el estudio de la asignatura de derecho ambiental, determinándola en su dimensión de trascendencia o no. Estos son algunos de los retos que se pretenden abordar en la presente reflexión, mismo que pretende ser una aportación a la concepción actual de la materia de derecho ambiental en México.

## **2 I LA VISIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL EN CONTEXTO**

La génesis de la educación como un derecho humano se encuentra en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual textualmente señala:

1. “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales;

favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

De esta disposición total, y en atención al derecho humano consagrado de la educación, en 1972 con la declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano señala lo siguiente:

“PRINCIPIO 19. Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada, y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio ambiente en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.”

De lo anterior, es clara la visión complementaria entre el derecho a la educación de las personas, y también la formación en el área ambiental que deberán los gobiernos implementar a través de sus planes de estudios en los distintos niveles educativos, así el nivel universitario en sus distintas carreras deberá implementar la visión del campo de conocimiento en la formación ambiental de sus estudiantes.

En el caso de México, establecidos los lineamientos internacionales en nuestro orden jurídico, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en su artículo 3:

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y

Si bien no se señala expresamente la condición ambientalista de la educación, se presupone que los factores de interés general y búsqueda del desarrollo y progreso se entrelazan con la consciencia y valores de cuidado y protección al medio ambiente impartidos en la educación de nuestro país.

La Ley General de Educación, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de julio de 1993, es de observancia general en toda la república, las disposiciones que

contiene son de orden público y de interés social, su objetivo es regular la educación que imparten el Estado, entiendo por este a la Federación, entidades federativas y municipios, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios. (Unión, 1993).

Dicho ordenamiento, señala que la educación es medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura; es proceso permanente que contribuye al desarrollo del individuo y a la transformación de la sociedad, y es factor determinante para la adquisición de conocimientos y para formar a mujeres y a hombres, de manera que tengan sentido de solidaridad social, en ese sentido, el Estado se encuentra obligado a prestar servicios educativos de calidad con el fin de que garanticen el máximo logro de aprendizaje, es por ello, que la Ley General de Educación, en su artículo señala:

Artículo 7o.- La educación que impartan el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios tendrá, además de los fines establecidos en el segundo párrafo del artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

I...X

XI.- Inculcar los conceptos y principios fundamentales de la ciencia ambiental, el desarrollo sustentable, la prevención del cambio climático, así como de la valoración de la protección y conservación del medio ambiente como elementos esenciales para el desenvolvimiento armónico e integral del individuo y la sociedad. También se proporcionarán los elementos básicos de protección civil, mitigación y adaptación ante los efectos que representa el cambio climático y otros fenómenos naturales.

Apoyada en la reforma de junio de 2011 a nuestra carta magna, de manera significativa la Ley General de Educación, también sufrió una transformación en el sentido del tipo de educación que, en materia de ciencia ambiental, se debe de instruir; lo que lleva al conocimiento del aprendizaje de los conceptos básicos en materia ambiental, así como también las complejidades que este reto presenta.

El problema radica, en el método de enseñanza, Los educadores y profesores del sistema educativo nacional no están capacitados ni interesados para manejar el tema con los estudiantes, además este tipo de enseñanza no se está incluyendo de manera formal en los planes de estudio, y los libros de texto que deben de tener dicho contenido aún no existen; sucede que los conceptos relacionados con la ecología, así como el medio ambiente hasta hace un siglo, no contaba con la importancia e implicaciones que en la actualidad posee; la educación ambiental incluye elementos éticos, políticos, sociales y culturales; sin embargo aún carece de fortaleza en todos los niveles educativos. Desde el Estado es necesaria la incorporación con carácter obligatorio de la materia educación ambiental en favor de las generaciones futuras y una adecuada calidad de vida.

