

# DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

## 2

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



**Atena**  
Editora  
Ano 2023

# DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

## 2

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



**Atena**  
Editora  
Ano 2023

**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

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 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. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

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 Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra  
 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  
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 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  
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina  
 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. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau  
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
 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. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
 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

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

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 Federal da Bahia /  
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

## Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos 2

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

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

D598 Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos 2 /  
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –  
Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-258-1315-8

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.158232505>

1. Direito. 2. Leis. 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.

Em **DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS 2**, coletânea de vinte e seis 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, reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam direito constitucional, poder moderador, repercussão geral, recursos repetitivos, administração pública, direitos fundamentais, direitos sociais, meio digital, função social do trabalho, uberização, conselhos tutelares, saúde, dependência química, ayahuasca, psicoterápico, idoso, envelhecimento saudável, educação, povos tradicionais, aposentadoria, direito dos animais, direito penal, finalidades da pena, imigrante, humanização, sistema penitenciário, encarceramento, tráfico de drogas, discriminação social, reeducação de toxicomaníacos, exame criminológico e coerção do devedor.

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

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>1</b>
O PODER MODERADOR NA PRIMEIRA REPÚBLICA DO BRASIL	
Alexandre Ismael Rota	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325051">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325051</a>	
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>15</b>
OS PRECEDENTES DECORRENTES DE REPERCUSSÃO GERAL E RECURSOS REPETITIVOS NA SOLUÇÃO ARBITRAL DOS CONFLITOS	
Mariana Nunes Ferreira	
Luiz Antônio Scavone Junior	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325052">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325052</a>	
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>29</b>
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE E A NECESSIDADE DA GARANTIA DE ASSEGURAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EFETIVAMENTE AOS BRASILEIROS	
Horácio Monteschio	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325053">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325053</a>	
<b>CAPÍTULO 4 .....</b>	<b>38</b>
COOKIES E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO DIGITAL	
Vitor Hugo Creelis Costa	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325054">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325054</a>	
<b>CAPÍTULO 5 .....</b>	<b>50</b>
A FUNÇÃO SOCIAL DO TRABALHO DIANTE DA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL	
Elyne Portaluppi	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325055">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325055</a>	
<b>CAPÍTULO 6 .....</b>	<b>55</b>
A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A INSEGURANÇA JURÍDICA DO TRABALHADOR INFORMAL	
André Luiz de Oliveira Brum	
Bruna Evellyn Aguiar Ribeiro	
Sâmia Vitória Vargas da Silva	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325056">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325056</a>	
<b>CAPÍTULO 7 .....</b>	<b>67</b>
DISTORÇÕES DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHEIROS TUTELARES E A FALTA DE TÉCNICA NO DESEMPENHO DE SUAS ATRIBUIÇÕES	
Jackeeline Batista	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325057">https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325057</a>	
<b>CAPÍTULO 8 .....</b>	<b>89</b>
DIREITO AO TRATAMENTO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E DOENÇAS	

## DECORRENTES COM O USO DO MEDICAMENTO NATURAL AYAHUASCA

Laura Vitória Pavão Borges

Michele Segala Camargo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325058>**CAPÍTULO 9 .....94**

## POR UM ENVELHECIMENTO SAUDÁVEL NA CIDADE: OS DIREITOS URBANOS DAS PESSOAS IDOSAS

Júlia Navarro Periotto

Regina Cláudia Laisner

Flávia Piva Almeida Leite

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1582325059>**CAPÍTULO 10..... 107**

## EDUCAÇÃO INFANTIL DE 0 A 3 ANOS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL POSITIVA NEGADA PELO ESTADO: ANÁLISE EM UM MUNICÍPIO DA MICRORREGIÃO DO BICO DO PAPAGAIO

Vanessa Pereira Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250510>**CAPÍTULO 11 .....114**

## O ENSINO DE NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO NO ENSINO MÉDIO – UMA PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO PELAS LENTES DO PROJETO ADEM

Carolina Costa de Santa Isabel

Giuliano Roberto Suffredini

Isabela Grizante Toledo

Isadora Paula Gonçalves

Jussara Melo Pedrosa

Tháís de Freitas Ferreira

Yasmin-Anglê Vieira de Souza Gonçalves

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250511>**CAPÍTULO 12.....116**

## OS POVOS TRADICIONAIS NA AMÉRICA DO SUL: UM ESTUDO DO PANORAMA POLÍTICO NO BRASIL, BOLÍVIA, CHILE E PERÚ

Mariana Carraca Pinto da Costa

Ronny Max Machado

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250512>**CAPÍTULO 13..... 128**

## O DIREITO À APOSENTARIA INDÍGENA EM BARRA DO GARÇAS – MT

Marcella Rabelo Cândido Teles

Gricyella Alves Mendes Cogo

Cíntia dos Arbués Nery

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250513>

**CAPÍTULO 14..... 142**

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS PROTETIVOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ÂMBITO DE ALGUNS ESTADOS-NAÇÕES

Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250514>

**CAPÍTULO 15..... 157**

AS LUTAS CONCORRENCIAIS DOS AGENTES JURÍDICOS E A PRODUÇÃO DA VERDADE SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA LEITURA A PARTIR DE PIERRE BOURDIEU

Waleska Mendes Cardoso

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250515>

**CAPÍTULO 16.....171**

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ESTRANGEIRA: APRESENTAÇÃO DA LEI PROTETIVA DOS ANIMAIS DE LUXEMBURGO

Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250516>

**CAPÍTULO 17..... 195**

O DIREITO ESTATAL DE PUNIR E AS FINALIDADES DA PENA

Beatriz Sudré Pinhata

Guilherme Madeira Dezem

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250517>

**CAPÍTULO 18.....207**

UM IMIGRANTE NO BANCO DOS RÉUS: A VERSÃO BRASILEIRA DO CASO LAGRAND

Luan Fernando Dias

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250518>

**CAPÍTULO 19.....225**

O CARÁTER HUMANIZADOR DO DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Rita de Cassia Batista Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250519>

**CAPÍTULO 20 .....243**

O SISTEMA PENITENCIÁRIO FRENTE À *EXCEPCIONALIDADE DA EXCEÇÃO*: COMO O ESTADO ATENDEU AOS *NEO-MISERÁVEIS* SITIADOS AO SUL DO *SUL DA QUARENTENA DURANTE A PANDEMIA SARS-CoV2*

Luan Fernando Dias

Maria Aparecida Lucca Caovilla

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250520>

**CAPÍTULO 21.....260**

ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL: A GUERRA ÀS DROGAS SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Rafaella Rugna Tonti

Alexis Couto de Brito

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250521>

**CAPÍTULO 22 ..... 274**

O POLICIAMENTO PREDITIVO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS: A POSSÍVEL PERPETUAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

Marina Brito Angrisani Alves de Oliveira

Everton Luiz Zanella

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250522>

**CAPÍTULO 23 .....288**

ANÁLISE DAS DIRETRIZES DO PROGRAMA FEDERAL MIRIM DESENVOLVIDO NA PARAÍBA ACERCA DA REEDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TOXICOMANIACOS

Marília Nóbrega de Assis

Kelven Rawly Claudino de Araújo

José Vanderson Cunha Nascimento

Raissa Costa Silva

Rafaela Silva

Josefa Edileide Santos Ramos

Marcelo Costa Borba

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250523>

**CAPÍTULO 24 .....305**

EXAME CRIMINOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEI 7210 DE 1984

Luis Gustavo Lourin

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250524>

**CAPÍTULO 25 .....323**

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA ANTE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES ACERCA DE UM POSSÍVEL APENAMENTO COMPARTILHADO

Luan Fernando Dias

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250525>

**CAPÍTULO 26 .....344**

MEIOS ATÍPICOS DE COERÇÃO DO DEVEDOR NA ATIVIDADE EXECUTIVA: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Liz Emanuelle de Carvalho Santiago

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.15823250526>

<b>SOBRE O ORGANIZADOR .....</b>	<b>362</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO .....</b>	<b>363</b>

## O PODER MODERADOR NA PRIMEIRA REPÚBLICA DO BRASIL

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Alexandre Ismael Rota**

**RESUMO:** O presente artigo tem como seu escopo principal constatar se, seja por herança prática da sua antiga existência, ou por necessidade política, o ente jurídico do poder moderador, na finalidade de trazer harmonia e estabilidade às instituições de Estado, extinto junto a monarquia, se fez presente, de alguma forma, nas discussões de elaboração da Constituição de 1891, ou por outro mecanismo que não o expressamente legal adotado durante o período. Para tal pretensão, após feito um breve estudo sobre a definição de poder moderador, passase para um enfoque maior aos eventos da primeira década da República, período em que se discutiu como o novo regime seria pensado e formatado na Constituição, e, principalmente, sua consolidação prática. Assim, por uma abordagem bibliográfica, serão estudadas as principais propostas e ideias discutidas a época e quais foram efetivamente levadas adiante e em quais circunstâncias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Moderador, República, Constituição

**ABSTRACT:** The present article has as its main scope to verify if, either by practical inheritance of its former existence, or by political necessity, the legal entity of the moderating power, in order to bring harmony and stability to State institutions, extinct with the monarchy, if was present, in some way, in the discussions of elaboration of the Constitution of 1891, or by another mechanism than the expressly legal one adopted during the period. For this purpose, after a brief study on the definition of moderating power, we move on to a greater focus on the events of the first decade of the Republic, a period in which we discussed how the new regime would be thought and formatted in the Constitution, and, mainly, its practical consolidation. Thus, through a bibliographic approach, the main proposals and ideas discussed at the time will be studied and which were effectively carried forward and under what circumstances.

**KEYWORDS:** Moderating Power, Republic, Constitution.

### 1 | INTRODUÇÃO

Na madrugada do dia 15 de novembro de 1889, um pequeno grupo de militares liderados pelo Marechal Deodoro

da Fonseca, com amplo apoio de ideólogos republicanos e da elite agrária, destituem do poder o então imperador D. Pedro II, colocando um fim definitivo no regime monárquico do Brasil.

Para além da deposição do imperador, daquele momento em diante, toda a estrutura política, institucional e administrativa, operante desde a Independência, teria que ser revisada. Seria necessário um trabalho exaustivo e muito bem calculado conforme os novos princípios que passariam a reger o novo sistema.

De imediato, um dos dispositivos que teve sua revogação aprovada foi o Poder Moderador. Previsto na Constituição de 1824, era o mecanismo que determinava o funcionamento da monarquia, e, naturalmente, com a implementação da República, sua disposição, enquanto um poder independente e superior, não estava de acordo. Porém, com base numa série de declarações e eventos, aquilo que era a finalidade essencial desse instituto, o de organizar e promover a harmonia entre os poderes, o qual chama-se de “ente jurídico moderador”, ainda permaneceu nas mentes dos juristas e políticos que deveriam reestruturar o sistema político do país.

O Poder Moderador não poderia mais ser delegado a uma pessoa ou cargo específico e ter o status de poder político, ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, contudo, dada a grande turbulência decorrente do golpe republicano, com as diversas forças políticas chocando entre si na tentativa de determinar quem seria a força dominante, além do fato de que, num primeiro momento, a Constituição de 1891 não foi capaz de reorganizar e estabilizar o país, tornou-se evidente e unânime que, de alguma forma, algo deveria ser feito para que a ordem pudesse ser restaurada.

Para tal pretensão, será realizado um amplo estudo bibliográfico e documental com diversas obras, extraído delas elementos comuns que possam demonstrar a manifestação do referido ente jurídico.

## **2 | ENTE MODERADOR DE MONTESQUIEU E CONSTANT**

Como contexto inicial deste estudo, cabe apresentar, de forma bastante resumida, uma conceituação comparada sobre o que seria o ente jurídico moderador, centrando nos comentários de Montesquieu, autor e idealizador da divisão tripartite clássica dos poderes, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro à época, e de Benjamin Constant, autor de maior relevância sobre o quarto poder.

### **2.1 Montesquieu**

O teórico francês em sua maior obra, inserido num contexto histórico em que o absolutismo monárquico francês atingia seu ápice, aborda com profundidade todas as dinâmicas políticas existentes dentro de uma nação, tendo como base uma comparação entre as culturas europeias e do oriente (Oriente Médio e Ásia). Assim, como conclusão

destes estudos, Montesquieu apresenta qual seria a melhor forma, através dos dispositivos legais e à luz dos princípios do iluminismo, de dividir funcionalmente tais dinâmicas na organização administrativa de uma nação, ou seja, os poderes que vão compor essa estrutura política (MONTESQUIEU, 2009)

Sua tese foi a de que tais forças deveriam ser divididas em três diferentes poderes institucionais: o poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, em que, o primeiro seria responsável pelo exercício das leis, no ponto de vista administrativo; o segundo pela elaboração e formação das leis; por fim, o terceiro na disposição de defender e aplicar as leis na solução de conflitos.

Desta forma, Montesquieu defendia a ideia de que para a plena harmonia funcional das estruturas administrativas de um Estado, seria imprescindível o acordo e respeito mútuo destas três organizações, com cada um, no exercício das suas atribuições dispostas em lei, regulando as ações dos demais e impedindo quaisquer abusos ou desvios, tendo esta fiscalização mútua definida na língua inglesa como “*checks and balances*”.

Portanto, Montesquieu nunca julgou necessário a existência de um quarto poder ou qualquer elemento supralegal que fiscalizasse o funcionamento institucional, estando este “ente regulador”, este sistema de freios e contrapesos, manifesto entre os poderes numa coordenação interna e orgânica.

## 2.2 Constant

O também francês Benjamin Constant, semelhante a Montesquieu, dedicou seus estudos na proposta de idealizar e aperfeiçoar como os princípios e direitos do cidadão, a lei positiva e a formação institucional de um Estado deveriam atuar. Neste sentido, já inserido num contexto pós-Revolução Francesa, com os efeitos dela já bastante evidentes, Constant, estrutura um pensamento que visa conciliar a garantia da soberania popular e o cumprimento constitucional liberal da época como regra fundamental, ou seja, reformar o “antigo regime” as novas necessidades (CONSTANT, 2005).

Para tal pretensão, Constant se atribuiu da tese do poder moderador, primeiramente idealizado pelos autores Saint-Pierre e Clermont-Tonnerre (LYNCH, 2014), lapidando tal disposição para uma melhor aplicabilidade na realidade, dispondo que para além dos três poderes de Montesquieu, seria preciso, na verdade, de cinco poderes, quais são: o Poder Real, Executivo, Representativo da duração, Representativo da opinião pública e Judiciário (CONSTANT, 2009).

A isto, para justificar sua teoria do porquê se faria necessário uma “instância moderadora”, Constant usava a seguinte analogia:

O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três engrenagens que devem cooperar, cada qual em seu âmbito, com o movimento geral. Mas, quando essas engrenagens desajustadas se cruzam, se entrechocam e se travam mutuamente, é necessária uma força que as reponha em seu devido lugar. Essa força não pode estar numa das engrenagens, porque lhe serviria

para destruir as outras. Ela tem de estar fora, tem de ser neutra, de certo modo, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário aplicá-la e para que seja preservadora, reparadora, sem ser hostil (CONSTANT, 2005, p. 19)

Assim, o Poder Real seria a representação da monarquia, agindo como um símbolo do Estado, contudo, simultaneamente, teria a função como Poder moderador, ou Neutro, como Constant o chamava, buscando o equilíbrio constitucional necessário para o exercício dos direitos, da governabilidade e da própria soberania do país.

Ademais, tem-se o Poder Executivo, que na organização proposta por Constant, seria exercido pelos ministros de Estado, sendo estes nomeados pelo Poder Real ou pelo parlamento, com estes ministros não se confundindo com o próprio Poder Real, visto que os mesmos teriam independência de agir e governar dentro dos limites legais propostos. Portanto, restava claro a posição de que Constant fazia uma diferenciação da natureza política e prática entre o Poder Moderador e o Poder executivo.

Por fim, com relação aos ditos “Poderes Representativos”, tais, numa comparação com a estrutura atual do Brasil, seriam o Poder Legislativo, em que o “Poder Representativo da duração”, teria atuação análoga ao Senado e o “Poder Representativo da opinião pública” teria atuação análoga à Câmara dos Deputados (RANGEL, 2018).

Portanto, pode-se resumir a essência (o ente jurídico moderador) do Poder Neutro da teoria de Constant, como sendo manifesto através do Poder Real do monarca, que quando houvesse conflito entre os poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), interveria para garantir a defesa da soberania popular para garantir a defesa da soberania popular. Como um acréscimo de aperfeiçoamento aos sistemas de freios e contrapesos da divisão tripartite, o Poder Moderador, limitado à norma constitucional, seria aquele que em última instância exerceria a verdadeira correção, como um elemento externo às engrenagens do sistema político.

### **3 | O PODER MODERADOR NO IMPÉRIO**

Saindo do campo teórico e vindo para o contexto brasileiro, conforme previsto no artigo 98 da Constituição de 1824, o Poder Moderador era assim previsto:

Art. 98 O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos (BRASIL, 1824).

Portanto, em concordância com a teoria clássica, o Poder Moderador era, junto ao Legislativo, Executivo e Judiciário, um poder positivo e independente, e o que o diferenciava era o fato de ser superior aos referidos, além de ser exercido unicamente pela pessoa do imperador, e por conta desta característica, a posição do monarca era a “palavra final”

sobre qualquer tema ou controvérsia, se assim desejasse que fosse.

No entanto, cabe ressaltar que, ao contrário do que defendia Benjamin Constant, inicialmente, por ausência de uma separação clara na Constituição, o exercício do Poder Executivo também era feito pelo Imperador, havendo somente a separação oficial quando no decreto 523/1847, já no Segundo Reinado (1840-1889), foi criado o cargo de presidente do Conselho de Ministros, desvinculando definitivamente o imperador destas funções, restando apenas o exercício do Moderador (FAUSTO, 2019).

Assim, conclui-se de imediato, como inteira Bonavides, que a grande peculiaridade do Poder Moderador na monarquia brasileira era o fato de que: “se opunha tanto à doutrina de Montesquieu, da separação dos poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou do poder judiciário dos demais poderes” (BONAVIDES, ANDRADE, 1991, p.96).

### **3.1 Instituição do Poder Moderador**

A implementação do Poder Moderador se deu num contexto bastante conturbado durante primeira constituinte, dado o fato de que os constituintes, herdeiros das mudanças iluministas europeias, previam que a primeira Constituição estivesse mais próxima dos moldes parlamentaristas inglês e francês da época, em que os poderes do imperador seriam bastante delimitados, e, na verdade, o poder político e administrativo de fato seria concentrado no parlamento, o qual elegeria um Primeiro-Ministro, chefe do Executivo (FAUSTO, 2019).

Contudo, o então imperador Dom. Pedro I, descontente do andamento da escrita constitucional, de forma autoritária, dissolveu a assembleia e prendeu a maioria de seus integrantes, ordenando que um novo projeto de Constituição fosse escrito por um grupo restrito de juristas que atenderiam as suas expectativas. Assim, quando terminado, a primeira Constituição do Brasil era outorgada pelo Imperador, e nela, a previsão do Poder Moderador, o qual dava a margem de liberdade quase que irrestrita de atuação do monarca.

A princípio, é nítida a origem autoritária da primeira carta magna, não só pela existência do Poder Moderador, porém, como cita Paulo Bonavides: “teve a Constituição, contudo, um alcance incomparável, pela força de equilíbrio e compromisso entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o status quo.” (BONAVIDES, ANDRADE, 1991, p.95).

Neste sentido, quer se dizer que a Constituição de 1824 conferiu capacidades de manobras políticas que proporcionaram não somente a solidificação do Brasil enquanto um Estado-Nação independente, mas também, principalmente a partir das reformas do Período Regencial (1831-1840) e do Segundo reinado, um ordenamento legal capaz de manter o país estável e governável (BONAVIDES, ANDRADE, 1991).

Especificamente sobre o Poder Moderador, se observado principalmente do Segundo Reinado, são raríssimos os casos em que o tal foi empregado de forma autoritária ou

questionável. Conforme apontado nesta dissertação, no que tange a própria Constituição de 1824: “a despeito da grande margem que esta reservou para o poder pessoal do Imperador, a figura mais forte do ordenamento jurídico, tal se configura mais como uma constituição parlamentar em desenvolvimento do que uma constituição que visa legitimar um enxerto absolutista” (MELLO, 2014, p. 73).

Em consonância a esta tese, ressalta-se o evento do “parlamentarismo às avessas” em que, no uso das atribuições do imperador, e com a finalidade de mitigar grandes rupturas políticas internas entre os principais partidos da época (Partido Conservador e Liberal), quando o parlamento não chegasse num acordo com a formação de um gabinete de ministros, ou que um gabinete desagradasse a D. Pedro II, este através do Poder Moderador e com aval do Conselho de Estado, destituía o congresso e convocava novas eleições.

Portanto, ao contrário da proposta original de parlamentarismo, em que o parlamento formava o gabinete e elegia o primeiro-ministro, no Brasil, se não houvesse plena concordância entre o imperador e o Legislativo, este seria dissolvido e um novo gabinete seria formado. Assim, repentinamente, havia a alternância entre os dois partidos no comando do Executivo e, desta forma, os ânimos e insatisfações de uma “oposição” jamais representariam uma ameaça à estabilidade nacional.

Em suma, é notório que o Poder Moderador no Império serviu efetivamente para uma construção harmônica de coordenação entre as dissonâncias políticas, um exemplo concreto de aplicação das teorias de Constant, do que uma verdadeira manifestação absolutista aos moldes europeus, ainda que tal controle não fosse exercido pelos meios legais adequados. Inquestionável também que foi essencial para formação de um corpo administrativo e político, centralizado no Rio de Janeiro, que garantiu uma unidade pacífica entre os agentes políticos antagônicos, unidade esta que seria encerrada junta a Monarquia.

## 4 | REPÚBLICA

Daquela madrugada do 15 de novembro, o sonho dos republicanos históricos, dos militares positivistas e os interesses da elite econômica descontente desde a abolição se concretizam. Para muitos deles, uma nova era para o Brasil se iniciava. Os vícios decorrentes de uma monarquia arcaica e autoritária finalmente iriam ser superados sobre a égide da nova República, a qual seria instituída sobre uma Constituição guiada pelos anseios populares, ascendendo o Brasil como nação democrática e desenvolvida (VISCARDI, ALENCAR, 2016).

No entanto, tal espírito de não logrou grande permanência, e logo nos primeiros meses de 1890 as divergências internas já eram explícitas. Na liderança do país, Deodoro da Fonseca não hesitava em demonstrar suas vontades antidemocráticas, instaurando uma legislação severa de restrição à liberdade de expressão, com o empastelamento de diversos jornais críticos do novo regime, e a edição um regulamento eleitoral que impedisse

monarquistas, e demais opositores, de poderem se candidatarem para a assembleia constituinte (ABRANCHES, 1998).

Fato é que o Governo Provisório nada mais era que uma colcha de retalhos dos mais variados grupos ideológicos, com as mais variadas propostas. Desde os positivistas, na sua maioria militares, adeptos da formação de um governo centralizado que tutelasse o desenvolvimento econômico nacional, dos liberais republicanos, em geral próximos da elite agrária nacional, defensores de um governo mais descentralizado e balizado pelo federalismo, até os republicanos radicais, ou “jacobinos”, grandes agitadores em defesa de profundas reformas sociais e maior inclusão da sociedade na vida política (NAPOLITANO, 2020).

Para além dos núcleos divergentes, o governo provisório também sofria da ausência de uma institucionalização dos mecanismos de controle, grandes desavenças entre as elites locais nos diversos estados do país, além da hiper politização das forças armadas, a qual ainda resultaria em três revoltas futuras (RENATO, 2015).

É neste cenário conturbado é finalizado um anteprojeto constitucional, elaborado por uma comissão composta por cinco juristas e revisado por Rui Barbosa. Dada a urgência do momento e por forte pressão interna sobre o Presidente Deodoro é que pelo Decreto 510º, tal projeto foi promulgado como Constituição Provisória da República, a 22 de julho de 1890, até que a Assembleia Constituinte fosse eleita e votasse a versão definitiva (VISCARDI, ALENCAR, 2016).

Como inteira Bonavides, este processo inicial da consolidação normativa da República não foi pautado na experiência e na realidade fática do país, mas das percepções idealizadas e distorcidas dos juristas e políticos:

As novas instituições formuladas pelo Decreto nº1, do Governo Provisório, após o golpe de Estado de 1889, que derrubou a realeza e fez nascer a república imperial, foram traçadas no papel e portanto extraídas menos da realidade que da cabeça dos juristas, e logo sancionadas pela manifestação da vontade constituinte do Congresso ao elaborar a Constituição de 1891. As elites fizeram então da sociedade um laboratório constitucional. Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real, aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma (BONAVIDES, ANDRADE, 1991, p. 8).

## 5 I CONSTITUIÇÃO

De início, cabe apontar que, para além dos grupos políticos já citados, os quais nutriam de posições amplas, no sentido idealizar propostas econômicas e sociais de como reorganizar o Brasil, adentrando mais especificamente nas mentes dos constituintes e de

demais atores relevantes na elaboração da carta magna, percebe-se também que não havia grandes concordâncias.

Dada a enormidade das reformas a serem implementadas, em suma, pode-se resumir tais divergências em dois grandes grupos teóricos: os liberais e conservadores.

Os conservadores representavam a parcela atrelada às oligarquias, portanto, a força dominante durante toda a Primeira República, eram grandes defensores da tese de um poder centralizado na figura do Presidente da república, devendo este possuir todos os meios adequados para assegurar os interesses das elites, sendo ferrenhos defensores de uma interpretação extremamente restrita da Constituição, seja na atuação do Congresso, do Supremo Tribunal e Federal e na administração dos estados, tendo como um dos maiores adeptos Campos Sales,

Já os liberais, cientes da sua menor capacidade de manobra, tentavam de todas as formas emplacar teses que pudessem conferir maior liberdade e segurança constitucional, adeptos de um governo central mais independente e autônomo em relação às oligarquias, militantes de posições que evitassem abusos e perseguições por parte do governo central, embora, como se verá, pouquíssimas vezes obtiverem sucesso, tendo como seu maior expoente Rui Barbosa.

## 5.1 Constituinte

Conforme dito anteriormente, o primeiro projeto constitucional brasileiro passou pelo crivo aguçado do notório jurista liberal Rui Barbosa, e assim como os demais republicanos da época, acreditava ele que para a nova república superasse todos os ditos atrasos da monarquia, todas as novas propostas deveriam ter inspiração máxima o sistema angloamericano, desde a administração pública até a organização do estado, reiterando ainda a forma ética como as instituições deveriam ser regidas.

Rui tinha em mente que, diante de uma nação tão vasta, analfabeta, instável e com uma administração hiper centralizada, como era Brasil, garantir através da norma constitucional a existência de dispositivos que, ao mesmo tempo, fornecessem todos os meios para sua rápida modernização e assegurasse segurança jurídica num equilíbrio de poderes, as adaptando a realidade do país, seria demasiadamente complicado.

A exemplo disso, observa-se a própria cedência de Rui ao sistema presidencialista. Em toda a sua carreira, Rui sempre defendeu o sistema parlamentarista como o mais eficiente e seguro, ainda mais quando comparado o histórico bastante conturbado das repúblicas presidencialistas latinas. Contudo, dado o fato de que o Brasil não era capaz de comportar um sistema tão complexo, além da forte oposição da elite agrária, Rui cedeu pelo presidencialismo (VISCARDI, ALENCAR, 2016).

Como destaca Lynch, Rui esforçou-se em tentar traduzir seus anseios e ideais de forma a serem aplicáveis à realidade em que se encontrava, deixando claro a necessidade de um controle de poderes interno:

Na confecção desse anteprojeto, a atuação de Rui Barbosa foi fundamental. Ele fez poucas alterações no modelo constitucional estadunidense, tendo em vista, basicamente, a evolução política daquele país desde 1787. Com receio da deficiente educação do povo, ele também adotou a eleição indireta para presidente e senadores; para evitar que as eleições presidenciais fossem tumultuárias, fixou uma duração mais longa, de seis anos para o mandato presidencial. Receoso de que o Presidente manipulasse o Supremo Tribunal, fixou seu número de integrantes na Constituição; temendo o excesso de federalismo, fortaleceu a União, concedendo-lhe o poder de imitar moeda, a propriedade de terras devolutas e a competência para legislar sobre direito civil, penal e processual. Como propósito firme de transplantar fielmente as instituições anglo-americanas, com um olho na Constituição da Argentina, Rui se valeu de toda a sua expertise em direito público para reescrever o anteprojeto da comissão dos cinco, modificando-o para além de seu estilo de enxertar novas normas, consagrar novas instituições e aprimorar a redação de quase todas as outras (VISCARDI, ALENCAS, 2016, p. 31).

Portanto, fica evidente que Rui tinha plena consciência dos riscos existentes no jogo político brasileiro, e dessa forma, tentara ao máximo dispor nos artigos constitucionais, uma forma clara e segura de organização política, contudo, mesmo com este esforço, o jogo de interesses viria a descaracterizar profundamente essas ideias.

Um evento, pós-constituente, que demonstrou como a Constituição seria amplamente deformada, e que escancarou as divergências internas da classe política, foi a questão do federalismo. Em suma, a parcela conservadora, apelidada de “ultrafederalistas”, defendia uma extensa autonomia política e financeira aos estados, de forma a impedir qualquer tentativa de interferência do governo central nos interesses das elites. Por outro lado, os liberais, ou “centralistas”, observavam o risco eminente de enfraquecer de tal forma o poder da união ao ponto de impedi-la de realizar as reformas e intervenções quando necessárias. Porém, fora esta posição dos ultrafederalistas a vencedora, firmando que, apesar da norma positiva, o que valia seria os interesses das oligarquias.

Os políticos da época acreditavam que com esta forma de institucionalização, uma Constituição restrita quanto a atuação da União, mas ampla quanto às atribuições dos estados, construiria com prática continuada ao longo do tempo, espontaneamente, um “*modus vivendi*”, uma alternância e cooperação um tanto semelhante ao período monárquico, porém, o que se testemunhou foi um esforço descomunal das oligarquias em se manterem no poder, reprimindo severamente seus adversários (LYNCH, 2014).

Finalizada em poucos meses e então promulgada, sobre a segunda Constituição do Brasil, embora já se soubesse que ela não era a solução definitiva para todos os percalços do país, ainda restavam altas expectativas de que, naturalmente, a ordem e a institucionalização sedimentariam uma estabilidade, todavia, em menos de um ano, testemunhou-se o fechamento do congresso nacional e posterior ascensão da ditadura florianista, eventos que só agravaram a já delicada condição nacional e lapidaram de vez quaisquer otimismo futuros.

## 5.2 Supremo Tribunal Federal como Moderador

À estas circunstâncias, ao contrário do senso comum, torna-se essencial apontar como o Poder Judiciário foi um dos institutos mais relevantes para os juristas e políticos da época. Inteira-se o quão notório era entre os republicanos, em geral, que quem deveria ser o verdadeiro “herdeiro” do Poder Moderador era o recém-criado Supremo Tribunal Federal (VISCARDI, ALENCAR, 2016).

Até mesmo Campos Sales e Rui Barbosa os quais, como dito anteriormente, nutriam de profundas divergências, possuíam uma relativa concordância acerca do papel da Corte.

Para eles, o papel Corte era ser a última instância de defesa da lei, possuindo “alta preponderância” para a nova república.

Rui Barbosa chegou a dizer expressamente que as atribuições do Supremo eram a de ser “um poder neutral, arbitral, terminal, que afaste os contendores, restabelecendo o domínio da Constituição” (LYNCH, 2014, p. 143-144).

Contudo, ressalta-se que mesmo nesta posição, ainda havia divergências sobre qual a verdadeira atuação da Corte. Para Rui, o Supremo tinha como máxima missão assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos contra excessos dos demais poderes, já Campos defendia que a função da Corte era garantir o equilíbrio federativa, atuando contra as investidas ilegítimas da União sobre os Estados (VISCARDI, ALENCAR, 2016).

Neste ponto, insta afirmar que, pós-promulgação da Constituição, circulavam nos debates da época duas correntes acerca de quem deveria “dar a palavra final” sobre divergências internas do país, ou seja, aquilo que no império traduzia a essência do poder moderador: a tese liberal de que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, e a tese conservadora, em que, o presidente Da república seria o responsável por resguardar a ordem nacional, empregando todos os métodos que julgasse necessário.

Naturalmente, a última tese prevaleceu, tendo em vista que com a ascensão de Floriano Peixoto como presidente da república, e com o aparelhamento completo do Congresso Nacional pelas oligarquias estaduais, tais fizeram o possível para enfraquecer o Supremo, no propósito de impedir que este vocalizasse os interesses dos movimentos de oposição (LYNCH, 2014).

Neste sentido, o *establishment* atuou diretamente para que a Corte partilhasse dessa interpretação conservadora acerca da solução dos conflitos políticos internos, de forma que, através da indicação de ministros favoráveis, o Supremo cedeu a tais interesses.

Não foram poucos os eventos em que, mesmo diante de flagrante violação dos direitos individuais, como na prisão de opositores, ou do puro arbítrio do governo central, nos constantes decretos de Estado de Sítio e Intervenção Federal nos Estados, o Supremo Tribunal Federal, manteve-se omisso, alegando apenas que não cabia à corte julgar ações e as motivações do Presidente no emprego de dispositivos constitucionais

(LYNCH, 2014).

A esperança dos liberais era de construir, por meio do Supremo, uma sólida base de precedentes que pudessem controlar e salvaguardar os direitos políticos e individuais, de forma a usar o judiciário como ponta de lança contra os abusos institucionais do Executivo e do Legislativo tomados pelos interesses oligárquicos, porém, mais uma vez, não lograram sucesso e sofreram com a insegurança jurídica e social.

## 6 I POLÍTICA DOS GOVERNADORES

Completados 10 anos de República, era incontestável que nenhuma daquelas expectativas iniciais haviam se concretizado. Na verdade, neste período o Brasil sofreu com profundas disputas políticas e revoltas populares. Tais podem ser atribuídos a diversos fatores (NAPOLITANO, 2020), porém, vale ressaltar, como visto, que os próprios anseios oligárquicos também tiveram papel relevante no caos nacional, essencialmente pelo fato de terem dinamitado qualquer segurança jurídica na aplicação da Constituição, como bem citou o senador Amaro Cavalcanti em sua fala no Senado, transformando a lei maior do país em “letra morta”. Assim, sem qualquer instrumento capaz de garantir a ordem e a estabilidade, que não fosse a mera repressão e perseguição política, ainda se fazia urgente repensar e constituir outra tentativa de moderar as forças dissidentes (SENADO FEDERAL, sessão de 17 de maio de 1892).

Neste contexto, em 1898, o recém-eleito Presidente da República, Campos Sales, firmou como meta de seu governo finalmente trazer a ordem à República, e de fato foi feliz nesse propósito, tendo encontrado justamente nas oligarquias a solução.

Como se depreende até o momento, os principais eventos que ocasionaram graves crises no país nessa primeira década, sobretudo, decorreram ou das discordâncias entre uma determinada oligarquia estadual com o governo central do Rio de Janeiro, por exemplo, a própria Revolução Federalista (1893 – 1895), de conflitos entre as forças armadas hiper politizadas, como se viu na Revolta da Armada (1893 – 1894), ou de revoltas populares, como a Guerra de Canudos (1893 - 1897) (NAPOLITANO, 2020).

Assim, Campos Sales concluiu que a solução mais eficaz seria estabelecer um controle interno de troca de favores para que cada oligarquia se mantivesse bem regimentada na sua localidade e, em troca, atenderia os interesses da União, assim, como o próprio sempre defendeu, um Brasil “governado pelos estados” (NAPOLITANO, 2020, p. 28).

Esta troca de favores idealizada ficou conhecida como “Política dos Governadores”, em que, principalmente durante o período eleitoral, os grupos oligarcas, amplamente apoiados pela União, elegeriam apenas candidatos que defendessem os interesses das elites, e naturalmente, do Presidente da República. Desta forma, previa-se o apaziguamento das tensões internas, além de conferir a governabilidade necessária.

O mecanismo se dava através de intensa manipulação, fraude e perseguição eleitoral, em que, diversos dispositivos legais seriam impostos a ponto de somente candidatos favoráveis aos interesses das elites pudessem ser eleitos, extinguindo, ao final, qualquer atuação ou surgimento de uma oposição, principalmente no Congresso Nacional. Logo, ao ser eleito, o Presidente teria amplo apoio das elites estaduais, que não mais se digladiariam, assegurando a ordem social, e um Legislativo omissivo que concederia poderes quase que irrestritos ao Presidente para não só atender os interesses econômicos dos governadores, mas também intervir quando necessário para manter seus padrinhos políticos no controle dos seus respectivos estados (FAUSTO, 2019).

O endosso desta política, ainda que extraoficialmente, teve efeitos imediatos e já na seguinte eleição presidencial (1902), o candidato à presidência de oposição se quer obteve 10% dos votos válidos (LYNCH, 2014). Mesmo que nas eleições para o legislativo estadual ou federal surgissem eventuais candidatos de oposição, a “degola política” por meio da Comissão de Verificação de Poderes da Câmara dos Deputados, fazia o trabalho de garantir que esses sujeitos não tomassem posse como parlamentares (RENATO, 2015).

Assim, com a situação política controlada, Campos Sales pôde também regularizar situação financeira nacional, acalmando os ânimos populares e, naturalmente, construindo a tão sonhada estabilidade almejada desde a promulgação da Constituição.

A Política dos Governadores ainda foi, por diversas vezes, adaptada ao longo dos anos e até paralisada em certos períodos, recebendo outro nome a partir de 1913, como Política do Café com Leite, no entanto, é unânime para os historiadores que esta essência de troca de favores entre as elites estaduais e o Presidente da República foi o mecanismo político que moderou as dissonâncias políticas do país, garantido finalmente a perpetuação e consolidação da primeira República pelos próximos quase 30 anos (1902 – 1930), tanto que, justamente quando os oligarcas paulistas decidiram por romper o pacto, é que a “República Velha” teve seu fim decretado pela Revolução de 1930.

## **7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, influi inteiramente que sim, pós o golpe republicano, nos andamentos da reconstrução do novo regime de estado brasileiro, houve uma preocupação genuína dos juristas e políticos da época pela manutenção de um elemento institucional que assegurasse a estabilidade política do país, assim como era o Poder Moderador na monarquia, tendo as discussões se dado durante a elaboração da Constituição de 1891, e principalmente na aplicação normativa, de forma que o recém-criado Supremo Tribunal Federal exercesse este poder, como expressamente dito por Rui Babosa.

Todavia, essencialmente, por decorrência dos interesses das oligarquias estaduais em assegurar que, de nenhuma forma, o poder central (União) pudesse impor sua vontade, como era na monarquia, e ainda manter a máquina pública refém dos seus privilégios

econômicos, minaram de todas as formas possíveis de que tais ideias de um ente moderador vingassem na interpretação e aplicação da Constituição, a transformando em letra morta em muito dos seus aspectos.

Com isso, sem que a Constituição fosse capaz de cumprir com suas proposições originais, fora necessária instituir outra solução, um pacto extraoficial, formulado por Campos Sales, para que as oligarquias acordassem pela regência da nação, conferindo finalmente a estabilidade no governo, sendo esse acordo nomeado como Política dos Governadores, o qual, por meio de escancaradas fraudes eleitorais, representou em termos práticos como o verdadeiro “Poder Moderador” da Primeira República.

Assim, restou-se provado que, pela necessidade política, um ente moderador se fez essencial para a sustentação da nova República no Brasil, ainda que, esta última acepção prática de poder moderador seja extremante destoante daquelas primeiras previsões teóricas dos autores franceses, em que, duma previsão teórica de um poder virtuoso, passou-se a um contrato de perpetuação de uma classe econômica na regência da nação, a custas da própria Constituição.

## APOIO

PIBIC Mackpesquisa

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Dunshee. **Atas e atos do Governo Provisório. Introdução de Octaciano Nogueira. Ed. fac-similar.** Brasília: Senado federal, 1998.

BONAVIDES, Paulo.; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

**BRASIL.** Constituição (1824):**Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm).

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política.** Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** São Paulo: Universidade São Paulo, 2019.

LYNCH, Christian. **Da monarquia à oligarquia: História Institucional e Pensamento Político Brasileiro (1822 – 1930).** São Paulo: Alameda, 2014.

LYNCH, Christian. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836).** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

MELLO, Flávio. As atribuições do Imperador de acordo com a Constituição de 1824 do Brasil: análise dos poderes moderador e executivo. **Revista FDSBC**, n. 11, p. 61-76, 2014

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Roberto, L. Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

NAPOLITANO, Marcos. **História do Brasil República, da queda da Monarquia ao fim do Estado Novo**. São Paulo; Contexto, 2020.

RANGEL, Arthur Nadú. **O Poder Moderador no Estado Brasileiro**. 2018. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

LESSA, Renato. **A invenção Republicana. Campos Sales, as Bases e a Decadência da Primeira República Brasileira**. 3<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2015. 335 p.

VISCARDI, Cláudia; ALENCAR, José. **A República Revisitada; Construção e Consolidação do projeto republicano Brasileiro**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2016.

# OS PRECEDENTES DECORRENTES DE REPERCUSSÃO GERAL E RECURSOS REPETITIVOS NA SOLUÇÃO ARBITRAL DOS CONFLITOS

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Mariana Nunes Ferreira**  
(IC)

**Luiz Antônio Scavone Junior**  
(orientador)

**RESUMO:** Este artigo se propõe avaliar como os árbitros devem atuar em face dos precedentes decorrentes de repercussão geral e recursos repetitivos, uma vez que possuem força vinculante constitucionalmente no poder judiciário. Para tanto, inicialmente será realizado um panorama histórico dos sistemas jurídicos e conceitos elementares. Na sequência, será exposto os fundamentos dos doutrinários que defendem a vinculação dos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo na solução arbitral, bem como a posição dos doutrinadores que defendem a inexistência de vinculação. Ao final, se demonstrará as hipóteses de impugnação de sentença arbitral e uma breve solução para questão aqui abordada. Ademais, o método utilizado foi, majoritariamente, o de análise bibliográfica. Os objetivos apontados no projeto inicial foram alcançados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Precedentes. Recursos.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to evaluate how arbitrators should act in the face of precedents arising from general repercussion and repetitive appeals, since they have constitutionally binding force on the judiciary. To this end, initially a historical overview of the legal systems and elementary concepts will be performed. Next, the doctrinal arguments defending the binding nature of precedents stemming from general repercussion and repetitive appeals in the arbitration solution will be presented, as well as the position of those who defend the inexistence of binding nature. Finally, the hypotheses for challenging an arbitration award and a brief solution to the issue addressed here will be presented. Furthermore, the method used was mostly a bibliographical analysis. The goals set out in the initial project were achieved.

**KEYWORDS:** Arbitration. Precedents. Appeals.

## 1 | INTRODUÇÃO

O Brasil possui um sistema de controle constitucional ímpar, o qual não se tem em nenhum ordenamento jurídico no mundo. Isto porque aderiu-se uma

mesclagem de dois sistemas, sendo eles: o sistema abstrato, de origem austro-germânico e o sistema difuso, de origem norte-americana, configurando hoje o que é denominado de sistema eclético. Esses sistemas serão esclarecidos no prelúdio do trabalho, de maneira acessória, mas pode-se adiantar que a característica fundamental que esse sistema de controle constitucional brasileiro possui é de que seus precedentes têm força vinculante, no poder judiciário. Assim, de maneira geral, a jurisprudência dos precedentes advindas de sentenças que admitem recursos repetitivos e repercussão geral de recursos extraordinários, possuem força vinculante na justiça estatal, com o intuito, a intenção de uniformizar as decisões dos tribunais e trazer maior celeridade em meio a cultura do litígio que se faz presente no Brasil.

Dessa forma, o presente estudo propõe avaliar como os árbitros devem atuar em face dos precedentes decorrentes de repercussão geral e recursos repetitivos, uma vez que possuem força vinculante no poder judiciário. Embora as decisões dos árbitros não sejam passíveis de recurso e não estejam previstas, claramente, na lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) a possibilidade de anulação de sentença arbitral por descumprimento de precedente jurisprudencial, surge a seguinte indagação que se propõe aclarar: “É possível o árbitro proferir sentença em sentido contrário a esses dois precedentes do poder judiciário?”. Bem como, se intenciona investigar se é aplicável a jurisprudência dominante do poder judiciário oriunda de repercussão geral e de recurso repetitivo nas sentenças arbitrais e se deve ser utilizada como precedente.

Essa análise será estruturada em três pontos: (I) será demonstrado os argumentos dos doutrinadores que defendem a vinculação do precedente estatal na solução arbitral; (II) será demonstrado os argumentos dos doutrinadores que defendem a inexistência do precedente estatal na solução arbitral (III) impugnação de sentença arbitral e possível solução para o problema da presente pesquisa.

## **2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **2.1 Panorama histórico dos sistemas jurídicos e conceitos elementares**

Em primeiro plano, conceituaremos o que são precedentes, estes nada mais são do que decisões qualificadas pela sua relevância diante do poder que possui de guiar a conduta daqueles que se veem em situações semelhantes àquela anterior. (MARIANI, 2018, p.15)

Adiante, é importante ressaltar que há dois tipos de ordenamento jurídico no mundo, o *common law e civil law*, e que, os precedentes nasceram no contexto do primeiro sistema, tendo em vista que o *common law* é caracterizado por ter pouca ou nenhuma codificação das normas jurídicas, o que naturalmente levou a uma maior atenção às decisões proferidas diante dos casos concretos. Esses casos eram julgados consoante aos costumes vigentes,

*case by case* e, a partir disso, nasceram os precedentes que foram sendo aplicados aos casos futuros, em razão de possuírem a mesma essência jurídica dos litígios passados.

Como visto, no sistema Common law, as regras gerais surgem de um caso específico, onde os magistrados se lastrearam em decisões pretéritas, que continham a mesma essência jurídica. Quanto ao Civil Law, sistema vigente do Brasil, detém a codificação do direito como principal parâmetro para proferir decisões. Nessa senda, os julgadores utilizam-se de um raciocínio dedutivo das leis emanadas pelo poder legislativo. Isso porque há uma impossibilidade de se legislar todas as situações possíveis interessantes ao Direito que advenham. Logo, os juízes passaram a ter maior liberdade na interpretação dos dispositivos de lei.

Na sequência, será definido o que é controle de constitucionalidade, assim como, será demonstrada algumas de suas classificações que, a depender do tipo de sistema, influenciam nos precedentes do ordenamento jurídico.

## 2.2 Origem do recurso repetitivo e recurso extraordinário

Existem dois tipos de sistemas de controle de constitucionalidade no poder judiciário, sendo eles: controle difuso/aberto e controle concentrado/abstrato. O primeiro é caracterizado por qualquer tribunal, de qualquer instância, poder julgar casos que discutem se há observância da compatibilidade das leis ordinárias com as leis constitucionais. Nesse sistema, a eficácia das decisões só afeta as partes litigantes (*Inter parte*) e teve origem no direito norte-americano. Quanto ao controle abstrato, é o sistema que possui um único tribunal para exercer o controle de constitucionalidade e foi criado por Hans Kelsen, oriundo do direito austro-germânico. Nesse sistema, as decisões proferidas têm efeito sobre todos os outros casos que venham a ser julgados (*erga omnes*).

Com o controle constitucional difuso em ação somado ao ampliado do acesso à justiça, ensejou como consequência um surto de processos, os quais eram tratados de maneira singular. Deste modo, surgiu um contexto de poder judiciário afogado e moroso, que tendo como escopo salvar essa crise numérica de processos do STF foi promulgada a emenda Constitucional 45/2004, referente à Reforma do Judiciário. A repercussão geral em recurso extraordinário também está regulamentada no novo código de processo civil (Lei 13.105/15). Assim, explica o jurista Carvalho Filho (2015, p.43):

Em razão da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para selecionar as lides que julgará, focando nas que considera mais importantes no cenário nacional, aquelas que não prescindem de manifestação da Corte Suprema e cujas decisões têm forte impacto no mundo jurídico.

Nos termos do art. 1.035, § 3º, do novo CPC, presume-se a repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: i) for contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; ii) tenha sido proferido em julgamento de casos

repetitivos; ou iii) tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Essa emenda Constitucional e o Código de Processo Civil instituíram a repercussão geral de recurso extraordinário que fez com que toda questão, que não atenda aos critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica de matéria constitucional, não poderá ser julgada pelo STF. Os casos que se enquadram nos requisitos citados anteriormente e são idênticos quanto ao mérito, terão apenas um julgado modelo e os demais admitirão a replicação dessa decisão, a fim de garantir a uniformização de procedimentos de recurso extraordinário.

Nesse mesmo contexto, surge outro dispositivo jurídico, o recurso repetitivo, instituído pela lei 11.672/2008. A seguir o jurista Donizette (2020, p. 1292) o conceitua:

Quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, cabe ao presidente ou ao vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a depender da matéria veiculada.

Nessa senda, trata-se de um instrumento que seleciona os recursos especiais que possuem o mesmo mérito para que, ao menos dois deles, sejam repassados ao Superior Tribunal de Justiça para serem julgados. A decisão proferida será replicada aos demais que ficaram suspensos enquanto não havia saído a sentença desses recursos escolhidos por amostragem.

A finalidade de tal disposição é, portanto, fazer com que somente um julgado fixe entendimento acerca da tese repetitiva, além de conferir celeridade na tramitação de processos que contenham idêntica controvérsia, buscando assim uma uniformização da jurisprudência em nível estatal nos mais diversos temas e das diferentes instâncias recursais lá existentes.

### **2.3 Possível vinculação dos precedentes de recurso extraordinário e repetitivo na solução arbitral**

Feitas essas considerações, percebe-se que a jurisprudência dos precedentes advindas de sentenças que admitem recursos repetitivos e repercussão geral devem ser seguidas por todos os tribunais estatais com a intenção de uniformizar as decisões e alcançar celeridade em meio à cultura litigiosa exacerbada do Brasil. A partir disso, surge uma discussão acerca desses precedentes que possuem força vinculante no poder judiciário, se são vinculantes ou não nas soluções arbitrais.

Há uma divergência doutrinária em relação a essa resposta. Parte da doutrina defende que o precedente é fonte de direito e deve ser seguido e, em contrapartida, outros afirmam que Arbitragem é um sistema autônomo totalmente independente e que não deve se vincular aos precedentes do judiciário. Iniciaremos pelas premissas a seguir.

### *2.3.1 Posição doutrinária positiva acerca da vinculação dos precedentes na solução arbitral*

Em se tratando do entendimento a favor da eficácia vinculante dos precedentes advindos de recurso extraordinário e recurso repetitivo – posição essa que aqui, já se adianta que, não merece prosperar – é comum sustentar que a possibilidade do árbitro poder proferir decisão contrária aos referidos precedentes estais, configuraria uma violação ao dever constitucional de isonomia, previsto no Art. 5º, caput, da CF. Sendo assim, Bellocchi questiona:

Como tratar diferentemente indivíduos em situações idênticas (aqueles que tiveram seu pleito julgado mediante decisão que originou o precedente e as partes envolvidas no procedimento arbitral em que se deixou de aplicar o precedente, muito embora o caso tratasse da mesma questão jurídica constante do precedente), com pleitos idênticos, sem que haja ofensa ao princípio da isonomia estabelece o caput e inciso I do art. 5º da Constituição Federal? (BELLOCCHI, 2018, P.172)

À vista disso, a vinculação de tais precedentes conferiria uma igualdade a todos perante o direito, gerando maior segurança jurídica com a previsibilidade das decisões.

Ainda, a vinculação dos precedentes de recurso extraordinário e recurso repetitivo advém da tese de que estes são fontes primárias do direito e, com isso, devem ser aplicados no caso concreto. É o que defende Mitidiero:

O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, cognoscibilidade. (MITIDIERO, 2016, p. 99)

Nesse sentido, também afirma Marques (2013, p.97) “Independentemente da tradição jurídica adotada por cada país, não há dúvidas de que o precedente e/ou a jurisprudência constituem, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, fontes do direito.”

Dessarte, a mencionada posição de tais doutrinadores aduz que o precedente se trata de um instrumento que contribui para a formação do direito e, desse modo, integram a origem primária do direito e possuem força normativa, que ajudam a garantir o princípio da isonomia, ou seja, um princípio constitucional de que, segundo essa vertente, a arbitragem também deve se submeter.

Outrossim, argumenta-se que, uma vez escolhida a aplicabilidade do direito brasileiro vigente para a solução da controvérsia arbitral, extrai-se que a intenção das partes é de que o caso seja julgado sob a ótica dos precedentes, estando o árbitro vinculado a estes. É o que defende Rizzo:

O árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do

CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito. (RIZZO, 2017)

Isso porque entende-se que as partes do litígio pactuaram livremente, por meio da convenção arbitral, o direito brasileiro, que configuraria uma violação à autonomia da vontade das partes.

Noutro giro, igualmente argumenta-se que, na hipótese de o árbitro decidir contrariamente ao comando que prevê os precedentes, estaria este violando a ordem pública e, com isso, caberia ação anulatória de sentença. O conceito de ordem pública pode ser entendido como as prescrições de interesse da sociedade coletivamente e que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes.

Nesse caminho, conclui Rosado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“o árbitro deve aplicar a Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e o julgamento concentrado de controle da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, o que não fará, se demonstrar sua não incidência; a sentença não pode decidir contra a ordem pública nacional; nos casos acima referidos, caberá ação de anulação da sentença, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem; o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes”. (ROSADO, p. 26, 2019)

Mesmo que não contenha expressamente essa menção na lei, Dolinger defende que a vigilância ao respeito à ordem pública é “uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico que o legislador não precisa preocupar-se em manifestá-la expressamente. (DOLINGER, 2001, p. 401).

Logo, essa posição doutrinária defende que, os árbitros devem atuar com base nos limites e poderes que lhes foram conferidos quando há menção expressa na convenção arbitral, que o julgamento se dará com base no direito brasileiro, a fim de que resguarde a isonomia entre as partes e a segurança jurídica.