La Ley General de Educación dispone en su artículo 8 fracción II lo siguiente:

II.- Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la

comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura;

En este orden nacional, La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente (LGEEPA) cita que se debe contribuir a que la educación se constituya como un medio para elevar la conciencia ecológica de la población, consolidando esquemas de comunicación que fomenten la iniciativa comunitaria. También se debe promover la incorporación de contenidos ecológicos en los diversos ciclos educativos, especialmente en el nivel básico, así como la formación cultural de la niñez y la juventud. Debe motivarse a que se desarrollen planes y programas para la formación de especialistas en la materia en todo el territorio nacional y para la investigación de las causas y efectos de los fenómenos ambientales. Se debe fomentar investigaciones científicas y promoción de programas que permitan abatir la contaminación, propiciar el aprovechamiento racional de los recursos y proteger los ecosistemas.

Después de realizar el recorrido normativo internacional y nacional, es importante evidenciar la conexión indefectible entre educación y medio ambiente como necesidad de los Estados para incorporar a sus planes de estudios de los diversos campos del conocimiento y en todos sus niveles la educación ambiental para lograr un desarrollo social integral.

### **3 | EL RETO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO AMBIENTAL**

En el presente apartado se analizarán los diversos obstáculos que ha encontrado la asignatura del derecho ambiental en las universidades mexicanas para poder optimizar el aprendizaje del alumno en la materia.

El derecho ambiental, concebido como área del derecho, ha sufrido diversas variaciones en su semántica desde su incorporación como asignatura en las universidades en nuestro país. Lo que hoy mayoritariamente conocemos como derecho ambiental, tiempo atrás se le denominó preferentemente como derecho ecológico, cuestión que hoy la doctrina mexicana más destacada en autores como Raúl Brañes, Raquel Gutiérrez Nájera y María del Carmen Carmona Lara, esclarecen tal ambigüedad semántica, determinando la mayor precisión conceptual en lo ambiental.

Así, surgen al respecto algunos cuestionamientos que han de resolverse al tratar de establecer sobre la autonomía del derecho ambiental como disciplina reguladora de las relaciones entre el hombre y la naturaleza. ¿Cuál es la denominación concreta de esta disciplina?, ¿Cuenta con los elementos necesarios para considerarla ya independiente otras ramas más amplias?, ¿Qué realidad se desprende al respecto de la legislación de la materia en México?

El derecho ambiental ha recibido diferentes denominaciones a partir de las cuales

se ha hecho referencia a la misma construcción epistémica indistintamente como derecho ecológico, derecho ambiental y más recientemente derecho de la sustentabilidad.

Por lo que hace a la distinción entre derecho ecológico y derecho ambiental, existen partidarios de la primera denominación, quienes consideran que derecho ambiental es el nombre correcto de la disciplina y por último hay autores quienes consideran que se trata de denominaciones equivalentes. En la primera postura podemos encontrar a la Dra. María del Carmen Carmona Lara (P: 1646), quien al respecto señala:

“Consideramos al derecho ecológico como un conjunto de normas que no necesariamente tienen que poseer las características de normas jurídicas, en un sentido clásico del derecho positivo, ya que una gran parte de la normatividad ecológica cae en un espacio de no regulación estatal y que tiene como origen, en algunas ocasiones, la autoridad científica y tecnológica, y en otras, su validez la determina una serie de usos y costumbres que se han arraigado en la cotidianeidad de las formas de convivencia humana”.

De ahí, que la autora considera que el término más adecuado es el derecho ecológico por sobre el derecho ambiental, ya que comprende una mayor amplitud en su objeto de estudio, en tanto que este último tiene por objeto únicamente la relación del hombre con su medio y los comportamientos del hombre frente a este.

Hacia la tendencia contraria encontramos a Galeano (P: 42) , quien considera que el término que expresa de una mejor manera la actual crisis del “contrato natural” es el de ambiente que tiene una mayor flexibilidad, ya que el termino ecología por sí solo restringe el escenario de la problemática que pretende regular esta disciplina, en tanto que la ecología no contempla la participación del ser humano “como sujeto y objeto de la crisis ambiental, o las relaciones de reciprocidad o interdependencia recíproca entre seres humanos y ambiente”.