### *2.3.2 Posição doutrinária acerca da inexistência de vinculação dos precedentes na solução arbitral*

No que concerne ao entendimento que se pretende defender nesta pesquisa, qual seja, do árbitro não estar vinculado aos precedentes advindos de recurso repetitivo e repercussão geral, iniciar-se-á pela justificativa e demonstração de que a arbitragem é um sistema autônomo, livre de qualquer vinculação às regras do poder judiciário estatal. Nesse sentido MARQUES afirma:

“Não há vinculação, primeiramente, porque, como se estabeleceu supra, a vinculação que conferiu o legislador constitucional está relacionada às regras e ao rito procedimentais aplicáveis estritamente à esfera judicial. A separação entre os dois sistemas é suficiente para afastar, daqueles que se submetem à arbitragem, qualquer regra ou ferramenta que advenha unicamente do

Para demonstrar a autonomia do procedimento arbitral, é possível utilizar-se da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Este aduz que o direito processual é um subsistema do Direito, sendo este último um tipo de sistema social. Isso porque, o sistema processual cumpre com alguns requisitos que o autor apresenta em sua teoria, como a autorreferência, ou seja, sistemas capazes de estabelecer relações consigo mesmos e diferenciar essas relações das relações com o seu ambiente (1997. p. 44). A partir dessa autorreferência é possível dizer que configura um sistema autônomo. Adiante, Luhmann classifica o sistema como dotado de abertura cognitiva, bem como, fechamento operacional. Segundo Mello, significa dizer que “opera como um sistema ao mesmo tempo ‘fechado normativamente’, o que garante sua manutenção e autorreprodução, ‘aberto cognitivamente’, no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente” (2006, p. 356)

Diante da análise de tais elementos, é possível constatar que o processual arbitral configura um verdadeiro sistema autônomo. É o que menciona MARIANI em sua obra:

“Inicialmente, se observa no processo arbitral um fechamento operacional a ele muito próprio. O que se verifica nesse sistema, por exemplo, a estipulação de um regime próprio aos atos processuais, forma de instituição, corriqueira aplicação de regras da instituição que administrara o processo, e delegação de poderes ao árbitro. A arbitragem produz ela própria instrumentos que a caracterizam de forma muito evidente e isso é facilmente visualizado tanto pela flexibilidade (adaptação) a ela inerente e aplicada em grau muito mais elevado se comparado ao processo estatal, como pela vontade das partes e árbitro na sua criação”. (MARIANI, 2018, P. 83-84)

Portanto, a arbitragem, é um sistema autônomo e admitir isso implica no imediato reconhecimento de que os árbitros não estariam, em qualquer aspecto ou nível, vinculados ao poder estatal, tal como seus precedentes de repercussão geral e recurso repetitivo advindos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Além disso, os instrumentos de repercussão geral e recurso repetitivo, como demonstrado no prelúdio do trabalho, surgiram em um contexto de judiciário afogado, com o intuito de proporcionar maior celeridade aos julgamentos, tornando-os apenas um mero incidente de uniformização de jurisprudência e de direcionamento da fundamentação de decisões no poder estatal. Essa é justamente a colocação de Carmona:

“[a] questão se resume, portanto, a saber se o precedente é, propriamente, uma fonte geral do direito, ou se se trata de ferramenta organizacional do Poder Judiciário, fonte restrita ao processo judicial. O encaminhamento do tema já demonstra que acreditamos que a segunda hipótese é a única acertada. Afinal, a função de criadora de lei pertence, em nosso ordenamento jurídico, ao Poder Legislativo, com alto grau de participação, é certo, do Poder Executivo. Certamente não pertence ao Poder Judiciário”. (CARMONA, 2019, p. 224)

No que diz respeito à alegação de violação ao princípio da igualdade, como forma de justificar a posição dos árbitros não poderem proferir decisão em sentido contrário aos

precedentes do Art. 927, inciso II, da CF, não merece prosperar. Nesse sentido, Scavone explica:

“A igualdade no processo arbitral significa ‘igualdade de oportunidades’ e não a “igualdade de meios” ou “de armas” do processo civil. Em consonância com o acatado, a igualdade do processo arbitral é bem diversa da igualdade do processo judicial pela presunção de igualdade das partes em razão da manifestação volitiva que empresta gênese ao procedimento e decorre da convenção de arbitragem livre de vícios do consentimento” (SCAVONE, 2008, p.115)

Diante disso, não se estará desrespeitando a igualdade das partes, caso o árbitro entenda não serem aplicáveis os precedentes advindos de repercussão geral ou recurso repetitivo ao litígio em análise, dado que, este estará apenas exercendo o seu livre convencimento, ou seja, estará exercendo a liberdade de apreciação e avaliação do caso para decisão conforme seu entendimento – desde que, de forma motivada, conforme Art. 26 da Lei de Arbitragem n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Assim sendo, menciona FERNANDES:

O princípio do contraditório seria violado se fossem consideradas pelos árbitros apenas as alegações feitas por uma das partes. A igualdade das partes serve, por exemplo, para evitar que na convenção de arbitragem apenas uma das partes tenha de suportar todos os ônus da prova. A imparcialidade servirá para garantir que os árbitros mantenham-se equidistantes das partes e sem interesse no resultado do litígio. O livre convencimento dos árbitros deve acompanhar o dever destes de motivar sua decisão (FERNANDES, 2007, p. 71)

Portanto, verifica-se que a igualdade do processo arbitral é distinta e possui suas particularidades em comparação ao da justiça estatal.

Insta observar ainda que as partes, de maneira consensual, escolheram a jurisdição arbitral para dirimir seu litígio, o que implica que desejam mínima relação com o poder judiciário. Além disso, infere-se também que a escolha pela arbitragem é devido a *expertise* do árbitro em relação à matéria em discussão, o que consequentemente este possa eventualmente divergir do entendimento de um magistrado que possui um conhecimento geral do direito e lida com todos os tipos de causas. Nessa senda, argumenta Beraldo:

“Sem dúvidas, um dos principais motivos para se adotar o processo arbitral é justamente o de se ter um especialista na matéria objeto da controvérsia e que terá mais tempo para dedicar-se àquele processo. Diante dessa realidade incontestável, afirmar que o árbitro está obrigado a seguir os padrões decisórios criados justamente por aquele órgão (que é o Judiciário) que as partes expressamente recusaram é, a meu ver, uma contradição em si mesma”. (BERALDO, 2019, p. 07)

Ante o exposto, nota-se que os precedentes advindos de recurso repetitivo e repercussão geral não possuem efeito vinculante perante o árbitro, tendo em vista que, os entendimentos fixados em ambos os recursos, são formados no âmbito estatal e com base

num diploma (Código de Processo Civil) que apenas nesse sistema encontra aplicação além de serem mecanismos de uniformização de jurisprudência estatal. Dessa maneira, expressam Cremasco e Viana:

O que se faz no âmbito do art. 927 é a criação de um sistema de gestão de casos repetitivos, vale dizer, de objetivação das decisões judiciais. Tem - se, na verdade, a criação de um sistema de precedentes à brasileira, no qual se estabelece muito mais uma técnica de julgamento e, repita-se, de gestão de casos repetitivos, do que qualquer outra coisa". (CREMASCO, VIANA, 2018, p. 904)

Apesar de não haver obrigatoriedade quanto à aplicação de tais precedentes à solução arbitral, aqui defende-se que os precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo possuem efeito persuasivo, de alto grau, nas decisões arbitrais.

Entende-se por precedente persuasivo aquele que convence pela qualidade e relevância de sua fonte, é também chamado de “autoridade secundária”. Assim, a autoridade persuasiva é classificada de duas maneiras, sendo elas (i) Autoridade secundária, que significa uma autoridade interpretativa, que expressa um entendimento sobre os efeitos legais de uma fonte primária e (ii) Autoridade secundária em sentido estrito, que possui efeito persuasivo devido à qualidade e fundamentações advindas da fonte, diante do caso concreto que se assemelha ao precedente.

Em se tratando dos precedentes em recurso repetitivo e repercussão geral, é evidente que possuirão maior grau de persuasão, por serem decisões exaradas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Ou seja, será muito eloquente ao árbitro levar em consideração o referido precedente a constituir mais um dos argumentos considerados no raciocínio para julgamento da lide.

Ainda que em diferentes graus e maneiras, onde houver precedente, é provável que ele influencie na conduta das partes, tanto antes do surgimento dos litígios quanto durante, na construção da argumentação por parte dos advogados e o momento de proferir decisões, por parte do julgador. Quando se entende contrariamente ao precedente invocado pelas partes, isso gera ao árbitro um maior ônus argumentativo, impondo-lhe superar as razões ali expostas, ou afastar a pertinência do julgado para o caso concreto.

Repisa-se que, ambos os instrumentos de uniformização – recurso repetitivo e repercussão geral - são criados no âmbito estatal e com base no Código de Processo Civil, que evidentemente não é aplicável ao procedimento arbitral, logo, só produz efeitos dentro do poder judiciário.

Portanto, mesmo que não haja obrigatoriedade quanto à utilização dos precedentes estatais, há uma grande persuasão quanto à sua aplicabilidade, dado que os sistemas se comunicam/influenciam, conforme entendimento de Luhman, mencionado há pouco.

Assim, consta-se que há uma abertura cognitiva, um diálogo entre os sistemas arbitral e estatal, mas jamais uma subordinação. Caso houvesse essa vinculação do árbitro

aos precedentes, estaríamos diante não de uma saudável influência entre os sistemas jurisdicionais, mas sim uma clara interferência e sujeição.

Dessa forma, a natural persuasão de um sistema autônomo no outro ocorre em razão da natural autoridade que uma decisão pretérita tem.

## **2.4 Impugnação de sentença arbitral e possível solução para o problema da presente pesquisa**

Como cediço, o árbitro é soberano, razão pela qual o mérito da sentença arbitral não é passível de revisão, sob o argumento de que o direito foi erroneamente aplicado. Assim, qualquer ingerência do Poder Judiciário no mérito, compreenderá violação à autonomia privada das partes que outorgaram ao árbitro o direito de julgar com base no seu livre convencimento.

Na lei de Arbitragem, as hipóteses para anulação de sentença arbitral estão expressas no Art. 32, inciso III, que prevê a nulidade da sentença sempre que estiverem ausentes os requisitos obrigatórios do Art. 26 da mesma lei e no inciso IV do Art. 32, que considera nula a sentença que não respeitar os limites da convenção arbitral.

Dessa forma, caso as partes que figuram como requerente e requerida da arbitragem invoquem um precedente judicial como forma de fundamentar seu pedido e o árbitro deixar de apreciar o precedente judicial invocado, este incorrerá *em error in procedendo*, podendo as partes arguirem nulidade com base nos incisos supracitados. Assim, menciona PARENTE “é sempre bom lembrar que o vício de fundamentação apto a ensejar a anulabilidade está atrelado à forma e não ao conteúdo” (2009, p.288)

Tratada a hipótese de a ausência de vinculação dos precedentes violarem os limites da convenção arbitral, passaremos para a hipótese que, igualmente, muito se discute – a eventual influência dos recursos repetitivos e repercussão geral com a violação à ordem pública e possível anulação de sentença arbitral.

Inicialmente, ressalta-se, que o conceito de ordem pública é controverso na doutrina e não há expressamente na lei, mas ordem pública pode ser compreendida como um conjunto de princípios e regras indispensáveis à organização da vida social, dentro de um determinado país e a uma certa época.

Diante disso, surge a indagação de que, se na eventualidade do árbitro entender contrariamente à jurisprudência advinda de repercussão geral e recurso repetitivo estaria contrariando a ordem pública e, com isso, caberia ação anulatória de sentença, com base no art. 2 da lei de arbitragem.

Logo de início é possível constatar que, a resposta para o questionamento acima é negativa, tendo em vista que considerar a inobservância de um precedente estatal como violar a ordem pública, implicaria dizer que há uma subordinação da jurisdição arbitral à estatal.

Na presente pesquisa, defende-se que apenas poderá violar a ordem pública quando

o resultado concreto e o efeito prático da sentença determinar a realização de algo que se considera intolerável com base nos valores fundamentais da presente sociedade. Assim, o desvio do árbitro, por si só, da interpretação julgada correta pelo poder estatal é insuficiente para se considerar ofensa à ordem pública. Nessa perspectiva, GRECO explica: “não há automaticamente violação da ordem pública pela violação de precedentes, porque mesmo entre os considerados vinculantes, pode haver muitos que tratem de matéria plenamente disponível” (2018, p.8).

Mariani exemplifica os efeitos de uma sentença arbitral ferindo a ordem pública, com o seguinte cenário: uma sentença que impõe à parte vencida qualquer tipo de humilhação por inadimplemento, em razão do árbitro ter se inspirado na lei XII de Tábuas, (2018, p.119). Observa-se que existe, nessa sentença, uma violação que ultrapassa o interesse das partes envolvidas e interfere nos valores fundamentais da sociedade e, nessa hipótese, caberia o ajuizamento de uma ação anulatória no poder estatal, com fundamento de violação à ordem pública.

Com isso, não é possível ajuizar uma ação de anulação de sentença arbitral, quando o árbitro divergir da jurisprudência advinda do recurso repetitivo e repercussão geral, dado que o legislador não inseriu essa possibilidade. Nesse sentido Ferreira aduz:

“Concluimos que aceitar a inobservância dos precedentes vinculantes do artigo 927 do Código de Processo Civil enseja a possibilidade de propositura de ação anulatória significa que o intérprete criará uma nova modalidade no rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, quando o Legislador não o fez, mesmo tendo a oportunidade para tanto com a alteração da Lei de Arbitragem, certo que as disposições excepcionais comportam interpretação restritiva” (FERREIRA, 2019, p. 299).

O controle da sentença arbitral apenas poderá ocorrer para verificar se o árbitro aplicou a regra convencionalizada pelas partes do litígio, independente de uma boa ou má aplicação ou se apenas foi ignorada por completo, ou seja, como já mencionado, apenas poderá ser revista do ponto de vista da ausência de fundamentação e nunca do mérito da sentença.

Ademais, muito se argumenta que geraria uma insegurança jurídica em razão de não ser permitida a arguição de nulidade por mérito e, portanto, a parte da arbitragem descontente com a ausência de aplicação do precedente por parte do árbitro não poderia ter sua sentença revista, tendo assim sua expectativa frustrada.

Em vista disso, para evitar essa possível frustração de expectativa quanto à utilização de precedentes obrigatórios no poder judicial à solução arbitral, pode-se recorrer a uma solução que a própria lei de arbitragem prevê. No §2 do Art. 2 da Lei de Arbitragem, estabelece que “Poderão, também, as partes convencionalizar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. Com isso, as partes podem dispor na convenção arbitral se haverá vinculação ou não dos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo, como forma de

aumentar a previsibilidade das decisões arbitrais, caso assim desejem.

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos chegar às seguintes conclusões após a exposição da presente pesquisa.

Os precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo surgiram em um contexto de judiciário afogado e nada mais são do que instrumentos de uniformização de jurisprudência no poder judiciário.

A arbitragem constitui sistema autônomo por possuir ferramentas a ela própria, um regime próprio aos atos processuais, forma de instituição, regras e flexibilidade. Sendo assim, o árbitro é soberano e livre para proferir decisões com base na sua própria análise crítica, contrárias ou não aos precedentes advindos de repercussão geral e recurso repetitivo. Nos casos em que árbitro decide julgar contrariamente ao entendimento formado na justiça estatal ainda se aplicará o direito brasileiro, isso porque, ainda estará agindo dentro de sua autonomia garantida pela lei de arbitragem.

Além disso, tampouco configura violação à ordem pública, sujeita à ação anulatória, a sentença que divergir da jurisprudência advinda do recurso repetitivo e repercussão geral, haja vista que o árbitro, igualmente, estará agindo dentro da sua autonomia para análise do mérito do caso.

Adiante, é possível observar que apesar da ausência de vinculação de tais precedentes, estes são altamente persuasivos por serem exarados pelas altas cortes da justiça estatal e geram um ônus argumentativo maior ao árbitro caso entenda contrariamente aos precedentes.

Por fim, como solução, as partes que desejarem que seus litígios sejam julgados em consonância com os precedentes de recurso repetitivo e repercussão geral, devem expressamente inserir na convenção de arbitragem, uma vez que a própria lei autoriza esse modo de disposição na convenção arbitral, a fim de garantir que as expectativas estejam alinhadas quanto ao julgamento do litígio em questão ou que eventualmente irá surgir.

### APOIO

PIVIC Mackenzie

### REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, 2019. p. 199.

ALMEIDA, Maria Eduarda; MACÊDO, Lucas Buril de. Os Precedentes Obrigatórios Vinculam o Tribunal Arbitral? Revista dos tribunais, v.45, n. 305, p. 377–399, jul./2020.

BELLOCCHI, Márcio Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem. Ed Revista dos Tribunais.

BERALDO, Leonardo de Faria. Os precedentes judiciais na arbitragem. OAB Minas Gerais, 2019. Disponível em: <http://www.esamg.org.br>.

CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: Processo Civil contemporâneo. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 904.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARMONA, Carlos Alberto; Machado Filho, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: Jurisdição, Missão E Justiça. In: Constituição da República 30 anos depois: Uma Análise Prática Da Eficiência Dos Direitos Fundamentais. Estudos Em Homenagem Ao Ministro Luiz Fux/Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto (Coord.). - Belo Horizonte: Fórum, 2019, P. 225.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Repercussão Geral - Balanço E Perspectivas. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. *E-book*. 43p. DOI 9788584930883. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930883/>. Acesso em: 22 Mar 2021.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 401.

DONIZETTE, Elpídio. Curso Direito Processual Civil. ed. 23. – São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 1292. DOI 9788597024616. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/>. Acesso em: 13 Mar 2021.

FERNANDES, Marcus Vinícius Tenorio da Costa. Anulação da Sentença Arbitral. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 71.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves.

Lei de Arbitragem Comentada, artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 299.

GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. In: LEE, João Bosco; LEVY, Daniel de Andrade (ed.). Revista Brasileira de Arbitragem. Kluwer Law International, v. XV Issue 57, 2018, p. 7-22.

LUHMANN, Niklas. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997. p. 44

MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. Belo Horizonte: Fórum:2018.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 10, n. 38, p. 96 – 137. jun/2013.

MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmanne Teubner. Revista de sociologia da USP, 2006, v. 18, p. 351-373.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 99.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. ed. 36. – São Paulo: Atlas, 2020. 769p.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 288.

RIZZO, Guilherme. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Conjur, Rio Grande do Sul, 03 de out. de 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme- amaral- vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#\\_ftnref11](https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral- vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais#_ftnref11). Acesso em 28 de junho de 2022.

Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre- repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 14 Mar 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação. Ed. 10 – Rio de Janeiro: Forense.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. São Paulo: RT, 2008, p. 115

Sobre Recursos Repetitivos. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Sobre- Recursos- Repetitivos#:~:text=Recurso%20repetitivo%2C%20portanto%2C%20%C3%A9%20aquele,e m%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito>. Acesso em: 23 Mar 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. III. ed. 53. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p. 758. DOI 9788530988838. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988838/>. Acesso em: 22 Mar 2021.

# ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE E A NECESSIDADE DA GARANTIA DE ASSEGURAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EFETIVAMENTE AOS BRASILEIROS

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Horácio Monteschio**

Pós-doutor na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná – Brasil; Pós-doutorando pela Universidad da Regia Calábria – Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor de Direito e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor titular do Programa de mestrado da UNIPAR

**PALAVRA CHAVE:** Carta de Nice, direito fundamental a boa administração; compliance.

## **1 | INTRODUÇÃO**

O Tratado de Nice, ou para alguns, simplesmente denominada como: “Carta de Nice” foi adotada pelos estados-membros da União Europeia em Nice, em dezembro de 2000, portanto completando 20 de anos de sua assinatura. É o culminar da Conferência Intergovernamental, realizada em Fevereiro de 2000, cujo objetivo era a adaptação do funcionamento das

instituições europeias antes da chegada de novos Estados-Membros.

Como fundamento deste documento europeu, o qual em seu art. 41 consagra o direito a uma boa administração, tendo em vista que todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável, compreendido o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, bem como o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial e a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

Pela Carta de Nice todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns

às legislações dos Estados-Membros.

Tendo sido positivado, através da Carta de Nice, resta determinar qual é o conteúdo do direito a boa administração. Portanto, ao fazer uma comparação entre o referido tratado e a temática no direito brasileiro é fundamental destacar que o texto constitucional de 5 de outubro de 1988, em seu art. 37 “caput” consagra os princípios explícitos aos quais Administração Pública deve estar vinculada.

Cabe ressaltar que o Constituinte Originário não contemplou o princípio da eficiência. Esse somente veio a fazer parte do texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional 19/98.

Todavia, a obrigação da Administração Pública de prestar um serviço de boa qualidade aos administrados independe, a nosso ver, de previsão constitucional ou infraconstitucional, tendo em vista que ao gerir os “bens públicos” deve o fazê-lo da forma mais eficiente possível, ou seja, fazendo mais dispendendo o menor número de recursos possíveis. Entre os recursos é imprescindível destacar que eles podem ser tangíveis, ou seja, aqueles aferíveis materialmente e colocados à disposição administrador público, sendo de outro lado, aqueles subjetivos, consubstanciados no trabalho desenvolvido pelos Servidores Públicos.

Com a responsabilização pelo não cumprimento dos compromissos de campanha, fica claro ao eleito as suas consequências, passando a representar aqueles compromissos assumidos como instrumento de fiscalização dos eleitores, os quais deverão ser atendidos pela prática burocrática e formal do serviço público. Em sentido inverso, em não havendo qualquer vinculação, não há compromisso, por parte da Administração Pública, que possa ser buscado, pois não há efetivamente um ideário a ser seguindo.

No mesmo viés, ao administrador, ocupante de cargo político, se porventura estiver vinculado com critérios ditatoriais, ou mesmo desvinculados com os seus eleitores que o elegeram, quem o impedirá de assim atuar?

Na atualidade passou a permear como sendo a maior preocupação do cidadão brasileiro está relacionada a postura dos governantes ao gerir “a máquina administrativa”.

A lei das Eleições, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece em seu art. 11, § 1º, inciso IX a obrigação do candidato à Chefia do Poder Executivo, ao instruir o pedido de registro de candidatura que o faça com o plano “real” de governo, com as suas propostas que serão realmente implementadas e objetivos que serão atingidos.

Nesta exigência legal é que reside a maior carga de eficiência valorativa de vincular o candidato às propostas por ele apresentadas. É no ato do registro de sua candidatura, ato recheado de exigências documentais e que recebe a chancela da Justiça Eleitoral que o candidato registra as suas propostas, sem as quais não será homologada.

Urge ressaltar o fato de que a Justiça Eleitoral, classificada como “Justiça Especializada” dada a sua peculiar característica de realizar o certame eleitoral, bem como a prerrogativa de assegurar a igualdade entre os concorrentes. Por sua vez, a Justiça

Eleitoral realiza a aferição dos gastos de campanha dos candidatos, as condições de elegibilidade, entre outras competências. Diante dessa gama de competências, deverá ainda fixar a responsabilidade dos candidatos perante o eleitor. Destarte, servirá como uma espécie de “fiadora” das propostas perante ela registrada e, pela responsabilidade de concessão do registro de candidatura a sua efetivação das propostas perante o eleitor.

Veja-se, no caso brasileiro no último pleito eleitoral, que a candidata eleita se vinculava a defesa da Educação e figurava entre suas propostas a manutenção dos direitos trabalhistas. Ainda, assumiu o compromisso de que os índices inflacionários ficariam sob controle, bem como os gastos públicos.

Ultrapassada a barreira temporal que separa o depósito do voto na urna com a proclamação dos seus resultados, as citadas propostas foram totalmente desprezadas pela Presidente da República eleita. Tal prática guarda total simetria com a temática aqui destacada Olivar Coneglian, com a percuciência que lhe é peculiar, leciona sobre o tema.

A apresentação das propostas se torna documento obrigatório ao registro da candidatura, mas não condiciona o futuro mandatário a segui-las, em caso de eleito, pois não está prevista nenhuma sanção ou nenhum procedimento para exigência do cumprimento das promessas de campanha.

Talvez a intenção do legislador seja a criação futura da ação de desconstituição de mandato por infidelidade ao programa (recall), mas se for isso, então novamente o Congresso Nacional peca pelas boas intenções inócuas.

De fato, a presença desse documento tem dois aspectos. Um aspecto de inutilidade formal, ao não prever nenhuma sanção ou condição que obrigue o candidato a se manter fiel às suas próprias promessas. Nesse ponto, o documento é burocraticamente inútil. Mas num segundo aspecto, ele permitirá uma comparação entre vários programas de governo, e indicará também a tendência futura do ainda candidato. Durante a campanha, poderá ser explorada ao máximo essa declaração de programas, servindo ela como norte para os eleitores.

Destarte, fica a decepção dos eleitores que acreditaram nas propostas defendidas e não cumpridas. É possível inserir em nosso sistema Constitucional a regra apta a ensejar a redução do mandato do mandato eletivo, via consulta popular? Como é possível alguém eleger-se prometendo a realização de uma administração com um viés determinado, para logo após a divulgação dos resultados do pleito eleitoral assumir postura administrativa totalmente diferente?

## **2 | COMPROMISSO COM OS ELEITORES**

De acordo com a atual legislação eleitoral, com fulcro no texto constitucional, estão a coroar a prática desleal, o mentiroso, o enganador, o demagogo, dando ao mesmo as prerrogativas do exercício do mandato, pelo prazo fixo, sem que haja a efetiva legitimidade

perante os eleitores que o elegeram.

Aqui como alhures é como se o mandato fosse imperativo, isto é, os governantes dispõem como querem do serviço público a fim de acomodar seus interesses e distribuir benesses. Como entendem que o Estado lhes pertence, fazem das políticas estatais moeda de troca. Com uma burocracia estatal profissional e especializada, os direitos fundamentais podem ser institucionalizados como gênese e ao mesmo tempo propósito das políticas públicas. Assim blinda-se o exercício do mandato representativo contra os voluntarismos típicos dos Estados ditatoriais.

Assim, se não houver a vinculação mínima de gestão, não se terá a certeza de qual será o objetivo a ser atendido. Por sua vez, o chefe do Poder Executivo é o ocupante de um mandato absoluto, o qual não condiz com nosso sistema democrático, assim descritas por José Afonso da Silva.

É livre, porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse da reeleição. Afirma-se, a propósito que o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garantem a autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames da sua consciência

Entendendo como documento essencial ao registro das candidaturas, destacadamente aos pretendes ao cargo de Chefe do Poder Executivo, tendo em vista que as posturas dos ocupantes de cargos do legislativo somente poderão ser aferidas no decorrer do mandato, deverá elaborar o seu proponente um rol mínimo de metas a serem atingidas em caso de eleição.

A profissionalização, capacitação e eficiência do serviço público representam outro rol de posturas as quais também não podem mais ser postergadas. Caso contrário o princípio da eficiência na administração pública explicitada na EC 19/97, ao serviço público, não passará de mera peça de retórica.

O gestor público, ocupante de cargo eletivo, não pode ser um neófito administrativo. Deve conhecer todos os desafios os quais terá que enfrentar na gestão pública. É dever impostergável daquele que assume um mandato eletivo conhecer os compromissos que terá que cumprir, os valores constantes da peça orçamentária, do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Paralelamente deverá, o candidato eleito, compor uma equipe de assessores e auxiliares preparados para o desafio que é gerir a Administração Pública de forma eficiente.

A gestão administrativa, a exemplo de uma empresa, deve ser realizada de forma competente e eficiente. No campo privado há a preponderância de objetivos voltada para a obtenção do lucro.

Ao setor público é dever do seu gestor “fazer o máximo com o mínimo dispêndio de recursos públicos”. Desta forma, é possível conciliar as metas administrativas com uma

gestão de qualidade e eficiência, a qual dê pleno atendimento às exigências públicas.

O político, além dos seus dotes inerentes e indispensáveis, como por exemplo, carisma, popularidade, empática com o eleitor, deve por igual ser competente, ser um gestor público responsável, providente e competente.

O domínio dos comandos contidos na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, não podem ser ignorados pelo gestor público que quer gerir de forma correta e adequada os recursos públicos colocados à sua disposição e responsabilidade. Nestes termos é fundamental citar Francisco Pedro Jucá, o qual destaca a importância na gestão dos recursos públicos, destacadamente, quando afirma a relevância da obediência à lei orçamentária.

O orçamento, como previsão de receitas e despesas, desempenha o papel de explicitar as fontes, os volumes de recursos previstos e o destino destes durante um tempo determinado, cabendo ao governo a sua administração. Ora bem, resta claro que essa gestão é exercício de poder, e, como consequência, que esse poder precisa ser efetivamente sujeito a controle. Nessa linha, tem-se que o controle, através de seus diversos mecanismos, precisa acontecer também na fixação dos critérios para a elaboração orçamentária, bem como para sua execução e realização, de sorte que não haja espaço para abuso de poder, para excesso e autoritarismo dos exercentes de governo que, na essência, são mandatários da sociedade.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, tão criticada por setores políticos pátrios, é um dos diplomas legais mais importantes do Brasil. Por essa Lei, quando impõe ao administrador público a responsabilidade pelo gasto público, limitando estes aos valores presentes em caixa ou que a ele ingressarão tornou a responsabilidade, pelo menos na gestão fiscal, uma obrigação inarredável.

Todavia, mesmo diante da presença da Lei de Responsabilidade Fiscal, a prática desenfreada dos gastos públicos, inconsequente e sem planejamento, não teve solução de continuidade. Como consequência, o Brasil vivencia, ainda, uma verdadeira “avalanche tributária”, na qual o contribuinte brasileiro está pagando a conta pela incompetência administrativa, na gestão dos recursos públicos.

Cabe lembrar o contido na exposição de motivos de encaminhamento da Lei de Responsabilidade Fiscal, elaborada por Ivens Gandra da Silva Martins e Carlos Valter do Nascimento, na qual destacamos.

6. Entendemos que a combinação desse ambiente fiscal mais favorável, com a aprovação de uma norma que estabelece princípios norteadores da gestão fiscal responsável, que fixa limites para o endividamento público e para expansão de despesas continuadas, e que institui mecanismos prévios e necessários para assegurar o cumprimento de metas fiscais a serem atingidas pelas três esferas do governo, é a condição necessária e suficiente para a consolidação de um novo regime fiscal no País, compatível com a estabilidade de preços e o desenvolvimento sustentável.

Atualmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, mesmo com as interpretações que buscam reduzir o seu alcance e ofertar uma maior tolerância a maus gestores públicos, permanece hígida na defesa da gestão orçamentária. Mas não se deve dar albergue ao descuido administrativo, nem tampouco se acomodar com esta conquista. É, por demais necessário, avançar cada dia mais, em homenagem a hígidez orçamentária e da boa gestão pública.

O avanço pretendido, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, é audacioso e factível, o qual se encontra fundamentado em um plano de metas que deve ser assumido pelo pretendente ao cargo de chefe do Poder Executivo, como plano de Estado.

A proposta de vinculação ao Poder Executivo brasileiro, de cumprir o plano de metas fixados, não para perpetuação no poder, mas para o desenvolvimento nacional, regional ou local não vem a eliminar a prática de certos atos discricionários.

Todavia, o entendimento acima descrito, nos dias atuais, não assiste mais razão em manter-se a prerrogativa de se dar “um cheque em branco”, para os ocupantes de cargos eletivos, bem como aos seus aliados ou ao seu partido, para fazer o que bem entender dos destinos pátrios. É inadmissível aceitar que os pífios resultados na seara da economia, educação, saúde e infraestrutura, como se está a testemunhar, há vários anos no Brasil, continuem a dar fundamento a permanência no cargo para o qual foram eleitos.

Assiste total razão em fixar metas factíveis, responsáveis e em condições de serem atendidas para o desenvolvimento brasileiro. Abre-se, então a fixação de objetivos a serem perseguidos claramente e, em caso de não atendimento, a regra de mandato fixo será quebrada. A justificação para tal redução do mandato reside na fraca ou na falta de eficiência no exercício do mandato concedido pelo eleitor.

É de fundamental importância destacar que não é possível alegação de falta de recursos financeiros, em razão da frustração do plano de metas, venha a comprometer o debate aqui sugerido.

O problema brasileiro não é de ausência de recursos suficientes, mas sim de gestão pública administrativa eficiente. Da análise do texto da Constituição Federal, os quais vinculam a receita tributária do Estado a aplicação dos gastos com Educação e Saúde, não há qualquer sombra de dúvidas sobre o tema.

No caso específico da Educação, em 1996 foi criado o Fundef: Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, instituído pela Emenda Constitucional n.º 14, o qual foi substituído pelo FUNDEB, O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação foi criado pela Emenda Constitucional n.º 53/2006, a qual foi regulamentado pela Lei n.º 11.494/2007 e pelo Decreto n.º 6.253/2007.

O FUNDEB constitui-se por um fundo especial, o qual é composto pela distribuição de responsabilidades orçamentárias de recursos federais, cujos valores, oriundos dos impostos, são transferidos aos Estados e ao Distrito Federal e municípios, com vinculação

prevista no art. 212 da Constituição Federal. Sobreleva enfatizar o fato de que todo o recurso gerado é redistribuído para o pleno atendimento educação básica. O referido programa, estabelecido pelo FUNDEB, teve sua vigência prevista entre os anos de 2007 a 2020.

Dentro do contexto em que se contra inserido o presente trabalho cabe destacar que os valores empregados, tanto no FUNDEF quanto no FUNDEB, no período compreendido entre 2001 a 2009 sofreram um incremento expressivo, ou seja, subiram de 35,67 em 2001 para 75,31 bilhões em 2009.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou, em 1º de abril de 2014, o resultado do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), o qual verificou as habilidades estudantis de alunos com faixa etária na casa dos 15 anos. O Brasil ocupa o 38º lugar entre os 44 países que tiveram a habilidade de seus estudantes avaliada.

Pelo que se depreende do contexto fático, no que tange a seara dos recursos públicos, verificamos que estes são suficientes para o atendimento das necessidades na área da educação no Brasil. O que fica evidente é a falta um acompanhamento na gestão eficiente dos recursos públicos e por sua vez, um maior comprometimento tanto social, governamental e por parte da academia, no sentido de potencializar o material humano estudantil do Brasil.

Por seu turno, no que se refere à área de Saúde, a Constituição Federal de 1988, no art. 198, parágrafo 3º determinou que, por meio de Lei Complementar, seriam definidos os percentuais que a União, os Estados e os municípios aplicariam na área da saúde, explicitando critérios de reavaliação, normas de fiscalização e controle.

Consoante o texto Constitucional, bem como a Emenda Constitucional 29, a qual foi regulamentada pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, restou estabelecido que os Estados fossem obrigados a investir 12% da arrecadação com impostos e os municípios, 15%. O percentual para o Distrito Federal varia de 12% a 15%, conforme a fonte da receita, se um tributo estadual ou distrital. A lei estabelece ainda que, em caso de variação negativa do PIB, o valor de investimento não pode ser reduzido no ano seguinte.

Por sua vez, a Organização das Nações Unidas, em 14 de março de 2013, divulgou um relatório apontando que o Brasil está em 108ª posição de satisfação com o sistema de saúde, se levada em comparação outros 126 países, estes números representam que o maior número de insatisfeitos na América Latina está no Brasil.

Este problema só será solucionado com a imposição de regras específicas fixadas ao chefe do Poder Executivo, auxiliado pelos seus ministros, no caso da Administração Pública Federal, para atingir as metas fixadas. Neste sentido, assevera Carlos Luiz Strapazzon.

Sistemas eleitorais bem constituídos facilitam a accountability republicana, que é o dever que os eleitos tem de prestar contas. Sempre que o eleitorado

sente que o sistema eleitoral não está viciado e que não engendra meios de corrupção ou políticos de baixa credibilidade se manterem no poder, ele fortalece as relações de transparência e de rotatividade das autoridades no poder.

Defronte dos percentuais acima descritos, bem como com a ineficiência dos gastos públicos, e como a total ausência de compromisso do Governo Federal na competente gestão dos recursos públicos, cabe à sociedade organizada estabelecer os critérios de avaliação das prioridades, metas, propostas e objetivos a serem alcançados, pois, como se vê nos exemplos acima citados o problema brasileiro é de gestão pública, qualificada para o gasto correto dos recursos públicos.

Desta forma, se de um lado temos uma carga tributária imposta aos cidadãos brasileiros, que hoje oscila em patamares elevados de aproximadamente 34% do Produto Interno Bruto, de outro lado é dever dessa Administração Pública gerir de forma eficiente e competente esses recursos, não tendo espaço para amadorismos, nem tampouco para práticas ímprobas.

Nesse cenário nacional e internacional se insere o compliance como instrumento de valoração e controle das boas práticas no interior na Administração Pública com o intuito de tornar cada vez mais eficiente a gestão dos recursos públicos. Cabe ressaltar a presença do controle interno e externo, feitos pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, os quais prestam relevantes serviços, mas o que se busca é um aprimoramento maior, mais próximo com o cotidiano administrativo, buscando pelo acompanhamento das boas práticas administrativas dentro de um contexto “pari passu” dos atos praticados pela Administração Pública.

Todavia, por boa administração a qual assume um conceito complexo e multifacetado pode-se entende-la que o direito a boa administração é constituído de três diferentes camadas interconectadas entre si. Numa primeira camada, têm-se as garantias procedimentais que são, primariamente, dirigidas a proteger os direitos substantivos dos que lidam com a administração. A infringência destas regras daria azo a uma ação judicial de reparação dos prejuízos causados ou, em último caso, a própria anulação do ato violador.

Em uma segunda camada, enquadrar-se-iam as regras legais que estruturam o exercício da função administrativa. Visam a estruturar o poder discricionário da Administração, para que fique alinhado com a perseguição do interesse público, e garantir o controle dos atos da administração. Por fim, na terceira camada, temos as normas não legais que definem padrões de conduta, dirigidos a garantir o funcionamento apropriado dos serviços administrativos disponíveis ao público. Tais normas buscam garantir, de forma precípua, a eficiência e a qualidade destes serviços.

## REFERÊNCIAS

GIOVANNI, WAGNER in Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág 71/87

LOPES, L. Desafios de Compliance anticorrupção na indústria de petróleo e gás. 2017. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2017.

NEVES, Edmo: In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-591

# COOKIES E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO DIGITAL

Data de submissão: 25/02/2023

Data de aceite: 02/05/2023

### Vitor Hugo Crellis Costa

Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente  
Presidente Prudente – São Paulo  
[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=D509CF8817C3DC43BAD781C51D571E#)  
PKG\_MENU.menu?f\_  
cod=D509CF8817C3DC43  
BAD781C51D571E#

of Brazilian legislation discuss the invasion of privacy, use and storage of personal data and their impact on technological society. The method addressed will be the dialogical method, which uses interdisciplinarity to arrive at the thesis.

**KEYWORDS:** Cookies; privacy; digital law; fundamental rights.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o uso das ferramentas digitais, conhecidas como *cookies*, suas funções e tipos, e a partir da luz da legislação brasileira debater quanto a invasão de privacidade, uso e armazenamento de dados pessoais e seus reflexos na sociedade tecnológica. O método abordado será o método dialógico, do qual há uso da interdisciplinaridade para se chegar à tese.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cookies; privacidade; direito digital; direito fundamental.

### COOKIES AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DIGITAL MEDIUM

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the use of digital tools, known as cookies, their functions and types, and from the light

## 1 | INTRODUÇÃO

Muito se debate sobre os dados pessoais na internet, a violação de direitos fundamentais em virtude de terceiros, seus usos e associações com os chamados *cookies*. Usado por muitos sites principalmente por questões de alcance e personalização de anúncios, esses arquivos reúnem informações pessoais do cliente e vendem aos controladores.

Há de se entender primeiramente o que são esses arquivos, suas funções e tipos, para posteriormente ter um parecer acerca da legislação brasileira e a proteção de direitos fundamentais e os dados do usuário.

No presente artigo foi usada

a metodologia dialógica, no qual é usado a interdisciplinaridade entre os campos da informática e tecnologia e o direito, com uso de livros, artigos científicos e normas do ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 I COOKIES: CONCEITO, FUNÇÃO, TIPOS

Inicialmente, é necessário entender o que são *cookies*, sua função no meio digital e quais os principais tipos, para posterior entendimento da sua influência na vida e nos dados pessoais do usuário.

### 2.1 Conceito

Os *Cookies* são pequenos arquivos, usados como ferramentas por sites para a identificação do visitante, recolhendo informações pessoais do usuário, seja para uma navegação personalizada de acordo com o perfil dele, seja para facilitar o transporte de dados, de maneira que fique mais rápida sua navegação.

Para Lessig (2006, p. 07; 48), os *cookies* foram indispensáveis para o desenvolvimento da internet, principalmente no quesito comercial. Em 1994, a empresa Netscape desenvolve uma ferramenta que gravaria no computador do usuário informações acerca do site que ele havia visitado. Essa ferramenta, o *cookie*, é responsável por fazer o operador do site identifique o usuário e personalize conforme seu acesso.

Segundo Xavier Pacheco (2005, p.825):

*Cookies* são basicamente textos que o servidor Web pode colocar no navegador do cliente. Eles são transferidos via cabeçalho HTTP. À medida que o usuário visita várias páginas dentro de um site ou aplicação Web, o servidor (examina) o conteúdo desses cookies.

Deste modo fica definido o conceito de *cookies* na internet e a sua necessidade para algumas áreas, contudo até onde essa necessidade pode ir e ultrapassar? Esse assunto será debatido nos próximos tópicos.

### 2.2 Função

A principal função desses arquivos são salvaguardar informações sobre o indivíduo que acessa determinada página, para assim facilitar o uso, dando ao sujeito uma experiência personalizada ou maior velocidade para navegar. Em grande parte, os *cookies* salvam informações pessoais, como o histórico da pessoa, e-mail, senhas e outros dados para serem usados durante sua experiência. Por exemplo, no uso do histórico para verificar os interesses da pessoa e oferecê-la possíveis produtos para a compra, estratégia muito usada hoje em dia no marketing digital.

Para Neto, Carmo e Scarmanhã (2018, p. 1501) os *cookies* têm a seguinte função:

A análise de comportamento de consumidores em websites tem sido utilizada para conhecer o comportamento dos consumidores enquanto ferramenta

para tornar o modelo de negócio eletrônico mais rentável, de modo que para que isto seja possível, foi necessário a criação e a inclusão de informações de controle de estado nas comunicações entre clientes e servidores

Segundo o Comitê Gestor de Internet no Brasil (2012), algumas funções dos *cookies* podem apresentar riscos ao usuário, tais como: compartilhamento de informações, exploração de vulnerabilidade, autenticação automática, coleta de informações pessoais, coleta de hábitos de navegação.

## 2.3 Tipos

Aqui ficam definidos os tipos de *cookies* e a utilização única de cada um, de maneira a aprofundar o conhecimento do leitor acerca de cada um deles.

### 2.3.1 *Cookies de Sessão*

Os *cookies* de sessão são arquivos temporariamente criados na memória do computador do usuário, eles não coletam tantas informações como em outros casos. São chamados também de *cookies* temporários por durarem somente enquanto há utilização no site.

Esse tipo de arquivo é muito usado em sites de compras, quando o usuário ao separar seus pedidos, estes ficam salvos para a posterior finalização do pedido.

De acordo com Palmer (2008), caso algum mecanismo, site ou até mesmo hacker consiga interagir com esse tipo de *cookie*, ele comprometerá sua segurança e sigilo, de maneira que mesmo o arquivo sendo apagado, ele estará registrado por alguma plataforma ou terceiro

### 2.3.2 *Cookies Persistentes*

São os *cookies* mais usuais pelos sites, estes ficam salvos por dias, meses ou até mesmo anos dependendo de como a plataforma o utilizar. Esse armazena dados para uso posterior ou como forma de personalizar o serviço,

“No lado negativo, as empresas podem usar *cookies* persistentes para rastrear o usuário. Ao contrário dos *cookies* de sessão, eles registram informações sobre seus hábitos de navegação durante todo o tempo em que estão ativos” (KINAST, Priscilla, 2019).

Segundo Toubiana, Narayanan e Boneh (2010), alguns sites tem sistemas de *cookies* que funcionam não propriamente com a decisão do usuário, mas sim de acordo com seu comportamento durante a navegação, de maneira que sorrateiramente os dados, preferências e escolhas do usuário fossem registradas e usadas.

### 2.3.3 *Cookies Primários*

*Cookies* primários, também chamados de *first-party* em inglês, são gerados

pelo próprio site, sendo este responsável pelo domínio das informações. Estes gravam informações sobre quais páginas foram visitadas, as preferências do usuário, e-mails, senhas, dados em sites, todas essas informações ficam guardadas no HD da máquina, até que os *cookies* expirem ou o próprio usuário os apague.

Estes *cookies* são responsáveis pelo hospedeiro guardar informações das quais o usuário está utilizando em seu site. Por exemplo, ao entrar em uma loja online, o sujeito faz o cadastro, escolhe os produtos, dos quais são mandados para a área “meu carrinho” e acidentalmente fecha a página, ao fazer o uso de *cookies*, o site consegue retornar todo o caminho já percorrido pelo usuário

### 2.3.4 *Cookies de Terceiros*

Os *cookies* de terceiros, também chamados de *third-party* em inglês, são arquivos desenvolvidos e em domínio de terceiros afim de rastrear e registrar a atividade do usuário on-line, nesse tipo há uma formação de um banco de dados robusto e fiel ao usuário. Geralmente, são usados por redes de marketing e publicidade na intenção de aumentar suas vendas e alcance.

São estes tipos de *cookies* que geram a devida problemática, já que não se tem o conhecimento de por onde os dados do usuário passam, de maneira que o terceiro, desconhecido, tem acesso a seus dados pessoais, e-mail, senhas, preferências, histórico do navegador.

Queiroz e De Queiroz (2010), explicam esse tipo de *cookie*:

Estes *cookies* se originam de relacionamentos entre diversos domínios e serviços oferecidos entre eles; são web sites que mantêm relação comercial com o *site* utilizado pelo usuário, estes *cookies* são criados e manipulados por provedores terceiros a relação estabelecida entre o cliente e o provedor.

De fato, os *cookies* têm sua importância e uso nos vários mecanismos dos navegadores, influenciando diretamente a vida do usuário, facilitando e aprimorando sua experiência na internet. Contudo, ainda deve ser debatido o controle, armazenamento e análise de seus dados pessoais, afinal de contas, é uma violação direta a relação de privacidade e dados pessoais, sendo que muitos consentem com os *cookies* mesmo sem saber o que são ou para o que servem.

## 3 | A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS

Devido à grande evolução tecnológica, a repercussão dos *cookies* na sociedade e sua relação com a violação do direito à privacidade e uso de dados pessoais, a legislação brasileira passou a limitar esses mecanismos por meio de leis, dentre elas o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Segundo Bodin de Moraes (2012, p. 5) os direitos da personalidade não são

estáticos e imutáveis, mas sim se transformam e ampliam de acordo com a evolução da sociedade e suas transformações sociais, surgem novas instâncias quanto ao direito da personalidade do cidadão, a ponto que nem o legislador pode prevêê-las para garantir seus direitos positivados, sendo assim uma categoria aberta. Diante disso, há uma necessidade de que a lei comece a abarcar os dados pessoais na internet para que se tenha uma adequação nos tempos atuais, de forma que proteja a integridade moral, a imagem e a privacidade do usuário.

Diante da complexidade da obtenção de dados pessoais, Zarsky (2006) faz uma comparação entre a obtenção desses dados de maneira física, no mundo real, e a maneira virtual, através de navegadores e com uso dos *cookies*. No mundo real, os dados são transmitidos após o término da transação, enquanto no digital, eles são expostos a todo o tempo de navegação.

De acordo com Manuel Castells (1999, p. 70):

O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados.

Em face do exposto, surge a necessidade de uma proteção em relação ao compartilhamento de dados pessoais, principalmente em vista de terceiros que manipulam e vendem esses dados para empresas que necessitam do perfil do usuário. Diante disso, o Estado passou a criar determinadas leis que regulam o uso, compartilhamento e armazenamento de dados pessoais, tendo como principal ponto a proteção da privacidade do usuário, de sua imagem e moral.

### 3.1 Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet (Lei 12965/14) foi o primeiro documento que legislou sobre a regulamentação da internet no Brasil, com o objetivo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres. Como dito no “Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil”. (BRASIL, 2014).

No quesito de proteção de dados pessoais e privacidade do usuário a referida lei diz:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; (BRASIL, 2014)

Logo a lei exerce influência direta sobre os dados e a privacidade do cidadão, podendo este responsabilizar o controlador do determinado site caso esses princípios sejam feridos, contudo a lei ainda é muito vaga, de maneira que a mesma não indica as

formas de indenização de que o usuário poderá receber. Por exemplo, determinado site ao pegar a informação para análise do usuário, acaba por espalhá-la rede a fora, ao julgar pela lei o controlador tem a obrigação de retirar as informações que vazaram, contudo, como fica a imagem do usuário diante da rápida disseminação no meio digital? Será que o simples fato de apagar essas informações fará tudo voltar ao normal? Para essa pergunta a lei se pauta no artigo 7:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (BRASIL, 2014)

Ademais, retomando o uso de *cookies* e sua influência direta a violação de privacidade do cidadão, o artigo 7, incisos VII, VIII e IX, apresentam soluções para esse problema:

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (BRASIL, 2014)

Diz Cavalcanti (2021, p. 105) sobre a captação de informações do usuário:

Note-se que tal determinação legal advinda do MCI desde 2014 já demonstrava a necessidade de haver comunicação clara e inequívoca ao usuário da web acerca da captação de suas informações, expondo-se, inclusive, as finalidades de tal tratamento.

O Marco Civil da Internet foi uma importante lei para o uso da internet no Brasil, assegurando aos usuários o direito a proteção a imagem, a moral, dados pessoais, sigilo de suas informações (reforçando essa garantia presente no artigo 5, XII, da Constituição Federal de 1988). Contudo ainda havia a necessidade da complementação dessa lei, diante disso, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

## 3.2 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Antes de adentrarmos na lei brasileira, precisamos entender uma lei internacional que influenciou totalmente a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), em inglês *General Data Protection Regulation* (GDPR), surgiu com base na discussão da União Europeia em 2012, sobre os dados pessoais de seus cidadãos usados nas relações comerciais. A RGPD concede aos usuários gerenciarem seus dados pessoais requisitados por sites e organizações digitais. O regulamento foi publicado em 27 de abril de 2016, entrando em vigor em 2018.

Nesse sentido, o Brasil cria a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/18, entrando em vigor 14 em agosto de 2020. A lei tem como principal ponto a proteção dos usuários e de seus dados pessoais, assegurando a liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2018).

Como consta a lei:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

Desse modo, os direitos sobre os dados pessoais começam a ganhar mais poderes, de maneira que o cidadão está legalmente protegido em casos de disseminação de informações pessoais feitas por terceiro.

Segundo a lei (2018):

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (BRASIL, 2018)

Como visto o fornecimento de dados pessoais do usuário só pode ser feito mediante consentimento ou obrigação legal. Deste modo boa parte das páginas on-line que usam *cookies* adotaram medidas para adquirir o consentimento do usuário, dentre uma das medidas feitas está o uso de *pop-ups*, pequenos avisos que surgem na tela, normalmente com termos genéricos do tipo: “Este site utiliza *cookies* para melhor desempenho e utilização do usuário. Verificar políticas de privacidade ou aceitar o uso”. Tal medida é legal, contudo deve se levar em conta o grau de conhecimento do usuário que muitas vezes desconhece o que são *cookies* e para o que servem.

Tal medida pode ser considerada uma arquitetura de consentimento, tendo em vista o desconhecimento técnico do usuário, além de, ao se ler os termos de privacidade é utilizada uma linguagem jurídica e de difícil entendimento, de maneira que muitas vezes a pessoa acaba aceitando sem ler ou sem entender. Vale ressaltar também o incômodo que esses avisos geram, fazendo com que, mais uma vez, o usuário aceite mesmo sem saber ou realmente consentir.

Uma outra forma de consentimento mostrada pela experiência de Martin Degeling et al. (2019) foi o meio de *AutoAccept* em que o usuário ao efetuar a simples rolagem da página, já é considerada uma forma de consentimento.

A respeito disso a LGPD diz:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas. (BRASIL, 2018)

Tais maneiras, em especial a do experimento, são vícios de consentimento, ora, como o usuário pode consentir sem saber do que se trata ou como pode ele saber que a simples interação com a página já ativa mecanismos para o armazenamento de seus dados, portanto nulas.

Diante do descumprimento das medidas impostas, é dito:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; (BRASIL, 2018)

Logo, tem-se que os domínios que descumprem tal lei serão multados em até 2%, um valor alto dependendo do quanto é faturado pelo domínio, já que grande parte dos sites na internet tem uma origem pequena e amadora. Vale-se também do recurso da imagem do controlador, já que se tem a publicização do ocorrido, prejudicando sua imagem e possível perda de público.

### 3.3 Constituição Federal de 1988

Valendo-se de direitos fundamentais, a Constituição (1988) diz:

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

Diante disso, a Constituição ressalva os direitos fundamentais, trazendo ao campo digital, esses direitos recaem especificamente aos dados pessoais do usuário, de maneira que eles devem ser protegidos para a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem, como consta no inciso X. Quanto a divulgação de dados pessoais por terceiros, o direito recai sobre o inciso XII, quanto a inviolabilidade do sigilo a correspondência e comunicações, de maneira há uma interceptação de terceiro enquanto o usuário fornece seus dados ao domínio.

## 4 | CONCLUSÃO

Diante do presente artigo, vê-se que o uso de *cookies* e seus processos, armazenamento, investigação do perfil do usuário, como seu histórico, procura de produtos e serviços, preferências, e-mail e até senha, foram de grande relevância a sociedade digital, em específico nas áreas de marketing e publicidade em que há a criação de um perfil de consumidor tão fiel quanto o original. O fato é que grande parte desses dados são obtidos através do uso de *cookies* de terceiros, de modo que o usuário não tenha total consciência de quem está usufruindo de seus dados, para onde estes vão ou qual a exata utilidade dele para o referido arquivo. Muitos desses dados são “vendidos” a grandes lojas digitais para maior alcance e venda de seus produtos, contudo essa venda é feita sem o real consentimento do usuário.

Mediante a problemática o Google se prontificou, em sua página Suporte do Google Chrome indica que com o uso da página anônima, os dados, histórico, contas, entre outras informações não são salvas, quanto aos *cookies* seu uso vira de sessão, sendo que ao fechar o navegador eles são automaticamente excluídos. Vale ressaltar também a iniciativa do Google de acabar com os *cookies* de terceiros em 2024, consultando mais privacidade e proteção ao usuário.

Como dito, medidas destacadas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como multa e a publicidade do fato ocorrido são medidas que acabam por gerar grande prejuízo tanto para a imagem do domínio, quanto o prejuízo econômico, efetivando a perda de público e grande perda de dinheiro a depender do faturamento da pessoa jurídica de direito privado.

Contudo deve ser destacado a necessidade de políticas de implementação para o conhecimento do usuário sobre a utilização de *cookies*, sua influência no meio digital e, principalmente, no recolhimento de dados pessoais e sua violação a direitos fundamentais.

Deste modo pode se ter uma maior consciência acerca dos direitos fundamentais, sua importância e relevância no atual meio digital, cuja a tendência é um crescimento desenfreado, mediante a isso cabe maior ampliação e destinação da legislação para assegurar um ambiente seguro no meio digital.

## REFERÊNCIAS

ALMENARA, Igor. **Google adia fim dos cookies no Chrome para 2024**. CanalTech, 2022. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/google-adia-fim-dos-cookies-no-chrome-para-2024-221779/>. Acesso em: 13 set. 2022.

BITTAR, Eduardo C B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622470. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622470/>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº. 12.965/2014**, “Marco Civil da Internet no Brasil”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 13 set. 2022.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Ampliando os direitos da personalidade**. Academia.edu, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/9689598/Ampliando\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade). Acesso em: 11 set. 2022.

CANDIDO, João Pedro; ARAÚJO, Tayná; RIBEIRO, William. **HISTÓRICO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)**. Advocatta, 2022. Disponível em: <https://advocatta.org/historico-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/#:~:text=A%20Lei%20Gera%20de%20Prote%20C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20passou%20por%20um,e%20tratamento%20de%20seus%20dados>. Acesso em: 13 set. 2022.

CAVALCANTI, Mario Filipe. **COOKIES PARA QUEM? ENTRE O ESCAMBO DIGITAL E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife – ISSN: 2448-2307, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249887>. Acesso em: 7 set. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Disponível em: <https://globalizacaointegracaoregionalufabc.files.wordpress.com/2014/10/castells-m-a-sociedade-em-rede.pdf>. Acesso em: 11 set. 2022.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Cartilha de Segurança para Internet**. Cert.br. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/livro/cartilha-seguranca-internet.pdf>. Acesso em: 11 set. 2022.

GOOGLE. **Limpar, ativar e gerenciar cookies no Chrome**. Disponível em: <https://support.google.com/chrome/answer/95647?hl=pt-BR&co=GENIE.Platform%3DAndroid>. Acesso em: 13 set. 2022.

KINAST, Priscilla. **7 tipos de cookies do navegador**. Oficina da Net, 2019. Disponível em: <https://www.oficinadonet.com.br/internet/24798-7-tipos-de-cookies-do-navegador>. Acesso em: 10 set. 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code (version 2.0)**. Nova Iorque: Basic Books, 2006. ISBN-10: 0-465-03914-6. ISBN-13: 978-0-465-03914-2.

MARTIN, Degeling. et. al. **We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy**. Proceedings. 2019. Network and Distributed System Security Symposium. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1808.05096>. Acesso em: 14 set. 2022.

MICROSOFT. **Resumo do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**. Microsoft, 2022. Disponível em: <https://docs.microsoft.com/pt-br/compliance/regulatory/gdpr>. Acesso em: 13 set. 2022.

NETO, Mário Furlaneto; CARMO, Júlio César Lourenço; SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso. **Cookies: Vulnerabilidade do Direito à Privacidade nos meios digitais no âmbito da legislação brasileira**. 2018. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1491\\_1517.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1491_1517.pdf). Acesso em: 9 set. 2022.

OLIVEIRA, Jordan V.; SILVIA, Lorena A. “É de Comer?” **Cookies de Navegador e os Desafios à Privacidade na Rede**. R. Tecnologia e Sociedade, Curitiba, v. 15, n. 37, p. 297-310. 2019. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/8419>. Acesso em: 7 set. 2022.

PACHECO, Xavier. **Guia do desenvolvedor de Delphi for .NET**. São Paulo: Pearson Makron Books, 2005.

PALMER, Chris. **Secure Session Management With Cookies for Web Applications**. San Francisco – CA, 2008. Disponível em: <https://crypto.stanford.edu/cs142/papers/web-session-management.pdf>. Acesso em: 9 set. 2022

QUEIROZ, Anderson A.L.; DE QUEIROZ, Ruy J.G.B. **A Invasão de Privacidade na Internet: um Modelo de Boas Práticas e uma Proposta Interativa de Proteção da Privacidade por Meio dos Cookies**. 2011. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/1298>. Acesso em: 7 set. 2022.

RIBEIRO, Micaela M.; FACHIN, Zulmar. **COOKIES E DIREITOS DA PERSONALIDADE: DESAFIOS SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/8838>. Acesso em: 7 set. 2022.

Sem autoria definida. **GDPR: o que é e qual a diferença em relação à LGPD?**. Cátedra, 2021. Disponível em: <https://idcatedra.com.br/2021/08/gdpr-o-que-e-e-qual-a-diferenca-em-relacao-a-lgpd/>. Acesso em: 13 set. 2022.

TOUBIANA, Vincent; NARAYANAN, Arvind; BONEH, Dan; NISSENBAUM, Helen F.; BAROCAS, Solon. **Adnostic: Privacy Preserving Targeted Advertising**. 2010. Proceedings Network and Distributed System Symposium, March 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2567076>. Acesso em: 10 set. 2022.

ZARSKY, Tal. **Online Privacy, Tailoring and Persuasion**. Privacy and Technologies of Identity - A Cross-Disiplinary Conversation, 2006. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=946428](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946428). Acesso em: 12 set. 2022.

# A FUNÇÃO SOCIAL DO TRABALHO DIANTE DA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Elyne Portaluppi**

Advogada: pós-graduada, aluna especial de mestrado, UEL – Universidade Estadual de Londrina  
G1-Empresa, Desenvolvimento e Novas Tecnologias

**RESUMO:** A pesquisa aborda o impacto da 4ª Revolução Industrial para o trabalhador e confronta a implementação da tecnologia com a função social do trabalho. Revela o fenômeno do desemprego tecnológico, agravado diante de uma pandemia global. Salienta a necessidade de proteção jurídica aos empregados brasileiros diante de uma inevitável automação. Os avanços tecnológicos no mundo empresarial acarretam a expansão nos processos de produção e prestação de serviços, mas também a extinção de alguns postos de trabalho. Evidencia a interessante e preocupante relação entre tecnologia e desemprego. O trabalho humano será substituído pela máquina? A tecnologia para ser útil precisa ser necessária, de acordo com o nível de desenvolvimento do trabalho possuído no país. O problema das relações entre a tecnologia e o incremento da

riqueza nacional, medida pelos interesses do capital, situa-se na discussão da técnica de seu papel no desenvolvimento nacional. A base só pode ser representada pela análise das condições em que as massas desempenham o trabalho. A inovação tecnológica afeta o trabalho e necessita de ajustes e reajustes contínuos na forma de trabalhar. A pesquisa utiliza o método hipotético dedutivo na bibliografia nacional e internacional. A proteção dos direitos trabalhistas ressalta a dignidade do trabalhador como pessoa humana, a primazia dos direitos humanos e a busca constitucional para a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalhador. Tecnologia. Desemprego.

### **THE SOCIAL FUNCTION OF WORK IN THE 4TH INDUSTRIAL REVOLUTION**

**ABSTRACT:** The research addresses the impact of the 4th Industrial Revolution on the worker and confronts the implementation of technology with the social function of work. It reveals the phenomenon of technological unemployment, aggravated by a global pandemic. It highlights the

need for legal protection for Brazilian employees in the face of an inevitable automation. Technological advances in the business world lead to the expansion of production processes and service provision, but also the extinction of some jobs. It highlights the interesting and worrying relationship between technology and unemployment. Will human work be replaced by machine? The technology to be useful needs to be necessary, according to the level of development of the work carried out in the country. The problem of the relationship between technology and the increase of national wealth, measured by the interests of capital, lies in the discussion of the technique of its role in national development. The basis can only be represented by analyzing the conditions under which the masses carry out work. Technological innovation affects work and requires continual adjustments and readjustments in the way we work. The research uses the deductive hypothetical method in national and international bibliography. The protection of labor rights emphasizes the dignity of the worker as a human person, the primacy of human rights and the constitutional search for the construction of a fairer, freer and more solidary society.

**KEYWORDS:** Worker. Technology. Unemployment.

## INTRODUÇÃO

As inovações advindas da tecnologia, no linear da 4ª Revolução Industrial são extraordinárias e também capazes de alterar a concepção clássica dos modelos de produção e de trabalho, o que gera enorme preocupação com o fenômeno do desemprego tecnológico.

A pandemia Covid-19 acelerou as tendências relativas à modernização tecnológica no âmbito laboral, com a intensificação do teletrabalho em home office. No entanto, uma grande parcela da economia ainda não pode adotar o teletrabalho por diversas incompatibilidades, o que ocasiona um grande impacto agravado pela pandemia com falências e demissões generalizadas.

A 4ª Revolução Industrial trouxe consigo uma possibilidade inimaginável de empregadores reduzirem seus custos, posto que o desenvolvimento tecnológico proporciona que máquinas sejam capazes de substituir parcial ou totalmente a mão de obra humana em diversas atividades manuais, intelectuais ou especializadas.

No sistema capitalista, a tecnologia representa uma exigência do processo produtivo. O capital visa aumentar a produtividade do trabalho intensificando os mecanismos de extração do sobretrabalho, com a introdução do maquinário tecnológico-científico informacional, porém, é necessário certa cautela, pois novos proletários podem-se dividir entre o desemprego completo, ou, na melhor das hipóteses, na disponibilidade para tentar o privilégio da servidão.

A pesquisa utiliza a metodologia hipotético dedutivo com coleta de informações em artigos científicos e busca elucidar os impactos que a inovação tecnológica oferece ao mundo do trabalho, sob a perspectiva de criação/extinção de postos de trabalho, sob égide da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

## O DESEMPREGO TECNOLÓGICO E A FUNÇÃO SOCIAL DO TRABALHO

A inovação expressa uma competição global, com o objetivo de ampliar a participação nos mercados mundiais e permitir novos investimentos em tecnologia e realimentar o ciclo de acumulação. O progresso técnico como necessidade inalienável do capital. Ao promover sua expansão, o capital cria condições para sua destruição, na metáfora marxista.

Apesar de avanços extraordinários, há indícios de que um esgotamento da própria dinâmica de acumulação capitalista possa vir a ocorrer, em decorrência de uma eventual crise de demanda. (DUPAS, 2011, p. 25).

O desemprego estrutural crescente comprova a incapacidade progressiva de geração de empregos formais em quantidade e qualidade adequadas. Alguns dos maiores crescimentos de várias empresas globais de bens de consumo têm sido registrados nos países periféricos da Ásia e da América Latina, onde se concentra grande parte do mercado dos segmentos mais pobres da população mundial.

Rifkin visualiza um futuro sombrio, com a busca frenética por aumento de produtividade, competitividade e de melhores margens de lucro em um mundo globalizado. Onde as empresas têm privilegiado estratégias calcadas em redução de custos com mão-de-obra, provocando queda do emprego formal de tipo fordista, elevação do desemprego e expansão de empregos precários.

Karl Marx já alertava desde o século XIX que a produtividade da máquina é medida pelo grau que ela substitui a força humana de trabalho, e no século XX, Harry Braverman, advertia que o ponto no qual o trabalhador é mais barato do que a maquinaria que o substitui é determinado por mais que simples relacionamento técnico, depende também do nível de salários, que por sua vez é afetado pela oferta de trabalho em comparação com a demanda.

A expressão função social pressupõe o respeito aos interesses públicos, no exercício privado de algum direito. As ações sociais podem, cada vez mais, garantir uma maior funcionalidade com a manutenção da pobreza e exclusão social. Assim, avançar no modelo econômico que garanta expansão produtiva constitui bases necessárias para o sistema de proteção social que possa no Brasil romper com o ciclo estrutural de apartação social.

A OIT é fundamental para enfrentar os desafios da globalização, pois ela fornece parâmetros internacionais uniformes, com base nos direitos fundamentais do trabalho como parte integrante dos direitos humanos. Na proteção do trabalhador, a negociação coletiva é imprescindível, como preconizada pela OIT e em diversos tratados internacionais, como forma de solucionar conflitos coletivos de trabalho, pela autonomia privada coletiva, de modo a aprimorar o sistema jurídico trabalhista, com a celebração de instrumentos normativos e alcançar a paz social.

Não há como evitar a destruição de postos de trabalho provocados pelas novas tecnologias da informação, todavia, o instituto da inovação tecnológica, deve buscar,

sempre, o cumprimento de sua função social quando da invenção tecnológica em rol do interesse individual, mas sobretudo da sociedade.

## CONCLUSÃO

O pensamento crítico, reflexo na realidade objetiva, crava seus alicerces na multiplicidade dos graus de avanço tecnológico do país e se unifica sob apenas um conceito, para efeito de expressão, pois no plano da compreensão, o conteúdo que em verdade o define é o da dispersão dos níveis de eficiência e da respectiva consciência social dos trabalhadores.

As inovações provocaram mudanças profundas nas atividades de trabalho e nas categorias socioprofissionais. Não obstante, os obstáculos e limites impostos à evolução do sistema de proteção social, concluiu-se que o desemprego tecnológico é inevitável, na 4ª Revolução Industrial, agravado com a Pandemia COVID-19.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e centralidade no mundo do trabalho. Campinas: Editora Cortez, 1995.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**. São Paulo:LTC,1987.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, Tecnologia e Desemprego**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Paraná, ano IX, n.86, mar. 2020, p.125. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/7078939> - Acesso em 20 out. 2021

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social de propriedade dos bens de produção**. Tratado de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação**: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 3. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, Tecnologia e Desemprego**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Paraná, ano IX, n.86, mar. 2020, p.125. Disponível em: <http://www.mflp.com.br/pub/escolajudicial/?numero=86&edição=11298#page/125> Acesso em 20 out. 2021

KEYNES, John Maynard. **Economic Possibilities for our Grandchildren**, 1930. Disponível em: <http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2021

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. p.464.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Futuro do Trabalho no Brasil**: Perspectivas e Diálogos Tripartites. 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS\\_626908/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm) Acesso em 06 set. 2021

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O fator tecnológico na reforma trabalhista brasileira**. Revista LTr, v.68, n.12.SãoPaulo: LTR, dezembro de 2001, p.1417-1428.

POCHMAN, Márcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial,2001.

RAMOS, Alexandre Luiz. **Acumulação flexível, toyotismo e desregulamentação do direito do trabalho**. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (org.). Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba: Edibej,1998.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

SADY, João José. **Reforma trabalhista**. Revista consultor jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/53756,1>. Acesso em: 21 out. 2021.

# A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A INSEGURANÇA JURÍDICA DO TRABALHADOR INFORMAL

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **André Luiz de Oliveira Brum**

Centro Universitário São Lucas (UNISL)  
Porto Velho – RO  
<http://lattes.cnpq.br/5102910455635592>

### **Bruna Evellyn Aguiar Ribeiro**

Centro Universitário São Lucas (UNISL)  
Porto Velho – RO  
<http://lattes.cnpq.br/7232969863946220>

### **Sâmia Vitória Vargas da Silva**

Centro Universitário São Lucas (UNISL)  
Porto Velho – RO  
<http://lattes.cnpq.br/7625814422847080>

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar o fenômeno da uberização dentro de uma visão trabalhista, destacando qual foi o seu comportamento no mundo jurídico, em que pese, a banalização de trabalhos sem regulamentação específica e a chamada economia de bicos. Através disso, o objeto de estudo principal é a figura do motorista da empresa Uber e as garantias que são dadas a eles, enquanto prestador de serviço autônomo, cujo trabalho não é regido pela legislação trabalhista vigente. Logo, mediante análise documental, doutrinária e jurisprudencial, chegou-se à conclusão que a solução mais viável para a lacuna da lei

seria a criação de uma legislação específica que atenda as particularidades da classe trabalhadora autônoma, promovendo o acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** uberização; trabalhador; serviço; empresa; Uber.

### THE UBERIZATION OF WORK AND ACCESS TO JUSTICE: A CRITICAL ANALYSIS OF THE LEGAL UNCERTAINTY OF INFORMAL WORKERS

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the phenomenon of uberization within a labor perspective, highlighting its behavior in the legal world, in spite of the trivialization of jobs without specific regulation and the so-called gig economy. Through this, the main object of study is the figure of the driver of the company Uber and the guarantees that are given to them, as an autonomous service provider, whose work is not governed by the current labor legislation. Therefore, through documental, doctrinal and jurisprudential analysis, it was concluded that the most viable solution to the gap in the law would be the creation of specific legislation that meets the particularities of the autonomous working class, promoting access to justice.

**KEYWORDS:** uberization; worker; service; company; Uber.

## 1 | INTRODUÇÃO

A uberização do trabalho é o fenômeno mundial resultante da modernização e mecanização do serviço, comportando-se como um novo modelo laboral, flexível e sem vínculo empregatício. Nessa corrente, o trabalhador já não é subordinado a um empregador, seu protagonismo se fundamenta em ser o próprio chefe do seu trabalho, gerenciando o seu tempo e escolhendo os dias que desejar laborar. Apesar dos inúmeros benefícios que esse fenômeno desencadeou, ele não foi capaz de conciliar tais melhorias com uma legislação regulamentadora dos direitos dos trabalhadores informais, estabelecendo um desequilíbrio no mundo trabalhista e insegurança jurídica.

Esse modelo, fruto de uma sociedade capitalista e que a cada década desenvolve novos meios de produzir riqueza através dos cidadãos, nasceu derivada da empresa Uber, que por meio de uma plataforma digital forneceu a oportunidade para o motorista trabalhar de modo autônomo, prestando serviços de locomoção aos passageiros. Esta plataforma foi capaz de agrupar motoristas autônomos, conectando-os com os passageiros que necessitam de serviços de locomoção, em que o lucro da corrida, como critério, é dividido entre o aplicativo e o restante fica com o motorista. Segundo a Uber, o trabalhador contrata o serviço de tecnologia do aplicativo que é oferecido pela empresa, não havendo nessa dinâmica, nenhum tipo de vínculo empregatício ou responsabilidade trabalhista por parte da empresa.

Pode-se entender que o termo “uberização” surgiu por influência do crescimento das plataformas digitais, principalmente durante o impacto da pandemia da COVID-19, deixando inúmeras pessoas desempregadas e recorrendo a serviços alternativos. Sobretudo, importante destacar que a informalização do trabalho é fruto de uma linha tênue entre o desemprego e o fortalecimento oferecido pela legislação às grandes empresas, de modo que o serviço autônomo antes era mais uma forma de complementar a renda e hoje, tornou-se a principal fonte de sobrevivência desse grupo.

Para a Advogada Trabalhista, Deborah Gontijo, a uberização é a modernização das relações de trabalho. Isto porque a plataforma digital é responsável por administrar as interações entre os consumidores e os fornecedores de serviço, não havendo uma pessoa física para dar ordens ao trabalhador.

Nesse panorama, o motorista e a empresa não possuem uma relação de trabalho, ou seja, sua atividade não está vinculada ao regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, atrelando-se a uma relação regida pela informalidade. Em via de regra, é inegável que esse fenômeno trouxe maior facilidade à sociedade, tendo em vista que tais serviços prestados se encaixam na categoria de mão de obra barata e as grandes empresas não se comprometem com essa classe trabalhadora. De outro lado, tem-se o trabalhador, a figura

hipossuficiente, que assume os riscos dessa modernidade que não lhe garante proteção e nem condições adequadas para trabalhar.

Dessa forma, devido ao avanço tecnológico e ao crescimento do desemprego, houve um aumento da classe autônoma, em que o professor Rogério Dias, da Universidade UniCEUB, chama de precarização trabalhista digital, apontando que o trabalhador não terá direitos como um trabalhador formal e estará desamparado pela lei, assumindo os riscos em prol de sua sobrevivência. Os estudiosos críticos a essas ferramentas, reprovam a ausência de uma formalização do trabalho informal, haja vista que o profissional além de perder as garantias trabalhistas, arcará sozinho com os riscos que sua atividade pode trazer. Já os demais críticos, acreditam que houve fortes influência da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) no que pese o surgimento de inúmeros trabalhadores informais, de modo que sua promessa de diminuir o desemprego não foi cumprida e deu origem a uma economia de bicos.

A partir dos aspectos supramencionados, o estudo desse fenômeno será dividido, primordialmente, em entender sua consolidação, prosseguindo pelo estudo crítico quanto aos direitos oferecidos a essa classe e as soluções que poderiam sanar tais lacunas da legislação. Logo, o estudo se baseou em doutrinas, jurisprudências e análise documental, a fim de que se possa entender a essência do objeto de estudo em questão.

## **2 | A EMPRESA UBER COMO INSPIRAÇÃO AO FENÔMENO**

A empresa Uber foi uma das pioneiras nos serviços de transporte por aplicativo, sendo a inspiração para a origem do que se conhece hoje por “Uberização”, tendo em vista o grande impacto mundial que trouxe, não só fazendo referência a plataforma uber, como também as demais plataformas que prestam serviços de natureza semelhante, como ifood e 99.

De acordo com a Uber, os motoristas não são seus funcionários, mas sim “parceiros”, comportando-se como profissionais independentes. Diante disso, por prestarem serviços independentes, não terão direito a um salário fixo, FGTS, férias, entre outras garantias que a CLT direciona aos trabalhadores formais.

Destarte, tal empresa promete ao seu parceiro o suporte de emergência, assistência 24 horas, além de cobertura dos acidentes que possam atingir seus passageiros, no entanto, em relação ao vínculo com os motoristas, não a formalizam, antes afirmam a autonomia de seus parceiros, estabelecendo uma relação intermediária entre o passageiro e o motorista. (BRITO, 2020)

Ademais, subtede-se que a autonomia dada pela Uber para os seus parceiros, trata-se de uma tentativa de se eximir das responsabilidades estabelecidas pela regulamentação trabalhista. Sabe-se também que a CLT através do contrato de trabalho, regula uma jornada de trabalho fixa, em que o trabalhador sempre se encontra à disposição de seu empregador.

Contudo, em comparação a esse modelo de serviço, não há uma jornada fixa, embora haja uma disposição do parceiro ao aplicativo, esperando as chamadas dos passageiros. Sendo assim, por não haver uma remuneração e jornada fixa, o parceiro se submete a situações exacerbadas, de modo que precisará trabalhar por horas para conseguir alcançar salário suficiente. (OLIVEIRA, 2020)

Antunes (2018, p.39) é claro em afirmar que essa forma de trabalho é um meio alternativo aos trabalhadores que se encontram desempregados, dado que as opções que lhe restam são mínimas, por isso, ele narra que:

Assim, de um lado deve existir a disponibilidade perpétua para o labor, facilitada pela expansão do trabalho on-line e dos “aplicativos”, que tornam invisíveis as grandes corporações globais que comandam o mundo financeiro e dos negócios. De outro, expande-se a praga da precariedade total, que surrupia ainda mais os direitos vigentes. Se essa lógica não for radicalmente confrontada e obstada, os novos proletários dos serviços se encontrarão entre uma realidade triste e outra trágica: oscilarão entre o desemprego completo e, na melhor das hipóteses, a disponibilidade para tentar obter o privilégio da servidão.

Pode-se antes de tudo, entender o que de fato originou a informalidade laboral foi o desemprego e as inúmeras mudanças na legislação que fragilizaram a posição do trabalhador no mercado de trabalho, o submetendo à regulamentações predatórias, que beneficiam o empregador e fazem do contrato um bom negócio. Desse modo, por todas as dificuldades que impedem o trabalhador a ter acesso a um trabalho formal e, assim, com o aumento do desemprego, notou-se que para sua sobrevivência a solução seria optar pelos serviços autônomos de aplicativos.

### **3 | UMA BREVE ANÁLISE DO NOVO MODELO DE SERVIÇO**

Auberização pode se encaixar na categoria de trabalho informal, em que profissionais atendem as necessidades de seus passageiros, sem manter vínculo com a empresa que fornece o aplicativo digital. É de praxe mencionar que a empresa é a principal responsável por precificar o serviço do motorista, não podendo o trabalhador definir o valor da corrida. Não só isso, como também para que o condutor consiga arrecadar uma quantidade suficiente para a sua subsistência, precisa trabalhar durante longas jornadas de trabalho, haja vista a remuneração variável.

Além da baixa remuneração, não são alcançados pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como não fazem jus à exclusividade do serviço, entretanto, alguns pontos positivos, aparentemente, são que o profissional pode tem uma flexibilização de trabalho, podendo montar seu próprio horário de serviço e ganhar uma renda extra. (PENA, 2022)

Embora essa nova opção de serviço tenha sido uma grande aliada do trabalhador, suprimindo as necessidades causadas pelo desemprego, é certo que as plataformas

digitais não oferecem as melhores condições de serviço aos trabalhadores, apresentando remunerações desproporcionais e atividades de alta periculosidade, tampouco oferece apoio quando o profissional sofre acidentes de trânsito. (RAMOS, 2022)

Nesse novo modelo laboral não existe estabilidade, uma vez que a demanda de serviço e a renda são variáveis, acrescentando também o desamparo da lei a essa classe. O fenômeno da uberização como fonte de renda extra pode ser uma ferramenta vantajosa, mas como renda principal é um grande risco, pois não sabe se conseguirá o valor necessário para manter sua família. Dessa maneira, há uma precarização do trabalho, na medida em que as empresas não fornecem segurança aos motoristas, deixando-os vulneráveis aos riscos que sua atividade pode lhe trazer. (PENA, 2022)

Em suma, o estudo pode analisar tanto os aspectos positivos quanto negativos dos profissionais que prestam serviços de motoristas utilizando o aplicativo da Uber, sendo assim, com base nos prós e contras que a modernização foi capaz de causar, a tabela abaixo divide os pontos negativos e positivos da uberização:

<b>Pontos Positivos</b>	<b>Pontos Negativos</b>
Liberdade para escolher horários e tarefas	Sem salário fixo
Alternativa para o desemprego	Falta de estabilidade
Flexibilidade	Depende do esforço ativo do trabalhador
O trabalhador é o seu próprio chefe	Perda de garantias trabalhistas da CLT
Foco em resultados	Falta de legislação
Possibilidade de aumentar a renda	Possível precarização do trabalho
Mais tempo para a vida pessoal	Falta de remuneração por hora extra

Tabela 1: Pontos Positivos e Negativos da Uberização

Fonte: Mendes (2021)

Estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no terceiro semestre de 2022, verificou que o desemprego atingiu 8,7 % de pessoas, sendo aproximadamente 17 milhões de indivíduos sem acesso as condições mínimas de sobrevivência. Em razão do intenso desemprego, houve um aumento na procura por empregos informais, tornando-se a fonte de renda principal do trabalhador.

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467) de 2017, com a promessa de que sua implementação geraria mais empregos, não teve sua finalidade efetivada, conforme a visão de especialistas. Nesse sentido, muitos estudiosos acreditam que, na verdade, ela potencializou a informalidade e fragilizou a posição do trabalhador autônomo, uma vez que essa modalidade de serviço não se encontra regulamentada pelo regime da CLT. Durante os seus 5 anos de vigência, o que se pode observar foi o aumento na quantidade de trabalhos informais, em alternativa ao desemprego gerado pela Lei 13.467/2017,

Outrossim, A advogada Cíntia Fernandes, afirma que a informalidade do trabalho só foi aumentada por influência da Reforma Trabalhista, que resultou no surgimento da uberização, não só isso como narra que o trabalhador indiretamente possui uma falsa autonomia, que é contraposta por uma realidade de subordinação e hipossuficiência.

#### **4 I A UBERIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA**

Carvalho (2019, p. 7) define o acesso à justiça como a direção que o indivíduo na condição de cidadão, busca amparo no Estado, cujo o propósito é solucionar os seus conflitos tanto jurídicos quanto sociais. Assim, a procura da jurisdição é direito fundamental previsto na Constituição Federal, sendo um dos pilares do Estado de Direito, configurando-se como o instituto que possibilita a materialização do direito.

Em função disso, o acesso à justiça é a garantia constitucional que dá voz ao cidadão, com o propósito de que ele leve todos os seus litígios para serem apreciados pelo Poder Judiciário, e este tem o dever de promover uma solução ao pedido. Nesse sentido, a Justiça Trabalhista é o meio que o trabalhador tem de alcançar a tutela jurisdicional e, se ela for violada, há uma grave afronta aos direitos constitucionais.

Sobretudo, com o fenômeno da uberização, por se tratar de um trabalho informal, não há vínculo empregatício e, portanto, o profissional Uber não está protegido pelas garantias da Consolidação das Leis Trabalhistas, nem sequer existe alguma legislação específica destinada a garantir os direitos dos motoristas da referida empresa.

Ferreira (2021) afirma que o problema dessa nova estrutura de trabalho é a inexistência de obrigações e direitos trabalhistas entre as partes, dado que o profissional chega a trabalhar em média 14 horas por dias e, mesmo com a parceria que tem com a plataforma, não tem direito à férias, ao 13º salário ou a algum tipo de proteção trabalhista. Ocorre que, mesmo que a plataforma controle a liberdade de escolha da clientela por parte do motorista, bem como o destino e o tempo de corrida que terá que realizar, ela não garante nenhuma contraprestação no que diz respeito aos direitos da classe trabalhadora. (FERREIRA, 2021).

Nesse mesmo entendimento, Antunes (2018, p. 35) leciona que:

Ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do novo 15 proletariado da era digital, cujos trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com as TICs, que conectam, pelos celulares, as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do fim do trabalho na era digital, estamos vivenciando o crescimento exponencial do novo proletariado de serviços, uma variante global do que se pode denominar escravidão digital. Em pleno século XXI

Brito (2020, p. 21) acredita que o objetivo da Uber e de empresas de natureza similar é ficar livre de burocracias e formalidades que possam aumentar o custo de sua operação, tendo em vista que a desregulamentação torna o negócio mais rentável aos envolvidos.

Por conseguinte, o acesso à justiça dos novos profissionais chamados “parceiros”, devem também ter os seus direitos garantidos como um trabalhador formal, com o escopo de resguardar sua integridade física, garantir segurança e promover direitos. Em tese, o profissional Uber sempre estará em desvantagem se colocado na balança a influência de uma empresa conhecida mundialmente, podendo a qualquer momento ser desligado ou banido sem motivo aparente. Coloca-se em pauta, os níveis de periculosidade que se deparam cotidianamente, à mercê de acidentes de trânsito, roubos e doenças.

Todavia, para que exista um equilíbrio econômico inserido nas grandes empresas, é indispensável que tenha alguma regulamentação que estabeleça limites na atuação delas, o que se pode ver é uma batalha do mais forte com o mais fraco, de um lado empresas milionárias e de outro lado o trabalhador hipossuficiente na busca de sua sobrevivência.

No ano de 2020, o projeto Fairwork Brasil 2022, analisou as condições e os princípios decentes laborais de cada plataforma digital, acreditando que elas de alguma forma teriam promovido a redução das desigualdades e do desemprego. Como resultado, foi destacado que a pandemia da COVID-19, promoveu o surgimento da informalidade laboral, contudo, durante o estudo realizado pelo projeto, foram entrevistados trabalhadores que relataram suas condições precárias de trabalho, problemas de saúde, acidentes e baixas remunerações.

Inobstante acrescentar que, os trabalhadores entrevistados dispoem que gostariam de serem ouvidos pelas empresas, já que não podem falar com representantes humanos. A partir disso, a Fairwork Brasil pontuou a qualidade de algumas plataformas, utilizando o critério de trabalho justo, remuneração justa, condições justas, contratos justos, gestão justa e representação justa, distribuindo a pontuação de 0 a 10. Assim, foi constatado que todas as plataformas analisadas falharam em prestar ao trabalhador os direitos trabalhistas básicos, ressaltando a pontuação de 1 ponto para a empresa Uber.

Em síntese, compreende-se a necessidade de haver uma tutela jurisdicional aos trabalhadores informais, para garantir a essa classe condições mínimas que protejam o seu bem jurídico, protegendo-os da exploração e injustiças provocadas no aplicativo, que para não se comprometerem, classificam-se tão somente como fornecedores do aplicativo digital.

## **5 | A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E A UBERIZAÇÃO**

Para se adentrar ao tema da relação de emprego, é fundamental que haja a distinção entre empregado e trabalhador autônomo, já que ambos para a legislação trabalhista representam situações distintas. Conforme o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o empregado pode ser definido como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Enquanto isso, o trabalhador autônomo é aquele que atua sem a presença de

um vínculo empregatício, por conta própria e assumindo os riscos por si próprio, sendo a prestação de serviço de caráter eventual ou habitual. Para Junior (2018 p. 177) o vínculo empregatício é a relação responsável por unir o trabalhador ao empregado, tornando-se o objeto que condiciona a efetiva proteção do direito laboral.

Em virtude disso, A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) através dos artigos 2º e 3º, indicam quais são características que definem a existência da relação de emprego, dessa forma, veja-se:

**Art. 2º-** Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

**Art. 3º-** Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para Oliveira (2020, p.27), a maioria doutrinária defende que para existir uma relação de emprego, é necessário o estabelecimento de uma natureza contratual, que a partir de um vínculo jurídico uniria os sujeitos através de um contrato jurídico, precedente de uma autonomia da vontade. De outra perspectiva, a corrente anticontratuísta entende que a relação de emprego não advém de um contrato, pois consideram que o trabalhador não possui a liberdade de escolha quando se adentra no mercado de trabalho, sujeitando-se ao que é lhe imposto pela sociedade predatória capitalista.

Diante disso, é importante, para tanto, que se compreenda os elementos que caracterizam uma relação empregatícia entre os indivíduos, em tela, são fundamentais a presença dos cinco para a formalização integral do vínculo, elementos esses retirados do próprio texto da legislação trabalhista. Com isso, o polo que participará da relação empregatícia deve ser pessoa física, deve haver onerosidade, pessoalidade, subordinação e habitualidade. Portanto, se existe a presença de todos os itens mencionados anteriormente, nasce uma relação jurídica.

Delgado (2019, p. 348) tece comentários no sentido que a relação de emprego é resultante da união indissolúvel de cinco elementos fáticos jurídicos, entre eles a subordinação é de maior proeminência. Com o avanço dos fenômenos modernos, o instituto da subordinação jurídica tem tomado rumos distintos e alcançado outras modalidades, em que pese, a chamada subordinação estrutural. Esta modalidade é oriunda do mundo tecnológico, atuando como uma subordinação em que o empregado, ainda que faça parte da estrutura empresarial, não recebe ordens de empregador, de tal forma que as ordens são intermediadas por uma terceira pessoa. (BRITO, 2020)

Em consonância, Leite (2019, p. 258) conceitua a subordinação da seguinte forma:

(...) a chamada "subordinação estrutural" seria uma construção doutrinária que identifica a inserção do trabalhador na dinâmica e organização da atividade econômica do tomador de seus serviços, ou seja, na sua estrutura organizacional, independentemente de receber dele ordens diretas,

como uma forma de caracterização da relação empregatícia.

Assim, Oliveira (2020) defende que na verdade deve haver não uma modificação na legislação trabalhista, mas sim uma norma específica que tutelar os anseios dos trabalhadores autônomos. Isso porque, a legislação deixa bem claro a distinção entre o trabalhador subordinado e o autônomo, o que não pode ser o caso dos motoristas da Uber, já que não são subordinados, apesar de que tenham que obedecer as diretrizes, estando inseridos dentro do meio digital da plataforma, que faz parte da organização da empresa, no entanto, sem de fato, ser contratado por ela.

Conquanto, seria difícil modificar a legislação a fim de amparar os profissionais Uber, já que a previsão legal é clara no que está escrito, entretanto, é inegável que essa classe possuem autonomia e subordinação ao mesmo tempo em relação à empresa, tendo em vista que elas decidem todos os trâmites necessários para o trabalho de motorista do aplicativo.

Surge então o que se chama de parassubordinação, que seria um tratamento específico, cujo o objetivo seria de atender as particularidades do indivíduo, posto isso, Cassar (2017, p. 256) entende que parassubordinação é um sinônimo de subordinação, sendo instituído como a subordinação do trabalhador que não é empregado por lei, atuando como um nível mais leve de dominação, e não como uma subordinação integral.

Desse modo, Brito (2020, p. 33) propõe uma proteção jurídica ao trabalhador autônomo, atendendo as necessidades particulares desse grupo. Portanto, por mais que o trabalhador não seja respaldado pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, importante seria a existência de um regulamento próprio para atender as suas necessidades, cuja tal legislação esteja apta para regulamentar a atividade dos motoristas de aplicativos, garantindo a eles direitos e acesso à tutela jurisdicional, exercendo à justiça na medida de suas atribuições, promovendo a equidade.

## **6 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA UBERIZAÇÃO**

A legislação trabalhista não menciona nada a respeito das garantias do trabalhador informal, sendo ele um profissional autônomo e não subordinado, porém, tem-se que alguns Tribunais compreendem o mérito de uma perspectiva diferente.

Senão, vejamos, a 3º Turma do Tribunal Superior do Trabalho, apresentando um entendimento diverso da lei, reconheceu o vínculo empregatício entre o motorista e a empresa Uber. O Ministro Maurício Godinho, relator do processo, entende que deve existir uma proteção aos trabalhadores de aplicativos, restando apurado que existem elementos que configuram a existência do vínculo, ressaltando a subordinação, visto que a plataforma dá ordens objetivas que devem ser cumpridas pelo motorista, assim dispendo:

“Como sabemos, nós não temos uma legislação específica que regule a matéria e que trate de fazer a inclusão social, profissional, econômica, cultural

e institucional determinada pela Constituição. Nem estou dizendo que teria que ser CLT, mas uma legislação específica que faça o mínimo de inclusão social assegurando direitos a essa categoria.”

Em contrapartida, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão tomada no ano de 2023, negou o reconhecimento de vínculo empregatício, haja vista que entende que o profissional detém do poder de escolher o dia e horário que quiser trabalhar, e que a empresa atua de forma flexível. Para o relator da referida decisão, Alexandre Ramos, se não há até o momento leis trabalhistas que regulem plataformas dessa natureza, não pode ser aplicado um padrão de emprego de maneira indiscriminada, deve-se levar em conta o que está previsto na lei.

No ano de 2021, houve um Projeto de Lei nº 3055, de autoria do Senador Acir Gurgacz em que propunha a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para acrescentar partes que regulamentassem as relações de trabalho entre as empresas e os condutores de veículos de transporte. Um dos objetivos principais seria que as empresas garantissem aos condutores de veículo de transporte ou de entrega de bens, o seguro privado de acidentes, no que se refere a morte acidental, danos corporais, danos estéticos e danos morais, como também o seguro dos veículos,

Diante do exposto, entende-se que cada Tribunal entenderá a questão do reconhecimento de vínculo empregatício de maneira diversa, são dados os fatos e a lei, de modo que cada um apreciará o mérito conforme a interpretação retirada das normas legais, levando-se em conta as particularidades de cada região e de cada relator.

## 7 | CONCLUSÃO

O fenômeno da uberização foi o grande responsável por consolidar um novo modelo de serviço tecnológico, flexível e autônomo. Como fora visto, a empresa Uber foi a pioneira na criação de plataformas que oferecem ao motorista uma alternativa ao desemprego ou uma forma de fazer uma renda extra, mas, apesar de toda facilidade que o trabalho possa parecer ter, existe uma lacuna na legislação no que se refere aos direitos da classe de trabalhadores que laboram utilizando as plataformas digitais.

Diante disso, constatou-se a necessidade de uma legislação específica que tutele os direitos dessa modalidade de serviço, tendo em vista a periculosidade que enfrentam diariamente. Além do mais, foi possível verificar que as grandes empresas são as que se beneficiam com a uberização, pois respaldam-se da falta de regulamentação trabalhista para oferecer condições precárias de trabalho, com a justificativa de que os motoristas são apenas “parceiros” e não possuem subordinação entre eles.

Em acréscimo, foi analisado o entendimento de alguns Tribunais quanto à existência de vínculo empregatício entre o motorista e a empresa Uber, apresentando controvérsias. De um lado, vê-se a interpretação pura da lei, ou seja, uma rigidez em dar abertura as demais interpretações, de outro lado, já há uma adaptação da lei nos casos em tela,

apresentando uma flexibilidade jurídica. Atualmente, vem sendo debatido a necessidade de regulamentar os serviços prestados pelos motoristas de aplicativos, questão que ainda será tema de muitos debates durante os anos, no entanto, deve-se colocar como prioridade garantir ao trabalhador o alcance do acesso à justiça, aproximando-os do conceito de justiça e promovendo a cidadania dessa classe trabalhadora.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. (Mundo do trabalho).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERRERIA, Leandro. **A Uberização do trabalho no Brasil: desafios e perspectivas**. JUS.com.br. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91548/a-uberizacao-do-trabalho-no-brasil-desafios-e-perspectivas>. Acesso em: 28 dez. 2022.

### Monografia

BRITO, Rebecca. **A Uberização e seus reflexos no Direito do Trabalho**. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/A%20Uberiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20seus%20reflexos%20no%20direito%20do%20trabalho.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023

IBGE. Painel de Indicadores. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 19 fev. 2023.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017

Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. **Justiça do Trabalho de São Paulo reconhece vínculo empregatício entre motorista e aplicativo de transporte**. 2022. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/justica-do-trabalho-de-sao-paulo-reconhece-vinculo-empregaticio-entre-motorista-e-aplicativo-de-transporte>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Comunicação SSB. **A Reforma Trabalhista completa quatro anos e enfrenta informalidade, uberização e precarização de Direito**. 2021. Disponível em: <https://ssb.org.br/noticias/reforma-trabalhista-completa-quatro-anos-e-enfrenta-informalidade-uberizacao-e-precarizacao-de-direitos/#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20advogada,realidade%20de%20subordina%C3%A7%C3%A3o%20e%20hipossufici%C3%A4ncia..> Acesso em: 25 jan. 2023

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

UBER. **Código da Comunidade Uber**. 2022. Disponível em: <https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?country=brazil&lang=pt-br&name=general-community-guidelines>. Acesso em: 20 jan. 2023

RAMOS, Débora. **Uberização do trabalho: o que é quais suas consequências**. Blog Coonecta. 2022. Disponível em: <https://coonecta.me/uberizacao-do-trabalho-o-que-e-quais-suas-consequencias/#:~:text=O%20conceito%20de%20uberiza%C3%A7%C3%A3o%20do,sem%20que%20haja%20v%C3%ADnculo%20empregat%C3%ADciosem%20que%20haja%20v%C3%ADnculo%20empregat%C3%ADcio>". Acesso em: 18 dez. 2022.

PENA, Bruna. **O que é a Uberização do Trabalho?**. Blog Voitto. 2022. Disponível em: <https://www.voitto.com.br/blog/artigo/uberizacao-do-trabalho>. Acesso em: 15 fev. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei N° 3055, de 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9011310&ts=1674178012572&disposition=inline>. Acesso em: 15 fev. 2023.

**MENDES, Tatyane. O que é a uberização do trabalho e qual o impacto dela?**. 2021. Na Prática. Org. Disponível em: <https://www.napratica.org.br/o-que-e-a-uberizacao-do-trabalho/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

Fairwork Brasil. Fairwork Brasil 2021: Por Trabalho Decente Na Economia de Plataformas. 2021. Disponível em: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/03/Fairwork-Report-Brazil-2021-PT-1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2023.

DE SOUZA, L. G. B. S. **Aspectos da Responsabilidade Civil no Âmbito da Internet**. Brasília: Unilegis. 2005.

FERREIRA, A. R.. A nova diretiva dos direitos de autor no mercado único digital do parlamento europeu: críticas, elogios e possíveis impactos. A polêmica do fim da internet nos países da União Europeia. **Revista do CEPEJ**, v. 22, p. pp 14-33, 2020.

LEITE, G. S.; LEMOS, R. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

# DISTORÇÕES DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHEIROS TUTELARES E A FALTA DE TÉCNICA NO DESEMPENHO DE SUAS ATRIBUIÇÕES

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Jackeeline Batista**

**RESUMO:** Desde a revogação do código de menores, crianças e adolescentes tornaram-se sujeitos de direitos. A mudança que se operou mediante tal revogação não foi apenas de cunho semântico, posto que a intenção do legislador fosse efetivar uma transformação no tratamento, priorizando-os e tornando-os personagens principais nas decisões que os envolvem. Atualmente, as crianças e adolescentes são considerados sujeitos ativos do seu próprio destino e devem ser ouvidos quando se diz respeito aos assuntos que possam vir à afeta-los. Essa mudança é um importante reflexo intrínseco ao princípio da proteção integral, pois são prioridade absoluta no atendimento de suas necessidades biopsicossociais e ao respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Contudo apesar de tanta evolução no que tange a matéria de direitos a infância e adolescência, infelizmente ainda há muito que avançar, pois há falhas no que se refere a políticas públicas voltadas a essa faixa etária, ocorrem muitas violações de direitos, e ainda há muitas crianças em situação de

risco. A sociedade e os entes que integram a rede de proteção precisam de informação e formação a respeito de assuntos inerentes aos direitos e garantias fundamentais voltadas a infância e adolescência. Portanto esta pesquisa tem por finalidade apresentar a relevância do sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, demonstrar alguns motivos geradores de distorções nas atribuições dos conselheiros tutelares e ineficácias nas aplicações das medidas de proteção, apresentar a evolução histórica sobre o surgimento das primeiras legislações e o sistema de garantias com seus entes integrantes, em especial a criação dos conselhos tutelares, após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990. A metodologia utilizada foi a leitura e interpretação de disposições da legislação e análise de algumas obras pertinentes ao tema, que tratam da problemática versada no artigo. Os cuidados com o público infanto-juvenil ao longo dos anos vêm passando por aprimoramentos a fim de resguardar todas as garantias a ele destinadas, considerando que se tratar de pessoas em situação peculiar e em constante desenvolvimento. Por isso, cabe a todos, Estado, família e sociedade zelar pela garantia de seus

direitos, sendo o Conselho Tutelar um órgão auxiliar neste serviço. Contudo, não basta apenas existir um Conselho Tutelar em cada município, se não houver políticas públicas capazes de garantir um desenvolvimento físico e psíquico saudável e completo de crianças e adolescentes. Logo, não basta a infância e adolescência serem prioridades apenas nas leis e não o serem de fato, é preciso que a Constituição Federal e ECA sejam aplicadas de forma integral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criança e adolescente; Direitos; Estatuto da Criança e do Adolescente; Conselho Tutelar.

## 1 | INTRODUÇÃO

Desde a revogação do código de menores, crianças e adolescentes tornaram-se sujeitos de direitos. A mudança que se operou mediante tal revogação não foi apenas de cunho semântico, posto que a intenção do legislador fosse efetivar uma transformação no tratamento, priorizando-os e tornando-os personagens principais nas decisões que os envolvem. Atualmente, as crianças e adolescentes são considerados sujeitos ativos do seu próprio destino e devem ser ouvidos quando se diz respeito aos assuntos que possam vir à afeta-los. Essa mudança é um importante reflexo intrínseco ao princípio da proteção integral, pois são prioridade absoluta no atendimento de suas necessidades biopsicossociais e ao respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Contudo apesar de tanta evolução no que tange a matéria de direitos a infância e adolescência, infelizmente ainda há muito que avançar, pois há falhas no que se refere a políticas públicas voltadas a essa faixa etária, ocorrem muitas violações de direitos, e ainda há muitas crianças em situação de risco. A sociedade e os entes que integram a rede de proteção precisam de informação e formação a respeito de assuntos inerentes aos direitos e garantias fundamentais voltadas a infância e adolescência.

Portanto esta pesquisa tem por finalidade apresentar a relevância do sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, demonstrar alguns motivos geradores de distorções nas atribuições dos conselheiros tutelares e ineficácias nas aplicações das medidas de proteção, apresentar a evolução histórica sobre o surgimento das primeiras legislações e o sistema de garantias com seus entes integrantes, em especial a criação dos conselhos tutelares, após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990.

## 2 | HISTÓRICO SOBRE SURGIMENTO DAS LEIS VOLTADAS A CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Por muitos anos, a criança e o adolescente não receberam a devida proteção jurídica. Parecia haver a crença de que eram meros objetos de propriedade estatal ou paternal. Levou muitos anos para que a criança e o adolescente fossem vistos como pessoas no sentido pleno do termo, este raciocínio, durou muito tempo e foi possível dividir

o tratamento dado à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, em vários momentos.

No primeiro momento, entre os séculos XVI ao século XIX (1501 a 1900), nesse período não havia registro ainda de políticas públicas voltadas para a infância e adolescência, tendo em vista que demorou em iniciar o processo de colonização com intuito de organizar uma sociedade permanente no Brasil, pois no início este país era meramente de interesse exploratório, mas ao decorrer do tempo acabou ocorrendo à colonização e permanência de população de fato, e assim acabaram estabelecendo-se famílias aqui, inclusive famílias geradas pelo processo de miscigenação dos povos. Mais adiante ocorreu o crescimento populacional sem muita estruturação surgindo assim problemas sociais como, por exemplo, o aumento de famílias carentes, as quais passaram a ser ajudadas pela Igreja Católica que era a instituição de maior relevância na época. (SANTANA 2019)

Surgiu nessa época as Santas Casas de Misericórdia, a primeira foi fundada no Brasil no ano de 1543, essas instituições atuavam com doentes, órfãos e abandonados, junto com elas vieram também o sistema da roda das santas Casas, modelo que era utilizado na Europa no século XIX, era um sistema que continha uma roda cilíndrica, oca, de madeira que girava, com uma abertura semelhante a uma janela, onde as mães, que não podiam cuidar dos filhos colocavam os bebês. (RIZZINI 2004)

As santas casas além de amparar as crianças abandonadas também recolhiam donativos para a alimentação, e por mais que tivessem a ajuda da igreja, nesse período as crianças e adolescentes eram tratados, na maioria das vezes, como seres sem importância, e esta indiferença ocorria devido ao alto índice de mortalidade precoce que assombrava aquela época, o adulto que ainda cuidava de seus filhos e as pessoas que trabalhavam na instituição, para evitar o sofrimento por causa das perdas prematuras de um indivíduo jovem, evitavam se apegar às crianças e adolescentes. (LIMA et al. 2017)

Não se pode esquecer que a indiferença a qual as crianças e adolescentes eram tratadas no Brasil não era muito diferente da forma que lhes era proporcionada em outros países da Europa. Assim, junto com os adultos, as embarcações marítimas portuguesas também traziam crianças e adolescentes para povoar o “Brasil” no início denominado Terra de Santa Cruz, algumas categorias de crianças e adolescentes como: grumetes, órfãs do Rei ou passageiros acompanhados de seus pais ou responsáveis, infelizmente sofriam algumas violências devido à comparência feminina escassa, as crianças mesmo acompanhadas por seus responsáveis acabavam sendo violentamente submetidas a abusos sexuais por marujos. Já as órfãs do Rei eram protegidas dos abusos, pois eram destinadas a casar com os membros da Coroa e, contribuindo com a proliferação e constituição da família em solo brasileiro, essas sim eram diuturnamente guardadas e vigiadas para não serem violentadas durante a viagem, para não perderem o que tinham de mais valioso à época que era a virgindade.

Em relação a isso, Ramos (2010, p.48-49) levanta o seguinte questionamento:

Em uma época em que meninas de quinze anos eram consideradas aptas para casar, e, meninos de nove anos plenamente capacitados para o trabalho pesado, o cotidiano infantil a bordo das embarcações portuguesas era extremamente penoso para os pequeninos. Os meninos não eram ainda homens, mas eram tratados como se fossem, e ao mesmo tempo eram considerados como pouco mais que animais cuja mão de obra deveria ser explorada enquanto durasse sua vida útil. As meninas de doze a dezesseis anos não eram ainda mulheres, mas em idade considerada casadoura pela Igreja Católica, eram caçadas e cobiçadas como se o fossem. Em meio ao mundo adulto, o universo infantil não tinha espaço: as crianças eram obrigadas a se adaptar ou perecer. Neste sentido, seriam os grumetes e pajens considerados crianças ou eram vistos como adultos em corpos infantis?

Na época, as atividades exercidas pelas crianças e adolescentes variavam de acordo com suas condições sociais, o tratamento oferecido aos filhos de artesãos e camponeses vindos de uma infância desafortunada, eram forçados a trabalhar e não podiam ter o universo infantil, pois eram considerados adultos nos corpos infantis, já aqueles advindos de famílias mais abastadas, ocupavam outras funções por terem conhecimentos necessários para a vida em sociedade, não trabalhavam e estudavam para adquirirem os preceitos de moralidade e etiqueta que deveriam ser aprendidos e respeitados, portanto só as crianças e adolescentes de classe social elevada é que tinham o ensinamento da leitura, da escrita, da música, da dança, dentre outros.

Em uma pesquisa realizada referente ao trabalho infantil, Teixeira (2007) relata que naquela época as crianças exerciam trabalho braçal e os serviços eram atribuídos de acordo com suas capacidades físicas. Em regra, o que diferenciava a criança do adulto eram apenas seu tamanho e a força de cada um para realizar o trabalho. Não existia divisão das etapas da infância e juventude. Mais tarde para regulamentação do trabalho no ano de 1891 foi criado o Decreto nº 1.313 de 17 de janeiro de 1891 o qual estipulava idade mínima, como pode se observar no art 4º do referido decreto:

Art. 4º Os menores do sexo feminino de 12 a 15 anos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no máximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho contínuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 anos até nove horas, nas mesmas condições.

Mesmo havendo este decreto na época, tal determinação não ocorria na prática, pois na agricultura e nas indústrias nascentes utilizavam mão de obra infantil da forma que lhes convinham, sem seguir as regras dispostas nesse decreto, pois não havia sistema de fiscalização.

No início do século XX ocorreu o surgimento de movimentos e lutas sociais promovidas por trabalhadores no Brasil, nesse período foi criado o Comitê de Defesa Proletária, durante uma greve no ano de 1917, esse comitê reivindicava várias coisas inclusive a proibição da realização de trabalho por menores de 14 anos, e abolição do trabalho noturno para mulheres e menores de 18 anos.(LORENZI 2016)

Após essas lutas já em 1923 foi criado o Juizado de Menores e o primeiro Juíz de

menores foi José Candido de Albuquerque Mello Mattos, o qual elaborou o Decreto nº 17.943-A em 12 de outubro de 1927, primeiro documento legal para menores de 18 anos, que também ficou conhecido como Código de Menores de Mello Mattos. Mas ainda não era uma legislação que visava proteger integralmente a criança e o adolescente, tal decreto foi criado para resguardar somente aqueles que se encontrava em situação irregular, mas foi o primeiro passo para o legislador brasileiro passar a refletir sobre a situação da criança e do adolescente no país.

Dornelles (1992, p. 127) destaca que:

Os menores em situação irregular seriam aqueles que se encontrasse em condições de privação no que se refere à subsistência, saúde, instrução, vítimas de maus-tratos impostos pelos pais ou responsável; se encontrassem em ambientes que ferem os bons costumes; que apresentassem condutas desviantes, incluindo-se os autores de infrações penais. A utilização da expressão “menor em situação irregular” pressupunha uma anormalidade que passava a identificar a criança e o adolescente com categorias de indivíduos estranhos, problemáticos ou perigosos.

Nota-se que esse decreto não protegia todas as crianças e adolescentes, pois abarcava apenas algumas categorias, principalmente as que eram consideradas problemas para o Estado, incluindo os que cometessem condutas desviantes configurando infrações penais, indivíduos perigosos e juntamente com aqueles que sofriam maus tratos.

Assim, com a promulgação do Código de Menores, a criança e o adolescente passaram a receber, mesmo que de forma discriminatória alguma assistência e proteção do Estado. Vejamos alguns exemplos do Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927:

Art. 1º. O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

Art. 2º. Toda criança de menos de dois anos de idade entregue a criar, ou em ablactação ou guarda, fora da casa dos pais ou responsáveis, mediante salário, torna-se por esse facto objeto da vigilância da autoridade pública, com o fim de lhe proteger a vida e a saúde.

Nestes dois primeiros artigos é possível perceber a participação do Estado tendo como responsabilidade a proteção à vida e a saúde dos menores de 18 anos.

Art. 21 Quem encontrar infante exposto, deve apresenta-o, ou dar aviso do seu achado, á autoridade policial no Distrito Federal ou, nos Estados, á autoridade publica mais próxima do local onde estiver o infante.