Finalmente, para Vargas Hernández (Walsh, Rodrigo: 117), el derecho ambiental, derecho del ambiente, derecho ecológico o derecho del entorno, son varias formas de nombrar a la misma disciplina que se encarga de denominar a una joven rama del derecho que rige las relaciones hombre-sociedad-naturaleza.

Se considera, independientemente del frecuente uso que se da a la denominación “derecho ambiental”, esta última es la denominación más consistente con la problemática que pretende abordar esta disciplina con su objeto de estudio, ya que si atendemos a la literalidad de su denominación, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el concepto de medio ambiente es más inclusivo, ya que se refiere al conjunto de “Condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etcétera, de un lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época.”, por su parte el concepto de ecosistema se restringe a la “Comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente.”, con lo que el objeto de estudio de la disciplina se desenfoca en tanto al sujeto que aspira a la comprensión de dichas relaciones, así como a la protección de esas relaciones: el hombre.

La enseñanza del Derecho Ambiental per se, reviste de una complejidad particular, la naturaleza en su integración se configura en un esquema de regulación tradicional, pero, por otra parte, posee un alto contenido inter y transdisciplinario, mismo que la hace confluir en con áreas del conocimiento del mismo derecho como el constitucional, administrativo, fiscal, penal, entre otros, así como con ciencias complementarias como la biología, geografía, física, química, y otras ramas afines. Lo anterior, sumado al tecnicismo que reviste la norma jurídica ambiental, así como la previsión de las normas oficiales mexicanas requieren una profundidad en el estudio y análisis riguroso de los temas ambientales.

La enseñanza del derecho ambiental en las aulas de las Facultades de Derecho, dentro del contenido temático ha encontrado resistencia principalmente por la determinación de su inclusión o no como materia que puede trascender en la formación académica de sus estudiantes. Lo anterior dicho, ha provocado que su previsión en las universidades es categorizada como asignatura optativa.

Por lo dicho anteriormente, es necesaria la especialización de su estudio por su complejidad, y cada vez se han instrumentado en la norma jurídica mexicana nuevas formas de actualizar los presupuestos de este derecho. De las incorporaciones al derecho mexicano en la observancia de la norma jurídica ambiental, se puede citar a partir de las reformas de 2011 a nuestra constitución y a la Ley de Amparo, el de las acciones colectivas, que darán la posibilidad de extender el interés legítimo del justiciable cuando se trate de proteger violaciones al artículo 4º constitucional (López: 106).

En otro contexto, más allá de advertir la naturaleza propia del derecho ambiental, incluso se ha discutido doctrinalmente si esta es un área de derecho autónoma o adquiere todavía un rango que desprende directamente del derecho administrativo. Esta distinción es importante, puesto que ha sido una de las percepciones para considerar a esta asignatura como optativa y entre más encuentre el fortalecimiento de sus componentes podría categorizarse en los esquemas curriculares de las universidades a ser una asignatura obligatoria.

El derecho ambiental, asumimos posee una doctrina abundante, pero si suficiente nacional e internacional, incluso se observa cada vez más creciente el número de autores de obra académica de esta materia en México. Existen principios específicos en esta materia como lo es el de los efectos globales que atiende a su problemática de degradación, el de globalidad, así como el de solidaridad y sustentabilidad (Walls: 6). Además, se tiene una norma particular que rige la interacción jurídica de órganos de la administración pública en la materia, así como de las relaciones de estos con los particulares. Existe jurisprudencia cada vez mayor de los tribunales federales, y el último elemento, pero a la vez de consolidación es el hecho que es una materia del plan de estudio de las facultades de derecho nuestro país.