Art. 22. A autoridade, a quem for apresentado um infante exposto, deve mandar inscreve-lo no registro civil de nascimento dentro do prazo e segundo as formalidades regulamentares, declarando-se no registro o dia, mês e ano, o lugar em que foi exposto, e a idade aparente; sob as penas do art. 388 do Código Penal, e os mais de direito.

Como pode se observar nos artigos do Decreto em análise, ele protege apenas os menores considerados abandonados ou delinquentes, além disso, ainda distinguia-os,

discriminadamente, intitulado-os como indivíduos, vadios, mendigos e delinquentes, como se não bastasse tal tratamento, ainda no registro de nascimento era incluída informações sobre o dia, mês e ano em que foi exposto com a dedução de sua idade e não se investigavam parentescos, nem mesmo se havia documentação dos referidos, por isso, o processo para entregar crianças e adolescentes era muito simples e assim muitas crianças e adolescentes ficavam sob a tutela estatal.

No ano de 1942 já no período do Estado Novo foi criado o Serviço de Assistência ao Menor – SAM era um órgão do Ministério da Justiça, equivalente ao sistema penitenciário, era destinado a atender menores que cometiam atos infracionais, menores carentes e abandonados, a instituição servia como reformatório para os que praticavam atos infracionais e casa de aprendizagem de ofícios para os abandonados. (LORENZI 2016)

No ano de 1950 foi instalado no Brasil o primeiro escritório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (em inglês: United Nations Children's Fund - **UNICEF**) e o primeiro projeto que foi realizado no Brasil foi destinado à proteção a saúde da criança e da gestante.

Posteriormente, já no período do regime militar foram criados mais documentos importantes para a infância, a Lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - Lei 4.513 de 01/12/64 (FUNABEM) que tinha como função a internação de abandonados, carentes e infratores e mais tarde o Código de Menores de 79 (Lei 6697 de 10/10/79) que era uma nova versão do Código de 1927 que manteve a mesma linha de repressão do público infanto-juvenil. (SANTANA 2019)

A partir da década de 80 com a abertura democrática se materializou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi nesse período que começou a surgir às bases para o Estatuto da criança e do adolescente, a partir daí iniciou-se movimentos sociais pela infância brasileira os quais defendiam mudanças no código de menores, reivindicando novos e amplos direitos às crianças e aos adolescentes, inclusive cobranças para que fossem considerados sujeitos de direitos amparados por uma política de proteção integral. (FREITAS, SILVA, GAMA 2017)

E após muitas lutas para incluir os direitos da criança e do adolescente na Constituição Federal, no dia 05 de outubro de 1988 ocorreu a promulgação da Constituição Federal a qual ficou marcada pelos avanços sociais, trouxe em seu artigo 6º a disposição sobre os direitos sociais, sendo eles o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados. Além desses direitos estarem dispostos em tal artigo, foi introduzido também um novo modelo de gestão de políticas sociais voltadas para a criança e adolescente, cujo resultado se concretizou na inclusão do artigo 227 da CF.

Nesse sentido, o artigo 227 da CF dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com a inclusão deste artigo na Constituição é possível observar a mudança de pensamento inclusive na questão de responsabilidade que até então era somente da família e do Estado, agora passa a ser dever de mais integrantes sociais na seguinte ordem, da família, da sociedade e por fim do Estado, e todos passaram a ser responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais, ou seja, é responsabilidade de todos garantirem o desenvolvimento pessoal, integridade física, psicológica e moral, ficando estabelecida também a proteção contra a negligência, maus tratos, exploração, opressão, crueldade ou qualquer outro tipo de violência envolvendo crianças e adolescentes. (ISHIDA 2019)

E assim como fruto dessa contextualização surge a doutrina de proteção integral, consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e da ONU (1989) e na Declaração Universal dos Direitos da Criança, assim como pela Constituição Federal e mais tarde, em 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, primeira legislação especial para infância e adolescência.

A partir daí o Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do “melhor interesse da criança” em seu sistema jurídico e tal princípio, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância e adolescência em nosso país.

## **2.1 Estatuto da criança e do adolescente e os princípios norteadores**

Com a evolução da legislação, a doutrina jurídica da proteção integral passou a existir em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988, a qual já havia previsto direitos sociais, inclusive voltados para a infância e adolescência. Na década de 90 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, também como reflexo de avanços em favor de direitos de crianças e adolescentes, direitos estes que por muito tempo lhes foram negados.

O ECA substituiu a doutrina jurídica da situação irregular no Brasil que era o chamado Código de Menores, ele trouxe um conjunto de normas disciplinadoras dos direitos fundamentais de meninos e meninas, destinando-se a implantação do sistema de garantias de efetivação dos direitos como Veronesse (1999 p.47) já afirmava:

[...] apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela mas ineficaz carta de intenções.

Assim, com a criação da legislação garantidora de direitos a infância e adolescência o Estado passou a assumir a responsabilidade em assegurar e efetivar os direitos fundamentais, não podendo mais atuar como antes, utilizando a repressão e a força, mas

com políticas públicas de atendimento, promoção, proteção e justiça. O ECA veio pra regular no sentido amplo o art. 227 da Constituição Federal, visando o reconhecimento e a garantia dos direitos das crianças e adolescentes, consagrando assim a Doutrina da Proteção integral.

De acordo com esta nova doutrina, a população infanto-juvenil, que estiver em qualquer situação, deverá ser protegida e todos os seus direitos garantidos com prioridade absoluta, e essa “Absoluta prioridade” não é mera expressão, mas um princípio gerador de direitos e obrigações jurídicas, essa prerrogativa deu-se em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e por serem agora reconhecidos como verdadeiros “sujeito de direitos”.

Nesse contexto Martins (1992, p. 127) enfatiza tal reconhecimento:

Deixam de ser vistos como meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem (ou seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, ou seja, como sujeitos dotados de uma progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Pode, por conseguinte, afirmar-se que a criança e o adolescente conquistaram já um estatuto de “cidadania social” incontornável.

Como enfatizou Martins só o reconhecimento das crianças e adolescentes como sendo sujeitos de direito não basta para que realmente sejam efetivados esses direitos, portanto a legislação também tem que seguir alguns princípios importantes para a efetivação desses direitos de forma adequada, como podem ser listados três princípios fundamentais a serem estudados para melhor compreender como se dá a efetivação dos direitos, são eles o Princípio da Proteção Integral, Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Melhor interesse da Criança.

Dessa maneira, cumpre ressaltar que a Lei nº 8.069/90 tem seus pilares vários princípios que devem ser respeitados, os quais orientam as interpretações e aplicações dela.

Nesse sentido, conforme disposição de Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.15 – 16 apud MENDES, 2007):

O Estatuto é regido por uma série de princípios genéricos, que representam postulados fundamentais da nova política estatutária do direito da criança e do adolescente.

Em regra, o direito é dotado de princípios gerais genéricos, que orientam a aplicação prática dos seus conceitos.

Assim, o Estatuto contém princípios gerais, em que se assentam conceitos que servirão de orientação ao intérprete no seu conjunto [...].

Estes princípios encontram-se dispostos de modo claro e objetivo na legislação, como podemos observar o Princípio da Proteção Integral encontra-se expresso no art.1º da

Lei 8.069/90 a qual dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Segundo Nucci (2015) este é um dos princípios exclusivos do âmbito jurídico voltado à criança e ao adolescente:

Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento.

Conforme afirma Nucci o Princípio da Proteção Integral também “é princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III da CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos”. É possível também ver deste modo uma vez que as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, portanto também são detentores da tutela jurisdicional, e tal princípio também encontra respaldo no art. 227 da CF.

De acordo com a análise dos artigos conclui-se que o princípio pretende assegurar com prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente de forma mais ampla possível assegurando-lhes inclusive todos os meios para seu pleno desenvolvimento. E essa prioridade deve ser assegurada pela família, sociedade e o Poder Público, assim a socialização da responsabilidade visa prevenir e evitar ou minimizar danos que possam ser causados a crianças e adolescentes.

O princípio da prioridade absoluta, assim como o anterior também tem suas bases no art.227 da CF e está expressamente disposto no art 4º da Lei 8.069/90.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Como já mencionado anteriormente a prioridade absoluta esse princípio se estabeleceu com o advento da inclusão da criança e adolescente como protagonistas também do sistema de garantias de direitos ao se tornarem indivíduos sujeitos de direitos, esse princípio estabelece com primazia todos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Agora tratando do Princípio do Melhor Interesse da Criança, este já existia no antigo Código de Menores revogado, estava disposto no artigo 5º “regra de ouro do Direito do Menor” em caso de conflito com outra legislação na aplicação da lei sobre o interesse do menor, deveria prevalecer o código de menores desde que resultasse em sua melhor proteção, ou seja, afirmava-se que o Direito do menor deveria prevalecer sobre as demais regras do direito na época, essa regra também incidia em relações às quais haviam conflitos referentes ao pátrio poder.

Portanto pode se afirmar que o princípio do melhor interesse da criança é anterior a

Constituição Federal de 1988, pois antes de sua promulgação, já era orientador da solução de conflitos envolvendo menores. Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que este princípio ganhou status de pilar nas relações familiares:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. ( GAMA 2003 p.80)

Este princípio como se refere o autor supracitado veio fortalecer a nova legislação e no intuito de evitar a repetição dos danos causados pela negação dos direitos a infância e adolescência por muitos anos, agora com essa nova visão jurídica se faz observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, uma vez que todos, indiscriminadamente agora são possuidores de direitos.

### **3 | SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O CONSELHO TUTELAR**

O Estatuto da Criança e do adolescente - ECA é um conjunto de disposições legais que visam garantir os direitos de crianças e adolescentes, é o instrumento legal responsável pela definição e detalhamento do modo de funcionamento das políticas sociais, das diretrizes e políticas de atendimento.

Vejam agora alguns exemplos das políticas sociais dispostas no ECA em seus artigos 86 a 88 , está definido as ações que devem ser realizadas pelas instituições governamentais quanto não-governamentais, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, sendo elas as políticas sociais básicas, programas de assistência social, para aqueles que dele necessitem, serviços especializados de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, bem como serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes que estiverem desaparecidos e proteção jurídico-social promovidos por entidades de defesa dos direitos da criança e adolescente.

Além destes mecanismos de ação, são apresentadas também as diretrizes que orientam as políticas de atendimento das medidas de proteção das crianças e adolescentes, no art. 88 do ECA esta estabelecido o que são diretrizes da política da municipalização de atendimento, a criação de conselhos municipais, como o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA e o Conselho Tutelar, uma vez que a sociedade agora também

é parte responsável pela proteção integral.

Estes conselhos são grandes instrumentos para o desenvolvimento das políticas sociais no âmbito municipal, e em destaque o conselho tutelar porque ele tem como função de zelar pelos direitos da criança e adolescente, é um órgão cheio de peculiaridades que será tratado de modo específico adiante.

A participação e a integração operacional do *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente* - CONANDA, dos conselhos estaduais, de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar, Segurança Pública e Assistência Social, contribuem com a efetivação da proteção integral, e essa participação é tão importante que a CF firmou no art. 204 o princípio da descentralização político-administrativa com a participação popular nos seguintes termos: **Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. **Parágrafo único.** É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Pode se observar na disposição do artigo que o povo deixou de ser espectador e passou a fazer parte e atuar de forma significativa nos conselhos que integram o Sistema de Garantia de Direitos, tal sistema também é conhecido como rede de proteção a qual é dividida em três formas, a promoção, o controle e a defesa, envolvendo vários órgãos e instituições do poder público nas esferas, federal, estadual e municipal, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as delegacias, hospitais, casas de abrigo, fundações entre outros que devem estar articulados no que chamamos de rede, formando assim um só sistema integrado.

## **41 O CONSELHO TUTELAR E A PROBLEMÁTICA NA ATUAÇÃO DOS CONSELHEIROS TUTELARES**

No campo das políticas sociais voltadas para a defesa e garantia dos direitos de crianças e adolescentes, é possível observar a obtenção de um grande avanço, após a

inscrição do artigo 227 na Constituição Federal e com o advento da Lei Federal nº. 8.069/90 (ECA).

Os Conselhos dos Direitos e Conselhos Tutelares foram consagrados como instâncias estratégicas e necessárias para as ações de defesa, promoção, controle e efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.

O Conselho Tutelar, ao fazer a defesa de direitos e zelar pelo seu cumprimento, acaba se inserindo no campo do controle social, nesse caso, trata-se de um controle interno municipal, pois compõe a estrutura do governo local. “Trata-se de um órgão público, vinculado administrativamente ao Poder Executivo Municipal, que atua em nome da sociedade para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente [...]”. (RIBEIRO, 2009, p. 244)

Embora autônomo no que tange ao exercício das suas atribuições, mas sob o controle externo, porque seus membros são escolhidos pelos eleitores do município, e está vinculado administrativamente ao Poder executivo Municipal.

Para que seja possível compreender melhor como funciona a atuação do conselho tutelar se faz necessário conhecer este órgão.

Primeiramente precisa-se entender seu conceito “O Conselho Tutelar é um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”. (ECA, art. 131)

O conselho tutelar por ser um órgão permanente não mais poderá deixar de existir depois de sua criação, só pode ser extinto se houver uma reforma da Lei. Autônomo porque se trata de uma condição política para a plena participação da sociedade na defesa dos direitos da criança e do adolescente e ao declarar a condição de autônomo ao Conselho Tutelar, o legislador concede a este o status jurídico e político para ser o protagonista na proteção e defesa dos direitos humanos. Não jurisdicional porque o conselho tutelar integra a esfera administrativa, a atribuição do conselheiro tutelar não contempla autoridade para julgar, juridicamente os conflitos, ele apenas pode acionar os órgãos e as autoridades competentes para restabelecer dos direitos da criança e/ou adolescente. (ALARCÃO 2013)

A jurisdição é uma prerrogativa exclusiva e indelegável do Poder Judiciário e, por isso, deve ser exercida apenas pelo juiz competente, ou seja, pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, bem como as decisões do Conselho tutelar só podem ser revistas pelo Juiz da Infância e da Juventude, a partir de requerimento daquele que se sentir prejudicado, ou seja, de quem tenha legítimo interesse. (Art 137 do ECA)

Observa-se, deste modo, que o CT municipal está concebido como órgão de assessoramento político-social e com sua criação, ocorreu à institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

E para que de fato o CT passe a ser respeitado e faça cumprir os direitos de crianças e adolescentes, é necessário que ele esteja em pleno funcionamento e as demais instituições que estão em relação de interdependência ao qual o conselho tutelar é participe

compreenda realmente qual é sua função.

Para que as instituições não causem discrepância entre as finalidades postas pela legislação e para que as ações concretas previstas nela não sofram erros de interpretação e distorções como propõe Silva (2006, p.54, grifo da autora), o Conselho “contém tanto elementos característicos de uma nova ‘Polícia das Famílias’ Donzelot (1996), quanto de um possível braço militante da sociedade civil, em defesa de uma nova forma de abordagem”, expressão de “um novo *ethos* para a infância e a adolescência”. É importante conhecer de fato o órgão e suas atribuições perante a sociedade, pois ao autor se referir-se sobre a característica do conselho como sendo “polícia de famílias”, torna o conselho um órgão punitivo, distorcendo assim sua real função de zelo e proteção aos direitos de crianças e adolescentes.

Ocorre que ao analisar os Conselhos Tutelares e suas práticas cotidianas percebe-se que estes órgãos encontram-se distante de representar e efetivar a proteção de direitos, tornando-se um conjunto dinâmico de políticas sociais que afastam-se da missão, preconizada pelo ECA.

Após 29 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, em muitas cidades a população e as entidades integrantes da rede de proteção, ainda possuem uma visão equivocada sobre o motivo de existência do Conselho tutelar, a função do órgão, bem como o desconhecimento sobre as reais atribuições dos conselheiros tutelares, cujo desconhecimento existe até mesmo pelos próprios conselheiros tutelares.

Existem poucas pesquisas referentes às problemáticas existentes envolvendo o conselho tutelar tratando, e a tendência observada com regularidade em várias conclusões dos trabalhos que foram analisados apresentam as questões sobre as distorções nas atribuições, pois os Conselhos Tutelares apresentam-se como instituições, cuja identidade está distanciada da defesa de direitos de crianças e adolescentes. Como afirmou Weber (2005, p. 67), o “Conselho Tutelar passa a ser visto como um órgão punitivo, repressor e policial, e não como espaço de garantias dos direitos das crianças e dos adolescentes” ferindo assim a Doutrina de Proteção Integral a qual dispõe o ECA.

Essa visão também é tida pelas entidades educacionais, conforme afirma Schmidt (2007, p. 39), o Conselho “é requisitado como órgão essencialmente coercitivo”, que é chamado para dar susto em alunos ou turmas indisciplinadas nas escolas públicas, ou seja, por muitas vezes requisitam as ações dos conselheiros em situações que não constituem suas atribuições.

Os estudantes acabam tendo medo do conselho tutelar, porque as entidades educacionais usam o órgão para ameaça-los e como não sabem a real função do CT, acaba temendo e odiando o conselho e os conselheiros tutelares. Maduca Lopes (2014 p.51) durante sua atuação como conselheira observou muitas situações em que as entidades educacionais distorciam a função para intimidar crianças e adolescentes como podemos observar no trecho a seguir:

A imagem equivocada do Conselho Tutelar como um órgão de repressão e de punição pode ser verificado ao perguntarmos para uma criança o que é o Conselho Tutelar. Das respostas mais ouvidas nesse sentido é o de que seria uma “polícia de criança”, e de que os Conselheiros seriam as pessoas que as levam para os abrigos, por fazerem bagunça.

Infelizmente, muitas das escolas brasileiras ainda não entendem e desconhecem as verdadeiras atribuições dos Conselheiros Tutelares. E por isso ocorrem grandes equívocos.

A relação do Conselho Tutelar e da Escola não deve ocorrer de forma que causem erros nas aplicações de medidas, a relação tem de ser de parceria e de colaboração mútuas para que possam contribuir com a realidade dos estudantes e das famílias que necessitam de orientações e auxílios. Inclusive a direções, as equipes pedagógicas, docentes funcionários das escolas devem passar por formações para que essas irregularidades deixem de acontecer, pois muitas ações são realizadas de forma erradas, vejamos alguns casos em que a escola deve comunicar ao conselho conforme disposição do Art. 56, I,II,III do ECA:

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência.”

Muitas escolas desconhecem os artigos do ECA que se referem aos fatos que devem ser comunicados ao CT, e as que conhecem realizam interpretações erroneamente.

Por exemplo, a questão de maus tratos envolvendo estudantes muitas vezes não está sendo vítimas de maus tratos, mas os professores ao observar mudanças de comportamento nos estudantes deduzem situações, que podem ser sim um indicio, mas não pode considerar que todas as mudanças de comportamentos são devidas a maus tratos, e muitas vezes comunicam ao conselho situações que não tem nenhum fato que se refira a maus tratos nem ao menos fazem o papel pedagógico de abordagem com os estudantes. O art. 13 do ECA dispõe sobre a comunicação ao conselho tutelar e se não o fizer estará cometendo crime de omissão e, se o for caso positivo, permitindo que crianças e/ou adolescentes continuem sendo vítimas desses maus tratos. Mas não deve utilizar-se somente do fato de mudança de comportamento para noticiar ao CT. (LOPES 2014)

Outra questão que as escolas sempre se equivocavam é em relação a reiteração de faltas injustificadas e evasão. Todas as escolas tem que levar ao conhecimento do Conselho Tutelar os casos de faltas e de evasão. Mas, antes de fazerem isto, deviam esgotar os seus próprios recursos, mas na maioria das vezes isso não ocorria, quando o estudante completava 5 faltas consecutivas ou sete alternadas a primeira ação tomada era o envio para o conselho Tutelar.

Atualmente no Paraná existe uma vinculação de um Sistema Educacional da Rede de Proteção (SAERP).

As ações deste programa visam prevenir e combater possíveis casos de abandono e evasão, por meio da sistematização dos registros da infrequência injustificada e das ações da escola e dos equipamentos da Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente, entre eles o Conselho Tutelar, por meio do Sistema Educacional da Rede de Proteção. (FERNANDES 2018 p. 8)

A criação deste sistema contribuiu muito para a rede realmente consiga fazer o trabalho de forma adequada, assim ficou mais claro para escolas compreender que o papel da escola não deve ser realizado pelo Conselho Tutelar e assim todos os entes integrantes da rede tem o entendimento sobre as suas responsabilidades.

Mas não são apenas as escolas que desconhecem a função do CT, muitas pessoas também distorcem as atribuições, os conselheiros tutelares são vistos, como substitutos do antigo “juiz de menores”, a quem os pais recorriam para entregar seus filhos indisciplinados, rotulando o CT como um mecanismo ameaçador, “como uma instância que invade a família para separar seus membros” (BANDEIRA, 2009, p. 99), pois é ele quem separa os filhos dos seus pais.

Diariamente as famílias, escolas e outras instituições direcionam demandas as quais exigem atuações dos Conselhos, incluindo aquelas de caráter repressivo e punitivo, que por sua vez, demonstram total desconhecimento das atribuições do órgão contribuindo para criar uma identidade repressiva ao CT.

Podemos também destacar os atendimentos referentes a adolescentes que praticaram ato infracional, os órgãos policiais também costumam exigir atuação dos conselheiros de maneira equivocada. Há casos nos quais a Polícia Militar apreende um adolescente que cometeu um ato de infração, em regra ela o conduz para a delegacia. Após isso, inicia-se uma série de equívocos o primeiro ao não encontrar o delegado, o responsável que está na delegacia contata imediatamente o plantão do Conselho Tutelar. Segundo equívoco: exige-se que o Conselheiro que está de plantão se encaminhe para a delegacia para acompanhar o “menor”. Quando o delegado está presente, muitas vezes, infelizmente, ele também age do mesmo jeito, ou seja, aciona o Conselho Tutelar. ( LOPES 2014)

O artigo 174 do ECA diz o seguinte:

“Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”.

Podemos destacar neste artigo que “a liberação do adolescente aos pais ou

responsável, em tais casos deverá ser efetuada diretamente pela autoridade policial independentemente da intervenção de outro órgão ou autoridade”. Portanto é possível observar que não precisa da atuação do conselho para realizar a entrega do adolescente aos pais ou responsável.

Infelizmente em muitos casos, não se observam o artigo 174 do ECA assim as autoridades policiais ao apreenderem adolescentes, já de imediato contatam o conselho tutelar, tornam regra, todas as vezes que ocorre uma apreensão de adolescentes acabam por comunicar o conselho como primeira providência, e acabam inclusive desrespeitando a ordem de responsabilidades e isentando os pais ou responsáveis de serem os primeiros a serem contatados para acompanhar os adolescentes, bem como privando o direito de representação tanto do adolescente quanto dos responsáveis.

Sobre a interpretação de modo adequado no artigo 174 do ECA o Dr. Murilo José Digiacomo ( 2013 pgs.225,227) destaca que:

Vale destacar que a presença dos pais ou responsável é de suma importância, inclusive para assinatura do compromisso respectivo, não sendo suprida pela comunicação ao Conselho Tutelar que, aliás, não pode substituir o papel que cabe primordialmente à família do adolescente, somente devendo ser acionado em última instância, esgotadas as possibilidades de localização da família do adolescente ou se mostrando seu comparecimento impossível por razões plenamente justificadas. A ausência injustificada da comunicação aos pais ou responsável, diretamente pela autoridade policial, constitui crime em tese (art. 231, do ECA), e a omissão dos pais ou responsável em comparecer à delegacia de polícia, pode caracterizar a infração administrativa prevista no art. 149, do ECA. Vale também mencionar que, em se tratando de adolescente já vinculado à medida protetiva de acolhimento institucional, a comunicação de sua apreensão deverá ser efetuada ao dirigente da entidade, que na forma do art. 92, §1º, do ECA, é equiparado ao guardião para todos fins e efeitos.

O que muitas vezes acontece, o delegado exige que o Conselheiro Tutelar realize a busca. Infelizmente, ainda é muito comum que os Conselheiros Tutelares realizem; não entendendo que quando a fazem estão legitimando a atuação de forma errada.

Como pode se observar a respeito da ausência injustificada da comunicação aos pais inclusive caracteriza-se crime, bem como a omissão dos pais ou responsáveis se caracteriza a infração administrativa, mas muitas vezes, nada acontece e os conselheiros, por não interpretarem de modo adequado tal dispositivo acabam também cometendo erros de atuação, em alguns atendimentos acabam realizando atribuições que não lhes competem por serem coagidos pelas autoridades policiais, promotores e juízes.

Maduca Lopes (2014 pgs. 60,61) em seu livro relata suas experiências durante sua atuação como conselheira tutelar:

Durante muito tempo, em meus dois primeiros mandatos como Conselheira Tutelar, agi assim: éramos acionados pela delegacia quando se tratava de adolescentes, em especial quando o delegado de plantão não se encontrava. Havia participação do Conselho desde o depoimento do adolescente (papel do advogado/denunciante assinando o termo de entrega e responsabilidade

sobre a guarda do adolescente (papel do delegado) e ainda entregando-o em sua casa ou a outra medida que fosse cabível no caso (atuando no lugar da Assistência Social e/ ou de profissionais especializados). Tudo errado e de forma ilegal!

Como pode se observar que os próprios conselheiros por desconhecimento acabam usurpando funções que não lhes cabem, por isso a formação continuada de conselheiros tutelares é tão importante, pois como se não bastasse integrantes da rede de proteção cometer erros, ainda os próprios conselheiros acabam por contribuir com as distorções em suas atribuições como nota-se no relato da autora que após alguns anos de estudo conseguiu perceber que cometeu inclusive ilegalidades em sua atuação por desconhecer as reais atribuições dos conselheiros tutelares.

Outro fator gerador de conflitos e distorções nas atribuições dos conselheiros está ligado à forma como alguns juízes e promotores agem em relação aos conselheiros, ocorrem muitos casos envolvendo práticas de coerção para com os conselheiros, pois acabam criando atribuições e fazendo por meio de coerção os conselheiros atenderem suas ordens. Pedem para realizarem visitas e relatórios psicossociais, fiscalização em portas de boates e eventos para conferência de documentação, acompanhamento de visitação de filhos aos pais, e até mesmo que acompanhem o serviço policial após apreensão em flagrante ato infracional, entre outras situações que não estão previstas no art. 136 do ECA. ( LOPES 2014)

Há muita irregularidade no sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes e essas práticas equivocadas, só reforçam o quanto as medidas de proteção se perdem e muitas vezes tornam-se ineficazes, pois os conselheiros, por exemplo, ao realizar atribuições que são de outras áreas como da assistência social e da psicologia com certeza ocorrerá atuação ilegal e inadequado pois não possuem formação para tal atribuição.

O conselho tutelar é um órgão que requisita serviços a rede de proteção, ou seja, a todos os órgãos competentes que possuem os profissionais capacitados que são os competentes para tais serviços, mas infelizmente os juízes e promotores que ainda não entenderam isso: “Violam a autonomia (artigo 131) do Conselho Tutelar, quando querem porque querem que o conselho tutelar execute coisas que eles, promotor e juiz, querem, antijuridicamente, determinar”.(SÊDA 2008)

São muitas as irregularidades que ocorrem na atuação dos conselheiros tutelares, que acabam por causar distorções nas atribuições dos conselheiros, gerando ineficácia nas medidas de proteção e praticas ilegais que ferem a legislação. Neste artigo foram citadas algumas das práticas mais comuns e como foi explanado elas acontecem por vários motivos e enquanto os conselheiros tutelares estiverem aceitando e cumprindo determinações de juízes, promotores, policiais ou qualquer outro órgão, por “medo” ou “desconhecimento” da lei, essas arbitrariedades continuarão legitimadas com as práticas erradas, e esses fatos continuarão dificultando a mudança do ponto de vista a respeito do conselho tutelar e suas

atribuições legais, que ainda em muitas atuações permanecem distanciadas da proteção integral e do zelo aos direitos das crianças e adolescentes.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo percebeu-se que o Conselho Tutelar é um órgão de grande importância, é um relevante mecanismo de democratização ao atendimento e a proteção aos direitos da criança e do adolescente, tendo como ferramentas: a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora esta pesquisa tenha respondido algumas questões importantes ao decorrer do estudo, cabe ressaltar que a exploração realizada a respeito da evolução histórica, da ampliação da legislação e a compreensão do conselho tutelar também é um fruto relevante adquirido ao decorrer desta pesquisa, pois a falta de estudo e conhecimento sobre a rede de proteção e as atribuições do Conselho Tutelar são inclusive motivos causadores da problemática apresentada.

Foi possível observar a necessidade dos conselheiros tutelares, em possuir a qualificação técnica adequada para que realmente possam realizar suas atribuições corretamente, pois a falta de capacitação tanto do conselheiro tutelar quanto dos integrantes da rede de proteção tem sido o grande causador das distorções das atribuições dos conselheiros. Portanto é necessário que os integrantes do CMDCA de cada município e dos Conselhos Tutelares participem de formações continuadas e que essas formações também sejam repassadas aos demais órgãos da rede de proteção por profissionais capacitados e com formação na área da infância e adolescência, pelos próprios conselheiros e também pelas comissões do CMDCA.

Como o Conselho Tutelar por si só não é capaz de efetivar o cumprimento dos direitos, é importante levar em consideração e respeitar o princípio do triplice responsabilidade compartilhada, entre a Sociedade, Estado e Família que em conjunto devem lutar pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente, por isso todos devem ter acesso ao conhecimento sobre a rede de proteção e suas reais atribuições.

É importante que os Gestores municipais também criem mais políticas públicas voltadas a infância e adolescência para que o fortalecimento das redes de proteção realmente aconteça, pois ainda há muito que avançar nessa seara. E também se faz necessário que mais pessoas façam do conselho tutelar e a rede de proteção objeto de suas pesquisas para que o debate sobre as mazelas que a infância e adolescência do país está inserida possam ser enxergadas por mais pessoas que se preocupam e que queiram mudar o cenário para que cada vez mais diminua os casos de violações de direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

Assim, o Conselho Tutelar atua em cenários e realidades com diferentes níveis de complexidade, problemáticas que em seu cerne apresentam mais de uma ordem, exigindo

do conselheiro habilidade para encaminhar a questão para a sua solução. Habilidades questionáveis quando se observa a natureza democrática que o conselho assume no contexto da materialização dos direitos infantis. Tanto a criança quanto o adolescente possuem direitos fundamentais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém na maioria das vezes, estes direitos acabam sendo violados. Tal violação, não ocorre devido a ausência de direitos instituídos, pois a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o direito à saúde à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, cultura, esporte e lazer, a profissionalização e proteção ao trabalho, como alguns direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim sendo, para que haja o combate a tais violações, se faz necessário a observância pela família, sociedade e Estado, aos princípios basilares do direito da criança e do adolescente, como modo de lhes proporcionar maior qualidade de vida, melhor dizendo, lhes permitindo desfrutar de sonhos, brincadeiras, fantasias e direitos.

Com o estabelecimento do ECA e a passagem de uma perspectiva de atendimento diferenciada daquela apregoada pelo Código de Menores (1979), propõe-se uma outra leitura da lei. A aliança com os movimentos sociais prevê uma maior mobilização reivindicativa, afastando a ideia de práticas normativas legalmente constituídas, tendo como horizonte maior não a ação judiciária, mas a ação política coletiva sustentada na participação daqueles cujos direitos são violados todos os dias.

Os cuidados com o público infanto-juvenil ao longo dos anos vêm passando por aprimoramentos a fim de resguardar todas as garantias a ele destinadas, considerando que se tratar de pessoas em situação peculiar e em constante desenvolvimento. Por isso, cabe a todos, Estado, família e sociedade zelar pela garantia de seus direitos, sendo o Conselho Tutelar um órgão auxiliar neste serviço. Contudo, não basta apenas existir um Conselho Tutelar em cada município, se não houver políticas públicas capazes de garantir um desenvolvimento físico e psíquico saudável e completo de crianças e adolescentes. Logo, não basta a infância e adolescência serem prioridades apenas nas leis e não o serem de fato, é preciso que a Constituição Federal e ECA sejam aplicadas de forma integral.

## REFERÊNCIAS

ALARÇÃO, Janine Pereira de Sousa **ENSAIOS PEDAGÓGICOS** - Revista Eletrônica do Curso de Pedagogia das Faculdades OPET ISSN 2175-1773 – DEZEMBRO DE 2013

BANDEIRA, N. **Violência doméstica contra crianças e adolescentes**: da denúncia ao atendimento. 125f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2009. Disponível em: [http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bas/33004048021P6/2009/bandeira\\_n\\_me\\_assis.pdf](http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bas/33004048021P6/2009/bandeira_n_me_assis.pdf) Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

**DECRETO Nº 1.313, DE 17 DE JANEIRO DE 1891** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/392104/publicacao/15722580> Acesso em: 09 Nov.2019

**DECRETO Nº 17.943-A DE 12 DE OUTUBRO DE 1927**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm) Acesso em: 10 Nov.2019

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente; anotado e interpretado**. Curitiba, SEDS, 2013 1. Estatuto – Criança. 2. Estatuto – Adolescente. 3. Legislação. I. Título. II. Digiácomo, Murillo José. LII, Digiácomo, Ildeara Amorim.

DORNELLES, João Ricardo W. **Estatuto da Criança e do adolescente: estudos sócio jurídicos**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 117-131.

FERNANDES, Alessandra Cardoso. MEHRET, Ana Paula. Organizadores - **Ações significativas de gestão escolar** - SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO - SEED Superintendência da Educação Departamento de Gestão Educacional. Disponível em: [http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/combate\\_abandono\\_escolar/pcae\\_2ed.pdf](http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/combate_abandono_escolar/pcae_2ed.pdf) Acesso em: 05 Nov. 2019.

FREITAS, Ramiro Ferreira de; SILVA, Jardel Pereira da; GAMA, Aymé Holanda. **OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: aporte histórico e evolução jurídica à luz da proteção humana**. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 7ª Edição. Vol. 1 (jan/jul-2017). p. 269 - 282.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO SUPERINTENDÊNCIA DA EDUCAÇÃO DEPARTAMENTO DE GESTÃO EDUCACIONAL COORDENAÇÃO DE GESTÃO ESCOLAR **PROGRAMA DE COMBATE AO ABANDONO ESCOLAR** 2ª Edição – Curitiba 2018 [http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/combate\\_abandono\\_escolar/pcae\\_2ed.pdf](http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/combate_abandono_escolar/pcae_2ed.pdf) Acesso em: 05 Nov. 2019

ISHIDA, Válder Kenji. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Doutrina e Jurisprudência** 20ª Edição revista, ampliada e atualizada Editora Jus Podvim, 2019. Disponível em: <https://www.editorajuspodvim.com.br/cdn/arquivos/cc2d9aa9ffa51af0e15694038128464e.pdf> Acesso em: 05 Nov. 2019

LEI Nº 4.513, DE 1º DE DEZEMBRO DE 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm) Acesso em: 05 Nov. 2019

**LEI Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm) Acesso em: 10 Nov. 2019

LIMA, Renata Mantovani de, POLI, Leonardo Macedo, POLI, Leonardo Macedo, JOSÉ, Fernanda São. **A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais** – Revista Brasileira de Políticas Públicas vol.7 n° 2 Agosto 2017 – UNICEUB disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4796/pdf> Acesso em: 09 Nov. 2019

LOPES, Maduca. **A escolha do melhor caminho**. Pouso Alegre, 2014. [https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Livro-Maduca-Lopes\\_ALTA-RESOLU%c3%87%c3%82O\\_IMPRESS%c3%83O.compressed.pdf](https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Livro-Maduca-Lopes_ALTA-RESOLU%c3%87%c3%82O_IMPRESS%c3%83O.compressed.pdf) Acesso em: 05 Nov. 2022

LORENZI. Gisella Werneck. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**. Publicado em 30 de novembro de 2016 no site da Fundação Telefônica. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/> Acesso em : 15 NOV.2022

MARTINS. Rosa Cândido. **Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?** Lex familiae. Revista Portuguesa de direito da família. Portugal, a. 1, n.1, p. 1-8, 2004.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90** – Dissertação de Mestrado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf> Acesso em: 09 Nov. 2022

NUCCI, Guilherme Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 2ª edição**. Forense 07/2015. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/NovasAquisicoes/2015-01/1014877/sumario.pdf>

RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI**. In PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.19-54.

RIBEIRO. Lauro Luiz Gomes Ribeiro. **Direito Educacional. Educação básica e federalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIZZINI, I. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. São Paulo, Loyola, 2004.

SANTANA, Nathália Gregório de. **O direito à convivência familiar e comunitária: acolhimento institucional e incidência das recomendações internacionais na Política de Atenção à Criança e ao Adolescente no Brasil** - Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Pernambuco. CCSA, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/34326/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Nath%C3%A1lia%20Greg%C3%B3rio%20de%20Santana.pdf> Acesso em: 09 Nov. 2022

SCHMIDT, D. P. **Violência como uma expressão da questão social: suas manifestações e seu enfrentamento no espaço escolar**. 85f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Santa Maria, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/6804/DENISESCHMIDT.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 25 out. 2019.

SÊDA, Edson. **Manual do Conselho Tutelar**. Edição Adês 1ª Edição – Rio de Janeiro 2008.

SILVA, J. O. **Conselhos Tutelares e controle social**. In: PROAME. **Conselhos Tutelares no Rio Grande do Sul: condições de atendimento** – 2005. São Leopoldo, 2006. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/conselhosrs.pdf> acesso em 25.10.2019

SILVA, Maria Salete da. **Na fronteira da defesa de direitos: a capacidade de vocalização dos conselhos tutelares de Santa Catarina** / Maria Salete da Silva. – Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26962/R%20-%20T%20-%20MARIA%20SALETE%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 10 Nov.2022

TEIXEIRA, Maria Heloísa. **A não-infância: crianças como mão-de-obra em Mariana (1850-1900)**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de História, 2007. 302f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo (USP), Programa de Pós-Graduação em História Econômica, São Paulo: 2007. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-10072008-105745/publico/TESE\\_HELOISA\\_MARIA\\_TEIXEIRA.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-10072008-105745/publico/TESE_HELOISA_MARIA_TEIXEIRA.pdf) Acesso em 09 Nov. 2019

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

WEBER, M. A. L. **Violência doméstica e rede de proteção: dificuldades, responsabilidades e compromissos**. 125f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Centro de Ciências da Vida, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2005. Disponível em: <http://tede.bibliotecadigital.puccampinas.edu.br:8080/jspui/bitstream/tede/161/1/Mara%20Weber.pdf> Acesso em: 25 out. 2022.

# DIREITO AO TRATAMENTO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E DOENÇAS DECORRENTES COM O USO DO MEDICAMENTO NATURAL AYAHUASCA

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Laura Vitória Pavão Borges**

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário - FMC

### **Michele Segala Camargo**

Professora do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário – FMC

## 1 | INTRODUÇÃO

A dependência química de drogas e álcool está cada vez mais presente na sociedade, gerando outras doenças, para os dependentes, seus familiares e amigos, tais como: depressão, ansiedade, transtornos, perda de reflexos, entre outros.

O presente resumo irá abordar sobre a capacidade de cura dessas doenças, com o uso do chá Ayahuasca, que consiste em um tratamento que pode ser entendido como lícito e natural. Mesmo com relatos, comprovações e históricos de cura, a sociedade não reconhece esse tratamento como ideal ou eficaz para os dependentes químicos, pois há falta de informação ou pré-conceitos, que fazem com que muitos percam a chance de

recuperação, há aumento da drogadição, e grande demanda para o Estado e o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse sentido, o objetivo do resumo expandido é informar sobre os benefícios do tratamento, para que diminua a dependência química, as doenças relacionadas e o sofrimento da família, e, com isso, se obtenha também uma diminuição na sobrecarga do Poder Judiciário no tocante a demandas por saúde. Dessa forma o Estado poderá obter mais controle sobre os grandes números de dependentes químicos no Brasil, visto que há ineficácia das ações públicas ofertadas para dependentes químicos, e as famílias terão informação e uma nova visão sobre essa alternativa de cura.

## 2 | METODOLOGIA

No presente trabalho utilizou-se do método de abordagem dedutivo, associado à pesquisa bibliográfica, pesquisas qualitativas e pesquisas na internet.

### 3 | DESENVOLVIMENTO

Atualmente, no Brasil, a dependência química de drogas é um problema de saúde pública e penal – doença e crime, respectivamente. A ilicitude do uso de entorpecentes está prevista no artigo 22 da Lei 11.343, de 23/08/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; Além disso, a mesma legislação trata de ações de prevenção e atenção de uso inadequado, reintegração de dependentes e usuários na sociedade, reprimindo o tráfico ilícito de drogas e classificando os crimes, dentre outras medidas. (BRASIL, 2006).

Além do problema penal e de saúde pública, a dependência química de drogas é um problema social, pois envolve a família dos dependentes e a todos que presenciam a situação precária do dependente. Segundo (ALVAREZ SQ, GOMES GC, XAVIER DM, 2012), o uso de drogas, gera consequências além dos danos orgânicos e individuais, e, dado que interferem diretamente no grupo familiar, transformam os componentes da família em co-dependentes, causando destruição, sofrimento e desolamento.

Por se tratar de um problema que interfere na saúde Pública, o Estado tem obrigação direta no combate a dependência química e atenção à saúde dos dependentes e familiares, conforme prevê o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. O respectivo dispositivo assegura que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assim como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Porém, com a grande demanda por saúde, o Estado não consegue suprir as necessidades de recuperação de todos, mesmo que seja sua obrigação. pois a desintoxicação de drogas e álcool é muito difícil, e normalmente os tratamentos são feitos com medicamentos químicos, o que causa uma substituição de vícios, e no momento que o paciente encerra o tratamento com a medicação, pode ocorrer uma recidiva da doença. Conforme o Sistema Nacional de Informações Tóxico Farmacológicas (Sinitox), ligado ao instituto Fiocruz, em se tratando de intoxicação, os medicamentos superam venenos e drogas, além do que atingem 34% das ocorrências das intoxicações no Brasil. Ademais, é de suma importância a vontade do dependente para que aconteça uma efetiva recuperação. (VÍCIO EM REMÉDIOS: SINAIS E TRATAMENTO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA, 2021).

Nesse contexto, a família deve buscar alternativas para salvar a vida de seu familiar, e uma delas é o tratamento com o uso do chá da Ayahuasca. O chá da ayahuasca é uma infusão de duas plantas: a *Psychotria viridis*, que são as folhas de um arbusto, e o *Banisteriopsis caapi*, que é o tronco e a casca de um cipó, formando um chá com um aspecto viscoso e coloração marrom-escuro (PIRES, OLIVEIRA, YONAMINE, 2010; DE SOUZA, 2011).

No momento que o indivíduo ingere o chá, as mudanças comportamentais começam

a acontecer, o vício das drogas passa a diminuir, as doenças da mente começam a ser curadas e outros benefícios para a vida do indivíduo podem surgir. Por meio do chá, o dependente químico pode entrar em contato com “a severidade de seu problema com as drogas, iluminar as raízes emocionais deste problema, limpar energeticamente o corpo, clarear o sentido de valor dos pacientes e reconectar os pacientes com seus corpos” (MERCANTE, 2013a, p. 534). Segundo os autores Santos, Moraes e Holanda (2006) com essa conscientização, o indivíduo se depara com uma nova percepção da vida e começa a se autoconhecer.

Ainda, segundo Mercante (2009), no momento em que o “paciente” visualizava sua vida antes da dependência química e comparava com o seu presente, ele entrava em desespero, e essa reflexão permitiu que muitas pessoas percebessem o “mal que faziam a sua família”.

No Brasil, o chá da Ayahuasca é permitido apenas para uso religioso e ritualístico, regulamentado pela Resolução nº1 do CONAD, publicada no Diário Oficial da união em 26 de janeiro de 2010. (CONAD, 2010) Com a recente permissão, cumpre ressaltar que a planta é milenar na história da sociedade, porém não há comprovação exata de quando o uso do chá teve origem, mas os indícios são que ele possa ter surgido entre 500 a.C a 50 a.C, tempo referente ao objeto encontrado mais antigo relacionado ao consumo da Ayahuasca, uma taça utilizada em cerimônias, adornada e feita de pedra, encontrada na cultura Pastaza da Amazônia equatorial. (LIMA, 2004, p.28).

Atualmente, vale ressaltar que o chá é cultuado por diversos grupos indígenas espalhados pelo país, porém o local pioneiro no tratamento da dependência química no Brasil, é a Associação Beneficente Caminho de Luz, que fica em Rio Branco-Acre e abriga mais de 200 pessoas em recuperação. Segundo o Fundador da Associação José Muniz de Oliveira, a Associação é uma entidade filantrópica sem fins lucrativos, fundada em 15 de abril de 2001, o objetivo é recuperar dependentes de drogas e álcool, para que voltem a viver em sociedade, com o uso da Ayahuasca, em reuniões ligadas a espiritualidade, para combater os prejuízos da dependência química.

De acordo com Mercante (2013a; Mercante, 2013b), ao chegar na Associação Caminho de Luz, o paciente é submetido a um tratamento que recomenda o uso de três doses diárias do chá, visando a desintoxicação, esse número diminui conforme o tratamento vai fazendo efeito, até que passe a ser uma única dose por dia. Além das doses, são realizadas sessões mais duas vezes por semana na Comunidade para tratar de questões de organização.

Porém, mesmo havendo este recurso, há uma negação da sociedade em reconhecer o tratamento como eficaz, posto que, no Brasil, só é permitido o uso da substância em cerimônias religiosas. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal é claro ao dispor que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção desses locais

de culto.

Mesmo estando assegurada na lei, a Ayahuasca é alvo de muitos preconceitos. Isso teve origem na época do Brasil Colônia, pois na época quem fazia o uso do chá eram os escravizados (negros e índios) pelos colonizadores, este prejulgamento perpetua até hoje nas religiões que comungam a Ayahuasca, fazendo com que os sujeitos omitam as suas religiões por segurança e preservação da própria vida. (LEITE, 1955). Vale ressaltar que o uso de substâncias químicas nos tratamentos de uso abusivo de drogas é mais aceito que o uso de plantas e vegetais, como, por exemplo, a ayahuasca, devido aos estranhamentos existentes em relação a estas substâncias (JESUS JUNIOR, SALVI, EVANGELISTA, 2015).

## 4 | RESULTADOS E CONCLUSÕES

Direito à um tratamento adequado é o mínimo que qualquer pessoa merece ter. O consumo de drogas é um problema de saúde pública e penal, o Estado e o Sistema Único de Saúde não conseguem suprir todas as demandas de dependentes químicos, além disso o uso de medicamentos químicos no tratamento da dependência química pode causar uma substituição dos vícios. Por isso, o presente resumo buscou desenvolver uma reflexão sobre uma possível quebra com os preconceitos existentes em relação a tratamentos alternativos, como um meio de se ampliar o acesso à saúde. A partir da exposição de relatos e pesquisas que demonstram uma realidade de eficácia do tratamento, foram analisados os principais dispositivos de regulamentação e também as causas principais que geram o preconceito e intolerância em relação ao chá. Foi possível verificar que muitos dependentes químicos perdem a chance de ter um tratamento digno, natural, as famílias continuam sofrendo, o Estado continua limitado e, com isso, o dependente perde uma nova chance de reinserção na sociedade e libertação do vício.

## REFERÊNCIAS

ALKIMIM, L. L. O PRECONCEITO EM RELAÇÃO À RELIGIÕES DE MATRIZES AFRICANAS E INDÍGENAS QUE COMUNGAM DA AYAUASCHA. **Revista Processus Multidisciplinar**, [S. l.], v. 3, n. 6, p. 12–20, 2022. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/756>. Acesso em: 14 nov. 2022.

Alvarez SQ, Gomes GC, Xavier DM. Assistance received in a Psychosocial Care Center: perception of drug users and family. *Rev enferm UFPE on line* [Internet]. 2012 Aug [cited 2012 Feb 29];6(8):1805-11. doi: 10.5205/reuol.2931-23598-1-LE.0608201209 ISSN: 1981-8963. Available from: [http://www.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php/revista/article/view/2702/pdf\\_1357](http://www.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php/revista/article/view/2702/pdf_1357)

A OBRA. **Associação Beneficente Caminho de Luz**, 2004. Disponível em: <<http://casacaminhodeluz.org.br>>. Acesso em: 13 de novembro de 2022.

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

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Resolução nº1, de 25 de janeiro de 2010. CONAD, Diário Oficial da União.

JESUS JÚNIOR, T. D.; SALVI, J. O.; EVANGELISTA, D. H. Ayahuasca, qualidade de vida e a esperança de adictos em recuperação: relatos de caso. *Acta toxicológica argentina*, v. 23, n. 1, pp. 53-61, 2015.

LIMA, Emmanuel Gomes Correia. O uso ritual da Ayahuasca – da Floresta Amazônica aos centros urbanos. 2004. 90f. Monografia (Conclusão do curso de graduação em Geografia)- Departamento de Geografia, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2004.

MERCANTE, M. S. A. Ayahuasca e o tratamento da dependência. *Maná*, v. 19, n. 3, pp. 529-558, 2013a.

MERCANTE, M. S. A. Dependência, recuperação e o tratamento através da Ayahuasca: definições e indefinições. *Saúde & Transformação Social*, v. 04, n. 02, pp. 126-138, 2013b.

PIRES, A. P. S.; OLIVEIRA, C. D.; YONAMINE, M. Ayahuasca: uma revisão dos aspectos farmacológicos e toxicológicos. *Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada*, São Paulo, v. 31, n. 1, pp. 15-23, 2010 Ayahuasca: definições e indefinições. *Saúde & Transformação Social*, v. 04, n. 02, pp. 126-138, 2013b.

SANTOS, R. G.; MORAES, C. C.; HOLADA, A. Ayahuasca e redução do uso abusivo de psicoativos: eficácia terapêutica? *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 22, n. 3, pp. 363-370, 2006.

VÍCIO EM REMÉDIOS: SINAIS E TRATAMENTO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. **Clínica Spa Vida Natural**, 2022. Disponível em: <https://www.vidanatural.org.br/vicio-em-remedios-dependencia-quimica>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

# POR UM ENVELHECIMENTO SAUDÁVEL NA CIDADE: OS DIREITOS URBANOS DAS PESSOAS IDOSAS

*Data de submissão: 11/04/2023*

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Júlia Navarro Perito**

Doutoranda Programa de Pós Graduação  
em Direito da Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais da Universidade  
Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho -  
UNESP/Campus de Franca.  
Franca, São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/0754866451326168>

### **Regina Cláudia Laisner**

Professora Doutora da Faculdade  
de Ciências Humanas e Sociais da  
Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho - UNESP/Campus de  
Franca.  
Franca, São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/2849922787767639>

### **Flávia Piva Almeida Leite**

Professora Doutora da Faculdade  
de Ciências Humanas e Sociais da  
Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho - UNESP/Campus de  
Franca.  
Franca, São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/4777562668430214>

O estudo foi feito a partir de pesquisa bibliográfica nas áreas de direito urbanístico e direito das pessoas idosas, bem como a partir de materiais produzidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Buscou-se encontrar junto ao Estatuto do Idoso e à Política Nacional do Idosos as previsões relativas aos direitos urbanos constantes do conceito de direito à cidade delineado no Estatuto da Cidade, a fim de destacar direitos que devem ser abordados na elaboração e execução das políticas urbanas municipais. Foi possível perceber a existência de diversos direitos urbanos constantes na legislação da pessoa idosa, bem como foi possível destacar a necessidade de que tais temas sejam observados com prioridade nos processos de elaboração de políticas públicas de desenvolvimento urbano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito da pessoa idosa. Envelhecimento saudável. Direito à cidade. Cidade Amiga da pessoa idosa.

### **FOR A HEALTHY AGING IN THE CITY: THE URBAN RIGHTS OF ELDERLY PEOPLE**

**ABSTRACT:** This study aims to address the intersection between the right to the city

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo tratar da intersecção entre o direito à cidade e o direito das pessoas idosas.

and the right of the elderly. The study was based on bibliographic research in the areas of urban law and the law of the elderly, as well as on materials produced by the World Health Organization (WHO). Also, it was sought to find, together with the Elderly Statute and the National Policy for the Elderly, the predictions related to urban rights contained in the concept of the right to the city outlined in the City Statute, in order to highlight rights that must be addressed in the elaboration and execution of the municipal urban policies. It was possible to perceive the existence of several urban rights contained in the legislation of the elderly, as well as it was possible to highlight the need for such themes to be observed with priority in the processes of elaboration of public policies for urban development.

**KEYWORDS:** Elderly rights. Healthy aging. Right to the city. Elderly friendly city.

## 1 | INTRODUÇÃO

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) (2008, p. 8), “o número de pessoas com 60 anos ou mais dobrará, proporcionalmente, passando de 11%, em 2006, para 22%, em 2050. Então, pela primeira vez na história da humanidade, haverá mais idosos que crianças (com idade 0-14 anos) na população”. Ainda de acordo com a OMS, tal fenômeno tende a repercutir de forma mais intensa nos países subdesenvolvidos.

No Brasil, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que, em 2022, a população de pessoas com 65 anos ou mais representava 10,45% da população. Em 2060 tal número será de 25,49% (IBGE, 2022). De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas denominado *World population prospects: the 2015 revision*, o Brasil é um dos países com as menores taxas de natalidade do mundo, o que coloca o país dentre aqueles com mais acelerado processo de envelhecimento (LIMA-COSTA, 2018).

Tendo em vista a alta velocidade deste processo, a população brasileira tem muito pouco tempo para se preparar para receber a população idosa, quando comparada a outros países desenvolvidos. De acordo com Officer *et al* (2020, p. 9, tradução nossa) “por exemplo, enquanto a França teve quase 150 anos para se adaptar a uma mudança de 10% para 20% em proporção da população total com 60 anos ou mais, países como Brasil e China têm pouco mais de 20 anos para fazer a mesma adaptação”.

O envelhecimento populacional é também um processo majoritariamente urbano. Tal realidade se acentua nos países em desenvolvimento, cuja “proporção de idosos em comunidades urbanas, aumentará 16 vezes, passando de cerca de 56 milhões, em 1998, para mais de 908 milhões, em 2050” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 9). Assim, reconhecer os direitos das pessoas idosas implica também em reconhecer estes direitos de forma articulada ao debate em torno do direito à cidade.

Tanto o direito à cidade como o direito das pessoas idosas são consubstanciados por uma série de direitos fundamentais, reunidos com a finalidade de garantir o direito à vida digna de acordo com as especificidades de cada situação, seja da vida no ambiente urbano, seja da vida durante o processo de envelhecimento.

O objetivo do presente trabalho é tratar da intersecção destas duas bases de direitos: o direito à cidade e os direitos da população idosa, numa perspectiva de se buscar os direitos da pessoa idosa enquanto ponto a ser observado com prioridade nos processos de planeamento, execução e avaliação das políticas de desenvolvimento urbano municipais.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica acerca do tema a partir de obras referentes ao direito da pessoa idosa e direito à cidade. Também foi realizada pesquisa documental a partir de legislação federal de tais direitos. Assim, foi feita busca por pontos de intersecção entre essas duas bases de direitos a partir de pesquisa pelos termos constantes do direito à cidade, assim como disposto no Estatuto da Cidade, junto ao Estatuto da Pessoa Idosa (Lei n. 10.741/2003)<sup>1</sup> e à Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/1994). Pretende-se assim inserir o debate acerca do envelhecimento dentro do debate das políticas públicas de desenvolvimento urbano. Ainda, foram observadas as estratégias de Cidades Amigas das Pessoas Idosas como exemplo de iniciativas a serem tomadas como forma de integrar as pessoas idosas na definição e acompanhamento das políticas de desenvolvimento urbano.