Como se puede vislumbrar, el conglomerado de elementos enunciados, fortalecen la concepción de una rama del derecho autónoma, por lo que su estudio merece mayor

auge dentro de la plataforma de nuestro sistema de enseñanza. Uno de los grandes retos respecto a cómo se concibe la asignatura de derecho ambiental en nuestro país, tanto de los directivos de alto rango en el rubro de la educación como del mismo estudiante es que dicha asignatura es ciertamente irrelevante, o bien conforma parte insustancial del plan de estudios de la licenciatura en derecho, sin embargo, ha sido labor omisa por parte de las mismas autoridades educativas en enunciar la importancia que cada vez adquiere el aprendizaje de esta área del derecho.

## 4 | CONCLUSIONES

A raíz de las necesidades ambientales que vive México, ha tenido que apoyarse de diversos organismos e instituciones a nivel local, nacional e internacional para cumplir con el objetivo de garantizar a toda persona, el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano; los esfuerzos han sido notorios, sin embargo, aún queda mucho por hacer, ya que no solamente se trata de cumplir con objetivos estratégicos en el Plan Nacional de Desarrollo, o en los Planes Estatales de Desarrollo o Sectoriales de cada entidad federativa, sino que exista algún instrumento que pueda medir la calidad y cantidad de los resultados obtenidos con dichas estrategias.

En nuestro país, actualmente se pueden observar logros muy importantes dentro del campo de educación ambiental, entre ellos, está la profesionalización, organización, reformas legislativas, educación formal en los distintos niveles educativos, así como las diversas autoridades que en razón de sus atribuciones se encargan de dirigirla; sin embargo, es importante que se tenga un orden y coherencia entre las mismas, sobre todo en la Ley General de Educación, en la medida que puedan preparar a los docentes para este tipo de enseñanza, ya que los conocimientos en materia ambiental son técnicos y especializados; en ese mismo sentido, lo ideal es, que se presente ante el Congreso de la Unión, el proyecto de Ley General de Educación Ambiental, de tal manera que, tanto las entidades federativas, como los municipios, implementen las mismas acciones y políticas públicas institucionales en la materia.

## REFERENCIAS

Álvarez, A. (2003). Memorias del III Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental. MARN / Venezuela, Fundación Polar.

Arriaga, C. (2010). Los Retos del Derecho Ambiental en México. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Arroyo, E. (2012). El Derecho Fundamental al Medio Ambiente. México: Porrúa.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917) Última reforma publicada DOF 24-02-2017. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_240217.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf). Fecha de consulta: 07 de junio de 2017.

Foladori, G. (2005). ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el Desarrollo Sustentable. México: Miguel Ángel Porrúa.

Freire, P. (1995). La educación como una acción cultural. Costa Rica: EUNED.

Lascurain, C. (2006). Análisis de la Política Ambiental, Desafíos Institucionales. Plaza y Valdes.

Ley General de Educación (1993) Última reforma publicada DOF 22-03-17. [https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/558c2c24-0b12-4676-ad90-8ab78086b184/ley\\_general\\_educacion.pdf](https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/558c2c24-0b12-4676-ad90-8ab78086b184/ley_general_educacion.pdf)

López, P. (2008). Derecho Ambiental. México: IURE editores.

Lorenzetti, R. (2008). Teoría del Derecho Ambiental. México: Porrúa.

Novo, M. La Educación Ambiental: Una genuina educación para el desarrollo sostenible. Revista de Educación número extraordinario 2009. [http://www.revistaeducacion.mec.es/re2009/re2009\\_09.pdf](http://www.revistaeducacion.mec.es/re2009/re2009_09.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (1972) Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO. (1977) Programa de Educación Ambiental. <http://unesdoc.unesco.org/images/0002/000247/024771SB.pdf>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO. (1980) La Educación Ambiental, Las Grandes Orientaciones de la Conferencia de Tbilisi. <http://unesdoc.unesco.org/images/0003/000385/038550so.pdf>

Walls R. (2005). Globalización, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. México: Porrúa.