A partir do presente estudo foi possível perceber a congruência entre os campos dos direitos dos idosos e o direito à cidade. Ambas as áreas buscam a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas. Também foi possível perceber que a incidência das normas relativas aos direitos das pessoas idosas nos processos de desenvolvimento urbano impõe que sua observância seja prioritária. As estratégias de cidades amigas das pessoas idosas podem ser instrumentos úteis às municipalidades para a realização deste encargo.

## **2 | O ENVELHECIMENTO ENQUANTO PARTE DA VIDA: ENVELHECIMENTO SAUDÁVEL, ENVELHECIMENTO ATIVO E CURSO DE VIDA SAUDÁVEL**

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, o envelhecimento é um processo com aspectos biológicos e psicossociais. O aspecto biológico está relacionado à “acumulação gradual de uma grande variedade de danos moleculares e celulares que leva a uma diminuição gradual das reservas fisiológicas, a um aumento do risco de muitas doenças e a um declínio geral da capacidade” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017, p. 38, tradução nossa). Tal processo não é linear, nem consistente, de forma que é possível que dois indivíduos com a mesma idade tenham condições de saúde diferentes.

Os aspectos psicossociais, por sua vez, estão relacionados com os novos papéis desenvolvidos na sociedade e à nova forma de sociabilidade decorrentes desta nova fase da vida, que conta com mudanças de objetivos e tarefas diárias. De acordo com a OMS, essa nova etapa pode, por um lado, trazer sensações de perda, mas também é possível observar situações de crescimento psicossocial decorrentes de novos pontos de

---

<sup>1</sup> A Lei nº 14.423, de 22 de julho de 2022 alterou a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, antes denominada Estatuto do Idoso, para substituir, em toda a Lei, as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”, respectivamente.

vista proporcionados por esta fase. Assim, a OMS (2017) sugere que é importante tanto amenizar tais perdas, quanto buscar a “recuperação, adaptação e crescimento psicossocial” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017, p. 38, tradução livre) das pessoas idosas ao se desenvolver as políticas de saúde pública para o envelhecimento.

Na busca pela definição de conceitos acerca do processo de envelhecimento foram desenvolvidas as noções de envelhecimento ativo, envelhecimento saudável e curso de vida saudável enquanto conceitos que surgem no contexto internacional de proteção e promoção dos direitos dos idosos, sobretudo no âmbito da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

A OMS conceitua o envelhecimento saudável como o “processo de desenvolvimento e manutenção da capacidade funcional que possibilita o bem-estar na velhice” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017, p. 41, tradução livre), de forma que as capacidades funcionais tratam-se das “habilidades físicas e mentais necessárias para realização de atividades básicas e instrumentais da vida diária” (BRASIL, 2006).

Por sua vez, o envelhecimento ativo é conceituado pela OMS como “o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015, p. 14).

Ressalta-se que não existe apenas uma forma de envelhecimento, de forma que trata-se de um processo heterogêneo. É necessário reconhecer que existem “envelhecimentos”, de forma que a situação biológica e psicossocial dos indivíduos diferem de acordo com o curso de suas vidas, sendo influenciadas também pelo ambiente que os circundam, sua classe social, as atividades que praticam, os acontecimentos que lhe ocorreram e a resiliência de cada um. Neste sentido, tem-se a perspectiva do curso de vida enquanto conceito a ser observado para o desenho das políticas para o envelhecimento.

Assim, reconhece-se a necessidade de atenção em dois grandes campos relativos ao processo de envelhecimento: um primeiro campo, baseado nas condições de saúde física e mental do indivíduo, relacionado com a prestação de serviços de saúde, e um campo ambiental, relacionado com as formas que o indivíduo se relaciona com o espaço que o circunda, se este espaço proporciona facilidades de acessibilidade e de condições de vida que atendam aos direitos das pessoas idosas.

Ainda, é necessário observar nas ações referentes às políticas públicas das pessoas idosas tanto formas de recuperar as capacidades funcionais perdidas, em uma perspectiva de reparação dos danos sofridos, quanto formas de se projetar o futuro desta população, oferecendo-lhe oportunidades de crescimento psicossocial através de atividades adaptadas para esta faixa etária.

### 3 | NOVAS FORMAS DE SE RELACIONAR COM O ENVELHECIMENTO E O AMBIENTE COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

Pelo exposto acima, um primeiro passo para abordar a construção de políticas públicas voltadas à população idosa é, justamente, buscar observar o fenômeno do envelhecimento enquanto uma etapa da vida, que requer tanto medidas para compensar as perdas de capacidades (tanto físicas quanto psicológicas), quanto para proporcionar oportunidades de desenvolvimento das mesmas. Contudo, existem diversos desafios para a construção de tais políticas, inclusive de ordem subjetiva e cultural, que prejudicam a garantia de tais direitos.

Existe na sociedade brasileira uma série de estereótipos acerca do que é ser velho, bem como uma série de preconceitos e uma infinidade de formas de discriminação e violência contra a população idosa. Assim, é necessário refletir acerca do etarismo (ou ageísmo ou idadeísmo). Officer *et al* (2020, p. 2, tradução nossa) ensina que o termo etarismo é uma expressão guarda-chuva, que carrega uma série de preconceitos, estereótipos “em relação aos indivíduos com base em sua idade cronológica ou uma percepção deles como sendo ‘muito velhos’ ou ‘muito jovens’ para ser ou fazer algo”.

Os autores ainda distinguem tais comportamentos negativos contra as pessoas idosas da seguinte forma: “os estereótipos afetam a forma como pensamos (cognição), o preconceito afeta a forma como nos sentimos (emoção) e a discriminação afeta a forma como agimos (comportamento) em relação às pessoas com base em sua idade” (OFFICER ETAL, 2020, p. 2). Ademais, os autores afirmam que, embora tais comportamentos possam afetar pessoas em qualquer faixa etária, na maioria das vezes são as pessoas mais velhas que são atingidas.

Neste sentido, a OMS coloca a necessidade de se “desafiar muitos dos estereótipos que atualmente definem o que é ser ‘velho’” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017, p. 38, tradução livre), tendo em vista que “as normas culturais que colocam a velhice como um período inevitável de declínio podem operar contra esses esforços” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017, p. 38, tradução livre) de reconstrução, preservação e estímulo das capacidades das pessoas idosas.

Visando orientar governos e a sociedade em geral, a Organização das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 2020, lançou a Década do Envelhecimento Saudável 2020-2030, agenda que, pautada em quatro áreas de atuação, relacionadas à educação sobre o envelhecimento e o combate ao etarismo, à criação de espaços capazes de promover as capacidades das pessoas idosas, à prestação de serviços na área da saúde, relativos a cuidados integrados e atenção primária, bem como ao acesso a cuidados de longo prazo, tem por finalidade “reduzir as vulnerabilidades e aumentar os direitos, capacidades e resiliência das pessoas idosas” (ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, 2021) a partir da implementação de tais ações.

Em uma sociedade que tem a juventude como objeto de consumo e símbolo de poder, é preciso empreender esforços para que se compreendam os direitos das pessoas idosas, inclusive para a compreensão da importância da inclusão de tais pessoas nos debates e nas ações de políticas públicas. Tal atividade de socialização do envelhecimento cabe à toda a sociedade, mas de forma particular ao Estado e às instituições de ensino.

Outra área de destaque da Década do Envelhecimento Saudável é a relativa à criação de espaços capazes de promover as capacidades das pessoas idosas e auxiliar aquelas que sofrem alguma perda de habilidade funcional. Conforme observado, o meio ambiente e as atividades sociais, econômicas, culturais, cívicas e espirituais, integram os próprios conceitos referentes ao envelhecimento.

Desta forma, os ambientes físicos, sociais e econômicos desempenham “importantes determinantes do envelhecimento saudável e fazem parte das poderosas influências no processo de envelhecimento, bem como nas oportunidades oferecidas durante esta etapa da vida” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - SITE), assim é possível afirmar que a garantia do direito à cidade, durante todo o curso de vida, mas também durante o período da velhice especificamente, representa a garantia do direito dos idosos a um envelhecimento saudável e ativo.

## **4 | O DIREITO À CIDADE DAS PESSOAS IDOSAS**

No Brasil, movimentos sociais buscaram inserir a pauta do direito à cidade no ordenamento jurídico durante as discussões na Assembleia Nacional Constituinte, com destaque para o Movimento Pela Reforma Urbana (MNRU), que, de acordo com Grazia (2003), tinha como princípios: o direito à cidade e à cidadania, a gestão democrática da cidade, e a função social da cidade e da propriedade. A mobilização popular teve destaque tanto na Constituinte, quanto no processo de aprovação do Estatuto da Cidade, bem como na construção das diversas instâncias de deliberação, inclusive após a aprovação do Estatuto.

Assim, institucionalizou-se no país a política urbana, a ser desenvolvida em seu caráter intramunicipal através de processos de planejamento do desenvolvimento urbano, com destaque para o seu principal instrumento, o plano diretor. Neste sentido, outras duas diretrizes da Política Urbana merecem destaque: o direito à gestão democrática previsto no inciso II do art. 2º do Estatuto da Cidade, e o direito ao planejamento do desenvolvimento das cidades previsto no inciso IV, a fim de, expressamente, evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos ao meio ambiente.

Aplicadas à população idosa, essas diretrizes indicam a necessidade tanto de inserção destas pessoas no processo de planejamento e gestão, para que participem e possam ser ouvidas em suas necessidades específicas. Por sua vez, a recepção das normas referentes à pessoa idosa nesses processos implica em reconhecer a necessidade

de atendimento prioritário dos interesses deste segmento da população.

De forma geral, a Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na previsão dos direitos fundamentais, com a garantia dos direitos individuais, políticos e sociais, disposições que também dizem respeito ao direito das pessoas idosas<sup>23</sup> e ao direito à cidade.

Relacionam-se a estes temas as normas dispostas no artigo 1º da Constituição, que tratam sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil relacionados à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e pluralismo político. Ainda, ressalta-se a previsão do exercício da democracia de forma direta e indireta, tendo em vista o disposto no parágrafo único que prevê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Ademais, cumpre ressaltar também os objetivos fundamentais da República dispostos no artigo 3º, consoantes em construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e, também, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que se refere aos direitos individuais, observa-se, por exemplo, a incidência do artigo 5º que garantem a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

No que se refere aos direitos sociais, percebe-se também a congruência dos temas direito à cidade e direito da pessoa idosa. Os direitos sociais constantes do artigo 6º da Constituição Federal buscam garantir os direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Por sua vez, também se relacionam com o objeto do presente estudo os direitos políticos constantes no artigo 14, que garantem a soberania popular, a ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

No âmbito específico do direito das pessoas idosas, o dever de amparo à esta população é estabelecido constitucionalmente no art. 230 da Constituição Federal Brasileira, que indica a família, a sociedade e o Estado como os obrigados a assegurar a participação dos idosos na comunidade, “defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida» (BRASIL, 1988). Os incisos de tal artigo detalham ainda mais os requisitos necessários para a garantia da dignidade e bem estar, ao assegurar que os programas

---

2 Sobre o histórico da previsão da velhice nas Constituições Federais Brasileiras, ver Ramos (2014).

3 Contudo, tais direitos apenas foram institucionalizados após a realidade apresentar-se bem problemática nas duas áreas: a realidade dos problemas urbanos já se apresentava em nível alarmante, bem como a problemática do envelhecimento da população já estava em ritmo acelerado, de forma que são grandes os desafios a serem enfrentados pela nova legislação.

de amparo aos idosos sejam executados preferencialmente em seus lares, de forma que, mesmo que indiretamente há uma garantia pelo direito à moradia, bem como o dispositivo constitucional também assegura a gratuidade do transporte coletivos urbanos aos idosos maiores de 65 anos.

A proteção da velhice também está prevista constitucionalmente como um dos objetivos da assistência social, no art. 203, que também garante a “promoção da integração ao mercado de trabalho” (BRASIL, 1988) e a percepção do benefício de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos com comprovada impossibilidade de prover a própria manutenção. Ainda, o artigo 226 da Constituição protege a família, e, em seu parágrafo 8º obriga o Estado a assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Tais direitos encontram correspondência nas legislações infraconstitucionais que regulamentam tanto a política urbana quanto o direito dos idosos, a serem analisadas, sobretudo as referentes ao direito da pessoa idosa, a seguir.

#### **4.1 Regulamentação infraconstitucional**

Conforme já mencionado, as pessoas idosas gozam dos mesmos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme disposto no art. 2º do Estatuto do Idoso. Contudo, no caso dos idosos, é preciso destacar o atendimento prioritário deste grupo previsto no artigo 3º.

O próprio parágrafo primeiro de tal estabelece as formas sob as quais deve se efetivar a prioridade aludida no *caput*. Dentre elas, destaca-se a “preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas” (BRASIL, 2003). Neste sentido, a observância dos direitos dos idosos na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano deve ser feita de forma prioritária.

Ressalta-se que não apenas o Estado é responsável por tais garantias. Também cabe à sociedade e à família a realização de vários dos direitos dos idosos, inclusive os referentes ao desenvolvimento urbano. Desta forma, observa-se o disposto no artigo 10 do Estatuto do Idoso que aduz que “é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis” (BRASIL, 2003).

Assim, diversos dos direitos fundamentais constantes do Estatuto do Idoso se efetivam na cidade. Dentre tais direitos, é possível destacar a “faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”, a “prática de esportes e de diversões”, a “participação na vida familiar e comunitária” e a “participação na vida política, na forma da lei” (BRASIL, 2003).

Destaca-se também o direito ao respeito, previsto no parágrafo 2º do art. 10 do Estatuto que aduz que “direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física,

psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais” (BRASIL, 2003).

Tais direitos previstos nas normas de proteção à pessoa idosa, sobretudo o quanto referente à absoluta prioridade, devem ser incorporados ao se tratar da regulamentação da política urbana. É sobre essas bases que deve ser construído e gerenciado o espaço e os serviços urbanos, a fim de se garantir à população idosa a proteção social e o estímulo ao desenvolvimento de suas capacidades para que desfrutem da vida em sua plenitude e com dignidade.

## **5 | O DIREITO À CIDADE NO DIREITO DAS PESSOAS IDOSAS**

Buscando levantar a legislação referente ao direito à cidade dos idosos, foi feita busca pelos direitos descritos no inciso I do art. 2º do Estatuto da Cidade junto ao Estatuto do Idoso e à Política Nacional do Idoso. Assim, foram encontradas previsões para as diversas áreas da vida urbana, quais sejam: habitação e moradia, transporte, educação, cultura, esporte e lazer, trabalho, bem como previsões de integração entre tais direitos.

O Estatuto do Idoso traz normas relacionadas à habitação, ao transporte, à educação, cultura, esporte e lazer e à profissionalização e trabalho que se referem ao pertencimento do idoso na cidade. A habitação tem destaque no capítulo IX do Estatuto do Idoso. A moradia digna é garantida no art. 37 e deve se dar no seio da família natural ou substituta, ou de forma desacompanhada dos familiares, caso seja o desejo do idoso, ou ainda em moradia em instituição pública ou privada.

Também é prevista a assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência nos casos de inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família. De acordo com o parágrafo 2º do artigo 37, “toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente” (BRASIL, 2003). Outro ponto que se destaca no Estatuto do Idoso é a garantia de prioridade do idoso na aquisição de imóvel para moradia própria nos programas habitacionais (art. 38).

Sobre o transporte, as normas tratam da gratuidade, desconto e reserva de assentos, prioridade no embarque e segurança no transporte coletivo público urbano e semi-urbano. Destaca-se o fato de que a gratuidade no transporte é garantida pelo artigo 39 aos maiores de 65 anos, sendo faculdade dos municípios dispor sobre a gratuidade aos integrantes da faixa etária de 60 a 65 anos.

O Capítulo V do Estatuto do Idoso trata sobre educação, cultura, esporte e lazer. Tais normas buscam adequar as atividades culturais, educacionais, esportivas e de entretenimento à peculiar condição de idade das pessoas idosas. Destacam-se as ações educativas para os idosos e sobre o processo de envelhecimento. Assim, há a previsão de cursos especiais para idosos, com “conteúdo relativo às técnicas de comunicação,

computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna” (BRASIL, 2003), e de apoio, do Poder Público, para a criação de universidade aberta para as pessoas idosas.

Ainda, busca-se integrar as pessoas idosas em atividades culturais e de lazer “mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais” (BRASIL, 2003).

Ressalta-se também a existência de previsão normativa acerca da informação sobre o processo de envelhecimento através da educação. Neste sentido, o art. 22 do Estatuto do Idoso dispõe que “nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal serão inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria” (BRASIL, 2003).

Por sua vez, as normas de profissionalização e do trabalho estão dispostas no capítulo VI do Estatuto, com normas que protegem o exercício da atividade profissional dos idosos.

Na Política Nacional do Idoso também é possível encontrar a previsão de direitos urbanos. Logo em seu artigo 1º destacam-se mais uma vez os direitos sociais do idoso. Ainda, a lei destina capítulo específico para as Ações Governamentais, das quais destacam-se as ações referentes à habitação e urbanismo, e cultura e lazer.

Assim, é possível constatar a existência de diversos elementos do direito à cidade na legislação acerca da população idosa. Nesse sentido, tais normas devem ser observadas quando da elaboração ou revisão de marcos normativos e demais ações de política urbana, como os planos diretores, as leis de uso e ocupação do solo, os projetos de regularização fundiária, etc. Ademais, tal observância deve ser feita de forma prioritária conforme estabelece o Estatuto do Idoso. A seguir serão apresentadas algumas iniciativas de cidades amigas das pessoas idosas.

## 6 | CIDADES AMIGAS DOS IDOSOS

*Cidades Amigas dos Idosos* é um programa de certificação da OMS para municípios que pretendem realizar ações para o envelhecimento saudável. Tal iniciativa foi inicialmente proposta em junho de 2005, na abertura do 18º Congresso Mundial de Gerontologia, no Rio de Janeiro. O médico brasileiro Alexandre Kalache abordou pela primeira vez o tema das Cidades Amigas do Idosos a partir de experimento produzido a título de projeto piloto junto à população idosa do bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro. O projeto foi ampliado com a realização da pesquisa em outras 33 cidades através de entrevistas de grupos focais de idosos, cuidadores e demais agentes relacionados. Os resultados deram origem ao *Guia Global: Cidade Amiga do Idoso* (2008), que aborda os temas resultantes da pesquisa

realizada.

Em 2010, foi estabelecida a Rede Global da OMS para Cidades e Comunidades Amigas dos Idosos, que hoje conta com 1.114 cidades e comunidades em 44 países (OMS SITE). O projeto propõe o reconhecimento e a atuação em oito domínios específicos relacionados à vida da pessoa idosa, quais sejam: comunidade e cuidados com a saúde, transporte, habitação, participação social, espaços ao ar livre e edifícios, respeito e inclusão social, participação cívica e emprego e comunicação e informação. Neste sentido, destaca-se a escuta da população idosa e a abordagem intersetorial para o planejamento e execução das políticas relacionadas ao envelhecimento.

Para se tornar uma cidade amiga do idoso, sociedade e município devem se organizar e apresentar à OMS a sua inscrição com uma Carta de Intenções do Prefeito e seguir a trilha indicada consubstanciada em recebimento da Carta de Intenções, avaliação da linha de base da Estratégia, plano de ação e avaliação do compromisso.

Alinhado metodologicamente com a iniciativa da OMS, o Brasil promulgou o Decreto n. 9.328/2018, que instituiu no país a Estratégia Brasil Amigo da Pessoa Idosa (EBAPI), iniciativa derivada da Rede Global da OMS para Cidades Amigas dos Idosos. Em 2019, tal decreto foi revogado pelo Decreto n. 9.921/2019, que passou a regulamentar a Estratégia. De acordo com o Documento Técnico da EBAPI, a Estratégia baseia-se nos marcos legais para proteção das pessoas idosas tais quais a Política Nacional do Idoso (PNI), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Portaria MS/GM nº 2.528, de 20 de outubro de 2006). Os objetivos da Estratégia estão descritos no artigo 25. Composta por cinco fases, a serem reconhecidas através de selos, a Estratégia envolve uma série de ações referentes à adesão, à criação ou comprovação de funcionamento de Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, atividades de capacitação, elaboração de diagnóstico, discussão e aprovação de projeto de lei do plano municipal elaborado a partir do diagnóstico, sanção da lei pelo prefeito e divulgação da lei sancionada. Na fase de execução do plano municipal da Estratégia, também estão previstos três tipos de ações de caráter obrigatório, opcional e de escolhas locais, entendidas estas como aquelas referentes às particularidades de cada município.

## **7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS: POSSIBILIDADES E DESAFIOS PARA UM ENVELHECIMENTO SAUDÁVEL NA CIDADE**

O acelerado processo de envelhecimento da população brasileira coloca uma série de desafios a serem enfrentados. A diminuição da parcela economicamente ativa acabará por sobrecarregar os serviços públicos, com o risco de não haver as condições necessárias para a garantia da vida digna desta população. Tendo em vista que a maior parte da população residirá em ambientes urbanos, e que estes são espaços de realização

dos direitos fundamentais, faz-se necessário pensar em políticas urbanas voltadas para a garantia de um envelhecimento saudável, devendo estas serem capazes de tanto buscar recuperar os danos sofridos em decorrência do envelhecimento, como também de oferecer condições para que a população idosa desenvolva suas capacidades nesta nova fase da vida.

Para tanto, faz-se necessário integrar o debate acerca dos direitos das pessoas idosas na elaboração e acompanhamento da política urbana, sobretudo, integrando esta população nos processos de planejamento e gestão urbano, garantindo-lhes a escuta de suas demandas e atendendo, com prioridade, suas necessidades.

Neste sentido, iniciativas como a Cidade Amiga do Idoso, ou Estratégia Amiga do Idoso se colocam como estratégias que têm possibilidade de auxiliar os municípios a desenvolver essa função.

## REFERÊNCIAS

GRAZIA, G. Reforma urbana e o Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, L. C. Q.; CARDOSO, A. L. (Org.). **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan: fase, 2003. p. 53-70.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. IBGE, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 26/01/2022.

LIMA-COSTA, M. F. Aging and public health: the Brazilian Longitudinal Study of Aging (ELSI-Brazil). **Revista de Saúde Pública**, v. 52, n. Rev. Saúde Pública, 2018 52 suppl 2, p. 2s, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos de 2015**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO\\_Idoso/Textos/Convenção%20Interamericana.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Convenção%20Interamericana.pdf). Acesso em: 15/11/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Guia global: cidade amiga do idoso**. Genebra: OMS, 2008. Disponível em: <https://www.who.int/ageing/GuiaAFCPortuguese.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **Início da Década do Envelhecimento Saudável (2021-2030) nas Américas**. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/eventos/inicio-da-decada-do-envelhecimento-saudavel-2021-2030-nas-americas>. Acesso em: 20 set. 2021.

RAMOS, P. R. B. **Curso de direito do idoso**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502213968. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213968/>. Acesso em: 21/01/2022.

OFFICER, A. *et al.* Ageism, Healthy Life Expectancy and Population Ageing: how are they related? **International Journal Environmental Research And Public Health**, p. 1-11, maio 2020. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1660-4601/17/9/3159#cite>. Acesso em: 30/12/2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Envelhecimento ativo**: uma política de saúde. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005. Tradução Suzana Gontijo. Disponível em: [https://www.academia.edu/38677534/ENVELHECIMENTO\\_ATIVO\\_UMA\\_POL%C3%8DTICA](https://www.academia.edu/38677534/ENVELHECIMENTO_ATIVO_UMA_POL%C3%8DTICA). Acesso em: 24/10/2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global strategy and action plan on ageing and health**, 2017. World Health Organization. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/329960>. Acesso em 30/12/2021.

# EDUCAÇÃO INFANTIL DE 0 A 3 ANOS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL POSITIVA NEGADA PELO ESTADO: ANÁLISE EM UM MUNICÍPIO DA MICRORREGIÃO DO BICO DO PAPAGAIO

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Vanessa Pereira Costa**

Especialista em Gestão da Educação Municipal pela UFT  
Mestranda em Educação Profissional e Tecnológica pelo IFTO  
Servidora na Secretaria Municipal de Educação de Araguatins - TO

**RESUMO:** O presente apresenta trabalho teve como objetivo investigar como os gestores da educação da referida cidade pretendiam cumprir a meta 1 PME no que diz respeito a obrigatoriedade do município em atender as crianças da Educação Infantil na faixa etária de 0 a 3 anos de idade, em pelo menos 50% até o final do decênio 2015-2025, considerando que nascem mais de 600 crianças por ano segundo dados do SINASC. Essa modalidade de educação é de reponsabilidade exclusiva do ente federado município, principal justificativa para escolha da temática. O município em análise foi contemplado com 4 obras de creches padrão FNDE “Tipo B”, porém há somente 1 funcionando e as outras 3 paralisadas e sem perspectivas de conclusão. O aporte teórico utilizado foi diverso, dentre eles: CF 1988, LDB nº 9394/96, RCNEI, DCNEI, ECA, Alexandrino

e Paulo (2015). A metodologia seguida foi pesquisa de campo do tipo quantitativa, descritiva e exploratória sendo feita primeiramente análise bibliográfica, seguida de visitas *in loco* nas creches e aplicação de questionário. Os resultados mostraram que os colaboradores têm ciência da problemática enfrentada, no entanto, precisam dar encaminhamentos visando atender ao direito positivo à educação, o qual será mais uma vez adiado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação Infantil; Direito positivo; Gestão de Recurso Público.

### **INTRODUÇÃO**

A educação é um direito constitucionalmente garantido, responsabilidade conjunta da família e do Estado, a ser ofertada em instituições escolares públicas e de forma gratuita. Especificamente, a Educação Infantil é a etapa inicial da educação básica e tem como objetivo o desenvolvimento integral da criança.

Segundo dados do Sistema Nacional de Crianças Nascidas Vivas - SINASC nascem mais de 600 crianças por

ano no município. Conforme legislação vigente, na faixa etária em estudo, a criança está na Educação Infantil, reponsabilidade constitucional exclusiva do ente federado município. O desafio do município é atender a crescente demanda de oferta educacional nessa faixa etária em cumprimento a meta 1 (um) do PME que prevê atendimento de pelo menos 50% dessas crianças até o final do decênio 2015-2025, uma vez que o cenário da infraestrutura das creches no município não é boa, ou seja, há 1 (uma) creche funcionando e 3 (três) obras de creches padrão Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE “Tipo B” paralisadas e sem perspectivas de conclusão.

O objetivo geral elencado foi investigar como a gestão pretendia cumprir a meta 1 (um) do Plano Municipal de Educação no que diz respeito a obrigatoriedade do município em atender as crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, etapa de suma importância na vida educacional e requer atendimento em creches.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **A Educação como garantia legal**

A Constituição Federal - CF de 1988 no artigo 6º traz no rol dos direitos sociais a educação estreando a lista. A “Constituição Cidadã», como assim ficou conhecida, foi mais ousada que as suas antecessoras ao elevar a educação ao patamar de direito fundamental, objetivo fundamental e direito social da República Federativa do Brasil, seguindo, desse modo, a moderna tendência das atuais Nações Democráticas cujas políticas encontraram-se centradas no bem-estar e na dignidade da pessoa humana.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações/dimensões, considerando o momento do surgimento dos mesmos e o respectivo reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Especificamente Alexandrino e Paulo, 2015 classificam a educação como um direito de segunda geração/dimensão. Sendo que os de primeira geração estão relacionados com a liberdade do homem individualmente, a exemplos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião, entre outros. Já os direitos de terceira geração consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade, todos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Para esclarecer esse termo Alexandrino e Paulo (2015, p. 103) conceituam os direitos de segunda geração e trazem um rol exemplificativo.

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de

participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. São, por isso, denominados direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados.

Dessa maneira, a educação necessita de uma atuação positiva do Estado, ou seja, o acesso a educação básica, obrigatória e gratuita se configura como direito público subjetivo, conforme assegura o artigo 208, inciso VI, § 2º da Constituição Federal de 1988 “§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente.

Esse tema também é tratado com tamanha relevância no artigo 4º da Lei nº 8.069 /90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA, pois relata os direitos básicos da criança e do adolescente, dentre eles, à educação.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse contexto está o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o atendimento em creche e pré-escola, segundo dispõe o artigo 54 , inciso IV do ECA. “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”.

Há também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB - Lei 9394/96, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. É conhecida como a lei maior da educação.

Em seu artigo Art. 4º a LDB traz a obrigação do Estado em oferecer a Educação Infantil como direito positivo: “Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”.

O artigo 11, inciso V da mesma traz a reponsabilidade do ente federado município pela oferta da Educação Infantil.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

O artigo 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB nº 9.394/96, conforme pode ser verificado abaixo.

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

## **A Educação Infantil no Plano Municipal de Educação**

O Plano Municipal de Educação, doravante denominado PME, aprovado pela Lei Municipal 1.190/2015. Um planejamento de gestão que está em consonância com o Plano Nacional de Educação – PNE, aprovado pela Lei Federal 13.005/2014 e o Plano Estadual de Educação – PEE, aprovado pela Lei Estadual 2.977/2015. Estes planos determinam em suas respectivas instâncias, as diretrizes, metas e estratégias para a política educacional dos próximos dez anos. A meta 1, alvo do estudo apresenta:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PME.

O texto da meta trata de toda a Educação Infantil, porém o objeto de estudo é apenas a segunda parte, ou seja, ao que diz respeito ao atendimento das crianças de até 3 anos de idade, o qual deve acontecer especificamente nas creches, estando assim em consonância com o texto legal da Lei 9.394/96 em seu artigo 30, inciso I: “Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade”.

Objetivando atender ao que preconiza a meta referente a Educação Infantil o PME conta com 17 (dezesete) estratégias bem pontuais, as quais abordam desde a demanda, a estrutura física, a busca pelos beneficiários de programas de transferência de renda, os portadores de necessidades educacionais especiais, a diversidade, a formação do profissional, a qualidade e o aperfeiçoamento contínuo do processo.

## **Situação do município sob as perspectiva dos gestores**

A pesquisa foi realizada com o Prefeito, gestor do município, um senhor com mais de 70 anos de idade e que já exerceu diversas funções públicas, inclusive de Secretário de obras junto a outros governos municipais. Foi realizada também com a Secretária de Educação, gestora da pasta da Educação no município, a qual é Professora Mestre. Dentre as funções públicas que já exerceu, uma delas foi Secretária de Assistência Social.

O questionário é composto por 10 (dez) questões, sendo 1 (uma) questão fechada, 1(uma) direcionada a função exercida e 8 (oito) questões abertas que versam sobre a temática em estudo, ou seja, permearam sobre como concebem a importância da Educação Infantil, se conhecem as legislações sobre o cumprimento da oferta dessa modalidade de educação, se conhecem a realidade das obras de creche no município, se conhece os dados quantitativos de crianças nessa faixa etária, se o município já deu o devido

encaminhamento legal para solucionar o problema de paralização das obras das creches, finalizando com o questionamento sobre penalidades pelo descumprimento da oferta da referida modalidade de ensino.

O Prefeito, mesmo com pouca escolarização, teve o cuidado de nomear para gerir a Educação uma profissional com um dos níveis mais altos de escolaridade.

Especificamente sobre a pergunta número 3 (três) questionados sobre a posição que a Educação Infantil se encontra em relação às prioridades da gestão. A este questionamento, o Prefeito afirmou de forma simples “Eu acho que é de primeira utilidade”. A Dirigente de forma pontual respondeu “Prioridade 1, pois temos que cumprir a meta 1 do Plano Nacional de Educação – PNE”. Parece haver conhecimento suficiente do desafio que o município enfrenta por parte dos dois colaboradores, no entanto, há inconformidade entre o conhecimento deles e o real atendimento, uma vez que o fato de saber da realidade, não a faz diminuir.

A questão número 7 (sete) afirma a existência de 3 (três) obras de creches paralisadas e, posteriormente, questiona: Quais fatores têm determinado essa paralisação? É de seu conhecimento? Seguida de Justificativa. Essa questão oportuniza aos colaboradores compartilharem a responsabilidade pelas condições das obras. E foi isso que o Prefeito fez quando respondeu “Sim. Conheço. Foi gasto o recurso na gestão anterior. O município está procurando meios para concluir as obras”. Essa resposta representa a intenção do gestor em solucionar a problemática, no entanto, é sabido que Araguatins é um município pequeno e de pouca arrecadação, inviabilizando concluir a obra.

Segue a resposta da Dirigente, “Temos divulgado ao longo dos três anos desta gestão, a situação das obras de creche paralisadas, pois entendemos que é direito do cidadão o conhecimento dos fatos. Enquanto gestão, ao assumir a pasta ainda em janeiro de 2013, logo obtive as informações acerca da situação das obras de creche e desde então tem sido feita uma sensibilização do gestor para a resolução do problema”. De forma implícita, também menciona a gestão anterior e apresenta seu alerta ao gestor do município em relação ao problema.

Objetivando complementar a questão anterior, a pergunta número 8 (oito) pretende saber qual o encaminhamento legal que o município deu para solucionar o problema de paralisação das obras das creches.

De acordo com o Prefeito “Foi feita denúncia junto às autoridades competentes explicando os motivos, inclusive no FNDE”. Segundo a Dirigente, “Inicialmente o atual gestor buscou dar continuidade às obras. Porém, após análise físico-financeira foi detectada a incoerência entre o recurso pago e o aplicado nas obras, bem como a inviabilidade de concluí-las com o recurso restante. Nesse sentido, o gestor tem agido junto às empresas licitadas para retomarem as obras”.

A contradição das respostas obtidas frente a realidade é ratificada pelo fato de não haver nenhum documento comprobatório sobre responsabilização junto aos órgãos

públicos, significando que os recursos públicos são gastos, sem a devida fiscalização e, posterior responsabilização pelos mesmos.

Concatenando, a página 13 do diagnóstico do município que embasou a elaboração do PME, traz dados da Secretaria Municipal de Saúde a respeito da quantidade de crianças nascidas vivas,

“...a partir dos dados do “Sistema de informação de Nascidos Vivos – Sinasc, que revelam o seguinte: em 2010 nasceram 563 crianças; 597 em 2011; 557, em 2012; 511 em 2013; e 646 em 2014, os quais subsidiarão nosso atendimento da demanda para próximo decênio”.

Baseados nesses dados, segue a Tabela 1 – Demanda e atendimento da Educação Infantil de 0 (zero) a 3 (três) anos.

Crianças Nascidos Vivos por ano	Crianças atendidas na Creche por ano	Crianças que saem da Creche por ano	Déficit de atendimento por ano	Quantidade de creches necessárias para atender a demanda
600	218	114	382	3

Baseado na tabela acima, no quantitativo de atendimento e na organização da instituição demonstra claramente a deficiência de creches para atendimento da demanda anual, ou seja, seria necessário 3 (três) creches em pleno funcionamento. No entanto, é interessante enfatizar que esse dado é a partir da organização da escola e não da orientação do FNDE, pois foi verificado que a escola está atendendo além de sua capacidade para o Projeto Padrão “Tipo B”.

## CONCLUSÃO

O órgão financiador (FNDE) foi coerente ao contemplar o município com as obras de creches. Ou seja, a deliberação das obras ocorreu de acordo com a demanda, no entanto, o não acompanhamento dos gastos públicos impossibilitou o atendimento educacional em evidência.

É lamentável saber que há mais de quatro milhões investidos em construções inacabadas. É lamentável também constatar que o legislativo, Ministério Público e, a sociedade civil: fiscais da lei, nada fizeram relacionado a este caso, talvez sequer souberam. Nesse contexto, a constatação é a seguinte: quem mais precisa, é a quem mais é negado, ou seja, as crianças.

Os gestores da educação no município em pauta conhecem a problemática da infraestrutura das creches, conhecem a legalidade a ser cumprida, conhecem os dados do Sistema Nacional de Nascidos Vivos, enfim, está faltando apenas responsabilizar as

pessoas pelo mau uso dos recursos públicos e dar continuidade às obras, concluir as creches e ofertar a Educação Infantil como é de responsabilidade do município.

Verificou-se que boa vontade tem por parte dos gestores em atender a meta 1 do PME, porém não apresentaram maneiras concretas de enfrentamento da referida realidade, levando a crer que como não há penalidades, nem pelo descumprimento da lei, tampouco, pela não aplicação dos recursos públicos a contento àquilo a que foi destinado, pode ser que a garantia do direito subjetivo à educação seja adiado por mais algum tempo.

Pode-se afirmar que o fato de a lei do PME definir um quantitativo percentual mínimo de 50% das crianças para serem atendido ao final do decênio 2015-2025 se configura o reforço da exclusão/restrição ao direito positivo à educação garantido na magna carta.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. 48 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Lei nº13.005. **Plano Nacional de Educação - PNE**. de 25 junho de 2014. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acessado em 13/04/2016.

BRASIL. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Brasília: DF, 1996.

BRASIL. Lei nº 8.069. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. de 13 de julho de 1990.

# O ENSINO DE NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO NO ENSINO MÉDIO – UMA PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO PELAS LENTES DO PROJETO ADEM

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Carolina Costa de Santa Isabel**

**Giuliano Roberto Suffredini**

**Isabela Grizante Toledo**

**Isadora Paula Gonçalves**

**Jussara Melo Pedrosa**

**Thaís de Freitas Ferreira**

**Yasmin-Anglê Vieira de Souza  
Gonçalves**

O projeto “Aprender Direito no Ensino Médio (ADEM)” surgiu pelo reconhecimento de que, para a formação de cidadãos mais conscientes, é necessária uma base educacional sólida e, considerando os artigos 6º e 205 da Constituição Federal do Brasil de 1988 e o artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a educação é direito de todos, bem como dever do Estado e da Família. Ademais, o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro expõe que ninguém se escusará de cumprir a lei por

não a conhecer, logo, o estudo do Direito na formação básica é fundamental. Em vista dos fatos, a discente Mariana Pereira e a docente Mara Cristina Hillesheim idealizaram o projeto no ano de 2018 e, a partir de 2019, segue-se sob a coordenação da docente Jussara Melo Pedrosa e pelo impulso de discentes do curso de Direito que compartilham da ambição de estreitar as relações entre os estudantes do ensino médio e o ordenamento jurídico pátrio.

O projeto, que leva o ensino do Direito às Escolas, visando a melhor compreensão do público-alvo, divide as matérias tratadas em uma “Linha do Tempo dos Direitos da Pessoa Humana”, relacionando as fases da existência humana, da concepção até após a morte, e os direitos respectivamente garantidos em cada um desses estágios, a saber: direitos do nascituro, direito aos alimentos, noções gerais de direito constitucional, direitos humanos, acesso à justiça, estatuto da criança e do adolescente, estatuto do jovem, os direitos pertinentes ao jovem no mercado de trabalho, direito das famílias,

direito do consumidor, estatuto do idoso e demais temas.

Desde que iniciou suas atividades o projeto foi executado sem interrupções, mesmo no momento pandêmico, ainda que de forma remota, exerceu seu compromisso, empenhando-se para que os alunos entendessem a importância do conhecimento sobre o ordenamento jurídico pátrio, por considerar que, diante da complexidade das normas que regem a vida em sociedade, ter acesso a noções básicas sobre seus direitos e deveres é meio e garantia para concretizar o desempenho da cidadania.

A metodologia do projeto ADEM é focada em uma proposta ativa, inserindo os participantes no centro do processo de aprendizagem, voltando-se para além da aula expositiva e trazendo a utilidade e conhecimento do Direito aplicado no dia a dia, de modo que os alunos entendam, enquanto cidadãos, seus direitos e deveres em sociedade, por meio de casos concretos.

Os integrantes do projeto vão até as escolas parceiras e realizam aulas, palestras, debates, teatros, júris simulados, simpósios e jogos interativos. Além disso, desenvolvem postagens e vídeos nas redes sociais sobre os temas explanados, seguindo, portanto, a proposta de tornar ativas as aulas teóricas. Os encontros são realizados diretamente nas escolas, conforme disponibilidade das instituições, praticando um ensino participativo do conteúdo, incentivando a manifestação de todos os presentes (alunos, professores, convidados externos, graduandos etc.).

Como resultado de suas novas técnicas de metodologia, os integrantes do projeto ADEM percebem o desenvolvimento de um espaço seguro que, em decorrência disso, gera maior engajamento e absorção dos alunos frente aos conteúdos passados e, a partir disso, é possível fomentar o pensamento crítico-reflexivo sobre situações jurídicas e suas resoluções no mundo real, relacionadas diretamente à violação de Direitos e Garantias Fundamentais. Ademais, por meio do trabalho realizado, é possível verificar o desenvolvimento do conhecimento, da oratória, da escrita, do comprometimento e da responsabilidade dos envolvidos.

Por fim, o ADEM busca proporcionar uma experiência valiosa para todos os envolvidos. Aos graduandos proporciona experiências práticas sobre o conteúdo acadêmico adquirido na Universidade, e aos alunos do ensino médio proporciona o conhecimento que até o momento não tinham contato, transformando-os em replicadores dessas informações, de forma a atingir a comunidade em geral, trazendo maior compreensão a todos acerca de noções sobre seus direitos e deveres, contribuindo, assim, com a formação de uma sociedade mais consciente e apta ao exercício da cidadania.

# OS POVOS TRADICIONAIS NA AMÉRICA DO SUL: UM ESTUDO DO PANORAMA POLÍTICO NO BRASIL, BOLÍVIA, CHILE E PERÚ

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Mariana Carraca Pinto da Costa**

Pós-graduanda em Etnologia Indígena pela FAVENI, graduanda em Letras pela UFF e graduada em Direito pelo Centro Universitário UNIFAA. Advogada, com capacitação em Direito Ambiental, pesquisadora de conflitos socioambientais e políticas indigenistas na América Latina e Diretora de Extensão da Liga Acadêmica Brasileira de Antropologia e Direito Indígena (LABADI). É presidenta do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Valença – RJ (CONDEMA), representante da sociedade civil no Programa Municipal de Educação Ambiental (PROMEIA) e conselheira sobre legislação ambiental, representante da OAB/RJ, em diversos Conselhos Consultivos de áreas de proteção ambiental no Estado do Rio de Janeiro. No Terceiro Setor, atua como Embaixadora/Mobilizadora da ONG Politize! - Educação Política, conduzindo a formação de lideranças com foco no exercício do protagonismo cidadão e fortalecimento da democracia <http://lattes.cnpq.br/0663287788553161>

### **Ronny Max Machado**

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil.  
Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Diretor de Pesquisa junto a Liga Acadêmica Brasileira de Antropologia e Direito Indígena-LABADI  
<http://lattes.cnpq.br/3526842654606450>

**RESUMO:** Os povos indígenas estabelecidos em territórios latino-americanos são vítimas constantes de violação de direitos. A forma como se constituiu e o *modus operandi* do Estado neoliberalista agravam esse cenário, colocando em risco a existência dos povos e a conservação do meio ambiente. Por isso é importante conhecer sobre tais povos, sua relação com a natureza, e qual é o atual cenário de garantia dos seus direitos. Sendo assim, a metodologia adotada é de revisão bibliográfica acompanhada da análise de informações jurídicas e sociais com objetivo de apontar fragilidades e iniciativas na relação entre os indígenas e os Estados em que estão inseridos, sendo aqui observados os países: Brasil, Bolívia, Chile e Peru. A partir das informações analisadas, conclui-se que, apesar dos compromissos assumidos conjuntamente

entre os países, a efetividade das garantias ainda é escassa e depende de luta constante para que as previsões constitucionais desses países venham a dar real proteção à vida e ao *habitat* natural dos povos originários latino-americanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Povos tradicionais; direitos; proteção; defesa.

## TRADITIONAL PEOPLES IN SOUTH AMERICA: A STUDY OF THE POLITICAL OVERVIEW IN BRAZIL, BOLIVIA, CHILE AND PERU

**ABSTRACT:** Indigenous peoples settled in Latin American territories are constant victims of rights violations. The way in which it was constituted and the modus operandi of the neoliberalist State aggravate this scenario, putting the existence of peoples and the conservation of the environment at risk. That is why it is important to know about these peoples, their relationship with nature, and what is the current scenario of guaranteeing their rights. Therefore, the methodology adopted is a bibliographical review accompanied by the analysis of legal and social information in order to point out weaknesses and initiatives in the relationship between indigenous peoples and the states in which they are inserted, with the following countries being observed: Brazil, Bolivia, Chile and Peru. From the information analyzed, it is concluded that, despite the commitments assumed jointly between the countries, the effectiveness of the guarantees is still scarce and depends on a constant struggle for the constitutional provisions of these countries to give real protection to life and the natural habitat. of native Latin American peoples.

**KEYWORDS:** Traditional peoples; rights; protection; defense.

## 1 | INTRODUÇÃO

É importante conhecer o panorama histórico-jurídico dos países da América Latina, em âmbito nacional e internacional, no que se refere à garantia do direito à vida digna dos povos originários que habitam seus territórios e que, desde a colonização, são vítimas de barbárie e menosprezo tendo suas terras e vidas ceifadas para abrigar as necessidades dos povos colonizadores, que em nome da civilização que buscavam estabelecer, atentam contra os direitos fundamentais da população indígena.

Esse cenário problemático pode ser observado em países como Brasil, Bolívia, Chile e Peru, a partir da problemática atual de cada um deles, com o objetivo de visualizar as circunstâncias do presente e demonstrar a significativa importância antropológica, artística, cultural, econômica e ecológica da contribuição de cada povo indígena para manter viva a sua história e nosso meio ambiente.

A luta indigenista impõe esforço para conquistar a integração social, mantendo suas respectivas culturas e relações no modo de viver, buscando a obtenção de direitos básicos como assistência social, segurança pública, saúde e políticas ecológicas que se voltem a conservar as áreas de reservas indígenas.

A defesa dos povos originários implica o desenvolvimento de projeto jurídico e processo sociopolítico que considerem o uso necessário das terras, para que os trabalhos

realizados nas reservas indígenas sejam sempre sustentáveis, preservando todos os recursos ecológicos, garantindo as necessidades das futuras gerações indígenas e fomentando, axiologicamente, costumes e tradições indígenas.

## 2 I A CRIAÇÃO DO INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO

O Instituto Indigenista Interamericano, dedicado a proteger direitos e garantias dos indígenas na América por meio da implementação de política comum entre os seus signatários, teve sua criação em abril de 1940, em Patzcuaro, no estado de Michoacán, no México, durante a realização do Congresso Indigenista Interamericano. Foi promulgada no Brasil em 19 de Agosto de 1954, em celebração ao Dia do Aborígene Americano, data esta em que se celebra o Dia do Índio no Brasil. Sendo a primeira Assembleia promovida por todos os Países da América, estabelecendo em comum acordo ao Dia do Índio, por estes Países, com a dedicação em estudos dos conflitos indígenas. Carlos Soria Dall' Orso (1993, p. 55) alega:

De manera quesilos postulados iusnaturalistas, eran rechazados, masaun, plantear el reconocimiento el reconocimiento a una organizaciôn socio-politica diferente, com un sistema jurídico propio y con absoluto derecho a su existencia autônoma. Era necesario, desde el derecho, tranquilizar conciencias y legitial Esta Estado colonial, mas no modificar la realidadde unos indios. (SORIA, 1993, p.55).

A partir da identificação dos seus anseios, tais países devem se organizar, em âmbito interno e externo, para suprir as necessidades e ajudá-los por meio de políticas e órgãos ministeriais próprios para cuidar desses interesses. É preciso atuar para garantir a eles saúde, educação, assistência social, geração de renda, segurança de pertencimento de suas reservas sem a interferências externas. Os povos indígenas, em grande parte, sofreram abusos físicos, sexuais, psicológicos, torturas e escravização para servirem de mão-de-obra ao povo elitizado, na exploração da terra.

Os confrontos com a população civilizatória resultaram em muitas mortes, decorrentes da disputa de território em função do crescimento demográfico e da cultura comercial, trazendo “progresso” econômico e explorando, mediante invasão, áreas sob demarcação; os indígenas começaram a perder, além de suas terras nativas, a sua cultura, sua liberdade e as crenças religiosas particulares a cada um. Por tais motivos, e considerando a manutenção das mesmas condições exploratórias de civilização capitalista e agrária, muitas comunidades indígenas têm risco real de extinção. Estabelece o artigo X do instituto sob análise:

ARTIGO X. Dos Institutos Indigenistas Nacionales 1. Os países contratantes organizarão na data que lhes pareça conveniente e dentro das suas respectivas jurisdições, um Instituto Indigenista Nacional, cujas funções serão, na Generalidade, estimular o interesse e proporcionar informações sobre matéria indígena as pessoas ou instituições públicas ou privadas e realizar

estudos sobre a mesma, que sejam de particular interesse para o país. 2. Os Institutos Nacionais serão filiais do Instituto Indigenista Interamericano, ao que prestarão um informe anual. 3. Os gastos, organização e regulamento dos Institutos nacionais serão da incumbência das respectivas

Estas medidas visam garantir atendimentos voltados ao acolhimento da população indígena, havendo a cooperação entre os signatários, para que haja engajamento na luta em prol dos direitos humanos indígenas, com o compromisso de criar e gerir políticas públicas participativas, fomentar estudos e pesquisas que direcionem-se à qualidade de vida da população indígena. Nos artigos XIV e XV, observamos:

ARTIGO XIV. Dos Estudos Especiais. Os Estudos, ou investigações, empreendidos especialmente por um ou por dois dos países contratantes serão subsidiados por conta dos países interessados.

ARTIGO XV. Cada uma das Altas Partes contratantes reconhece a personalidade jurídica do Instituto Indigenista Interamericano.

As preocupações colocadas buscam evitar a degradação humana impulsionada pelas lutas sociais e favorecer conquistas a movimentos indígenas, esperando que a união participativa de líderes políticos em cooperação internacional, possam atender às particularidades de cada grupo social indígena, impedindo seu genocídio.

### **3 | O PAPEL DA CONVENÇÃO OIT 169 DE 1989**

A Organização Internacional do Trabalho apresenta como ensinamentos:

1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

A política apresentada pela Convenção objetiva promover a efetividade de direitos econômicos, culturais e sociais em prol da defesa dos direitos humanos da população indígena, como nos observamos no artigo 2º, item 2, b):

Artigo 2º 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o

respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições.

Em relação à instrução, o objetivo específico trata da educação, justamente pelo viés de ensino e aprendizagem, por meio de metodologias e processos pedagógicos multidisciplinar e pluriculturais na temática indigenista, como podemos depreender das palavras de Mario Sergio Cortella (2015, p. 33):

Essa educação continuada pressupõe a capacidade de dar vitalidade à ação, às competências, às habilidades, ao perfil das pessoas. E isso, entre outras coisas, traz uma multiplicidade de elementos, desde treinamentos até cursos de formação e especializações. E também a formação de sensibilidade estética. (CORTELLA, 2015, p.33).

Como medida de promover engajamento social e o aprender a partir do processo cultural de arte indígena, a Convenção apresenta em seu Art. 29: “Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional”. Impõe-se ações sociais para fazer respeitar a diversidade, o pluralismo cultural e a preservação de pluriethnicidade. Já nos artigos 8º e 9º, vem tratar de aspectos relativos à responsabilidade civil e criminal dos indígenas, estabelecendo que:

Artigo 8º 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Artigo 9º: 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Isto posto, vemos que se deve zelar, considerados critérios de compatibilidade com previsões de Direitos Humanos, pela autodeterminação de comunidades indígenas na prática de seus costumes e instituições, diante de eventuais circunstâncias conflituosas que possam emergir do processo de defesa dos seus territórios contra invasões de exploradores.

## 4 I OS POVOS TRADICIONAIS NA REGIÃO AMAZÔNICA

De acordo com o Instituto Socioambiental, 63 povos tradicionais habitam a Região Amazônica, sendo eles: “Apurinã, Arapaso, Banawá, Baniwa, Barasana, Bará, Baré, Borari, Deni, Desana, Dâw, Hixkaryana, Hupda, Jamarari, Jarawara, Jiahui, Juma, Kaixana, Kambeba, Kanamari, Karapanã, Katuenayana, Katukina do Rio Biá, Kaxarari, Kaxuyana, Kambe, Koripako, Korubo, Kotiria, Kibeo, Kulina, Kulina Pano, Makuna, Maranguá, Marubo, Matid, Matsés, Miranha, Mirity-tapuya, Munduruku, Mura, Nadöb, Parintintim, Paumari, Pira-tapuya, Pirahã, Sateré Mawé, Siriano, Tariana, Tenharim, Ticuna, Torá, Tsohom-dyapa, Tukano, Tunayana, Tuyuka, Waimiri Atroari, Waiwai, Warekena, Witoto, Yanomami Yuhupdeh e Zuruahã<sup>1</sup>”. Conforme escreveu Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2021, p. 582):

As formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, os objetos, os documentos, as edificações, bem como os demais espaços destinados às suas manifestações artísticas culturais, como também os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico e científico estão inseridos no denominado MEIO AMBIENTE CULTURAL, devendo obedecer evidentemente para sua adequada interpretação, os princípios fundamentais constitucionais. (FIORILLO 2022, p. 582)

Tais fundamentos devem ser observados ao executar políticas públicas indigenistas, ao cuidar das terras destinadas à ocupação indígena, incluindo as as tribos isoladas; precisam estar contidos em ações para conservar e recuperar o ambiente já degradado, controlar e prestar segurança contra os riscos à vida dos indígenas. Neste sentido, vale citar o poema de Juscelino Vieira Mendes (1999, p.77):

As chamas de alma mortas  
Se movem. Mais um índio cai inerte  
Envolto pelas flamas ignotas  
De um desdenhar que perverte.(...)  
Era um Pataxó que quisera ser  
Mendigo de suas próprias heranças  
Destronado que fora dos sonhos de ter  
Suas matas, habitadas de lembranças.  
Recebeu sua parte comendo o pão  
Buscado sob mesas fartas,  
O seu pedaço de chão:  
Em chamas, à semelhança de suas matas.

Sobre o *modus vivendi* dos povos indígenas, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 231, *caput*, salienta que: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar

<sup>1</sup> Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Categoria:Povos\\_indigenas\\_no\\_Amazonas](https://pib.socioambiental.org/pt/Categoria:Povos_indigenas_no_Amazonas) Acesso: 21 de novembro 2022.

todos os seus bens”. Também neste sentido, declara Darcy Ribeiro (1995, p. 45):

Para os índios que ali estavam, nus na praia, o mundo era um luxo de se viver, tão rico de aves, de peixes, de raízes, de frutos, de flores, de sementes, que podia dar as alegrias de caçar, de pescar, de plantar e colher a quanta gente aqui viesse ter. Na sua concepção sábia e singela, a vida era dádiva de deuses bons, que lhes doaram esplêndidos corpos, bons de andar, de correr, de nadar, de dançar, de lutar. Olhos bons de ver todas as cores, suas luzes e suas sombras. Ouvidos capazes da alegria de ouvir vozes estridentes ou melódicas, cantos graves e agudos e toda a sorte de sons que há. Narizes competentíssimos para fungar e cheirar catíngas e odores. Bocas magníficas de degustar comidas doces e amargas, salgadas e azedas, tirando de cada qual o gozo que podia dar. E, sobretudo, sexos opostos e complementares, feitos para as alegrias do amor. (RIBEIRO, 1995, p. 45).