## **SOBRE O ORGANIZADOR**

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: [orcid.org/0000-0002-5472-8879](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879).

## ÍNDICE REMISSIVO

### C

Corrupção 21, 22, 23, 26, 145, 146

Criminologia 47, 87, 199

*Cyberbullying* 167, 168, 169, 170, 171, 172

### D

Depositário infiel 64, 65, 66, 67, 71, 72

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 23, 25, 27, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 64, 66, 68, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 87, 88, 97, 98, 99, 101, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 122, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 167, 168, 169, 172, 180, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 194, 197, 198, 199, 200, 204, 206, 207, 209, 214, 215, 216, 217, 226, 228, 230, 236, 237, 238, 240, 242, 244, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 307

Direito ao esquecimento 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118

Direito constitucional 17, 30, 31, 86, 87, 88, 105, 106, 118, 133, 134, 137, 143, 167, 214, 217, 264, 265, 266, 270, 307

Direito penal 15, 16, 34, 37, 40, 45, 46, 47, 72, 73, 86, 199, 215, 216, 217

### E

Educação 3, 14, 37, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 99, 170, 171, 183, 216, 221, 236, 246, 257, 261, 262, 307

Educação em ambiente carcerário 75, 76, 77, 82, 85

Estado de exceção 139, 160

Execução de sentença estrangeira 1, 2, 3, 4, 8, 9, 11, 12

Execução penal 6, 7, 13, 15, 16, 32, 39, 40, 41, 43, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86

Execução provisória 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26

### F

Feminino 53, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215

Filosofia do direito 272

### G

Gênero 3, 52, 53, 63, 97, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 223, 224, 225, 241, 242, 243, 256

## I

Independência dos poderes 119

## J

Justiça restaurativa 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 63, 171, 172

## L

*Lockdown* 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 256

## M

Marcas cronotópicas 88, 89, 90, 97, 103, 104

Mediação penitenciária 31, 32, 33, 35, 39

México 145, 146, 147, 148, 149, 152, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 225, 298, 299, 300, 302, 304, 305, 306

Migrantes 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225

## O

Orçamento 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 131, 133, 134

## P

Política 3, 18, 23, 24, 32, 33, 37, 38, 47, 78, 80, 87, 90, 96, 100, 120, 126, 127, 132, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 158, 159, 161, 165, 167, 174, 175, 177, 182, 189, 225, 272, 274, 275, 278, 279, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302, 306

## S

Sociedade 15, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 44, 51, 52, 53, 57, 60, 62, 69, 70, 71, 72, 78, 79, 80, 81, 82, 93, 100, 101, 102, 103, 104, 109, 110, 113, 114, 115, 130, 131, 136, 140, 142, 167, 168, 169, 171, 173, 174, 176, 179, 180, 181, 183, 185, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 200, 205, 207, 208, 210, 211, 225, 227, 228, 229, 239, 240, 244, 245, 246, 248, 250, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 268, 272

Superendividamento 244, 246, 247, 250, 251, 252

## T

Tecnologia 168, 173, 174, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 233, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262

Teletrabalho 253, 254, 256, 257, 258, 259, 261, 262

## V

Violência 32, 38, 40, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 168, 170, 172, 181, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 221, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238,

239, 240, 241, 242, 243, 269

Violência obstétrica 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239,  
240, 242, 243

Vulneráveis 208, 226, 235, 248

DIREITO,  
POLÍTICA e  
SOCIEDADE

 [www.arenaeditora.com.br](http://www.arenaeditora.com.br)

 [contato@arenaeditora.com.br](mailto:contato@arenaeditora.com.br)

 @arenaeditora

 [www.facebook.com/arenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/arenaeditora.com.br)

DIREITO,  
POLÍTICA e  
SOCIEDADE

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)