O *habitat* é a própria terra, a floresta, a conexão com a natureza, sem os males lançados por seus invasores; os recursos naturais são sua fonte de sobrevivência, e por este sentido vital deve ser sagrada a sua preservação. Seus territórios, habitados em caráter histórico permanente, são propriedades reservadas à população indígena para o exercício dos direitos que lhes são assegurados nossa Constituição, proporcionando-lhes vida digna. A convivência e a morada permanente nesta região amazônica consagram direito originário pelas comunidades tribais indígenas. Sobre o tema, Alexandre de Moraes (2013, p. 2084):

Assim, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Em relação a essas terras, os índios possuem a posse e o usufruto constitucional exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, pois a propriedade, nos termos do art. 20, XI, do texto constitucional é da União e apresenta as características da *inalienabilidade* e *indisponibilidade*, sendo os direitos delas derivados imprescritíveis”. (MORAES, 2013, p. 2084).

O usufruto exclusivo advém de uso e gozo da coisa, por ser oriundo ao povo indígena o exercício ativo por desfrutar de suas crenças, costumes e tradições, o que enfatiza o interesse real em interagir com os elementos presentes na floresta de forma que possam viver e conviver harmoniosamente entre comunidades indígenas com as riquezas naturais contidas na biodiversidade da Floresta Amazônica.

## 5 | OS POVOS TRADICIONAIS NA BOLÍVIA, CHILE E PERU

### 5.1 Bolívia

A população indígena boliviana é composta por Quéchas, Aymará e Uru-Urus, cada qual utilizando a língua própria e mantendo suas tradições regionais, desde o período da colonização espanhola. A presença maciça destes povos contribuiu para que a variedade linguística seja marcante no país, e a diversidade cultural constitui-se por meio das músicas,

poesias, danças, literatura e a arquitetura. Observemos o mapa a seguir:



FONTE: <https://www.google.com/search?q=Quechua+Peru&client=ms->

A Bolívia é o país mais povoado por indígenas na América Latina e abarca em sua Constituição, reformulada em 2009, o Estado Plurinacional da Bolívia, tendo como principal preocupação a reparação de violações de Direitos Humanos Fundamentais no que se refere à dignidade dos indígenas, fortalecendo a qualidade multicultural deste país em razão das manifestações artísticas e econômicas oferecida pelos seus povos. Segundo Renata Albuquerque de Moraes (2014, p.150) acentua:

A nova proposta de desenvolvimento nacional estaria baseada na garantia do Vivir Bien tal como ele fosse concebido por cada povo ou nação indígena na Bolívia. O desenvolvimento baseado na promoção do Vivir Bien propõe a substituição dos conteúdos clássicos do desenvolvimentismo (como a

dicotomia entre natureza e cultura, a concepção linear do tempo e a fé no progresso, por exemplo) por conteúdos provenientes do encontro entre os povos e a comunidade do país, que respeitem a diversidade e a identidade cultural. (MORAES, 2014, p. 150).

Apesar disso, um dos principais conflitos vivenciados por esses indígenas em suas terras são as queimadas provocadas com objetivo de desmatamento para expansão latifundiária, o que contribui para a redução das terras indígenas e prejudica diretamente a vida e a ecologia local, desrespeitando ao Princípio Constitucional *Vivir Bien*.

## 5.2 Chile

Os Mapuches são um povo originário pré-colombiano de ancestralidade araucana, que formam a maior população indígena presente no Chile e também na Argentina. Etimologicamente, “mapu” significa “terra” e “che” significa “pessoa”, formando então a significação “pessoa da terra” ou “povo nativo”.

Os Mapuches preconizam um símbolo de resistência contra o regime estatal opressor que negligencia seus direitos políticos e sociais, inclusive com tratativas que ameaçam suas terras. Como o governante ditatorial não trata com devida importância a cultura ecológica de conservação das florestas habitadas, são os Mapuches que se dedicam a lutar para manter sua ancestralidade vitalícia, praticando a arte de cuidar do *habitat* natural para garantir sobrevivência. Salienta José Bergoa (2017, p. 47):

Los militares de la Araucanía em el primer momento pretendieron seguir más de cerca la experiencia norteamericana entregando grandes espacios territoriales a los mapuche, pero eso fue em contra de las presiones por tierras para los nuevos colonos, por lo que finalmente se radicó a familia extensa por familia extensa, produciendo um gran fraccionamento. (BERGOA, 2017, p.47).

Além do descaso ambiental por parte do Estado, o aumento populacional e a consequente expansão das famílias urbanas, decorrentes do crescimento socioeconômico, também contribui à ameaça de que os povos Mapuches percam territórios.

A situação presente que enfrentam é de busca pela inserção na Constituição de políticas que sejam capazes de assegurar a manutenção dos territórios atuais, bem como atuar na recuperação de terras, honrando a tradição existente na relação em os povos originários e a terra. O objetivo é que haja empenho governamental para reestabelecer a preservação da cultura dos povos originários chilenos.



**FONTE:**<https://www.bbc.com/portuguese/resources/idx-36af0f00-a464-4e05-8abc-0af6f62c5e3f>

### 5.3 Peru

Existe atualmente no Peru cerca de 20 povos indígenas, sendo alguns deles isolados em determinada área da floresta amazônica. Como exemplo, os povos Kakataiobo, Isconahua, Matsigenka, Mashco-Piro, Mastanahua (Chitonahua), Nanti e Yora. Em 10 de abril de 2021, as Associações AIDSESEP e ORPIO, junto ao governo peruano, apresentaram um decreto para categorizar e conceber a eles a reserva indígena, oferecendo domínio e proteção aos povos isolados. O objetivo é oferecer proteção às vidas indígenas e contribuir com a preservação de recursos ambientais. Como aponta Shane Greene (2010, p. 116):

Como me espeté un líder comunitario amazónico al que conozco desde hace tiempo, «para nosotros, los negros son mestizos de la costa, como cualquier otro». resultaba ostensible que esta reunión en el Congreso peruano sobre la «inclusión» multicultural era además un espacio reservado aciertos sujetos culturales específicos: los pueblos indígenas. (GREENE, 2010, p. 116).

Nota-se que a preocupação destes povos era reforçada pelo Congresso no Peru o que simbolizava certa disposição governamental para atuar na sua conservação antropológica, cultural, artística e a manter este povo indígena em território peruano, a salvo dos conflitos e da migração na fronteira com o território brasileiro.

As queimadas criminosas e a extração ilegal de madeira contribuem com a perda da qualidade de vida dos povos que habitam a região amazônica, pois ocasionam a falta de caça, pesca, solo rico agricultável e água limpa (não poluídas por metais pesados devido às atividades de exploração de minérios pela atividade de garimpo ilegal), dificultando drasticamente a sobrevivência e a convivência entre os grupos indígenas e para com a floresta e seus recursos vitais ecológicos na parte peruana da região amazônica.

Daí o impulso migratório para a região brasileira, em busca de vida digna.



**FONTE:**<https://trabalhoindigenista.org.br/vale-do-javari-povo-matsés-realiza-sua-vi-reuniao-binacional-brasil-peru/>

As responsabilidades jurídica e social de cada país envolvido, como o Brasil, Bolívia, Chile e Peru, recaem em auxiliar os povos originários em suas lutas pela garantia de permanência perpétua de suas moradas e o exercício das atividades vitais e ecológicas, dando estabilidade aos fazeres culturais, educacionais, artísticos, ambientais, linguísticos e antropológicos.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os povos indígenas de territórios inseridos no Brasil, Bolívia, Chile e Peru, são vítimas de diversos conflitos e se esforçam para resistir e sobreviver, praticando suas culturas e atividades seculares em prol da vida equilibrada com o planeta, a partir do manejo sustentável da floresta. Diante dessa fragilidade, surge o Instituto Indigenista

Interamericano com objetivo de discutir políticas com os principais líderes dos países signatários, para que sejam adotadas medidas protetivas ao valor histórico-social destes povos. A relevância dos problemas enfrentados pelos indígenas devem ser objeto de olhar atento por parte do estados, porém, observam-se os mesmos conflitos e negligências de sempre em relação aos seus direitos e territórios, que só se agravarem com o aumento da população urbana, os avanços irrefreáveis do agronegócio, extrações de pedras preciosas e minérios, desmatamentos por tráfico de madeiras, queimadas criminosas e etc.

Este trabalho buscou enfatizar parte da problemática sofrida por estes povos indígenas, para enfatizar a necessidade de políticas públicas verdadeiramente capazes de garantir seus direitos fundamentais, atendidas as suas características individuais, políticas, sociais e laborais dentro das florestas. A sobrevivência dos indígenas, em seu modo de ser, depende da preservação do meio ambiente, da manutenção da paz ecológica e da garantia do livre exercício de suas cultura e direitos.

## REFERÊNCIAS

- BERGOA, José. **Mapuche colonos y el Estado Nacional**. Santiago do Chile: Catalonia, 2017.
- CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra: liderança, gestão e ética**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2021
- GREENE, Shane. **Entre o índio, o negro e o inca: a hierarquia da diferença no Peru multicultural**. Tabula Rasa [online]. 2010, n. 13, pp. 111-146..
- MENDES, Juscelino Vieira. **Balé do Espírito**. Campinas-SP: Komed, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Renata Albuquerque de. **Desenvolvimento e Vivir Bien O caso do território indígena e Parque Nacional Isidoro Lécure (Bolívia)**. Brasília-DF, Unb. 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15610>. Acesso em: 21/01/2023.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SANTOS, Guilherme Gomes dos. **O indigenismo de Jhon Collier na revista América Indígena: órgão trimestral del Instituto Indigenista Interamericano**.(1941-1963). Maringá, PR, 2021. Disponível em: <http://repositorio.uem.br:8080/jspui/handle/1/6487>. Acesso em: 21/01/2023.
- SORIA, Carlos Dall' Orso. **El pluralismo legal y el derecho en las sociedades indígenas amazónicas. Maestría en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos**; FLACSO Ecuador. Quito. 1993. Disponível em: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/210>. Acesso em: 21/01/2023.

# O DIREITO À APOSENTARIA INDÍGENA EM BARRA DO GARÇAS – MT

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Marcella Rabelo Cândido Teles**

Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito do UniCathedral – Centro Universitário  
<https://lattes.cnpq.br/3444584861798692>

### **Gricyella Alves Mendes Cogo**

Especialista em Direito de Família e Sucessões; Docência do Ensino Superior para Educação a Distância; Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral  
<http://lattes.cnpq.br/9200923270290371>

### **Cíntia dos Arbués Nery**

Especialista em Docência do ensino superior, Bacharela em Direito, Advogada especialista em Direito do Trabalho, inscrita na OAB/MT sob o n 9.923-b. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral.  
<https://lattes.cnpq.br/0244565301586872>

**RESUMO:** Tratou-se de Artigo Científico que visou a demonstração do direito à aposentadoria dos indígenas brasileiros, em especial da região do Vale do Araguaia. A pesquisa procurou responder qual seria o papel que o Estado desempenha para garantir o direito à aposentadoria dos povos

indígenas na região do Vale do Araguaia. Nesse condão, buscou-se demonstrar o porquê da necessidade de ações por parte do Estado para disponibilizar e assegurar esse direito aos indígenas. Tratou-se de pesquisa de natureza básica e forma de abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos, utilizou-se de pesquisa explicativa, e quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa foi bibliográfica. Sendo assim, utilizou como base a Constituição Federal de 1988 e a Lei Nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Ademais, utilizou-se ainda, de autores fundamentais, como Paiva (2009), Quermes (2013), Freitas (2016) e ainda a Convenção 169 da OIT. Também foi realizada pesquisa de campo, com técnica de coleta de dados utilizando formulários preenchidos pelos indígenas e o método de abordagem indutivo. Já o método de procedimento foi o monográfico. Esse Artigo se justifica por demonstrar o excesso de burocracia que resulta na falta de efetividade do direito à aposentadoria do indígena da região do Vale do Araguaia. Ainda, por verificar que atualmente o Estado brasileiro não possui um sistema integrado que simplifique a concessão desse direito àqueles que já o adquiriram. A aposentadoria é um direito social imprescindível a todos, pois é ela que

garante o mínimo de dignidade humana durante a velhice.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aposentadoria. Segurado Especial. Indígenas.

## THE RIGHT TO INDIGENOUS RETIREMENT IN BARRA DO GARÇAS – MT

**ABSTRACT:** It was a Scientific Article that aimed to demonstrate the right to retirement of Brazilian indigenous people, especially in the Vale do Araguaia region. The research sought to answer what would be the role that the State plays in guaranteeing the right to retirement of indigenous peoples in the Vale do Araguaia region. In this condão, we sought to demonstrate the reason for the need for actions by the State to make available and ensure this right to indigenous people. It was a research of a basic nature and a qualitative approach. As for the objectives, an explanatory research was used, and as for the technical procedures, the research was bibliographical. Therefore, it used the Federal Constitution of 1988 and Law No. 6001 of December 19, 1973 as a basis. ILO Convention 169. Field research was also carried out, with a data collection technique using forms filled out by the indigenous people and the inductive approach method. The method of procedure was the monographic. This Article is justified by demonstrating the excess of bureaucracy that results in the lack of effectiveness of the right to retirement of the indigenous people of the Vale do Araguaia region. Also, to verify that currently the Brazilian State does not have an integrated system that simplifies the granting of this right to those who have already acquired it. Retirement is an essential social right for everyone, as it guarantees a minimum of human dignity during old age.

**KEYWORDS:** Retirement. Special Insured. Indigenous.

## 1 | INTRODUÇÃO

O direito à aposentadoria é um direito social insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (CF/88). Ele pode ser considerado como um dos mais importantes instrumentos de justiça social do país. Isso porque é ele que garante um envelhecimento digno àqueles que tanto contribuíram com a comunidade e a sociedade em geral. A aposentadoria está intimamente ligada ao exercício de direitos fundamentais e à possibilidade de se vislumbrar uma terceira idade incluída e ativa em sociedade.

Já à pessoa indígena, ao contrário do que ocorria em constituições passadas, a Carta Magna reconhece os direitos a manter sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Eles são atualmente dotados de todos os direitos fundamentais e sociais para que assegurem a continuidade de sua cultura. Tanto os indígenas que se mantêm longe do contexto social atual, quanto àqueles chamados de aculturados, preservam o direito a uma velhice digna e com recursos para se manterem.

Este artigo tem como tema o direito à aposentadoria indígena na cidade de Barra do Garças – MT. O Estado possui o dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e sociais aos indígenas. Nesse condão, pretendeu-se responder ao seguinte problema de pesquisa: qual é o papel que o Estado desempenha para garantir o direito à aposentadoria

dos povos indígenas na região do Vale do Araguaia?

De mais a mais, o objetivo geral perpassa pela compreensão da função estatal na efetivação do direito à aposentadoria indígena, discutindo a responsabilidade do Estado como garantidor do direito constitucional à aposentadoria.

Tratou-se de pesquisa de natureza básica, cujo objetivo foi demonstrar o direito à aposentadoria dos povos indígenas em especial da região do Vale do Araguaia, identificando os órgãos responsáveis e as principais dificuldades em se garantir esse direito fundamental. Quanto à forma de abordagem, a pesquisa foi a qualitativa, utilizando de dados colhidos diretamente com os indígenas, além de informações de bancos de dados governamentais.

Adiante com o assunto, aliou-se a pesquisa explicativa, por sê-la a mais coerente para descrever o impacto que a violação ao direito à aposentadoria pode causar nos indígenas idosos e em toda sua família. A pesquisa foi bibliográfica tendo como ponto de partida artigos científicos relacionados ao tema, a Constituição Federal de 1988 e a Lei N° 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, as quais contribuíram para o entendimento do tema discutido. Utilizou-se ainda, como autores fundamentais, das pesquisas de Paiva (2009), Quermes (2013), Freitas (2016) e ainda da Convenção 169 da OIT.

Também foi realizada pesquisa de campo, para a extração de dados e informações sobre a documentação e a burocracia exigida pelos órgãos governamentais para a efetivação do direito à aposentadoria dos indígenas. Tendo como técnica de coleta de dados formulários preenchidos pelos indígenas para dar andamento aos trâmites de aposentadoria rural.

Isto posto, entendeu-se que o método de abordagem mais prático seria o método indutivo, partindo-se de uma realidade local e individual para o estabelecimento de verdades gerais. Ademais, o método de procedimento monográfico se mostrou o mais adequado para se discorrer sobre o tema e seus meandros.

O artigo foi desenvolvido em Barra do Garças - MT, pois a cidade abriga algumas instituições que possuem atribuições de proteção e defesa do índio, a principal delas é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Outrossim, o Trabalho destacou a legislação indigenista e os órgãos de proteção, responsáveis por executar as políticas públicas voltadas aos indígenas, além de conceder o Direitos à Aposentadoria àqueles que o detém. Ainda, salientou-se a extensa lista de documentos e a burocracia exigidos, para que o índio goze de seu direito. Por fim, discorreu-se sobre o estudo de caso.

Sendo assim, esse trabalho se justifica por demonstrar o excesso de burocracia que resulta na falta de efetividade do direito à aposentadoria do indígena da região do Vale do Araguaia. Ainda, por verificar o que o Estado brasileiro faz ou pretende fazer para diminuir essa burocracia e quais as possibilidades para se efetivar esse direito o mais breve possível.

## 2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À APOSENTADORIA

### 2.1 O direito à aposentadoria indígena

Os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos considerados mais importantes e caros para uma determinada sociedade. Tanto é assim que essa sociedade resolve alçá-los ao posto mais alto de seu ordenamento jurídico, positivando-os em sua Constituição. No Brasil isso não é diferente. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 congrega os mais diversos direitos fundamentais em seu texto. Dentre eles, estão os direitos sociais, que nada mais são do que um arcabouço de normas que visam dar condições de igualdade a todos os indivíduos que estejam em território nacional.

O direito à aposentadoria é um desses direitos sociais. Ele pode ser considerado um dos mais importantes, pois garante que aquelas pessoas, que chegaram à chamada terceira idade, possam usufruir dos frutos do seu trabalho e envelhecer com dignidade. Os índios também possuem esse direito, já que além de serem os habitantes originários do território brasileiro, ainda laboram, em sua maioria, diretamente com a terra, tirando dela aquilo que precisam para sua subsistência. No entanto, esse direito possui todo um caminho burocrático a ser percorrido para que seja efetivado.

Além disso, os indígenas ainda sofrem com preconceito e discriminação para terem seus direitos humanos e fundamentais assegurados pelo Estado. Isso porque a sua cultura e forma de viver, na maior parte das vezes isolados em suas terras, parece não os tornar dignos de receber aquilo que lhes é de direito. Por vezes se percebe a discriminação e intolerância para com esse povo, principalmente no que diz respeito a língua, ao uso de itens tecnológicos e aos direitos previstos na legislação brasileira.

Segundo Paulo Afonso de Araújo Quermes, Doutor em Política Social pela Universidade de Brasília (2006) afirma que:

As comunidades indígenas mantêm características próprias, com diferentes formas de organização social, o que implica em ter que qualificar melhor a equipe técnica para uma melhor intervenção com esses grupos, no sentido de promover a inclusão sem fragilizar seus valores éticos e culturais. (QUERMES, 2013, pág. 775).

A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o próprio Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) vão de encontro a forma marginalizada de se tratar o índio no Brasil. Esse conglomerado de normas busca atender aos anseios da população indígena nos mais variados aspectos de sua vida, inclusive no seu direito à aposentadoria. Todavia, esse direito é reiteradamente postergado por uma legislação ultrapassada e burocrática, fazendo com que os nativos precisem ficar meses, senão anos, na fila de espera para ter seu benefício analisado e deferido.

A efetivação dos direitos sociais aos indígenas é assunto complexo, e além disso,

conta com poucos estudos, comprovando a questão do preconceito e da discriminação sofrida por esse grupo de brasileiros. É o que afirma Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas, segundo ele:

Trata-se de assunto pouco explorado por operadores e estudiosos do Direito, talvez justamente pelo preconceito quanto à existência de índios no Brasil. Conforme pesquisa em amostra nacional, apenas um em cada três brasileiros sabe aproximadamente qual é o atual contingente de indígenas no Brasil. Apesar disso, segundo o IBGE, no censo de 2010, foram contabilizados 817.963 índios no Brasil, muitos não recebendo tratamento adequado nas áreas da previdência social, assistência social e saúde, motivo pelo qual se torna necessário conhecer esses subsistemas. (FREITAS, 2016, pág. 15).

Importante frisar que o direito à aposentadoria é fundamental para que os sujeitos que atinjam a faixa etária mínima consigam continuar a manter sua subsistência. Isso porque ao chegar em determinada idade o corpo já não consegue manter o ritmo de trabalho que antes era comum. O envelhecimento acomete os indivíduos de maneira diferente, a depender de como levaram suas vidas e do quão desgastante foi o seu trabalho. Os índios, em sua maioria, trabalham durante toda sua vida na área rural, com poucos recursos, laborando na terra quase sempre com pouca ou nenhuma tecnologia.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), dos mais de 817.000 indígenas do Brasil, cerca de 502.000 vivem na zona rural, conforme o Gráfico 01, em anexo. Observa-se que cerca de 65% da população indígena brasileira vive na zona rural. Isso significa que essa parcela populacional precisa de amparo estatal tanto durante a vida laborativa, quanto quando chega na idade de se aposentar. O trabalho rural, as intempéries, o calor típico da região, a estrutura escassa, a falta de ferramentas e equipamentos levam os índios a uma vida de pobreza e situação de vulnerabilidade social, muitas vezes extremas.

A forma de viver a sua cultura aliada a tudo o que foi dito anteriormente, faz com que os nativos cheguem à vetustez com muito desgaste físico, emocional e psicológico. Apenas isso já deveria ser suficiente para que o Estado cumprisse seu dever e efetivasse o direito à aposentadoria desse grupo. Entretanto, não é isso que ocorre normalmente. O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) exige uma lista de declarações e certidões para que a pessoa indígena comprove a sua atividade rural.

Esses documentos, por sua vez, são emitidos ou pelo próprio INSS ou pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Ocorre que as sedes desses órgãos normalmente não possuem infraestrutura para o atendimento dos indígenas. Outrossim, a Pandemia fez com que o horário de funcionamento fosse reduzido, dessa forma, a demanda que já era grande aumentou ainda mais. A quantidade de servidores também deixa a desejar, gerando filas e morosidade no atendimento.

## 2.2 Legislação e órgãos de proteção

Os direitos dos povos indígenas estão presentes inicialmente em documentos internacionais. Eles conceituam e caracterizam os originários de cada país ou região para lhes conferir a plena igualdade para com os demais integrantes de uma nação. Além disso, os instrumentos legais devem oferecer meios para que a cultura indígena permaneça inalterada e para que eles consigam manter seus costumes e tradições. Atualmente um dos principais diplomas internacionais a dispor sobre os direitos dos índios é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais (169) é um dispositivo de caráter internacional que visa resguardar e garantir os direitos e o tratamento isonômico dos povos tribais e autóctones de cada país membro da OIT. O Artigo 3º, número 1, rege que: “Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos”. (OAS, 1989).

O Artigo citado acima descreve a isonomia que deve existir entre os habitantes atuais e os povos nativos de cada região. Essa preocupação surgiu devido ao preconceito e à discriminação sofridas por esses povos em vários cantos do mundo. O que findou por reduzir ou em alguns casos extinguir culturas, costumes e até mesmo povos inteiros. Já no ordenamento jurídico interno brasileiro, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) regulou que os direitos indígenas estão na órbita federal, impondo ao Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses dessa população.

Ainda, reservou um capítulo dentro do Título VIII (Da Ordem Social) para dispor sobre a proteção à cultura dos indígenas brasileiros, preservando seus costumes e garantindo-lhes a posse e o aproveitamento das riquezas das terras tradicionalmente ocupadas por eles. Vale ressaltar que a atual Carta Magna brasileira é a única a não considerar os povos indígenas com uma nação passageira.

Desse modo, o que se extrai da Lei Maior é que são assegurados aos indígenas todos os direitos existentes no arcabouço legislativo brasileiro. Sendo assim, os direitos sociais, por óbvio, também fazem parte deste rol. O direito à aposentadoria, foco deste Artigo, por consequência lógica, não pode ser negado aos nativos. A CF/88 assim aduz: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

Além da Constituição Federal de 1988, há as normas infraconstitucionais que prescrevem esse direito no âmbito legal. São elas, a Lei 8.212 de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências e a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Os dois diplomas legais convergem em

seus textos sobre os chamados segurados especiais, conforme abaixo:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (BRASIL, 1991).

As duas leis praticamente repetem o mesmo texto sobre o segurado especial em seus artigos 12 (Lei 8.212) e 11 (Lei 8.213). Esse dispositivo garante ao indígena o direito à aposentadoria como segurado especial, já que esses povos vivem em área rural, como possuidores de suas terras e a exploram em regime de economia familiar. Essas são as duas principais legislações que versam sobre previdência social dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, o Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1.999, aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Essa norma surgiu com o intuito de explicar e completar as lacunas das duas leis citadas acima. Ele indica diretamente a condição de segurado especial ao indígena, conforme abaixo:

Art. 19-D. O Ministério da Economia manterá sistema de cadastro dos segurados especiais no CNIS, observado o disposto nos § 7º e § 8º do art. 18, e poderá firmar acordo de cooperação com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e com outros órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal para a manutenção e a gestão do sistema de cadastro.

§ 13. A condição de segurado especial dos índios será comprovada por meio de certidão fornecida pela Fundação Nacional do Índio - Funai que: (BRASIL, 1999).

A cidade de Barra do Garças, localizada a cerca de 515 km da capital Cuiabá, no extremo leste do estado de Mato Grosso e ao lado do estado de Goiás, conta com uma sede da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que atende os indígenas da região. Por sua vez, o Vale do Araguaia conta com milhares de nativos, principalmente da etnia Xavante. Eles moram, em sua grande maioria, nas dezenas de aldeias localizadas na zona rural do município e vivem com pouquíssimos recursos financeiros e quase sempre dependendo de auxílios estatais.

Desse modo, o direito à aposentadoria torna-se um predicado essencial para a vida dos sexagenários indígenas da região. Negar ou postergar esse benefício pode levar a consequências graves sobre esses povos, desde fome, desnutrição, podendo chegar à morte. O Estado, por sua vez, além de ter a obrigação de manter, garantir e efetivar os direitos fundamentais, ainda possui a incumbência de zelar pelos seus idosos. Apesar

disso, os documentos e a burocracia exigidos tornam o sistema lento e ineficiente para garantir o direito aos indígenas.

### 3 | DOCUMENTOS E BUROCRACIA

A burocracia é um sistema de execução da administração pública que surgiu como forma de combater o seu modelo antecessor, chamado de patrimonialismo. Isso ocorreu porque no sistema patrimonialista os bens privados se confundiam com os bens públicos, ou seja, os governantes utilizavam de seus cargos como se fossem extensões de seus patrimônios e assim geriam a coisa pública a bel prazer e da forma que melhor lhe conviesse. A burocracia nasce então com a ideia de melhorar a eficiência nos serviços públicos e principalmente de separar a chamada *res publica* (coisa do povo) da *res principis* (coisa do príncipe).

Segundo Carlos Henrique Assunção Paiva, Doutor em Saúde Coletiva, pelo Instituto de Medicina Social/UERJ (2004):

[...] o papel da burocracia (a administração pública) era considerado importantíssimo, pois esta teria a capacidade de organizar e distribuir os objetivos, muitos dos quais diferentes entre si, sem, contudo, estabelecer compromisso mais significativo com um deles especificamente. (PAIVA, 2009, pág. 790).

O foco no processo que o modelo de gestão burocrático impõe, no entanto, acabou engessando a forma de a administração pública prestar serviços. Desse modo, o termo adquiriu com o passar dos anos uma carga pejorativa que dura até hoje. O vocábulo atualmente é utilizado como sinônimo de excesso de papéis, ineficiência e má prestação de serviços. Quando se fala em aposentadoria de indígena essa denominação parece que se encaixa perfeitamente, pois é o que costuma ocorrer.

Os órgãos responsáveis pela concessão do direito à aposentadoria indígena são o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Tratam-se de dois órgãos federais, uma autarquia e uma fundação pública respectivamente. O primeiro cuida de gerir o sistema de efetivo pagamento das aposentadorias de todo o país. Já o segundo possui a incumbência de zelar pelos direitos dos povos indígenas em todo território nacional. Dessa forma, para a viabilização da aposentadoria dos índios é preciso a convergência dessas duas entidades.

O INSS exige, para conceder o direito à aposentadoria ao indígena, cinco documentos que estão descritos na Instrução Normativa nº 77 de 21 de janeiro de 2015 (IN-77/2015), dentre os quais, três são emitidos pela própria autarquia e dois são emitidos pela FUNAI. Os documentos consistem em: autodeclaração do segurado especial, declaração do trabalhador rural e certidão de exercício de atividade rural (INSS), certidão de incapacidade física laboral e declaração de residência (FUNAI), conforme modelos em anexo.

Ainda, segundo o artigo 118, §2º, da Instrução Normativa 77:

§2º Os dados da Fundação Nacional do Índio - FUNAI são obtidos por meio de inscrição e certificação dos períodos de exercício de atividade do indígena na condição de segurado especial, que são realizadas por servidores públicos desta Fundação, mediante sistema informatizado disponibilizado no sítio da Previdência Social, nos termos do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Ministério da Previdência Social e Ministério da Justiça, INSS e FUNAI. (IN-77, 2015).

Conforme se pode inferir do parágrafo acima, as certidões e declarações necessárias para dar andamento à aposentadoria especial do indígena são produzidas pela própria FUNAI, por intermédio de seus servidores, e disponibilizados por meio de sistema informatizado. Há que se notar que as previsões expressas nessa Instrução Normativa deveriam servir para dar celeridade para o processo de aposentadoria, no entanto, acabam criando entraves entre o benefício e o beneficiário.

Atualmente a aposentadoria rural indígena leva entre 08 (oito) meses a 15 (quinze) meses, aproximadamente, para ser analisado e aprovado. Observa-se que o benefício é um direito alimentício, ou seja, o detentor busca-o para que consiga suprir suas necessidades básicas alimentares. Sendo assim, esse prazo se mostra totalmente desarrazoado, visto que é um direito de primeira necessidade que não pode esperar.

Nesse caso, vale ressaltar que o prazo para o INSS deferir ou denegar o benefício é estabelecido na Lei 9.784/1999. O artigo 49 da referida Lei assim prevê: “Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”. (BRASIL, 1999).

Além desse prazo, o INSS ainda possui o prazo de 10 dias, que é o período máximo em que o requerimento tramitará na Central de Análise Emergencial de Prazo (CEMER). Nota-se, por inferência da expressa disposição legal, que o prazo máximo de resposta deveria ser de até 70 (setenta) dias. Esse prazo, no entanto, é constantemente desrespeitado, fazendo com que o indígena amargue vários meses na fila até que seu benefício seja analisado e deferido.

### **3.1 Estudo de caso**

A aposentadoria indígena esbarra em problemas estruturais e na extensa burocracia na análise dos pedidos, o que faz com que o seu deferimento seja postergado no tempo, enquanto os beneficiários precisam sobreviver sem o seu direito. Um pedido de aposentadoria pode levar mais de um ano para ser efetivado, o que na prática significa que o indígena deverá conseguir outro meio de subsistência, ainda que tenha o direito adquirido ao benefício.

Esse estudo de caso analisou a tramitação do pedido de aposentadoria feito pela indígena Ana Maria Tsinhotse E Ware. Nascida no dia 30 de junho de 1962, ela laborou a terra no período compreendido entre os anos de 1978 e 2020. Isso significa que a indígena

iniciou os trabalhos no campo aos dezesseis anos de idade, permanecendo nesse labor até completar cinquenta e oito anos de idade.

Após quarenta e dois anos trabalhando na zona rural, Ana Maria já havia completado o prazo mínimo para dar entrada no pedido de aposentadoria rural como segurada especial, conforme prevê a legislação. Ela procurou auxílio de um escritório de assessoria jurídica, localizado na cidade de Barra do Garças, onde foi atendida pela responsável pela área previdenciária administrativa, que se prontificou a ingressar com o pedido inicialmente pela via administrativa.

As declarações exigidas pela IN-77/2015 foram juntadas ao processo e o requerimento foi expedido no dia 02 de junho de 2020. Há de se destacar que primeiramente são retiradas as declarações nos órgãos competentes, INSS e FUNAI, o que costuma demorar até trinta dias. Após isso, os documentos são encaminhados via pedido administrativo ao INSS e entram numa fila para serem analisados.

A análise dos documentos é feita por servidores do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que respondem por meio de despacho ao requerimento. No caso de Ana Maria, o INSS respondeu por meio de despacho no dia 13 de outubro de 2020, indeferindo o pedido sob a justificativa “MOTIVO: 098 - Falta de comprovação de atividade rural em números de meses idênticos à carência do benefício” e a seguinte fundamentação legal Art. 143 da Lei 8.213, de 24.07.91; Art. 183 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99 e Art. 9º. da Portaria Ministerial nº. 4273, de 12.12.97.

Há que se destacar que a Lei 8.213/1991 rege em seu artigo 143 que:

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício. (BRASIL, 1991).

Observa-se que a justificativa trazida pelo INSS do não preenchimento do tempo carência não procede, já que a indígena laborou a terra por quarenta e dois anos, período muito acima do mínimo contido na legislação, que é de quinze anos. A fundamentação legal para o indeferimento ainda trouxe a Portaria Interministerial Nº 4.273 de 12 de dezembro de 1997.

O artigo 9º, da Portaria do MPAS, disciplina que:

Art. 9º A Declaração do Sindicato de Trabalhadores Rurais, Sindicato de Pescadores ou Colônia de Pescadores e das autoridades mencionadas nos artigos 15 e 16, será submetida à homologação do INSS, sendo subsidiada com a apresentação de documentos contemporâneos do fato alegado, nos quais conste o exercício da atividade rural, podendo, no caso do segurado especial, o processo ser instruído com entrevista, sendo esta indispensável

quando se tratar do grupo familiar. (DIÁRIO DAS LEIS, 1997).

Nota-se que o artigo 9º da Portaria citada no indeferimento do despacho negando a aposentaria, diz respeito as declarações expedidas por órgãos não oficiais, e que serão submetidas à homologação do INSS. Contudo, as declarações anexadas no requerimento da indígena foram de autoria da Fundação Nacional do Índio ou do próprio INSS. Sendo assim, a negativa não possui fundamento algum.

Depois de receber a negativa, o escritório se movimentou para descobrir em que estaria o possível erro na documentação ou na análise do pedido. Após muito tempo e uma minuciosa investigação, descobriu-se que o erro na verdade era derivado da falta de atualização do Cadastro de Pessoa Física de Ana Maria, perante a Receita Federal do Brasil.

Concluído que o erro estaria aí, o escritório Cândido e Teles providenciou a regularização do CPF de sua cliente e enviou novamente o requerimento administrativo da aposentadoria ao INSS que foi protocolado no dia 12 de junho de 2021. A concessão do pedido veio no dia 01 de novembro de 2021, comprovando que a negativa inicial se deu apenas pela irregularidade no CPF da segurada.

Sendo assim, o caso deixou comprovado que a burocracia e o excesso de formalismo do Instituto Nacional de Seguro Social atrasaram em mais de doze meses a concessão de um direito adquirido da segurada Ana Maria. Nesse sentido, vale ressaltar novamente que a aposentaria é um direito social que visa a manutenção da família, ou seja, o seu indeferimento sem base legal pode levar a efeitos graves na vida da família do indígena.

Outro ponto que merece destaque, é que os indígenas, em sua grande maioria, não possuem a instrução necessária para buscar o seu direito junto aos órgãos competentes, necessitando em quase 100% dos casos do auxílio de um profissional que possa agir em nome deles. O que ocorre, no entanto, é que alguns tentam agir sozinhos e findam por desistir do seu direito, prejudicando ainda mais suas famílias que sofrem necessidades básicas de alimentação, saúde, higiene, dentre outros. Tudo isso ocorre pela falta de amparo estatal em instalar um sistema ágio e seguro para concessão desse direito àqueles que já detêm todos os pré-requisitos exigidos em lei.

## **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à aposentadoria é um direito fundamental e um dos mais importantes direitos sociais. Ele garante que os idosos consigam manter sua subsistência, quando o corpo já não consegue manter o ritmo de trabalho de outrora. O idoso que durante a juventude já contribuiu com a comunidade e a sociedade, agora precisa de apoio estatal para manter suas necessidades mais básicas.

O indígena, por sua vez, não é diferente, já que, em sua maioria, labora a terra desde jovem até chegar à idade em que necessidade do apoio do Estado para continuar

a se manter com vida e dignidade. Contudo, apesar da legislação garantir esse direito aos povos nativos, a burocracia e o excesso de formalismo atrapalham a concessão desse benefício.

Esse Artigo demonstrou o quanto é moroso o sistema do Instituto Nacional do Seguro Social, que é o órgão federal responsável por efetivar esse direito na vida dos idosos. A documentação exigida pelo órgão para que o indígena consiga adquirir o que lhe e de direito é basicamente simples, no entanto, a análise deles para a posterior concessão da aposentadoria leva longos meses de espera e agonia para os segurados.

Ademais, além da longa espera, os nativos ainda precisam lidar com as negativas genéricas dadas pelo INSS, que não apontam precisamente em qual documento ou artigo de lei se fundamenta os indeferimentos. Isso faz com que grande parte dos indígenas acabem por desistir do seu direito e a procurar outras fontes de renda, o que pode provocar desnutrição, fome e outros efeitos da não satisfação das necessidades básicas humanas.

O estudo de caso feito com a Xavante Ana Maria Tsinhotse E Ware demonstrou a morosidade e burocracia com que o Estado trata os pedidos de aposentadoria indígena. O Direito pleiteado por ela demorou longos dezessete meses para ser concedido, sem que ao menos o motivo para sua negativa inicial fosse demonstrado claramente. O fato de ter demorado todo esse tempo lutando contra a burocracia dos órgãos responsáveis pela concessão do benefício, ao qual fazia jus, prova a ineficiência e inefetividade desses entes ao tratar suas demandas.

O Governo Federal precisa agir para simplificar os trâmites procedimentais que efetivam o direito à aposentadoria. Uma alternativa seria criar um sistema integrado que vise a dar celeridade às análises de requerimento de aposentadoria. Outrossim, a obrigatoriedade de se apontar precisamente qual documento não está apto à liberação do benefício e como resolver o problema.

A internet e os sistemas de comunicação podem ser aliados do Estado na garantia de direitos e efetivação deles. Desse modo, a criação de um programa ou aplicativo integrado entre o INSS e a FUNAI que reúna todos os dados dos indígenas, desde o nascimento até a idade de aposentadoria, poderia simplificar o procedimento, torná-lo célere e ainda evitar fraudes, já que os órgãos responsáveis manteriam comunicação direta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Brasília – DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1.999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em 15 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em 02 de agosto de 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em 15 de junho de 2022.

DIÁRIO DAS LEIS. Portaria nº 4.273. Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social. **Dispõe sobre a comprovação do exercício da atividade do empregado rural.** Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-26-29-1997-12-12-4273>>. Acesso em 10 de setembro de 2022.

FREITAS, Eduardo Marcelo de Negreiros. **A seguridade social dos indígenas brasileiros à luz dos direitos humanos e fundamentais.** 2016. Disponível em: <[https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/23435/1/2016\\_dis\\_emnfreitas.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/23435/1/2016_dis_emnfreitas.pdf)>. Acesso em 07 de junho de 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Indígenas. Gráficos e Tabelas. **População residente, segundo a situação do domicílio e condição de indígena – Brasil 1991/2010.** Disponível em: <<https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>>. Acesso em 07 de abril de 2022.

IN-77. Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Gov.br. Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União. IN77-2015.** Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750)>. Acesso em 02 de agosto de 2022.

OAS. Organização dos Estados Americanos. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.** Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%2%BA%20169.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2022.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção. **A burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945).** História (São Paulo), v. 28, p. 775-796, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/his/a/9k9RDYV5Jsx8N48tx7hC8vr/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 19 de junho de 2022.

QUERMES, Paulo Afonso de Araújo; CARVALHO, Jucelina Alves de. **Os impactos dos benefícios assistenciais para os povos indígenas: estudo de caso em Aldeias Guarani.** Serviço Social & Sociedade, p. 769-791, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/7dCBdDgDwrmVTHJZRsgfvBh/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 19 de junho de 2022.

## ANEXOS

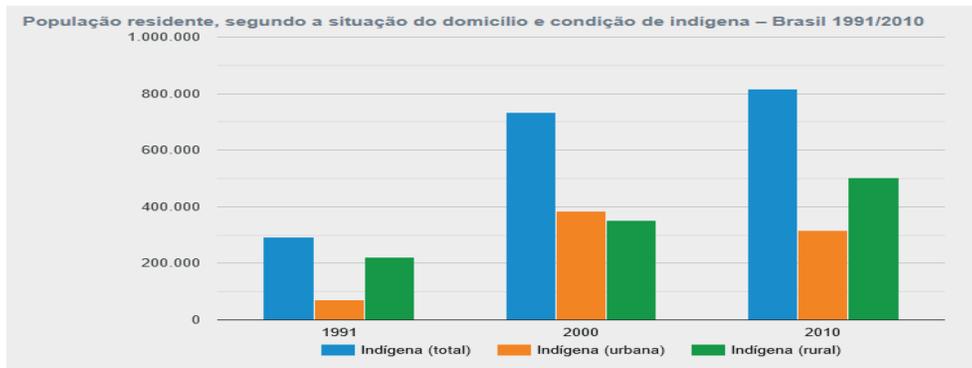


Gráfico 01 – População Indígena no Brasil

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1991/2010

# DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS PROTETIVOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ÂMBITO DE ALGUNS ESTADOS-NAÇÕES

*Data de submissão: 28/02/2023*

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Nilsen Aparecida Vieira Marcondes**

Centro Universitário Internacional –  
UNINTER, Curitiba/PR  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Internacional Contemporâneo  
<http://lattes.cnpq.br/6789334957023303>  
<https://orcid.org/0000-0001-8865-8939>

**RESUMO:** Objetiva-se neste estudo analisar as Constituições de alguns Estados-nações na busca por dispositivos protetivos dos animais não humanos. Trata-se de um estudo qualitativo, básico, descritivo, documental e bibliográfico em que se realizou a seleção e leitura das Normatizações Constitucionais de alguns Estados-nações e das literaturas disponíveis atinentes à temática protetiva dos animais não humanos, bem como organização das informações coletadas e análise e discussão das mesmas. E no que diz respeito a perspectiva teórica priorizada assenta-se na investigação crítica. Os resultados apontam que existem três níveis diferenciados de proteção dos animais não humanos dentro dos respectivos Arcabouços Constitucionais dos seis Estados-nações aqui analisados. Estes níveis são caracterizados como: (i) proteção genérica como é o caso do Brasil, Equador,

Alemanha e Suíça; (ii) proteção genérica complementada com uma proteção especial de animal considerado sagrado e neste campo situa-se a Índia e (iii) proteção dos animais submetidos à atividade econômica como por exemplo um Ente Federativo dos Estados Unidos da América, o estado da Flórida. Conclui-se que, não obstante, a existência de níveis diferenciados de proteção, os animais não humanos ocupam espaço no interior das Constituições de alguns Estados-nações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Comparado. Estados-nações. Constituições. Proteção Animal.

### **COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: ANALYSIS OF THE PROTECTIVE DEVICES FOR NON- HUMAN ANIMALS WITHIN SOME NATION-STATES**

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the Constitutions of some nation-states in the search for protective devices for non-human animals. This is a qualitative, basic, descriptive, documentary and bibliographic study in which the Constitutional Regulations of some nation-states and the available literature related to the protection of non-human animals

were selected and read, as well as the organization of the collected information. and their analysis and discussion. And with regard to the prioritized theoretical perspective, it is based on critical investigation. The results indicate that there are three different levels of protection for non-human animals within the respective Constitutional Frameworks of the six nation-states analyzed here. These levels are characterized as: (i) generic protection as is the case in Brazil, Ecuador, Germany and Switzerland; (ii) generic protection complemented with a special protection of animal considered sacred and in this field is located in India and (iii) protection of animals subjected to economic activity as for example a Federal Entity of the United States of America, the state of Florida. It is concluded that, despite the existence of different levels of protection, non-human animals occupy space within the Constitutions of some nation-states.

**KEYWORDS:** Comparative Law. Nation-states. Constitutions. Animal Protection.

## 1 | INTRODUÇÃO

A centralidade deste trabalho está focada no Direito Constitucional Comparado, especificamente na análise dos dispositivos protetivos dos animais não humanos no âmbito de alguns Estados-nações. E diante disso uma questão emerge: No ramo do Direito Constitucional Comparado, é possível perceber a existência de dispositivos protetivos dos animais não humanos em alguns Estados-nações?

Percebe-se no plano internacional contemporâneo que o animal não humano ocupa um lugar específico, bem como assume um papel determinado. Acrescenta-se também que o avanço do status dos animais não humanos nas Legislações Constitucionais de alguns Estados-nações é fato consolidado (AHS, 2002; ASSUNÇÃO, 2023; BRASIL, 1988; CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008; CONSTITUIÇÃO DA SUÍÇA, 1999; DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949; DIAS, 2007; FERREIRA, 2014; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2020; THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950).

Entretanto, nem sempre foi assim. Estudos apontam que durante o transcorrer de longos espaços temporais, a humanidade acreditava que os animais não humanos se configuravam como recursos/fontes inesgotáveis e muitas áreas do conhecimento humano, como por exemplo a Ciência Jurídica, não se preocupavam com eles, os quais eram considerados como *res nullius* – coisa de ninguém. As formas clássicas de exploração dos animais não humanos a saber sempre foram: (i) domesticação; (ii) vestuário; (iii) alimento; (iv) entretenimento; e (v) experimentação científica (ASSUNÇÃO, 2023; DIAS, 2007; FERREIRA, 2014; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2020).

O objetivo geral deste estudo foi analisar as Constituições de alguns Estados-nações na busca por dispositivos protetivos dos animais não humanos. E, para alcance deste objetivo geral, a etapa sequente seguida – representada pelo objetivo específico –

assentou-se na reflexão sobre as Constituições de seis Estados-nações, a saber: Brasil, Equador, Alemanha, Suíça, Índia e Estados Unidos da América, representado pelo Ente Federativo Flórida, com o intuito de identificar o arcabouço normativo protetivo dos animais não humanos nelas presente.

Justifica-se a análise desta problemática porque no cenário atual em que os animais não humanos passaram a ser vistos como dotados de dignidade própria – devendo, portanto, contar com a tutela estatal, bem como com a proteção da sociedade civil – as reflexões continuadas a respeito da importância das medidas protetivas nacionais e internacionais destes animais são de extrema relevância (ASSUNÇÃO, 2023; DIAS, 2007; FERREIRA, 2014; LEVAL, 1998; MARCONDES, 2019; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2020).

E estas reflexões devem gradativamente ganhar destaque nos ambientes educacionais – em suas diversas instâncias formadoras – bem como nos meios de comunicação em geral – impresso, televisivo e midiático – e ainda nos diversos espaços de protagonismo da sociedade civil nacional e internacional (ASSUNÇÃO, 2023; DIAS, 2007; FERREIRA, 2014; LEVAL, 1998; MARCONDES, 2019; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2020).

## **2 | METODOLOGIA**

A corrente epistemológica adotada foi a do construtivismo; a escolha da perspectiva teórica pautou-se na investigação crítica; o enfoque do estudo foi qualitativo; a modalidade investigativa caracterizou-se como básica; o tipo do estudo foi descritivo; quanto à classificação se apresentou como pesquisa documental e bibliográfica; quanto aos instrumentos de coleta de dados, foram utilizadas a: (i) seleção e leitura das Normatizações Constitucionais dos seis Estados-nações anteriormente citados e estudo das obras de autores atinentes à temática Direito Constitucional Comparado Protetivo dos Animais; (ii) organização das informações coletadas; (iii) e análise e discussão das informações de cunho documental e bibliográfico que foram levantadas (PEROVANO, 2016). Para análise e interpretação dos dados documentais e bibliográficos coletados, utilizou-se a Análise de Conteúdo (BARDIN, 2011). Por fim, quanto ao critério de escolha, tanto das Normatizações Constitucionais específicas dos seis Estados-nações quanto das obras (artigos, livros e capítulos de livros) o mesmo pautou-se num levantamento intencional da autora deste Artigo alicerçado nos objetivos desta pesquisa.

## **3 | RESULTADOS**

Os resultados deste estudo apontaram que existem três níveis diferenciados de proteção dos animais não humanos dentro dos respectivos Arcabouços Constitucionais

dos seis Estados-nações aqui analisados. Estes níveis são caracterizados como: (i) proteção genérica como é o caso do Brasil, Equador, Alemanha e Suíça; (ii) proteção genérica complementada com uma proteção especial de animal considerado sagrado e neste campo situa-se a Índia e (iii) proteção dos animais submetidos à atividade econômica como por exemplo um Ente Federativo dos Estados Unidos da América, o estado da Flórida (AHS, 2002; BRASIL, 1988; CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008; CONSTITUIÇÃO DA SUÍÇA, 1999; DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949; THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950).

## **4 I ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES DE ALGUNS ESTADOS-NAÇÕES NA BUSCA POR DISPOSITIVOS PROTETIVOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS**

Na ambiência mundial gradativamente mais conectada, onde o intercâmbio de informações e conhecimentos, bem como a permeabilidade de hábitos e costumes são progressivamente evolutivos, torna-se imprescindível que qualquer investigação jurídica atinente à tutela dos animais não humanos esteja ancorada em estudos comparativos. Portanto, em face da relevância das Normatizações Constitucionais Protetivas dos Animais na contemporaneidade, a valoração das análises jurídicas-comparativas se faz presente e necessária (ASSUNÇÃO, 2023; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Não se pode deixar de levar em conta, na promoção do bem-estar animal, aquilo que a experiência estrangeira tem a contribuir para a proteção do animal brasileiro. Em sendo assim, conhecer como ocorre a tutela jurídica dos animais não humanos em outros países, compreender a experiência sul-americana, norte-americana e europeia – somente para citar alguns exemplos – é de suma importância (ASSUNÇÃO, 2023; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Considera-se que os estudos comparativos alusivos à proteção dos animais não humanos no contexto internacional — como é o caso da presente reflexão — pode: (i) contribuir com o adensamento das medidas protetivas dos animais no plano nacional e internacional; (ii) revelar-se como ferramenta extremamente útil para defesa destes seres sencientes que convivem com os humanos neste planeta terra; e (iii) ampliar o universo informacional dos protetores, profissionais, estudantes, autoridades, agentes públicos, educadores e pesquisadores envolvidos com a Causa Animal, de forma a motivá-los a não esmorecer diante da luta em prol da implementação e consolidação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais.

### **4.1 Constituição do Brasil**

O Brasil é um dos maiores Estados-nações a compor o território sul-americano quando comparado aos demais países vizinhos, fazendo fronteiras com os demais países do continente excetuando Chile e Equador. A nação possui dimensões continentais e sua diversidade paisagística, cultural, econômica, étnica é bastante diversificada. O Brasil,

enquanto República Federalista, adota o Presidencialismo como sistema de governo e sua democracia é garantida pela divisão do Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário (BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

A Normativa Constitucional Brasileira de 1988 é um marco teórico para o Direito no Brasil, principalmente para disciplinas transdisciplinares pós a segunda guerra mundial que visam ou procuram ampliar o círculo de consideração moral dentre elas o Direito Animal (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Dito isso, interessa destacar neste estudo a presença da proteção dos animais não humanos dentro da Constituição Federal Brasileira de 1988. E, é no interior do capítulo VI que se encontra inserida a importante redação legislativa constitucional ambiental e consequentemente animal (BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

A Constituição Brasileira de 1988 foi influenciada positivamente pelos Movimentos Ambientalistas datados da década de 1970 e 1972, os quais incentivaram o processo de criação de Leis Ambientais, bem como a instituição do futuro artigo 225 na Constituição de 1988, estabelecendo, portanto, um capítulo exclusivo para a temática ambiental. E é justamente dentro deste capítulo que se insere as prerrogativas constitucionais protetivas dos animais não humanos (BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

O texto constitucional brasileiro em seu capítulo VI intitulado “Do Meio Ambiente” abriga o artigo 225 com seus respectivos sete parágrafos e oito incisos. Trata-se da primeira Constituição pátria a recepcionar a temática ambiental de maneira direta. Na íntegra, eis o que apresenta sua redação:

**CAPÍTULO VI. DO MEIO AMBIENTE. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade; VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei**

complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea “b” do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição. **§ 2º** Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. **§ 3º** As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. **§ 4º** A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. **§ 5º** São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. **§ 6º** As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. **§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.** (BRASIL, 1988, p. 177-178, grifos nosso).

Conforme referido no *caput* do artigo 225: “**Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...].**” (BRASIL, 1988, p. 177, grifos nosso). Em face deste enunciado, entende-se que a palavra “Todos” se refere à totalidade dos seres que habitam o território brasileiro independentemente de humano ou não humano. Portanto, os titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são as presentes e futuras gerações dos animais humanos e também dos não humanos (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

A defesa de que a palavra “Todos” se refere à totalidade dos seres que habitam o território brasileiro – independentemente de humano ou não humano – advém de uma revisão histórica na qual se reconhece o objetivo do Legislador Constituinte responsável pela redação do artigo 225 na ocasião (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Nos anos de 1987 e 1988, quando o Legislador Constituinte se debruçou na escrita do artigo 225 ele pensou nos humanos e também nos não humanos. E quem foi o Legislador Constituinte responsável pela redação do artigo 225 da Constituição Federal de 1988? A resposta é: Fábio Feldmann (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Fábio José Feldmann é um advogado, ambientalista e foi político brasileiro – Deputado Federal (Constituinte) de 1987 a 1991, SP, PMDB; Deputado Federal de 1991 a 1995, SP, PSDB; e Deputado Federal de 1995 a 1999, SP, PSDB – além de um dos fundadores da Fundação SOS Mata Atlântica, da qual foi também o primeiro presidente (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

A atuação de Fábio Feldmann na instituição da proteção constitucional dos animais não humanos brasileiros foi bastante relevante. Ficou sob sua responsabilidade a escrita textual, a colaboração e a presidência da Comissão de Meio Ambiente à época, bem como todo o trabalho organizativo do Capítulo sobre o Meio Ambiente na Constituição de 1988 (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Fábio Feldmann auxiliado pelos membros dos Movimentos Sociais Ambientais deram materialidade ao Capítulo do Meio Ambiente. Segundo Fábio Feldmann, à época da Constituinte não existia preocupação com a questão ambiental e menos ainda com a proteção animal dentro do Congresso Nacional por isso lhe foi dada uma folha em branco – por assim dizer – para que pudesse nela escrever (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

De posse desta incumbência Feldmann iniciou um intenso diálogo com os segmentos protetivos do meio ambiente e dos animais, dentre eles destacaram-se na ocasião: a Sociedade Brasileira de Pesquisa e Ciência (SBPC), a Frente Verde, os Movimentos Sociais de Defesa das Baleias, das Tartarugas, dos Animais de Tração, dos Animais Domésticos em Situação de Rua e Abandono, enfim. E dialogando com membros de todos estes Movimentos Feldmann teve que pensar numa cláusula protetiva aberta, pois não era possível detalhar cada espécie de animal não humano dentro dos distintos incisos do artigo 225 e também pelo receio de esquecer uma ou outra espécie (DIAS, 2007; SILVA, 2020).

As cláusulas gerais existentes no artigo 225 da Normatização Constitucional de 1988 foram escritas justamente para que uma Constituição protetiva do meio ambiente e consequentemente dos animais não humanos pudesse sobreviver no decorrer do tempo histórico. Estas cláusulas gerais e abertas permitem uma interpretação evolutiva capaz de contemplar os novos sentimentos da sociedade atual voltada à preocupação com o meio ambiente e com a proteção dos não humanos (BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Particularmente com relação à proteção dos animais não humanos de forma geral e aberta, o artigo em comento avança no inciso VII. E, pela leitura do texto fica evidente a inovação constitucional. Passa-se agora ao dispositivo que trata desta proteção:

Artigo 225 [...] § 1º Para assegurar a efetividade desse direito [direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações], incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade; [...]

(BRASIL, 1988, p. 177-178).

Como se pode verificar, a presença desta normativa atinente aos animais não humanos no plano constitucional – artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII – evidencia uma forma protetiva: (i) individualizada, quando se preocupa em evitar a extinção das espécies, ou seja, protegendo sua biodiversidade e quando proíbe a crueldade; e também (ii) coletiva, ao se voltar à proteção dos não humanos enquanto fauna. Além disso, a Constituição Federal busca igualmente (iii) tutelar o ecossistema destes animais, protegendo seu habitat

(BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Por fim, em se tratando do parágrafo 7º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 – incluído pela Emenda Constitucional nº 96 de 2017 – verifica-se pela data em que foi incluído na Constituição que ele foge ao escopo da intenção original do Legislador Constituinte e dos membros dos Movimentos Sociais Ambientais deram materialidade ao Capítulo do Meio Ambiente em 1988 (BRASIL, 1988; DIAS, 2007; SILVA, 2020).

Eis o que diz o § 7º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 1988, p. 178).

Não obstante a redação expressa deste dispositivo constitucional afirmar que o bem-estar dos animais presentes em práticas desportivas humanas deva ser assegurado, existem no contexto nacional diversas críticas a respeito da inclusão deste parágrafo no artigo 225. Como o parágrafo 1º, inciso VII protege todos os animais de serem tratados de forma cruel isso garante a eles pelo menos um direito. Que direito é esse? O direito de não serem submetidos à crueldade. E como algumas destas práticas desportivas podem potencialmente prejudicar os animais não humanos, as críticas da sociedade civil organizada e protetiva dos animais brasileiros tem se mostrado contínua, da mesma forma permanentemente tem sido também o olhar atento e fiscalizatório de todos os envolvidos com a Causa Animal no Brasil (BRASIL, 1988; SILVA, 2020).

## 4.2 Constituição do Equador

Equador, ou República do Equador, é um dos Estados-nações que compõe o continente sul-americano. Localizado mais precisamente na região da América Andina e situado sobre a linha do equador – motivação para escolha de seu nome – é um dos menores países da América do Sul. A totalidade de sua extensão territorial equipara-se ao estado do Rio Grande do Sul no Brasil (PACHECO, 2012; SILVA, 2020).

O Equador possui algumas ilhas situadas ao lado do continente: o famoso e internacionalmente conhecido arquipélago das Ilhas Galápagos: local comumente denominado “Santuário de Darwin, laboratório de sua notável, contemporânea e até hoje pulsante Teoria da Evolução das Espécies” (PACHECO, 2012, p. 348) .

Banhado pelo Oceano Pacífico de um lado e na presença das montanhas da Cordilheira dos Andes de outro, parte do seu território está contemplado dentro da Bacia do Amazonas, onde está situada uma porção da Floresta Amazônica (SILVA, 2020).

A Constituição do Equador, datada de 2008, é um exemplo daquelas Normatizações que protegem os animais não humanos em sua totalidade, independentemente de sua espécie assim como faz a Constituição Brasileira. A Lei maior do Equador possui foco

holístico, fraternal e contempla uma abrangente e progressiva irradiação de valores morais, os quais ultrapassam o estrito âmbito da moralidade humana somente (PACHECO, 2012; SILVA, 2020).

Trata-se, portanto, de um Estado-nação voltado não somente para os relevantes ideais democráticos, mas também bastante preocupado e proativo na direção da sustentabilidade e da tutela de todas as vidas que habitam sua extensão territorial (PACHECO, 2012; SILVA, 2020).

O Equador inscreveu em seu texto constitucional os direitos da natureza, bem como os direitos de todos os seres vivos que integram a natureza. Para os equatorianos natureza significa “Mãe Terra”, “Mãe de Todos”. A expressão comumente utilizada para designar a natureza é *Pacha Mama*: nome que provém de uma língua indígena denominada Quéchuá, muito antiga e falada por uma civilização anterior aos Incas, os andinos (SILVA, 2020).

Eis o que apresenta o Capítulo 7, artigos 71 a 74 da Constituição do Equador no original e logo a seguir na tradução:

**Capítulo séptimo. Derechos de la naturaleza. Art. 71.-** *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72.-* *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.-* *El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.-* *Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.* (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008, p. 33-34, grifos nosso).

**Capítulo Sétimo. Direitos da natureza. Art. 71.-** A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito ao pleno respeito por sua existência e à manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Qualquer pessoa, comunidade, povo ou

nacionalidade pode exigir do poder público o cumprimento dos direitos da natureza. Para a aplicação e interpretação desses direitos, serão observados, no que couber, os princípios estabelecidos na Constituição. O Estado incentivará as pessoas físicas e jurídicas e grupos a proteger a natureza e promoverá o respeito a todos os elementos que compõem um ecossistema. **Art. 72.-** A natureza tem direito à restauração. Essa restauração será independente da obrigação do Estado e das pessoas físicas ou jurídicas de indenizar indivíduos e grupos que dependem dos sistemas naturais afetados. Nos casos de impactos ambientais graves ou permanentes, inclusive aqueles causados pela exploração de recursos naturais não renováveis, o Estado estabelecerá os mecanismos mais eficazes para conseguir a restauração e adotará as medidas apropriadas para eliminar ou mitigar as consequências ambientais prejudiciais. **Art. 73.- O Estado aplicará medidas cautelares e restritivas para atividades que possam levar à extinção de espécies,** à destruição de ecossistemas ou à alteração permanente dos ciclos naturais. É proibida a introdução de organismos e materiais orgânicos e inorgânicos que possam alterar definitivamente o patrimônio genético nacional. **Art. 74.-** Os indivíduos, comunidades, povos e nacionalidades terão direito a usufruir do meio ambiente e dos recursos naturais que lhes permitam viver bem. Os serviços ambientais não serão passíveis de apropriação; sua produção, fornecimento, uso e exploração serão regulados pelo Estado. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008, p. 33-34, tradução livre nossa, grifos nosso).

### 4.3 Constituição da Alemanha

A Alemanha é um país localizado na Europa Ocidental. Considerada uma grande potência, ocupa a quarta maior economia mundial. Trata-se de uma República Parlamentar Federal que abrange dezesseis estados. Seu território geográfico comporta áreas de florestas, rios, cordilheiras e praias situadas no Mar do Norte (SILVA, 2020).

A Constituição deste Estado-nação, assim como a Constituição do Brasil e do Equador, protege os animais não humanos sem nenhum tipo de distinção, portanto a totalidade das distintas espécies de vida. A Alemanha instituiu em seu texto constitucional diversos direitos os quais são explicitados na sequência. Um deles é o direito à vida. O direito à vida impõe ao Estado Alemão o dever de protegê-la. Portanto, cabe ao Estado a proteção de todas as vidas sencientes não humanas que compartilham sua existência com os humanos no território alemão (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949; SILVA, 2020).

A universalidade dos animais não humanos na Alemanha é considerada parte do território nacional ao lado dos humanos. E, não obstante, tais indivíduos portadores de vida ocuparem um espaço específico e protegido no ambiente natural, ou seja, dentro de seus mais distintos ecossistemas, eles também contam com proteção no interior da sociedade humana alemã. Acrescenta-se ainda que, a tutela estatal dos não humanos na Alemanha, assim como dos humanos, abarca sua geração presente e futura. E o artigo 20a do Texto Constitucional – intitulado Proteção dos Recursos Naturais Vitais e dos Animais – vem a confirmar isso (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949; SILVA, 2020).

**Artigo 20a [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais].** Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário. (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p.29, grifo do original)

Outro destaque na Constituição da Alemanha atinente à proteção e ao respeito pela integridade física e psíquica dos animais não humanos situa-se no artigo 74, parágrafo 1º, inciso XIX. Nesta normativa constitucional fica estabelecida a competência legislativa concorrente – ou seja, matéria de legislação não exclusiva da Federação – quando se tratar de situações com potencial representação de perigo público e que, portanto, implicam na necessária tomada de providências para sua contenção, minimização ou mesmo extirpação. E as situações elencadas neste dispositivo constitucional são: (i) doenças infecto-contagiosas; (ii) eventos decorrentes da exposição a produtos tóxicos; e (iii) circunstâncias instaladas e consecutivas da desproteção contra produtos entorpecedores. Nestes casos, fica garantido no âmbito constitucional em matéria de legislação concorrente, que o animal não humano em quaisquer destas ocorrências tem direito a: (i) ser assistido por profissionais competentes; (ii) receber os medicamentos e/ou produtos medicinais necessários para reestabelecimento de sua saúde; e (iii) acessar todos os instrumentos de cura que estiverem disponíveis (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p. 63-64).

Cumprindo ainda salientar que, na Constituição da Alemanha no que se refere à proteção e ao respeito pela integridade física e psíquica dos animais não humanos tem-se também neste mesmo artigo e parágrafo (74 § 1º) e igualmente estabelecida a competência legislativa concorrente, no inciso seguinte (XX) três direitos (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p. 64).

O primeiro deles se refere ao direito à segurança alimentar de todos os animais, com destaque também àqueles que na cadeia produtiva irão se tornar alimentos para outros no futuro, como por exemplo espécies bovinas, suínas, somente para citar alguns (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p. 64).

O destaque aqui é pertinente porque o fato do direito a uma segurança alimentar adequada – por mais óbvio que isso possa parecer – adquirir status constitucional naquele país, evidencia o grau de respeito que a sociedade alemã tem pelos animais não humanos, inclusive pelos animais destinados a ter um curto tempo de vida porque no futuro breve servirão de alimentos para outros (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p. 64).

O segundo direito destinado aos animais é o direito à um local adequado, local onde possam viver durante sua permanência no território alemão. E, por fim o terceiro direito dos animais não humanos alemães é a sua proteção integral, ambos também destacados constitucionalmente neste mesmo inciso (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949, p. 64).

## 4.4 Constituição da Suíça

A Suíça é um Estado-nação localizado na Europa Central e apresenta-se como uma das nações mais desenvolvidas mundialmente e com elevados índices de qualidade de vida no âmbito internacional: possui riqueza e estabilidade. Trata-se de um país montanhoso, repleto de lagos, vilas e picos elevados dos Alpes, cujos municípios possuem bairros medievais. Além disso, o país é lembrado também por suas estações de esqui e trilhas, pela fabricação dos seus famosos chocolates e relógios, dentre outras realidades (SILVA, 2020).

Este Estado-nação é regido por um sistema de governo pautado na democracia direta. Existe um Conselho Federal – que não é eleito diretamente pelo povo – e um Colegiado composto por sete membros os quais tomam suas decisões por meio de consenso. Diferentemente dos demais Sistemas Clássicos de Governo que geralmente se enquadram no quesito Parlamentar ou Presidencial, a Suíça por sua vez não se enquadra em nenhuma das duas opções supracitadas: seu Governo é considerado coletivo eleito pelo Parlamento, mas não podendo ser derrubado por ele (SILVA, 2020).

A atual Constituição da Suíça datada de 1999, da mesma forma que a Constituição do Brasil, do Equador e da Alemanha, também protege os animais não humanos sem nenhum tipo de distinção, portanto a totalidade das distintas espécies de vida (CONSTITUIÇÃO DA SUÍÇA, 1999; SILVA, 2020).

No artigo 80 do Texto Constitucional Suíço – intitulado Proteção dos Animais – em seus parágrafos 1º e 2º lê-se que:

A Confederação legislará sobre **a proteção dos animais**. Devendo regular nomeadamente a manutenção e **cuidado dos animais**; experimentos em animais e procedimentos realizados em animais vivos; o uso de animais; a importação de animais e produtos de origem animal; o comércio de animais e o transporte de animais; e o abate de animais. (CONSTITUIÇÃO DA SUÍÇA, 1999, p. 24-25, grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que a preocupação com o bem-estar animal é uma questão que permeia a realidade societária suíça. E a presença de uma norma específica e protetiva dos animais não humanos no plano constitucional vem justificar e consolidar tal preocupação.

## 4.5 Constituição da Índia

A Índia se caracteriza como uma República a qual contempla 28 estados e sete territórios da união. Trata-se de um Sistema Democrático Parlamentar. E, decorridos mais de 150 anos sob o domínio do Império Britânico, a primeira constituição indiana como Estado independente e soberano foi promulgada em 1950 (SILVA, 2020).

A Normatização Constitucional Indiana é reconhecida por muitos como a Constituição da diversidade. Nela, em se tratando particularmente de medidas protetivas dos animais não humanos – escopo do estudo em questão – pode-se verificar duas realidades (SILVA, 2020).

A primeira delas diz respeito à proteção de um animal específico, qual seja, a vaca. A Constituição Indiana apresenta princípios orientadores que direcionam o Estado indiano à proteção daquele animal. No arcabouço textual constitucional Indiano está prevista a implementação de Políticas Públicas Protetivas específicas para esse bovino uma vez que a vaca, em território indiano, é reconhecida como um animal sagrado para a sociedade (SILVA, 2020).

A segunda realidade dentro da Constituição Indiana refere-se à presença de uma norma específica protetiva da totalidade dos animais não humanos: trata-se do artigo 51<sup>a</sup>, alínea g. Nele, lê-se o seguinte no original e logo a seguir na tradução: “51A. *It shall be the duty of every citizen of India - [...] (g) to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures; [...]*” (THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, p. 53). “51A. É dever de todo cidadão da Índia – [...] proteger e melhorar o ambiente natural, incluindo florestas, lagos, rios de vida selvagem e **ter compaixão por criaturas vivas**” (THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, p. 53, tradução livre nossa, grifos nosso).

#### 4.6 Constituição da Flórida (Estados Unidos da América)

A Flórida é um estado localizado no extremo sudeste dos Estados Unidos da América, tendo o Oceano Atlântico de um lado e o Golfo do México do outro. O estado possui extensa faixa territorial de praias. Um dos municípios bastante conhecido deste estado é Miami. São notórias as influências culturais latino-americanas presentes neste local. Outra cidade igualmente reconhecida é Orlando particularmente por conta de seus diversos parques temáticos, sendo um deles o Walt Disney World (SILVA, 2020).

A Constituição da Flórida foi trazida para esta reflexão teórica intencionalmente porque – assim como a Constituição da Índia protege um animal específico, qual seja, a vaca – ela traz em seu bojo um olhar protetivo direcionado aos porcos, particularmente às fêmeas gestantes desta espécie, as quais eram criadas e mantidas permanentemente em gaiolas (AHS, 2002, p.1; SILVA, 2020).

Uma Organização Não Governamental denominada *Animal Humane Society* (AHS), cujo objetivo principal é levar a sociedade humana a acabar com a crueldade para com os animais não humanos, realizou uma ampla atuação no estado da Flórida no sentido de promover alterações na Constituição daquele território estadunidense (AHS, 2002, p.1; SILVA, 2020).

A citada Organização Não Governamental conseguiu recolher mais de 700 mil assinaturas objetivando alterar o texto constitucional da Flórida, o que possibilitou a inclusão de uma normativa proibitiva do comércio de carne suína de porcos criados e reproduzidos em gaiolas. A motivação que desencadeou esta ação foi o fato dos criadores desta espécie animal confinarem as porcas gestantes em gaiolas extremamente pequenas causando muita dor e sofrimento para estas vidas sencientes. Isso ocorria em prol da maior

lucratividade, pois quanto menor o espaço para elas ocuparem, mais porcas poderiam ser confinadas para posterior abate (AHS, 2002, p.1; SILVA, 2020).

Portanto, a *Animal Humane Society* com o apoio da população da Flórida conseguiu, garantir uma proteção constitucional àquele animal que, em prol da alimentação humana, era submetido até então uma grande crueldade (AHS, 2002, p.1; SILVA, 2020).

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as reflexões apresentadas neste estudo em torno da temática Direito Constitucional Comparado Protetivo dos Animais, conclui-se que, não obstante, a existência de níveis diferenciados de proteção, os animais não humanos ocupam espaço no interior das Constituições de alguns Estados-nações. Além disso, convém evidenciar também que acontecimentos nacionais tem forte potencial para se repercutir em dimensões internacionais.

Por fim, para encerrar e motivar protetores, profissionais, estudantes, autoridades, agentes públicos, educadores e pesquisadores na busca pela defesa dos animais não humanos no plano nacional e internacional, recomenda-se o prosseguimento no estudo de assuntos atinentes aos tratados neste artigo, visto que: (i) todo e qualquer trabalho científico apresenta limites, bem como (ii) se compreende a Ciência como produção humana em constante evolução e renovação.

## REFERÊNCIAS

AHS. Animal Humane Society. Added, general election, nov. 5, 2002. **Animal Legal & Historical Center**. Michigan State University. College of Law. West's Florida Statutes Annotated. Florida Constitution--1968 Revision. Article X. Miscellaneous. § 21. Limiting Cruel and Inhumane Confinement of Pigs During Pregnancy. Disponível em: <<https://www.animallaw.info/statute/fl-cruel-confinement-%C2%A7-21-limiting-cruel-and-inhumane-confinement-pigs-during-pregnancy>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

ASSUNÇÃO, T. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Direito Ambiental Internacional. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Internacional Contemporâneo) Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2023.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. (2008). **Constituição do Equador**: última modificação em 13 de julho de 2011. Equador, 2008. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CONSTITUIÇÃO DA SUÍÇA. (1999). **Constituição da Suíça**: promulgada em 1999 e revisada em 2014. Suíça, 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/98123/constituicao-da-suica-de-1999-revisada-em-2014>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Constituição (1949). **Constituição da República Parlamentar Federal da Alemanha**: promulgada em 23 de maio de 1949 e revisada em 2014. Alemanha, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

DIAS, E. C. A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Animal**: Salvador: Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano 02, volume 02, p. 149-168, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10297>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

FERREIRA, A.C.B.S.G. **A proteção aos animais e o direito**: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito. Curitiba: Juruá, 2014.

LEVAL, L. F. **Direito dos Animais**: o direito deles e o nosso Direito sobre eles. 1ª ed. Campos do Jordão/SP: Editora Mantiqueira, 1998.

MARCONDES, N. A. V. Tutela do Animal Doméstico: Uma breve retrospectiva do período pré-histórico da humanidade aos dias atuais no âmbito das Constituições Federais Brasileiras de 1824 a 1988. In: GUILHERME, W. D. (Org.). **A Produção do Conhecimento nas Ciências Sociais Aplicadas. Volume 4**. Ponta Grossa: Editora Atena. 2019. p. 286-306.

PACHECO, C. de S. L. A Constituição do Equador e o Direito dos Animais em um Mundo em Transformação. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador: Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano 07, volume 10, p. 345-364, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8406>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

PEROVANO, D. G. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2016.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, T. T. de A. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Direito Animal Comparado. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Animal) Escola da Magistratura Federal do Paraná e Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2020.

THE CONSTITUTION OF INDIA. Governo Indiano. Constituição (1950). **Constituição da Índia**: promulgada em 26 de janeiro de 1950. Índia, 1950. Disponível em: <<https://legislative.gov.in/sites/default/files/coi-4March2016.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

# AS LUTAS CONCORRENCIAIS DOS AGENTES JURÍDICOS E A PRODUÇÃO DA VERDADE SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA LEITURA A PARTIR DE PIERRE BOURDIEU

Data de submissão: 27/03/2023

Data de aceite: 02/05/2023

### Waleska Mendes Cardoso

Doutora em Direito (UFPR); Escola Superior de Ecologia Integral, Justiça e Paz Social (EJUSP)  
<http://lattes.cnpq.br/4715987652300630>  
<https://orcid.org/0000-0003-0346-3732>

**RESUMO:** Através do referencial de Pierre Bourdieu e de sua metodologia em três níveis, este trabalho buscou demonstrar como se produz a verdade acerca do Direito dos Animais brasileiro. Este objeto é um ramo emergente no Direito, construído pelas interpretações das fontes normativas do Direito Animal brasileiro. Assim, encontra-se no chamado *espaço dos possíveis* (o limite do que pode ser dito sobre o Direito) e pode ser parcialmente aderido pelos juristas práticos na produção de suas interpretações jurídicas. Pela caracterização do campo jurídico brasileiro, dos agentes que o compõem e da estrutura de posições que ocupam a partir da distribuição desigual de capitais úteis ao campo, identificou-se quem são os agentes dominantes e quais as fontes de sua legitimidade. Pela caracterização da posição dos principais autores do Direito dos Animais a partir dispositivos heurísticos

fornecidos por Bourdieu, concluiu-se que os discursos produzidos pelos agentes que disputam uma verdade sobre a classificação dos animais no Direito estão em oposição à ortodoxia jurídica e ao *habitus* especista dos agentes sociais brasileiros. Ao caracterizar as estratégias de acumulação de poder simbólico dentro do campo jurídico e sua influência fora desse campo discursivo específico, identificou-se que os autores que acumulam posições de profissionais na estrutura do Poder Judiciário e posições na estrutura de universidades e instituições de pesquisa, que investem na ampliação do capital social e/ou poder institucional, estão mais bem-posicionados no campo. Todavia, dada a posição hierárquica inferior do ramo do Direito dos Animais, os autores animalistas não ocupam as posições de dominância do campo jurídico. Restalhes mobilizar estratégias de aquisição de poder simbólico, buscar reconhecimento por juristas de outras áreas, ampliar seus espaços de produção do discurso jurídico animalista ao passo que reproduzem o campo jurídico, instituindo monopólios de serviços jurídicos e de produção da verdade do Direito dos Animais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capital Simbólico. Direito dos Animais. Discursos Jurídicos.

## THE COMPETITIVE BATTLES OF LEGAL AGENTS AND THE PRODUCTION OF TRUTH ABOUT ANIMAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGAL FIELD: A BOURDIEUSIAN READING

**ABSTRACT:** Through Pierre Bourdieu's framework and his methodology in three levels, this work sought to demonstrate how the truth about Brazilian Animal Law is produced. This object is an emerging area in Law, constructed by the interpretations of the normative sources of Brazilian Animal Law. Thus, it lies in the so-called *space of the possible* (the limit of what can be said about the Law) and can be partially adhered to by practical jurists in the production of their legal interpretations. By characterizing the Brazilian legal field, the agents that compose it and the structure of positions they occupy from the unequal distribution of useful capital to the field, it was possible to identify who are the dominant agents and what are the sources of their legitimacy. By characterizing the position of the main authors of Animal Law from heuristic devices provided by Bourdieu, it was possible to conclude that the discourses produced by the agents who dispute a truth about the classification of animals in Law are in opposition to the legal orthodoxy and to the speciesist *habitus* of Brazilian social agents. By characterizing the strategies to accumulate symbolic power within the legal field and its influence outside this specific discursive field, it was possible to identify that the authors who accumulate positions of practitioners in the structure of the Judiciary and positions in the structure of universities and research institutions, who invest in the expansion of social capital and/or institutional power, they are better positioned on the field. However, given the inferior hierarchical position of the branch of Animal Law, the authors of Animal Law do not occupy the positions of dominance of the legal field. The alternatives that remain for them is to mobilize strategies for the acquisition of symbolic power, to seek recognition by jurists from other areas, to expand their spaces of production of animalistic legal discourse while reproducing the legal field, instituting monopolies of legal services and production of the truth of Animal Law.

**KEYWORDS:** Symbolic Capital. Animal Law. Legal Discourses. Theoretical and Practical Jurists. Symbolic Power.

### 1 | INTRODUÇÃO

O Direito dos Animais (ou, como é chamado por alguns, o Direito Animal) vem sendo definido pelos agentes do campo jurídico brasileiro como um ramo ou campo de estudos no Direito em que se postulam direitos aos animais. O termo “Direito” é usado como indicativo do campo, da área científica; o termo “dos Animais” é utilizado tanto para qualificar o campo específico quanto para remeter à discussão de que animais são os titulares dos direitos discutidos e os beneficiários das normas jurídicas protetivas.

Desde a década de 90 do século XX, juristas brasileiros iniciaram a produção acadêmica e bibliográfica sobre Direito dos Animais. Nos anos 2000, outros juristas fizeram coro ao novo debate, e, a partir dos anos 10 século XXI, a interpretação jurídica animalista começou a ser reconhecida no âmbito de importantes decisões judiciais, que, por sua vez, fizeram encorpar a produção acadêmica sobre o tema.

De acordo com Tagore Trajano da Silva (2013, p. 37), o Direito Animal tem como objeto “as normas de direito animal *lato sensu*,” ou seja, compreenderiam todas as abordagens bem-estaristas e teorias dos direitos animais, “devendo o aplicador da norma jurídica considerar os interesses desses seres no momento da aplicação” (SILVA, 2013, p. 37). Para Vicente Ataíde Junior (2018, p. 50), o Direito Animal positivo é “o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica” e a disciplina que estuda esse objeto deve ser, segundo o autor, intitulada Direito Animal.

No entanto, neste trabalho, Direito dos Animais é tratado como objeto científico definido como um conjunto de produtos jurídicos – discursos – produzidos dentro do campo jurídico brasileiro que têm como critério unificador a consideração de que animais são titulares de direitos. Este objeto é tratado como um produto em construção, fruto de inúmeras disputas pela interpretação jurídica válida a respeito da posição que os animais devem ocupar no Direito brasileiro e sua natureza jurídica; além de inúmeras disputas dos produtores desses discursos jurídicos por capital simbólico para ocupar uma melhor posição no campo jurídico brasileiro.

E a consideração do objeto dessa maneira é útil porque a pesquisa busca responder ao seguinte problema teórico: considerando que a verdade sobre aquilo que é o Direito, numa perspectiva bourdieusiana, é o objeto específico da disputa dos agentes no campo jurídico, como se constitui a verdade do Direito dos Animais, a partir da análise da disputa dos agentes no campo jurídico brasileiro?

Trata este artigo da divulgação científica de parcela dos resultados alcançados nas pesquisas para minha tese doutoral. Nela, conduzi um estudo sociológico do Direito brasileiro que, a partir do referencial teórico-metodológico de Pierre Bourdieu, intentou refletir sobre as condições sociais de produção desses discursos e de sua legitimidade.

A pesquisa foi realizada com base na metodologia bourdieusiana – a construção do objeto de pesquisa, a análise do campo e a objetivação participante. Depois de construído teoricamente como objeto de pesquisa – o Direito dos Animais – e de tê-lo inserido no contexto social de sua produção, procedi à análise do campo jurídico brasileiro em três estágios: a observação do campo jurídico em relação aos outros campos, em especial o campo do poder; o mapeamento e a organização da estrutura de distribuição dos agentes jurídicos, a distribuição desigual de capitais, suas disputas por legitimidade e poder simbólico e; por fim, a realização da análise do agente individual real no campo estudado, identificando suas capacidades sociais valorizadas no campo e suas estratégias de aquisição, acumulação e transmissão de capitais; em síntese, sua posição no campo jurídico.

Neste artigo, apresento algumas reflexões a respeito das condições materiais e simbólicas de produção do Direito dos Animais no Brasil, cotejando as contribuições teóricas de Pierre Bourdieu que servem como instrumentos heurísticos para a pensar,

sociologicamente, a produção da verdade acerca do Direito dos Animais.

## 2 | REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS A PARTIR DAS ANÁLISES DO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO, DE SEUS AGENTES E DE SUAS DISPUTAS

O Direito e sua verdade se produzem a partir das várias disputas que ocorrem entre os agentes jurídicos dentro do campo jurídico (BOURDIEU, 1989, p. 224). São disputas por interpretações jurídicas, por posições no espaço social e por legitimidade (BOURDIEU, 1989, p. 254); (BOURDIEU, 2004, p. 29). Aquilo que é enunciado através da forma jurídica e dos ritos jurídicos é capaz de impor-se como verdade no Direito (BOURDIEU, 1989, p. 225, 237).

O Direito dos Animais é constituído por discursos jurídicos sobre as diversas relações jurídicas entre humanos e animais, considerando estes últimos como integrantes das relações jurídicas e, portanto, como sujeito de direitos. Ele é um produto jurídico em construção dentro do campo jurídico brasileiro. Sua construção teórica e prática vem sendo realizada por agentes do campo jurídico que buscam transformar a visão sobre os animais e a posição deles nas classificações e categorias jurídicas. Os agentes disputam entre si os pontos de vista animalistas. Também disputam com os agentes jurídicos que se opõem (total ou parcialmente) às teses e aos argumentos animalistas, num campo discursivo mais amplo que denominei Direito Animal (campo que inclui os discursos que se opõem aos argumentos de que animais são titulares de direitos).

Porém, o que vai se estabelecer como verdade do Direito dos Animais depende menos da racionalidade dos discursos produzidos e mais da legitimidade do agente jurídico que o enuncia. Esta legitimidade depende de o agente estar investido de competência jurídica<sup>1</sup> (BOURDIEU, 1989, p. 212); (BOURDIEU, 1989, p. 250) e de possuir capital simbólico<sup>2</sup> (BOURDIEU, 2001, p. 202) e de, pelo volume de seu capital, estar bem-posicionado dentro do campo jurídico<sup>3</sup> (BOURDIEU, 1989, p. 135); (BOURDIEU, 2007, p. 107).

O agente investido com poder simbólico será capaz de impor, no campo do poder, o seu princípio de divisão como legítimo para hierarquizar as posições do campo jurídico, posicionando-se como dominante em seu campo e, por sua vez, será capaz de impor a sua visão, o seu ponto de vista, como universal no campo jurídico (BOURDIEU, 2004, p. 25); (BOURDIEU, 2014, p. 357); (BOURDIEU, 2020, p. 135).

A verdade sobre o campo é que ele é um espaço de relações sociais estruturado<sup>4</sup> (BOURDIEU, 1989, p. 230), gera um *habitus* específico (BOURDIEU, 1989, p. 226), tem leis próprias que regulam o seu funcionamento<sup>5</sup> (BOURDIEU, 1989, p. 230) e as disputas que

1 Isto é, de capital jurídico, de competência para interpretar o *corpus* de textos reconhecido como fonte jurídica.

2 Isto é, que seja reconhecido como autoridade apta para enunciar verdades sobre o Direito.

3 Isto é, deve fazer parte da classe dominante do campo.

4 Estrutura de posições sociais geradas pelos princípios de divisão – os capitais.

5 Isto é, seu *nomos*, as “regras do jogo” válidas dentro do campo e aceitas tacitamente pelos agentes que incorporaram as estruturas objetiva do campo pela incorporação do *habitus* específico.

ocorrem dentro dele produzem as suas verdades e a sua *doxa*. A verdade sobre o campo é que ele é um jogo que produz verdades (BOURDIEU, 2001, p. 121).

No caso do campo jurídico brasileiro, ele é um campo estruturado pela distribuição desigual de capital jurídico (competência jurídica, poder de “dizer o direito”), que possui agentes habilitados (os profissionais do Direito) que tiveram formação jurídica e adquiriram o *habitus* jurídico (o conhecimento dos ritos, dos atos, das palavras, das fontes, das etiquetas, dos valores, das normas próprias do campo de relações sociais autônomo que é o campo jurídico) (BOURDIEU, 1989, p. 214).

A distribuição de poder jurídico no Brasil segue a divisão das competências jurídicas no âmbito da estrutura do Poder Judiciário (BRASIL, 1988). E pela história de constituição do campo jurídico brasileiro, o poder se acumulou entre os juristas práticos (diferentemente de outros países de tradição jurídica continental em que a dominância do campo é dos teóricos) (WOLKMER, 2003); (HESPANHA, 2006); (SADEK, 2010a); (ATALLAH, 2014).

Juizes de primeira instância têm o poder de dizer a verdade sobre o Direito até que suas decisões sejam reformadas pelos integrantes dos Tribunais de Justiça (ou Tribunais Regionais Federais). Os juizes de 2º grau têm mais poder jurídico do que os de 1º grau, porém têm menos poder jurídico do que os Ministros dos Tribunais Superiores. É certo que nem todas as ações são objetos de recursos à 3ª instância, de modo que o poder dos julgadores de 2ª instância é quase o de dar a “palavra final”. Porém quem detém esse poder jurídico resolutivo no Brasil são os Ministros dos Tribunais Superiores e esse poder foi especialmente concentrado nas mãos dos Ministros do STF pela instituição das Súmulas Vinculantes.

Ao lado da hierarquia dos magistrados e julgadores, está, especialmente a partir da Constituição de 1988, a classe dos membros do Ministério Público. Como os promotores e os procuradores detêm as competências jurídicas para selecionar as demandas civis coletivas e as penais e, também, para propor acordos e termos de ajustamento de conduta, dada a característica de “inércia” do Poder Judiciário (que só age mediante provocação), os agentes práticos membros do Ministério Público detêm grande poder na construção do Direito (KERCHE, 2010).

Além dessas profissões públicas ocupadas pelos juristas práticos, os advogados também compõem a estrutura posicional do campo jurídico como práticos. Integram a classe de juristas mais numerosa no Brasil. Todavia, a posição destes agentes varia enormemente de acordo com inúmeros fatores (se integram escritório de renome e tradição, se estão localizados em regiões mais centrais e metropolitanas ou em comarcas do interior, se estão localizados no Distrito Federal, Bahia ou nas regiões Sul e Sudeste, se ocupam cargos eletivos na OAB, se participam de associações de especialistas, se atuam em áreas de maior prestígio do Direito) (ALMEIDA, 2010); (SADEK, 2010b).

Ainda como característica da evolução do campo jurídico brasileiro, os juristas práticos ocupam também posições como docentes nas graduações (LIMA, 2006);

(CARDOSO, 2022). Com as sucessivas evoluções (LIMA, 2005); (FONSECA, 2006) no campo acadêmico do Direito no Brasil, as posições universitárias e relacionadas com instituições de pesquisa também são relevantes para compor o capital global do agente e determinar sua posição no campo (CARDOSO, 2022). Ainda, como os diplomas têm pesos simbólicos diferentes se são produzidos em instituições prestigiosas ou massificadas (NOBRE, 2003); (LIMA, 2005); (ALMEIDA, 2010), o poder simbólico do corpo docente também deriva do poder da instituição produtora dos produtores.

Sobre a produção da legitimidade do Direito – produto da atividade dos juristas –, ela é extraída da forma específica de construção do produto jurídico, da atividade interpretativa que recorre à tradição, ao conjunto das fontes reconhecidas como jurídicas e que é construída com uma forma específica: linguagem impessoal, imperativa, formalismo, recurso ao universal, tudo isso para dar aparência de não arbitrariedade às decisões e interpretações que, por sua vez, instituem e oficializam as verdades sobre as relações sociais (BOURDIEU, 2013, p. 223). Além do recurso à forma, também a *illusio* do campo – a crença compartilhada pelos juristas no propósito do Direito e de sua atividade na consecução da justiça e da “pacificação social” – contribui para reproduzir as estruturas (o funcionamento do campo) e para produzir as verdades jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 216, 254).

Os intérpretes juristas disputam a verdade sobre a interpretação dos textos jurídicos, apropriando-se da sua força simbólica latente (em estado potencial), isto é, na crença compartilhada pelos profanos<sup>6</sup> de que as normas jurídicas provindas do Estado e as decisões jurídicas são devidas, obrigatórias e cumprem uma função social de organização das relações sociais (BOURDIEU, 1989, p. 214). Porém, a força de qualquer verdade produzida pelos juristas é extraída não dos textos (o princípio de legitimidade do Direito não está no Direito), mas da sua fixação/inserção no campo jurídico (como espaço de distribuição da competência jurídica) que exige dos seus agentes que compartilhem da *illusio* (adesão à *doxa* e ao *nomos*) do campo (BOURDIEU, 1989, p. 222). Os juristas estão inseridos “num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver conflitos entre os intérpretes e as interpretações” (BOURDIEU, 1989, p. 214).

Então, a verdade do Direito (o que vale como Direito) é produto das disputas que ocorrem no interior desse campo. E as disputas sobre a verdade do Direito estão relacionadas com as disputas por posição no campo. A dominância garante maior poder e legitimidade para quem enuncia e garante, portanto, maior probabilidade de essa verdade tornar-se “A verdade do Direito”.

No caso do Direito dos Animais, os discursos produzidos por seus agentes não têm ainda força suficiente para se estabelecerem como a ortodoxia. Isso se deve, por um

---

<sup>6</sup> Aqueles que, segundo Bourdieu, não são os profissionais habilitados a agir no campo social específico. O termo indica aqueles que não possuem o direito de ingresso no campo, em contraposição aos profissionais. Estes aderiram à *illusio* do campo e adquiriram o *habitus* específico, detendo as qualidades simbólicas (místicas) para atuarem no campo.

lado, à posição inferior na hierarquia das “disciplinas jurídicas”, justamente porque, como tentativa de se estabelecer como ramo autônomo, deve começar “por baixo”, uma vez que é de constituição relativamente recente em comparação com ramos tradicionais como Direito Penal e Direito Civil (WOLKMER, 2003, p. 99, 100). As três décadas de construção do Direito dos Animais não se compara aos quase 2 séculos da primeira faculdade de Direito no Brasil, que desde então habilita juristas teóricos práticos.

Por outro lado, é preciso considerar que a produção jurídica do Direitos Animais desafia a *doxa* jurídica (o Direito é feito por humanos, para humanos, para organizar a sociedade e compor os interesses humanos) e um, há muito naturalizado, princípio de visão e divisão de mundo especista que opõe humano ao animal, conferindo “tudo” ao humano e “nada” ao animal; a qualidade de pessoa, titular de direitos, ao humano; ao animal, a qualidade de coisa, reduzida à utilidade que serve ao interesse do humano (CARDOSO, 2022). Nesse sentido, para que se instaure uma ortodoxia antiespecista, é necessário que os agentes jurídicos animalistas disputem posições e consigam poder jurídico suficiente para conseguirem influenciar os agentes que dominam o campo jurídico e fazê-los aderir ao discurso dos direitos animais.

Nas trajetórias dos agentes jurídicos que produzem discursos animalistas no Brasil, há diversas estratégias de acumulação e de transferência de capitais (econômico, social, institucional, simbólico). Muitos autores são professores de Universidades Federais e acumulam cargos na Magistratura ou no Ministério Público; são também provenientes de grandes centros de formação (das regiões Sul, Sudeste e do Estado da Bahia) e criam e mantêm grupos de pesquisa na área (CARDOSO, 2022).

Sobre as teorias que advogam, os autores de maior prestígio tendem a ser mais conservadores. No entanto, para fazer avançar o reconhecimento dos animais como titulares de direitos, é preciso que, nessa trajetória, os juristas não sejam responsáveis por fechar os espaços dos possíveis que desde 1988 se abriram ao Direito dos Animais. Igualmente, é preciso que estejam cientes e vigilantes sobre as forças sociais (internas e externas ao campo jurídico) que podem fechar as portas para o Direito dos Animais.

Há espaços para que a teoria alimente a prática e seja retroalimentada pelas respostas que a prática fornece. Especialmente porque a teoria no Direito tem função de legitimar a prática (BOURDIEU, 1989, p. 219), uma boa estratégia animalista é que se instituem práticas (discursos dos práticos) que sejam realmente influenciadas pelos discursos produzidos pelos teóricos e, dessa forma, ampliem-se as respostas animalistas na atividade interpretativa dos práticos.

No caso da construção teórica e prática do Direito dos Animais, este ramo se encontra na chamada fase de autonomização (busca sua autonomia como ramo autônomo do Direito e sua autonomia didático-científica como ramo de estudo dogmático-jurídico). Essa autonomização segue a tendência de construção de demandas, de nichos de mercado (de ideias e judicial – advocacia animalista, cursos, pós-graduações, grupos de pesquisa

com financiamentos). A atual necessidade de profissionalização é uma necessidade tanto para fins de legitimação da área (e que permitirá o atingimento dos objetivos dos juristas animalistas de dar maior alcance à proteção jurídica dos animais) quanto para a reprodução dos princípios do campo jurídico (aqui trata-se de efeito não desejado conscientemente pelos juristas, mas que ainda assim é produzido por conta dos mecanismos de reprodução do campo).

É necessário lembrar que o *habitus* jurídico e o senso prático que ele produz no agente jurídico ordenam a percepção para a ação prática e isso permite reproduzir a estrutura (justamente porque o *habitus* que a engendra é produto do campo). Fazer o que se deve fazer em dada circunstância, fazer o que se é exigido pela estrutura como resposta apropriada, depende do que se pode fazer, isto é, das possibilidades objetivas que são dadas pelo próprio campo (determinadas pela posição do agente) (BOURDIEU, 2004, p. 27-28).

Assim, outra verdade sobre o Direito dos Animais é que, nessa busca por estabelecer-se como verdade e ortodoxia, os teóricos e os práticos reproduzem o princípio de visão e divisão do campo jurídico, isto é, a afirmação do monopólio dos juristas no “dizer o Direito”, do monopólio da prestação dos serviços jurídicos, do monopólio do mercado de classificações jurídicas sobre o mundo, do monopólio da produção jurídica dos conflitos e da sua resolução, distanciamento e neutralização dos conflitos sociais nos campos econômico e cultural (BOURDIEU, 2014, p. 284, 307, 360).

Assim, o “processo de diferenciação” do “Direito Animal” em subcampo (no sentido bourdieusiano de campo) segue a lógica da constituição do monopólio de dizer o Direito em relação à natureza jurídica dos animais. Aparece como uma necessidade, aos profissionais das outras “áreas” conhecer os argumentos animalistas. Isso cria/reforça a autoridade do jurista animalista a ser consultado sobre o tema jurídico do animal ao mesmo tempo que cria e diferencia o “campo animalista” dos outros campos. Como resistência, os profissionais bem-posicionados dos outros ramos jurídicos negam a legitimidade da interpretação animalista do mundo jurídico e tentam manter o monopólio de dizer o Direito sobre os animais segundo a visão tradicional.

A lógica do campo jurídico, porém, se mantém intocada nessas relações: segue sendo o campo jurídico o produtor das respostas oficiais sobre o mundo social, no que diz respeito à legalidade e às classificações jurídicas e segue sendo o campo jurídico o produtor de resolução de conflitos sociais (BOURDIEU, 1989, p. 234). Mesmo desafiando a ortodoxia, os juristas reproduzem a lógica de funcionamento do campo jurídico, a qual mantém intacta sua autonomia que, por sua vez, mantém nas mãos dos juristas, como classe, o poder simbólico de criar o mundo pela enunciação (BOURDIEU, 1989, p. 14, 238).

Sobre os pontos de vista, há espaços para diversidade de construções discursivas. Tratando-se de produção jurídica, ela nem precisa ser racionalmente fundamentada (dependendo de quem enuncia, mesmo que o enunciado não tenha justificação e razão,

ele pode produzir efeitos jurídicos). Além disso, as respostas variam de acordo com as posições no campo. Agentes como reprodutores sociais pela produção de ações orientadas por princípios práticos incorporados – *habitus* – tendem a produzir ações em conformidade com o *habitus* em resposta geralmente afinada às condições objetivas (BOURDIEU, [1972] 1983, p. 61). Nesse caso, agentes sociais com mais poder institucional tendem a produzir respostas mais conservadoras (BOURDIEU, 2004, p. 29). Assim, o avanço em direção à abolição das estruturas especistas no Direito é longo e não linear.

A instituição dos discursos antiespecistas como verdade e ortodoxia no campo jurídico brasileiro depende, assim, de tantos fatores quantos são os agentes no campo e suas possibilidades de relações (e mais, porque, não podemos esquecer, o campo jurídico tem apenas autonomia relativa no espaço social).

### 3 | DIREITO DOS ANIMAIS COMO UM ESPAÇO DOS POSSÍVEIS

Outra reflexão que pode ser feita a partir da investigação dos discursos produzidos pelos juristas que disputam a verdade sobre o Direito dos Animais é que, por enquanto, o Direito dos Animais está num espaço dos possíveis. Isto quer dizer que, dadas as condições atuais do campo jurídico, o Direito dos Animais é um dos discursos possíveis de serem enunciados sobre o Direito, está dentre os candidatos à verdade no Direito sobre como os animais devem ser tratados (BOURDIEU, 1989, p. 211).

O espaço dos possíveis é aquele momento na história em que há disputas sobre um determinado ponto de vista a respeito da sociedade (BOURDIEU, 1989, p. 239), no qual ainda não houve a consolidação de nenhuma das candidatas possíveis a instituir-se como verdade. Nesse espaço, é possível entender a gênese social da visão dominante, contra quais outras visões ela disputa espaço. De acordo com Bourdieu (2014, p. 223), quando uma verdade se institui, ela elimina os possíveis: “a história de uma instituição exitosa implica a amnésia da gênese da instituição, a história elimina possíveis e os faz esquecer como possíveis, e que ela até mesmo torna impensáveis os possíveis”. Estando no espaço dos possíveis, o Direito dos Animais é um conjunto discursivo que tem algumas chances de ser produzido e de ser aderido como verdade do Direito, ainda que parcialmente.

No entanto, esse espaço dos possíveis se altera diariamente, de acordo com o avanço de mudanças nas condições de produção dos discursos jurídicos. Por exemplo, atualmente, há oito teses típicas sendo disputadas sobre a natureza jurídica dos animais no Brasil. As primeiras duas teses advogam que animais são coisas, os categorizando ou como (1) “bens semoventes” ou (2) “coisas especiais”, submetidas ao regime jurídico da propriedade. Há duas teses que tratam os animais como não sendo nem coisas nem pessoas. Para estas defesas, os animais ficariam posicionados em um “terceiro gênero”, ou como (3) “seres sencientes” – e suas variações “seres sensíveis”, “seres dotados de sensibilidade” ou simplesmente “animais” – ou como (4) “sujeitos de direito sem personalidade jurídica”

– chamados ora “entes despersonalizados”, ora “entes despersonificados”. Outros autores defendem que os animais são pessoas. Há quatro variações dessa tese: animais seriam (5) “pessoas jurídicas stricto sensu”, (6) “pessoas *sui generis*” ou “atípicas”, (7) “pessoas naturais”, ou, por fim, (8) que apenas alguns animais seriam pessoas. Embora tenham forças simbólicas diferentes, as oito teses têm chances de se estabelecerem como a verdade sobre a natureza jurídica dos animais, isto é, todas estão no espaço dos possíveis (CARDOSO, 2022).

Contudo, caso haja uma alteração nas condições de produção dos discursos jurídicos, por exemplo uma decisão com repercussão geral do STF ou mesmo uma súmula vinculante que ponha fim à discussão, ou a aprovação de uma fonte normativa (uma lei federal) que se alinhe a uma (ou a nenhuma) das teses típicas e que essa fonte normativa não seja ignorada pelos intérpretes do Direito, os espaços dos possíveis se alteram e novos horizontes mais vantajosos ou mais prejudiciais aos animais podem surgir.

Por isso, a combinação de estratégias discursivas e de disputas por posições deve estar em harmonia com os objetivos que se quer atingir. Uma disputa muito acirrada entre posições e pontos de vistas de animalistas que talvez nem compartilhem dos mesmos objetivos de libertação animal podem determinar o sucesso de umas e a derrota de outras produções de verdades. Por exemplo, um autor animalista que defende direitos para os animais, porém tem uma visão esvaziada de direitos, não pretendendo o fim da coisificação e da objetificação do animal, mas apenas sua exploração mais “humanitária”, pode, se mais bem-posicionado no campo, suplantar as chances de uma vitória antiespecista.

O Direito opera oficializando a uma visão de mundo e parte dessa visão de mundo, dessa classificação, tem a subalternização do animal como princípio estruturante (MORAIS, 2009); (GUIMARÃES, 2020).

Uma questão muito frequente para quem estuda o Direito dos Animais é porque razão ações judiciais abolicionistas, contra um poder econômico forte, dificilmente são ajuizadas. O especismo estruturante é um grande fator. Mexer com o *habitus* primário dos brasileiros (comer carne é uma ação social naturalizada e defendida “com unhas e dentes”), é algo bastante difícil. Ademais, o poder econômico e político dos ruralistas é imenso (suas redes de relações, seus patrimônios, suas rendas, seus herdeiros nas burocracias, nos postos de poder político e talvez jurídico e a “opinião pública” controlada) (CARDOSO, 2022). Dessa forma, uma decisão contrária a esses interesses e a essa estrutura é bem onerosa.

Porém, outra explicação ganha corpo a partir da análise realizada nesta pesquisa: soma-se ao *habitus* especista a propriedade conservativa do campo jurídico (BORDIEU, 2013, p. 88): agentes sociais com menos poder têm menos chance de causar alteração nas classificações; agentes sociais com mais poder têm menos inclinação de alterar as classificações, uma vez que obtêm sua posição pela reprodução e obediência ao cânone; casos de agentes sociais com poder que são muito vanguardistas são minoria e são controlados pelos próprios pares.

Quando os agentes não atacam diretamente a reprodução do sistema social e econômico brasileiro, baseado na exploração dos corpos animais, é possível verificar um avanço das teses animalistas. Por outro lado, decisões contra o *habitus* especista e a classe dominante são mais raras. As decisões judiciais, uma vez que produzem efeitos fora do campo jurídico, tendem a possuir mais restrições em sua interpretação. A “doutrina” animalista age de forma mais “livre” para argumentar, por exemplo, pela inconstitucionalidade de normas exploratórias e que permitem a crueldade com os animais, pois a teoria não produz efeitos imediatos no mundo extrajurídico. No processo de construção do Direito dos Animais, as teorias jurídicas animalistas, além de produzirem teses e algumas interpretações jurídicas, podem funcionar como produtoras de legitimidade para a interpretação dos práticos.

## 4 | CONCLUSÃO

Neste trabalho, apresentei, de forma sucinta, as principais reflexões acerca da produção do Direito dos Animais no Brasil oportunizadas pelo estudo sociológico do campo jurídico brasileiro, a partir do referencial teórico-metodológico de Pierre Bourdieu.

O problema que me propus a responder foi como se produz a verdade do Direito dos Animais no Brasil, considerando-se que essa verdade é um produto das disputas ocorridas no interior do campo jurídico brasileiro, pelos agentes jurídicos.

Através do estudo do campo jurídico brasileiro, de seus produtos e seus produtores, bem como das posições que os agentes ocupam em seu interior e das estratégias que mobilizam para adquirir poder simbólico, para alcançar melhores posições na distribuição dos capitais e para disputar as representações próprias do campo jurídico (a verdade sobre a interpretação jurídica), foi possível articular as seguintes conclusões:

- 1) O que quer que seja, atualmente, o Direito dos Animais, ele é o resultado das disputas dos agentes por poder simbólico e por produzir os discursos jurídicos candidatos à verdade sobre o Direito;
- 2) Pela caracterização do campo jurídico brasileiro, dos agentes que o compõem e da estrutura de posições que ocupam a partir da distribuição desigual de capitais úteis ao campo, identificou-se que os agentes que ocupam a dominância do campo jurídico brasileiro são os juristas práticos, isto é, aqueles detentores de competência jurisdicional, em especial a classe dos magistrados e dos promotores públicos. Quanto aos advogados, os fatores de prestígio são decorrentes das áreas de atuação, da localização geográfica e das instituições de formação. Há acréscimo de poder simbólico de juristas que ocupam posições no campo acadêmico e universitário.
- 3) Pela caracterização da posição dos principais autores do Direito dos Animais e de suas produções, a partir dispositivos heurísticos fornecidos por Bourdieu, concluiu-se que os discursos produzidos pelos agentes que disputam uma verdade sobre a classificação dos animais no Direito estão tanto mais localizados em oposição à

ortodoxia jurídica e ao *habitus* especista dos agentes sociais brasileiros quanto mais inferior for a posição do jurista no campo jurídico brasileiro.

4) Dada a posição hierárquica inferior do ramo do Direito dos Animais, os autores animalistas não ocupam as posições de dominância do campo jurídico. Resta-lhes mobilizar estratégias de aquisição de poder simbólico, buscar reconhecimento por juristas de outras áreas, ampliar seus espaços de produção do discurso jurídico animalista ao passo que reproduzem o campo jurídico, instituindo monopólios de serviços jurídicos e de produção da verdade do Direito dos Animais.

5) O Direito dos Animais, entendido como o conjunto de produtos jurídicos – discursos – produzidos dentro do campo jurídico brasileiro que têm como critério unificador a consideração de que animais são titulares de direitos. está localizado no chamado *espaço dos possíveis*, isto é, o limite do que pode ser dito sobre o Direito, e pode ser parcialmente aderido pelos juristas práticos na produção de suas interpretações jurídicas. Os juristas animalistas devem ter cuidado ao defenderem teses que podem retirar o Direito dos Animais desse espaço de possibilidade de enunciação.

Outros pontos de reflexão e *insights* proporcionados pela pesquisa, os quais não puderam ser expostos neste breve artigo, podem ser acessados no texto completo da Tese (CARDOSO, 2022).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Ciência Política, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, volume 13, número 03, p. 48-76, Set-Dez 2018.

ATALLAH, Claudia Cristina Azeredo. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e a administração da justiça no centro-sul. In: CHAMBOULEYRON, Rafael; ARENZ, Karl-Heinz Arenz (Orgs.). **Anais do IV Encontro Internacional de História Colonial**. Volume 6. Dinâmica imperial no Antigo Regime português: séculos XVI-XVIII. Belém: Editora Açaí, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. Tradução de Daniela Kern e Guilherme F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática [Esquisse d'une theorie de la pratique, 1972]. In: ORTIZ, Renato (Org.). **Pierre Bourdieu**: sociologia. Tradução de Paula Montero e Alícia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas**. Tradução de Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil SA, 1989. (Coleção Memória e Sociedade).

BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. Tradução de Maria Ferreira. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural [Les trois états du capital culturel, 1979]. Tradução de Magali de Castro. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Pierre Bourdieu - Escritos de Educação**. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. Tradução de Denice Bárbara Catani. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: cursos no Collège de France (1989-92). Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologia Geral**. Vol. 1: Lutas de Classificação. Curso no Collège de France (1981-1982). Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 mar. 2023.

CARDOSO, Waleska Mendes. **A produção do direito dos animais no campo jurídico brasileiro**: uma leitura bourdieusiana. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado. Curitiba, 2022.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. Milano, Vol. 35, T. I, p. 339-371, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. Brevíssimas notas sobre a história do Direito e da Justiça no Brasil. **Confluências**, v. 13, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, nov. 2012, p. 37-54.

GUIMARÃES, Sandra. **Sobre o papel da exploração animal no colonialismo**. Papacapim [sítio eletrônico]. Publicado em 09 set. 2020. Disponível em: <http://www.papacapim.org/2020/09/09/sobre-o-papel-da-exploracao-animal-no-colonialismo/>. Acesso em: 03 jan. 2021.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. Milano, Vol. 35, T. I, 2006.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a constituinte de 1987/88. pp. 106-137In: SADEK, Maria Tereza Aina (Org.). **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. A função e a importância das disciplinas propedêuticas na estrutura curricular dos cursos de direito no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 42, p. 73-86, 2005.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. O discurso jurídico no contexto dos cursos de direito no Brasil: reflexões a partir das teorizações de Pierre Bourdieu. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). **Discurso e Direito - Discursos do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, v.1, p. 105-122.

MORAIS, Viviane Lima de. **Da subjetividade do homem à materialidade do boi: recriando Áfricas na diáspora**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Programa de Pós-Graduação em História Social - Doutorado em História Social, São Paulo, 2009.

NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil**. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, jul. 2003.

SADEK, Maria Tereza Aina. A organização do poder judiciário no Brasil. pp. 01-16. In: SADEK, Maria Tereza Aina (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010a.

SADEK, Maria Tereza Aina. O sistema de justiça. pp. 01-23. In: SADEK, Maria Tereza Aina (Org.). **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010b.

SILVA, Tagore Trajano da. O ensino do Direito Animal: um panorama global. **Revista de Direito Brasileira**, Ano 3, Vol.6, Set/Dez 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

# LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ESTRANGEIRA: APRESENTAÇÃO DA LEI PROTETIVA DOS ANIMAIS DE LUXEMBURGO

*Data de submissão: 10/03/2023*

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Nilsen Aparecida Vieira Marcondes**

Centro Universitário Internacional –  
UNINTER, Curitiba/PR  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Internacional Contemporâneo  
<http://lattes.cnpq.br/6789334957023303>  
<https://orcid.org/0000-0001-8865-8939>

**RESUMO:** Objetiva-se neste estudo apresentar a Legislação Infraconstitucional Protetiva dos Animais do Estado-nação europeu de Luxemburgo. Trata-se de um estudo qualitativo, básico, descritivo, documental e bibliográfico em que se realizou a leitura e tradução do texto original em francês da Lei nº 537 sobre a proteção dos animais de 27 de junho de 2018 de Luxemburgo e das literaturas disponíveis atinentes à temática Legislação Infraconstitucional Estrangeira Protetiva dos Animais, bem como organização das informações coletadas e análise e discussão das mesmas. No que diz respeito à corrente epistemológica adotada a opção apoia-se no construtivismo. E, atinente à perspectiva teórica priorizada, a escolha assenta-se na investigação crítica. Os resultados deste estudo apontaram que: (i) trata-se de uma Lei que visa garantir a

dignidade, a proteção da vida, a segurança e o bem-estar dos animais; (ii) inaugura um novo marco legal para todos os animais no território do Luxemburgo; (iii) fornece uma ampla gama de disposições; (iv) prevê um Sistema mais detalhado, persuasivo e eficaz de controles e sanções em caso de maus-tratos aos animais; (v) define o animal como ser vivo não humano dotado de sensibilidade; (vi) acrescenta a noção de dignidade e segurança do animal; (vii) fornece uma Relação Nominal Nacional de Animais cuja manutenção é permitida; e por fim, (viii) estabelece Autorizações, Aprovações e Notificações. Conclui-se que, não obstante o estudo apresentado estar sedimentado na análise documental da Legislação Infraconstitucional Estrangeira Protetiva dos Animais do Estado-nação de Luxemburgo – a qual representou o foco desta reflexão e constituiu referência prioritária – é importante considerar que acontecimentos nacionais tem forte potencial para se repercutir em dimensões internacionais tornando-se potenciais exemplos para outros Estados-nações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legislação Infraconstitucional Estrangeira. Proteção Animal. Luxemburgo.

## FOREIGN INFRACONSTITUTIONAL LEGISLATION: PRESENTATION OF THE PROTECTIVE LAW OF ANIMALS OF LUXEMBOURG

**ABSTRACT:** The objective of this study is to present the Infraconstitutional Legislation Protecting Animals of the European nation-state of Luxembourg. This is a qualitative, basic, descriptive, documentary and bibliographical study in which the reading and translation of the original French text of Law n° 537 on the protection of animals from June 27, 2018 in Luxembourg and the available literature related to the theme of Foreign Infraconstitutional Legislation Protecting Animals, as well as the organization of the collected information and analysis and discussion of the same. The epistemological current adopted was that of Constructivism. The prioritized theoretical perspective was that of critical investigation. The results of this study indicated that: (i) it is a law that aims to guarantee the dignity, protection of life, safety and well-being of animals; (ii) inaugurates a new legal framework for all animals in the territory of Luxembourg; (iii) provides a wide range of provisions; (iv) provides for a more detailed, persuasive and effective system of controls and sanctions in case of mistreatment of animals; (v) defines the animal as a non-human living being endowed with sensitivity; (vi) adds the notion of animal dignity and safety; (vii) provides a National Nominal List of Animals allowed to be kept; and finally, (viii) establishes Authorizations, Approvals and Notifications. It is concluded that, despite the fact that the presented study is based on the documentary analysis of the Foreign Infraconstitutional Legislation Protecting Animals of the Luxembourg nation-state – which represented the focus of this reflection and constituted a priority reference – it is important to consider that national events have a strong potential to have repercussions on international dimensions, becoming potential examples for other nation-states.

**KEYWORDS:** Foreign Infraconstitutional Legislation. Animal Protection. Luxembourg.

### 1 | INTRODUÇÃO

A centralidade deste trabalho está focada na Legislação Infraconstitucional Estrangeira Protetiva dos Animais, especificamente na abordagem descritiva dos dispositivos protetivos dos animais não humanos no âmbito do Estado-nação europeu de Luxemburgo. E diante disso uma questão emerge: No cenário internacional Luxemburgo pode ser caracterizado como um Estado-nação protetivo dos animais não humanos?

Luxemburgo é um Estado-nação localizado na Europa Ocidental. Seu diminuto território – equivalente à metade da área do Distrito Federal no Brasil – faz fronteira com a França, Alemanha e Bélgica (SILVA, 2020).

O país é regido por uma Monarquia Constitucional submetido a um Governo Parlamentar. O Poder Executivo é exercido pelo Grão-Duque, cuja função é especificamente honorífica, e por um Conselho de Governo – gabinete – que incorpora a figura do Primeiro-Ministro, atuante como Chefe de Governo. Este Primeiro-Ministro representa a liderança do partido político ou da coligação de partidos que conquistou o maior número das cadeiras no Parlamento, denominado Câmara dos Deputados, à qual é renovada a cada cinco anos mediante eleições gerais (SILVA, 2020).

O governo do Estado-nação luxemburguês aprovou uma nova Legislação

Infraconstitucional Protetiva do Animais. A *Loi sur la protection des animaux* que teve sua última atualização em junho 2018, trata-se de um inovador aporte legal direcionado à totalidade dos animais não humanos no território do Luxemburgo (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Passados 30 anos após sua primeira edição, a nova Lei contempla os animais não humanos como seres sencientes capazes de sentir dor e experimentar distintas emoções. Portanto, em Luxemburgo os animais não são considerados como coisas semoventes a exemplo de muitos países que ainda os vê e os trata assim (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

A proposta de redação da nova Lei que visasse garantir: **(i)** dignidade; **(ii)** proteção da vida; **(iii)** segurança; **(iv)** e bem-estar dos animais em todo o território nacional de Luxemburgo partiu da iniciativa do então Ministro da Agricultura daquele país à época – Fernand Etgen – em maio de 2016. Transcorridos dois anos e um mês, o Projeto de Lei foi votado por unanimidade na Câmara dos Deputados – dia 6 de junho de 2018 – e a *Loi sur la protection des animaux* passou a vigorar em outubro daquele mesmo ano (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

O objetivo geral deste estudo foi apresentar a Legislação Infraconstitucional Protetiva dos Animais do Estado-nação europeu de Luxemburgo. E, para alcance deste objetivo geral, a etapa sequente seguida – representada pelo objetivo específico – assentou-se na descrição detalhada do conteúdo da *Loi n° 537 sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo.

Justifica-se a análise desta temática porque é perceptível, tanto no cenário nacional quanto internacional, a existência de uma motivação na direção da construção de novas legislações infraconstitucionais voltadas à proteção dos animais não humanos (ASSUNÇÃO, 2023) a exemplo da iniciativa que partiu de Fernand Etgen em Luxemburgo que na sequência foi acolhida por muitos outros agentes públicos e membros da sociedade civil organizada daquele Estado-nação (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Tal justificativa assenta-se em dois pilares bastante significativos. O primeiro pilar advém das crescentes evidências científicas a revelar que os animais não humanos são seres sencientes dotados de um sistema nervoso que os torna capazes de sentir dor e experimentar distintas emoções como sofrimento e angústia por exemplo, somente para citar alguns (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, 2012; SILVA, 2020; ASSUNÇÃO, 2023).

E, o segundo pilar justificatório da análise desta Legislação Infraconstitucional Protetiva dos Animais do Estado-nação europeu de Luxemburgo está alicerçado nas alterações dos hábitos e costumes da sociedade humana que na contemporaneidade veem os animais e os tratam de forma distinta da que os contemporâneos de Homero, Hesíodo, Tales de Mileto, Anaxímenes, Heráclito de Éfeso, Pitágoras, Protágoras de Abdera, Sócrates, Platão, Francis Bacon, René Descartes, Immanuel Kant – a título de exemplificação – os viam e os tratavam à época em que viveram nesta terra (MARCONDES, 2022).

Para elucidar cita-se abaixo a concepção que René Descartes filósofo, cientista e matemático francês tinha dos animais não humanos durante a idade moderna:

René Descartes sustentava que os animais não humanos, por não conseguirem se expressar por meio das mesmas palavras usadas pelo *homo sapiens sapiens*, eram considerados como máquinas. O entendimento do filósofo de que animais não humanos são semelhantes às máquinas e, por isso, destituídos de quaisquer valores intrínsecos trouxe repercussões negativas para a posteridade dos animais não humanos. A concepção cartesiana de animal-máquina está presente na sua obra intitulada Discurso do Método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas. Para René Descartes, os animais não humanos de modo algum teriam a capacidade de fazer uso de palavras ou sinais, bem como agir de forma racional, mas unicamente sob reflexo mecânico de seus órgãos. E na condição de susceptíveis às leis mecânicas, os animais não humanos – assim como todo e qualquer outro objeto propenso às mesmas leis [como um relógio, que é o exemplo citado em sua obra ao comparar animais não humanos com os relógios afirmando que são assemelhados] – não sentiriam dor, aflição, agonia, tristeza, medo ou prazer, contentamento, alegria (MARCONDES, 2022, p. 125, adendo nosso).

Distintamente do que a experiência humana vivia e defendia durante o período pré-histórico – caracterizado pelo estágio evolutivo usualmente designado caçador coletor em que os humanos viveram por aproximadamente dois milhões de ano – até chegar-se aos primeiros filósofos do mundo antigo, passando pelos filósofos modernos em que a ausência de obrigações morais para com os animais não humanos trouxe repercussões diretas ao pensamento que se consolidava nos séculos XVIII e XIX e também particularmente na edificação das normativas legais (MARCONDES, 2022, p. 124 a 126), a *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo chega para superar estes ideários presentes e defendidos nestes comportamentos pré-históricos, bem como nestas correntes filosóficas pretéritas que desconsideravam os animais não humanos (LUXEMBOURG, 2018).

Para o Conselho do Governo de Luxemburgo e para a sociedade civil deste Estado-nação, os animais não são mais considerados como coisas, como relógios, como aparelhos de celular, como máquinas de calcular – por assim dizer – mas como seres vivos não humanos dotados de sensibilidade e possuidores de direitos. É isso que este artigo vem evidenciar (LUXEMBOURG, 2018; MARCONDES, 2022; SILVA, 2020; UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, 2012).

## 2 | METODOLOGIA

A corrente epistemológica adotada foi a do construtivismo; a escolha da perspectiva teórica pautou-se na investigação crítica; o enfoque do estudo foi qualitativo; a modalidade investigativa caracterizou-se como básica; o tipo do estudo foi descritivo; quanto à classificação se apresentou como pesquisa documental e bibliográfica; quanto aos instrumentos de coleta de dados, foram utilizadas a: (i) leitura e tradução do texto

original em francês da Lei nº 537 sobre a proteção dos animais de 27 de junho de 2018 de Luxemburgo e estudo das obras de autores atinentes à temática Legislação Infraconstitucional Estrangeira Protetiva dos Animais; **(ii)** organização das informações coletadas; **(iii)** e análise e discussão das informações de cunho documental e bibliográfico que foram levantadas (PEROVANO,2016). Para análise e interpretação dos dados documentais e bibliográficos coletados, utilizou-se a Análise de Conteúdo (BARDIN, 2011). Por fim, quanto ao critério de escolha, tanto da Normatização Infraconstitucional Protetiva dos Animais específica do Estado-nação europeu de Luxemburgo quanto das obras (publicações de eventos acadêmicos/científicos e veiculadas em meio eletrônico, livros e capítulos de livros) o mesmo pautou-se num levantamento intencional da autora deste Artigo alicerçado nos objetivos desta pesquisa.

### 3 | RESULTADOS

Os resultados deste estudo apontaram que a Legislação Infraconstitucional Protetiva dos Animais de Luxemburgo, votada por unanimidade no dia 6 de junho de 2018, concentrou em seu bojo oito realidades essenciais, quais sejam: **(i)** trata-se de uma Lei que visa garantir a dignidade, a proteção da vida, a segurança e o bem-estar dos animais; **(ii)** inaugura um novo marco legal para todos os animais no território do Luxemburgo; **(iii)** fornece uma ampla gama de disposições; **(iv)** prevê um Sistema mais detalhado, persuasivo e eficaz de controles e sanções em caso de maus-tratos aos animais; **(v)** define o animal como ser vivo não humano dotado de sensibilidade; **(vi)** acrescenta a noção de dignidade e segurança do animal; **(vii)** fornece uma Relação Nominal Nacional de Animais cuja manutenção é permitida; e por fim, **(viii)** estabelece Autorizações, Aprovações e Notificações para: **a)** fortalecer as ações no campo da proteção animal; **b)** controlar melhor as ações e procedimentos realizados no âmbito da proteção animal; **c)** garantir que as instalações que abrigam animais por tempo determinado ou indeterminado sejam adequadas e se aprimorem constantemente; e **d)** assegurar a presença de profissionais habilitados e competentes para efetivação de suas ações dentro destes espaços físicos que acolhem animais (LUXEMBOURG, 2018, p. 1-10, tradução livre nossa).

### 4 | ABORDAGEM DESCRITIVA DA LEI DE PROTEÇÃO DOS ANIMAIS DO ESTADO-NAÇÃO EUROPEU DE LUXEMBURGO

A implementação da *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo colocou este Estado-nação na décima posição – no contexto dos demais países europeus – entre aqueles que criminalizam a criação de animais com o intuito exclusivo de extração de suas peles visando unicamente o lucro econômico. E, existe uma defesa particular de Luxemburgo que se direciona a um pequeno animal em especial: a fuinha, uma espécie da família dos mustelídeos que se encontra ameaçada de extinção por conta das Industrias de

Produção de Peles (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Um dos dispositivos da *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo proíbe taxativamente a criação de animais para produção de peles, a qual é considerada uma prática cruel contra a vida destes pequenos seres sencientes. Embora o país não possua nenhuma indústria cujo objetivo seja a criação de animais para produção de peles, a *Loi sur la protection des animaux* impossibilita, principalmente, que novas fazendas de criação de fuinhas sejam instituídas no território nacional de Luxemburgo (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

A *Loi sur la protection des animaux* regulamenta um amplo leque de disposições e prevê um rol bastante detalhado e dissuasivo de controles e sanções. As principais inovações assentam-se: **(i)** na definição do animal como criatura não humana dotada de sensibilidade; **(ii)** no acréscimo da noção de dignidade e segurança do animal; **(iii)** na relação nominal de espécies de animais cuja manutenção é permitida; **(iv)** nas autorizações, aprovações e notificações para melhor controle das situações que envolvem os animais não humanos; e **(v)** na obervância mais atenta, bem como nas aplicações de sanções mais eficazes. Em suma, a *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* reconhece os animais não humanos como seres dotados de sensibilidade e possuidores de direitos (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Outro dispositivo da *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo, considerado como um dos mais progressistas, refere-se à proibição do abate de animais por motivações econômicas. E, por conta disso o Estado-nação luxemburguês tornou-se pioneiro no contexto da União Europeia a legislar sobre o assunto. Concretamente tal medida significa a proibição do abate de frangos e bezerras machos na indústria do leite e derivados. E, no caso dos abates permitidos – excetuando situações de pesca – os mesmos somente poderão ocorrer quando o animal não humano estiver inconsciente (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Nesta mesma ambiência protetiva, o amparo, a assistência e o socorro prestado aos animais feridos e/ou desprotegidos passam a ser igualmente obrigatórios conforme as novas regras da *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018*. E ainda, as sanções por descumprimento também se tornam mais expressivas – multas que podem alcançar a cifra de 200 mil euros e/ou reclusão de no máximo três anos – a depender do caso concreto de negligência para com o animal não humano (LUXEMBOURG, 2018; SILVA, 2020).

Não obstante grande avanço da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo, os protetores dos animais daquele Estado-nação ainda apontam algumas situações que exigem atenção por parte do Poder Público e da sociedade civil organizada, quais sejam: **(i)** a caça – que ainda é – permitida no país; **(ii)** a realização de procedimentos de testagem em animais – que por enquanto – não foram abolidos em sua totalidade, mas sim minimizados; e por fim **(iii)** as regras para deslocamento dos animais até os locais de abate – que até o momento – carecem de maiores restrições (SILVA, 2020).

No capítulo I – no qual estão contemplados os artigos 1º, 2º e 3º – a *Loi sur la protection des animaux* trata dos Princípios Gerais, evidenciando os pontos chaves dos artigos, são eles: **(i)** as conceituações das expressões dignidade e segurança animal; **(ii)** a proibição da não e/ou sem necessidade; **(iii)** a proibição de qualquer forma de maus-tratos e/ou crueldade; **(iv)** o dever de aliviar seja qual for o tipo de sofrimento inflingido ao animal não humano; **(v)** e a apresentação de uma relação com distintas definições como forma de garantir a segurança jurídica e a legitimação da proteção animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 1, tradução livre nossa, grifos nosso).

No artigo 1º tem-se o objetivo da Lei, qual seja, o de garantir: **(i)** a dignidade; **(ii)** a proteção da vida; **(iii)** a segurança e **(iv)** o bem-estar dos animais não humanos. Na sequência lê-se no texto do artigo 1º que é proibido a qualquer pessoa – quando não há necessidade justa e plausível para deferimento do ato – matar ou ordenar a morte de um animal, provocá-lo ou causar-lhe dor, sofrimento, angustia, dano ou ferimento. Lê-se ainda que: qualquer forma de abuso ativo ou passivo ou crueldade contra um animal é proibido. E ainda neste mesmo artigo têm-se que qualquer animal que esteja sofrendo, ferido ou em perigo deve ser resgatado sempre que possível (LUXEMBOURG, 2018, p. 1, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 2º apresenta o campo de aplicação da Lei. Nele lê-se que a presente Lei aplica-se à totalidade dos animais não humanos vertebrados, bem como aos cefalópodes, sem prejuízo da legislação em vigor no que diz respeito à caça, à pesca, ao combate aos organismos nocivos e à proteção da natureza e dos recursos naturais (LUXEMBOURG, 2018, p. 1, tradução livre nossa, grifos nosso).

Convém reforçar que cefalópodes se tratam de animais marinhos como por exemplo as lulas, os polvos e os náutilos. No interior desse grupo de moluscos, encontram-se três espécies as que: **(i)** possuem conchas com câmaras no caso os náutilos; **(ii)** aquelas que não possuem concha representadas pelos polvos; e **(iii)** aquelas espécies que apresentam uma concha reduzida e interna como é o caso das lulas (SILVA, 2020).

O artigo 3º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo expõe quatorze definições bastante relevantes, interessantes e elucidativas as quais são explicitadas a seguir: **(i)** Administração competente corresponde à administração dos serviços veterinários; **(ii)** Animal significa ser vivo não humano dotado de sensibilidade por possuir sistema nervoso que lhe permite sentir dor; **(iii)** Associação de Proteção Animal se refere à uma associação cujo objetivo é promover o bem-estar dos animais em perigo e defender os direitos dos animais; **(iv)** Autoridade Competente se trata do membro do Governo que tenha a Agricultura nas suas atribuições, adiante designado por Ministro; **(v)** Bem-estar Animal representa o estado de conforto e equilíbrio fisiológico e psicológico de um animal caracterizado por bom estado de saúde, conforto suficiente, bom estado nutricional, possibilidade de expressão de comportamento natural, estado de segurança, bem como ausência de sofrimento como dor, medo ou angústia; **(vi)** Comercializar Animais

se relaciona ao ato de colocar os animais no mercado, vendê-los, guardá-los, adquiri-los, transportá-los, exibi-los para venda, trocá-los, entregá-los gratuitamente ou mediante pagamento de uma forma habitual; **(vii)** Dignidade do Animal diz respeito ao próprio valor do animal, o qual deve ser respeitado pelas pessoas que cuidam dele, atende-se a esta dignidade do animal quando o constrangimento que lhe é imposto não pode ser justificado por interesses superiores; existe constrangimento nomeadamente quando são causadas dores, doenças ou danos ao animal, quando este é colocado em estado de ansiedade ou degradado, quando é submetido a intervenções que modificam profundamente o seu fenótipo ou as suas capacidades, ou quando é excessivamente instrumentalizado; **(viii)** Estabelecimento Comercial de Animais faz alusão ao estabelecimento comercial onde são mantidos os animais com a finalidade principal de os comercializar; **(ix)** Exposição de Animais concernente à reunião de animais organizada com o objetivo de comparar e julgar as qualidades dos animais ou apresentá-los para fins educativos e que não tenha como principal objetivo comercializá-los; **(x)** Espaço de convivência de animais em liberdade ou em cativeiros e Jardim Zoológico atinente à qualquer local acessível ao público onde se guardam e se expõem animais vivos não tendo como finalidade principal a sua comercialização; **(xi)** Mercado de Animais pertinente ao local onde são realizados agrupamentos de animais com o objetivo de comercializá-los; **(xii)** Matança relativo à qualquer processo aplicado intencionalmente que cause a morte de um animal; **(xiii)** Seleção Artificial corresponde ao processo de cruzamento de organismos com o objetivo de perpetuar suas características anatómicas, morfológicas ou comportamentais; e **(xiv)** Segurança Animal significa todas as circunstâncias destinadas a garantir a integridade física e psicológica de um animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 1-2, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo II – onde estão inseridos os artigos 4º e 5º – a *Loi sur la protection des animaux* trata da Detenção dos Animais, enfatizando os pontos chave dos artigos, a saber: **(i)** a hierarquia das obrigações; **(ii)** a introdução de listas positivas; **(iii)** a distinção entre as espécies de animais mamíferos e não mamíferos; **(iv)** a manutenção de espécies de animais mamíferos não listados apenas em circunstâncias especiais; **(v)** e a necessidade de autorização ministerial para manutenção de espécies não mamíferas e não mencionadas (LUXEMBOURG, 2018, p. 2-3, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 4º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo em termos gerais afirma que toda pessoa que possui, tem custódia ou cuida de um animal deve: **(i)** fornecer a ele alimentação, água e cuidados adequados à sua espécie, proporcionando-lhe abrigo adequado às suas necessidades fisiológicas, etológicas e ecológicas; **(ii)** evitar restringir as necessidades naturais de exercício e movimento de um animal de forma que não resulte em dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão; **(iii)** assegurar que a iluminação, temperatura, umidade, ventilação, circulação de ar e demais condições ambientais dos alojamentos dos animais estejam de acordo com as necessidades fisiológicas e etológicas da espécie; **(iv)** prestar cuidados adequados a um animal doente ou ferido; **(v)** não praticar

atos injustificados que causem dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão ao animal; **(vi)** não maltratar um animal ou submetê-lo, seja por ação ou por omissão, a uma situação de crueldade; e **(vii)** não matar cruelmente um animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 2, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 5º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo especifica que, excetuando os animais elencados em uma Relação Nominal Nacional, a manutenção daqueles não contemplados neste rol é proibida (LUXEMBOURG, 2018, p. 2-3, tradução livre nossa, grifos nosso).

Os animais não designados na Relação Nominal podem ou não ser mantidos – a depender do caso concreto após avaliação e análise das instâncias governamentais competentes – **(i)** em jardins zoológicos; **(ii)** em ambientes com finalidades científicas; **(iii) a)** por pessoas, desde que comprovada a posse ou detenção do(s) animal(is) antes da entrada em vigor da presente *Loi sur la protection des animaux* sendo a reprodução destes animais proibida; **b)** por pessoas autorizadas pelo Ministro, o qual pode recusar a emissão da Autorização por motivos relacionados à proteção dos animais, à conservação das espécies, à saúde pública e à proteção da natureza; para obter a Autorização Ministerial, a pessoa deve apresentar um pedido por escrito à Administração competente, incluindo um relatório com informações sobre o animal, os motivos e as condições exatas do período de manutenção prevista, as qualificações profissionais e por fim as aptidões pessoais do proprietário ou titular, após caberá à Administração competente a realização das ações administrativas preparatórias, bem como as verificações necessárias para proferir a Autorização; **(iv)** por abrigos, desde que se trate de alojamento temporário de animais apreendidos ou confiscados, de animais abandonados ou recolhidos cujo dono ou detentor não tenha sido identificado; **(v)** por veterinários habilitados e licenciados para exercício de seus ofícios; **(vi)** em circos para fins de entretenimento (LUXEMBOURG, 2018, p. 2-3, tradução livre nossa, grifos nosso).

Existem três Regulamentos Nacionais – a complementar o artigo 5º da *Loi sur la protection des animaux* – que definem: **(i)** de forma geral quais animais estão autorizados a serem mantidos sob a responsabilidade de proprietários e/ou detentores, em quais locais e sob quais procedimentos; **(ii)** de maneira específica quais requisitos as pessoas físicas ou jurídicas – tanto as que necessitam de Autorização Ministerial como as que não necessitam – devem cumprir para terem o direito de receber e/ou manter posteriormente estes animais consigo; e também **(iii)** quais animais estão autorizados a serem mantidos: **a)** no interior dos abrigos temporários; **b)** sob a responsabilidade de veterinários habilitados e licenciados; e **c)** dentro dos ambientes circenses (LUXEMBOURG, 2018, p. 2-3, tradução livre nossa, grifos nosso).

E ainda, cabe ressaltar que os animais, cujos proprietários e/ou detentores, receberam Autorização do Ministro para tê-los consigo, devem passar por um processo inventariante contínuo. Anualmente – tendo como data limite o dia 1º de janeiro de cada

ano – o proprietário e/ou detentor do animal deve enviar às Instâncias Governamentais Competentes a atualização das informações em termos de quantidade de indivíduos, tipos de espécies existentes, bem como alterações atinentes à situação de manutenção destes animais dentro dos espaços onde se encontram (LUXEMBOURG, 2018, p. 3, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo III – o qual contempla o artigo 6º – a *Loi sur la protection des animaux* se refere às Notificações, Autorizações e Aprovações, elencando as questões chaves do citado artigo, são elas: **(i)** as Notificações Prévias, nomeadamente para circos, exposições de animais e/ou mercados de animais visando ao melhor controle das ações e procedimentos realizados; **(ii)** as Autorizações Ministeriais, em particular para a: **a)** criação de cães e gatos; **b)** instituição, edificação, funcionamento e manutenção de alguns locais específicos e apropriados para acolhimento de animais, como por exemplo, hotéis, espaços de convivência – com ou sem pernoite – mediante pagamento de diária para permanência do animal no local, abrigos e/ou alojamentos temporários de animais em situação de abandono e/ou maus-tratos; a necessidade de Autorizações Ministeriais para tais realizações objetivam primeiramente garantir que as instalações sejam adequadas e tornem-se sempre melhores, e segundo, assegurar a presença de profissionais habilitados e competentes para efetivação do que se propuseram a executar dentro destes espaços físicos; e **(iii)** as Aprovações para instituição de Associações de Proteção animal com o objetivo de fortalecer suas ações no campo da proteção animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 3-4, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 6º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo determina primeiramente que, estão sujeitos a notificação à administração competente: **(i)** um circo; **(ii)** uma exposição de animais; e **(iii)** um mercado de animais. A Notificação deve ser feita pelo menos quinze dias antes do início da atividade, devendo conter a lista dos animais mantidos e informações específicas sobre o local, data e organizador da atividade (LUXEMBOURG, 2018, p. 3-4, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 6º determina também que, sem prejuízo de outras Autorizações exigidas, ficam sujeitos(as) à autorização do Ministro: **(i)** quaisquer atividades que visem a comercialização de animais, com exceção das feiras de animais e da atividade agrícola; **(ii)** uma atividade que tenha por objetivo criar e reproduzir gatos para posterior venda (gatil particular); **(iii)** uma atividade que visa a criação e reprodução de cães para posterior venda (canil particular); **(iv)** um estabelecimento comercial de animais, exceto o estabelecimento agropecuário; **(v)** a criação de espaços delimitados territorialmente para fins de convivência dos animais em liberdade – ambientes naturais – ou em cativeiros – ambientes construídos – a exemplo dos parques nacionais de preservação das espécies, bem como a criação de Jardins Zoológicos; **(vi)** a edificação de hotéis e/ou de espaços de convivência – com ou sem pernoite – mediante pagamento de diária para permanência do animal no local; **(vii)** a instituição de abrigos e/ou alojamentos temporários de animais em situação de abandono

e/ou maus-tratos; **(viii)** e as atividades que desejam fazer uso de animais para realização de filmes ou assemelhados (LUXEMBOURG, 2018, p. 3, tradução livre nossa, grifos nosso).

Para obtenção da Autorização do Ministro, a pessoa deve realizar sua solicitação por escrito à Administração competente, incluindo: **(i)** as informações sobre a infraestrutura do local; **(ii)** os equipamentos a serem utilizados; **(iii)** a descrição detalhada das atividades a serem desenvolvidas; **(iv)** a relação da equipe que irá atuar, a qual necessariamente deve possuir capacitação comprovada atinente à guarda e proteção de animais; **(v)** a listagem dos animais que irão ocupar o local; **(vi)** bem como a descrição das condições em que os animais serão mantidos. Posteriormente, a Administração competente encarrega-se dos trabalhos administrativos preparatórios e das verificações necessárias ao estabelecimento da Autorização (LUXEMBOURG, 2018, p. 3, tradução livre nossa, grifos nosso).

A Autorização somente será concedida se os pedidos e os requisitos inclusos estiverem em conformidade com a *Loi sur la protection des animaux* e se nela – na Autorização – estiverem contidas as condições específicas em que os animais serão mantidos. As modalidades de obtenção de Autorização de manutenção dos animais em locais específicos a depender da finalidade da atividade – comercialização, criação, reprodução, observação em ambiente natural, oferta de cuidados diários protetivos, enfim – estão descritas em um Regulamento Nacional (LUXEMBOURG, 2018, p. 3, tradução livre nossa).

Por fim, o artigo 6º explicita ainda que as Associações de Proteção dos Animais, cujos estatutos foram publicados no Diário Oficial da nação e que exercem por pelo menos três anos suas atividades estatutárias na área da proteção animal, podem ser submetidas à aprovação do Ministro. O mesmo se aplica às Associações de direito estrangeiro dotadas de personalidade jurídica que exerçam suas atividades estatutárias no referido domínio da proteção dos animais e que desejam atuar dentro de Luxemburgo, ou seja, estas Associações Estrangeiras também podem ser submetidas à aprovação do Ministro na busca por Autorização para funcionamento dentro daquele país (LUXEMBOURG, 2018, p. 3, tradução livre nossa).

As Associações – tanto as Nacionais quanto as Estrangeiras – assim aprovadas podem ser chamadas a participar na ação de Entidades Públicas que tenham por objeto a proteção dos animais. Além disso, estas Associações Nacionais e/ou Estrangeiras Protetivas dos Animais podem exercer os direitos conferidos às partes civis, relativamente aos fatos que constituam infração na interpretação da presente *Loi sur la protection des animaux* e causem prejuízo direto ou indireto aos interesses coletivos que se destinam a defender, ainda que não justifiquem interesse material e que o seu interesse em agir esteja integralmente abrangido pelo interesse social, cuja defesa é assegurada pelo Ministério Público (LUXEMBOURG, 2018, p. 3-4, tradução livre nossa).

No capítulo IV – o qual abrange o artigo 7º – a *Loi sur la protection des animaux* trata da criação de animais por seleção artificial instituindo a proibição desta prática em

caso de risco à saúde e/ou ao bem-estar animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa).

O texto do artigo 7º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo declara que é proibida a criação de animais vertebrados por seleção artificial se isso representar um risco para a saúde e/ou bem-estar tanto dos animais quanto dos humanos, tais como: **(i)** a presença de órgãos naturais adicionais ou partes do corpo, ou **(ii)** a ausência de órgãos ou partes do corpo que ocorrem naturalmente, ou ainda **(iii)** a presença de formas corporais não compatíveis com o bem-estar e a saúde do animal. Por fim, no artigo 7º existe a informação de que esta disposição não se aplica a animais criados para fins científicos (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo V – o qual incorpora o artigo 8º – a *Loi sur la protection des animaux* aborda o transporte de animais, listando os pontos-chaves do supracitado artigo, quais sejam: **(i)** o dever de respeitar a dignidade, a proteção da vida, a segurança e bem-estar dos animais em todas as circunstâncias; e **(ii)** a necessidade de autorização ministerial para o exercício das atividades que envolvam o transporte de animais. Existe um Regulamento Nacional – a complementar o artigo 8º da *Loi sur la protection des animaux* – que define e especifica os termos de aplicação deste artigo (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa, grifos nosso).

A redação do artigo 8º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo apresenta que: **(i)** o transporte de animais deve ser organizado de forma a garantir a segurança e o bem-estar dos animais durante todo o transporte; **(ii)** nos termos do artigo 10º do Regulamento (CE) n.º 1/2005 do Conselho, de 22 de dezembro de 2004, relativo à proteção dos animais durante o transporte e operações conexas e que altera as Diretivas 64/432/CEE e 93/119/CE e o Regulamento (CE) n.º 1255/97, a seguir “Regulamento (CE) n.º 1/2005”, compete ao Ministro emitir as autorizações aos transportadores de animais; **(iii)** nos termos do artigo 11º do Regulamento (CE) n.º 1/2005, o Ministro é responsável pela emissão de autorizações aos transportadores de animais que efetuem viagens de longo curso; **(iv)** nos termos do artigo 17º do Regulamento (CE) n.º 1/2005, compete à administração competente emitir o Certificado de Aptidão Profissional; e **(v)** nos termos do artigo 18º do Regulamento (CE) n.º 1/2005, a administração competente é responsável pela emissão do Certificado de Aprovação do meio de transporte rodoviário (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo VI – o qual abarca o artigo 9º – a *Loi sur la protection des animaux* discorre sobre o abate dos animais, enumerando as questões-chaves deste artigo, são elas: **(i)** a obrigação de atordoar, insensibilizar, ou seja, confirmar a inconsciência do animal antes do abate; e **(ii)** a obrigatoriedade de evitar a dor, a angústia ou o sofrimento desnecessários. Existe um Regulamento Nacional – a complementar o artigo 9º da *Loi sur la protection des animaux* – que define e especifica os termos de aplicação deste artigo (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa, grifos nosso).

A composição do artigo 9º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo define que: **(i)** um animal somente poderá ser morto após o atordoamento, a insensibilização, ou seja, após a confirmação de sua inconsciência. Não obstante, esta disposição não se aplica à caça, à pesca recreativa e nem ao controle de pragas; e **(ii)** ao matar um animal, qualquer dor, angústia ou sofrimento desnecessários devem ser evitados (LUXEMBOURG, 2018, p. 4, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo VII – onde estão introduzidos os artigos 10º, 11º e 12º – a *Loi sur la protection des animaux* trata das intervenções em animais e das práticas proibidas, realçando as temáticas-chaves dos artigos, como: **(i)** a obrigatoriedade de serem realizadas por veterinário e sob anestesia, salvo exceções; e **(ii)** a proibição de uma série de práticas para evitar ao máximo a dor, o sofrimento e a ansiedade (LUXEMBOURG, 2018, p. 4-5, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 10º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo destaca a intervenção em animais, desdobrando-a em duas condicionalidades e uma afirmativa, a saber: **(i)** qualquer intervenção em um animal vertebrado que cause dor ou sofrimento deve ser realizada sob anestesia; **(ii)** o procedimento anestésico deve ser realizado por um médico veterinário; **(iii)** a dispensa da obrigação de recurso ao médico veterinário pode ser concedida pelo Ministro, quando a anestesia for efetuada por projétil ou no âmbito de experiências ou estudos científicos em animais vivos; sem prejuízo das disposições legais e regulamentares relativas ao exercício da medicina veterinária, a anestesia não é necessária: a) quando o veterinário considerar que há casos em que a anestesia não é indicada por razões médicas ou é inviável; e b) quando se tratar de pequenas cirurgias: nestas situações em especial, os procedimentos cirúrgicos que podem dispensar a anestesia são especificados por Regulamento Nacional (LUXEMBOURG, 2018, p. 4-5, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 11º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo salienta a questão das amputações e apregoa que: **(i)** um animal somente poderá ser amputado ou parcialmente amputado por indicação veterinária ou por razões zootécnicas imperativas e as razões zootécnicas imperativas da amputação ou amputação parcial de um animal são determinadas por Regulamento Nacional; e **(ii)** é proibida a manutenção e comercialização de animais amputados sob a pena de violar a *Loi sur la protection des animaux* (LUXEMBOURG, 2018, p. 5, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 12º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo ressalta as práticas proibidas elencando que é vedado: **(i)** oferecer ou premiar animais como bonificações, recompensas ou doações em concursos, loterias, apostas ou em outras circunstâncias semelhantes; **(ii)** obrigar um animal, exceto em casos de força maior, a realizar performances que ele é manifestamente incapaz de realizá-la porque excedem suas forças ou porque o animal se encontra em estado de fraqueza; **(iii)** soltar ou abandonar – com a intenção de se desfazer de – um animal domesticado cuja existência dependa dos cuidados

humanos; **(iv)** fazer uso de animal para exposições, publicidade, realização de filmes ou fins semelhantes, caso isso resulte em dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão para o animal; **(v)** provocar comportamentos agressivos em um animal com o objetivo de levá-lo a atacar outros animais ou confrontarem-se entre si, sem prejuízo das regras da caça; **(vi)** oferecer alimentação forçada para um animal, a menos que o seu estado de saúde exija este procedimento; **(vii)** ofertar intencionalmente alimentos ou água para um animal que manifestamente lhe causem dor ou dano considerável, bem como administrar substâncias destinadas a estimular suas habilidades físicas com vistas à realização de competições esportivas; **(viii)** praticar a caça com cães; **(ix)** organizar competições de tiro com animais vivos; **(x)** realizar atos sexuais com um animal; **(xi)** fabricar, comercializar e utilizar produtos derivados de cães ou gatos, com exceção dos produtos utilizados para fins científicos ou médicos; **(xii)** criar um animal para o uso primário de pele, pelo, penas ou lã; **(xiii)** eliminar animais por motivos exclusivamente econômicos; **(xiv)** vender ou transferir cães ou gatos a título oneroso ou gratuito em estabelecimentos comerciais, mercados e vias públicas; **(xv)** não prestar assistência, na medida do possível, a um animal em sofrimento, ferido ou em perigo; **(xvi)** matar e/ou ordenar e/ou permitir a morte de um animal, sem necessidade; **(xvii)** causar e/ou ordenar e/ou permitir que se cause – sem necessidade – dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão a um animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 5, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo VIII – o qual contém o artigo 13º – a *Loi sur la protection des animaux* disserta sobre a proteção dos animais utilizados para fins científicos, destacando as demandas-chaves do artigo, tais como: **(i)** a limitação ao estritamente necessário e apenas quando nenhum outro método alternativo estiver disponível; e **(ii)** a obrigatoriedade de obtenção de aprovação ministerial (LUXEMBOURG, 2018, p. 5-6, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 13º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo estipula quatro condições visando a proteção dos animais utilizados para fins científicos, as quais são pormenorizadas na sequência: **(i)** que os experimentos com animais devem ser limitados ao estritamente necessário, somente passíveis de realização se os objetivos perseguidos não puderem ser alcançados por outros métodos e que as experiências potencialmente causadoras de dor, mal-estar ou dano aos animais, ou aquelas que podem colocá-los em estado de ansiedade ou ainda perturbar significativamente o seu estado geral devem limitar-se ao essencial; **(ii)** que qualquer criador, fornecedor ou utilizador de animais empregados para fins científicos deve requerer a aprovação do Ministro ressaltando que a autorização pode ser concedida por um período limitado; **(iii)** que qualquer procedimento envolvendo animais empregados para fins científicos deve ser conduzido em estabelecimento apropriado para este procedimento; e que **(iv)** qualquer projeto de experimentação estará sujeito à autorização prévia do Ministro, devendo ser realizado de acordo com a aprovação e nas condições mais favoráveis possíveis aos animais, além disso, o projeto somente

poderá ser autorizado pelo Ministro responsável pela área da proteção animal quando o Ministro responsável pela área da Saúde já tiver confirmando anteriormente a permissão para execução do projeto, o qual deve obedecer aos seguintes critérios: **a)** o projeto deverá ser cientificamente ou educacionalmente fundamentado; **b)** os objetivos do projeto deverão justificar o uso de animais; e **c)** o projeto deverá ser concebido de forma a permitir que os procedimentos ocorram nas condições mais respeitosas possíveis aos animais e ao meio ambiente. Existe um Regulamento Nacional – a complementar o artigo 13º da *Loi sur la protection des animaux* – que define e especifica os termos de aplicação deste artigo (LUXEMBOURG, 2018, p. 5-6, tradução livre nossa, grifos nosso).

No capítulo IX – onde estão inseridos os artigos 14º, 15º, 16º, 17º, 18º e 19º – a *Loi sur la protection des animaux* discorre sobre controle e penalidades, focalizando as prerrogativas-chaves dos artigos, são elas: **(i)** a revisão completa da seção sobre controles e sanções; **(ii)** a finalidade de uma ação rápida e eficaz em caso de abuso de animais; **(iii)** a possibilidade de intervenção das diversas autoridades em caso de risco iminente; e **(iv)** a classificação das penas segundo a gravidade das infrações num catálogo de sanções administrativas e penais (LUXEMBOURG, 2018, p. 6-10, tradução livre nossa, grifos nosso).

O artigo 14º versa sobre as medidas de emergência. Nele lê-se que em caso de risco iminente para a dignidade, proteção da vida, segurança ou bem-estar de um animal, o Diretor da Administração dos Serviços Veterinários, após comunicação ao Ministro, fica autorizado a decretar as providências das seguintes emergências: ordenar **(i)** a retirada do animal dos cuidados do proprietário e/ou do detentor dele, bem como das atividades a que este animal está sendo submetido; **(ii)** o fechamento de um estabelecimento ou de instalações; **(iii)** o encerramento de atividades desenvolvidas em terrenos e/ou locais abertos; **(iv)** a interdição dos espaços em que os animais estejam à disposição para serem mantidos e/ou usados como meios de transporte; **(v)** a evacuação dos animais mantidos e/ou utilizados nestes locais e/ou nestes meios de transporte; e **(vi)** a execução de todas as medidas necessárias para pôr fim aos ataques à dignidade, à proteção da vida, à segurança ou ao bem-estar de um animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa, grifos nosso).

A determinação para cumprimento das ordens citadas acima é fundamentada e ocorre por meio de notificação impressa. Esta notificação é veiculada em canais oficiais de comunicação ou entregue pessoalmente em mãos ao proprietário ou ao detentor do animal. E, a partir da notificação – em canais oficiais de comunicação ou em mãos – a produção de seus efeitos é imediata (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa).

Em caso de retirada da guarda, o artigo 14º da *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo prevê que o animal será confiado ou a uma pessoa física, possuidora de reconhecida idoneidade moral, capaz de prestar cuidados, bem como oferecer abrigo adequado a este animal ou a uma Associação de Proteção Animal (LUXEMBOURG, 2018,

p. 6, tradução livre nossa).

As determinações supracitadas quando prescritas em caráter de urgência têm prazo de validade limitado a quarenta e oito horas para seu cumprimento. Determinações desta natureza: **(i)** devem ser confirmadas por decisão do Ministro e **(ii)** requerem que o proprietário ou o detentor do animal – contra os quais tais medidas foram tomadas – **a)** tenha ciência das medidas a serem impostas ou que pelo menos **b)** tenha sido notificado, por carta registrada, sobre as medidas a serem impostas pelo Poder Público (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa, grifos nosso).

No prazo de quarenta dias a contar da data da notificação, por carta registrada, da decisão homologatória, cabe recurso de anulação para o Tribunal Administrativo. E ainda, as despesas resultantes destas determinações, particularmente os custos com hospedagem/abrigo destes animais, com tratamento, medicação, transporte deles de um local para outro, bem como as despesas com médicos veterinários serão todas de responsabilidade do proprietário ou do detentor do animal. Portanto, haverá obrigatoriamente o ressarcimento aos cofres públicos de todos os gastos decorrentes da retirada da guarda do animal de seu proprietário ou detentor (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa).

O artigo 15º reporta-se à investigação e observação das infrações da *Loi sur la protection des animaux*. Em seu conteúdo textual o artigo apresenta que, além dos membros da Polícia Nacional, os funcionários da Administração das alfândegas e impostos à partir do grau de brigadeiro superior, o diretor e os funcionários de carreira da medicina veterinária da Administração dos serviços veterinários, o diretor, os diretores adjuntos, os funcionários do grupo de tratamento A1, A2, B1 exercendo a função de encarregado da proteção da natureza e das florestas, e D2 exercendo a função de agente dos territórios, de administração da natureza e das florestas podem ser responsáveis por apontar as infrações da presente *Loi sur la protection des animaux* bem como dos seus regulamentos de execução (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa).

Na sequência, o artigo 15º informa que no exercício das suas funções, os funcionários anteriormente nomeados têm a qualidade de oficiais de polícia judiciária, podendo por conseguinte, exercerem estas funções em todo o território nacional de Luxemburgo (LUXEMBOURG, 2018, p. 6, tradução livre nossa).

Os funcionários supracitados devem ter passado por uma formação profissional especial relativa à investigação e observação das infrações, assim como às disposições penais da *Loi sur la protection des animaux*. O programa e a duração do treinamento, bem como o sistema avaliativo dos conhecimentos adquiridos sobre a *Loi sur la protection des animaux* são detalhados e especificados em um Regulamento Nacional (LUXEMBOURG, 2018, p. 6-7, tradução livre nossa).

Antes de tomarem posse, os funcionários que passaram por esta formação profissional especial relativa à *Loi sur la protection des animaux*, prestam o seguinte juramento perante o Tribunal Distrital do Luxemburgo, em matéria cível: “Juro desempenhar

as minhas funções com integridade, rigor e imparcialidade”. E a eles é aplicável o artigo 458º do Código Penal daquele país (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

O artigo 16º volta-se aos Poderes e às prerrogativas de controle. O texto do artigo foca seis realidades. A primeira delas diz respeito ao fato de os membros da Polícia Nacional e os funcionários citados no artigo 15º poderem acessar diurna e noturnamente os estabelecimentos, as instalações, os terrenos e/ou locais abertos, bem como os espaços em que os animais estejam à disposição para serem mantidos e/ou usados como meios de transporte. Diante disso, é livre o acesso a todos os locais – por parte dos membros da Polícia Nacional e dos funcionários citados no artigo 15º – em que os animais sujeitos de direitos garantidos na *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo estejam (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

Além do livre acesso aos locais supracitados, os membros da Polícia Nacional e os funcionários citados no artigo 15º possuem também prerrogativa plena para execução de todos os procedimentos previstos legalmente em caso de indícios que conduzam à presunção de infração das normas protetivas contidas na *Loi sur la protection des animaux* de Luxemburgo (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

Os membros da Polícia Nacional e os funcionários citados no artigo 15º se identificam e informam sua presença ao proprietário ou titular em questão na ocasião da vistoria no local. E, na impossibilidade desse contato direto, a menção quanto à identificação do agente público e da vistoria é realizada no momento de lavrar o Relatório Oficial sobre a questão dos maus-tratos aos animais identificados (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

A segunda questão importante mencionada neste artigo se refere ao fato da vistoria acima citada e realizada pelos membros da Polícia Nacional e pelos funcionários citados no artigo 15º não se aplicar às instalações utilizadas para fins residenciais. No entanto, e sem prejuízo do disposto no artigo 33º, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, havendo indícios graves que levem a presumir que a origem do crime se encontra no local destinado à residência do proprietário ou titular do animal em situação de maus-tratos, pode-se efetuar visita domiciliar no horário das 06:30 às 24:00 horas por dois oficiais da polícia judiciária, pelos membros da Polícia Nacional e/ou por funcionários citados no artigo 15º, mediante ordem do juiz (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

O terceiro ponto relevante deste artigo situa-se no fato dos membros da Polícia Nacional e dos funcionários citados no artigo 15º possuírem poderes para: **(i)** solicitar a apresentação de todos os documentos das instalações locais, das atividades realizadas, bem como os registros e documentos relativos à proteção e bem-estar dos animais que ali se encontram; **(ii)** colher amostras biológicas dos animais para realização de exames e/ou análises laboratoriais, as amostras biológicas são colhidas mediante entrega dos resultados com notificação de recebimento, além disso, uma parte da amostra coletada é devolvida ao proprietário ou detentor do animal, a menos que este renuncie expressamente em recebê-la;

(iii) documentar por imagem as irregularidades constatadas; (iv) em caso de contravenção ou infração, apreender os animais ou restos mortais deles ou ainda objetos que tenham servidos à prática da infração ou que viessem a ser utilizados posteriormente à prática da infração, bem como os distintos registros escritos ou de imagens e/ou documentações a eles relativos, sob pena de posterior apreensão; os animais resgatados serão confiados a uma pessoa física ou jurídica que lhes garanta cuidados e alojamentos apropriados ou a uma Associação de Proteção Animal; e (v) proceder – após prévia autorização do Ministério Público do Estado – à eutanásia dos animais apreendidos cuja manutenção de sua vida implique em sofrimento insuportável (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

Particularmente no que se refere à apreensão anteriormente citada no item de número quatro, a mesma somente poderá ser mantida caso seja validada no prazo de oito dias – excluindo sábados, domingos e feriados – por decisão judicial. A revogação desta apreensão determinada judicialmente poderá ser solicitada: (i) na Câmara do Conselho do Tribunal Distrital durante a investigação; (ii) ao Setor Responsável pelo Policiamento, no caso de uma contravenção; (iii) na Câmara Criminal do Tribunal Distrital quando a apreensão tenha ocorrido por determinação legal ou por uma intimação direta ou (iv) na Câmara Criminal da Corte de Apelação, se a solicitação de revogação da apreensão judicial já tenha sido requerida nas outras instâncias deliberativas subordinadas ou se houve a formalização de uma interposição de recurso (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

A solicitação de revogação da apreensão será encaminhada à Secretaria do Tribunal o qual é chamado a pronunciar-se. Na sequência, o pedido será julgado com urgência, mais tardar no prazo de três dias a contar da data da instauração desta solicitação quando então o Ministério Público e o proprietário/titular do animal em situação de maus-tratos ou o seu defensor serão ouvidos em suas alegações orais ou devidamente convocados/citados para comparecer diante do Tribunal (LUXEMBOURG, 2018, p. 7, tradução livre nossa).

Em caso de urgência, o juiz de instrução pode ordenar, no prazo de catorze dias a contar da apreensão, sem que tenha sido solicitada a soltura dos animais, a venda por mútuo acordo ou em leilão, dos animais apreendidos. E, o valor da venda será depositado em um Fundo de Consignação o qual será deduzido das custas judiciais. O mesmo procedimento se aplica se a apreensão se prolongar por mais de três meses, sem que tenha sido solicitada a soltura destes animais (LUXEMBOURG, 2018, p. 7-8, tradução livre nossa).

O quarto tópico considerável deste artigo assenta-se no fato de que qualquer proprietário ou detentor de animais é obrigado – a pedido dos membros da Polícia Nacional e dos funcionários citados no artigo 15º – a facilitar as operações que levem ao cumprimento efetivo da presente Lei (LUXEMBOURG, 2018, p. 8, tradução livre nossa).

O quinto item evidenciado neste artigo fixa a necessidade de elaboração de um Relatório Circunstanciado onde se faça constar todas as situações de maus-tratos

aos animais verificadas, bem como todos os procedimentos sequentes realizados (LUXEMBOURG, 2018, p. 8, tradução livre nossa).

Por fim, e não menos importante, sexto tema meritório destacado no artigo 16º estabelece que as custas ocasionadas pelas medidas tomadas em virtude da efetivação deste artigo serão incluídas nas custas judiciais que se seguirão posteriormente (LUXEMBOURG, 2018, p. 8, tradução livre nossa).

O artigo 17º destaca as Sanções Penais. Em sua redação é possível observar cinco situações. A primeira delas cita as infrações passíveis de multas que variam de 25 a 1.000 euros, sendo aquelas aplicadas a qualquer pessoa que infrinja às seguintes disposições previstas no Artigo 4º: **(i)** não fornecer ao animal alimentação, água e cuidados adequados à sua espécie; **(ii)** não proporcionar ao animal um alojamento adaptado às suas necessidades fisiológicas, etológicas e ecológicas; **(iii)** restringir as necessidades naturais de exercício e movimentação de um animal de forma que cause dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão; **(iv)** não dotar o alojamento do animal de condições de iluminação, temperatura, umidade, ventilação, circulação de ar dentre outras realidades compatíveis com as necessidades fisiológicas e etológicas da espécie; **(v)** não prestar cuidados adequados a um animal doente ou ferido; e **(vi)** praticar atos injustificados para com os animais que lhes causem dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão (LUXEMBOURG, 2018, p. 8, tradução livre nossa).

Incorre sob o mesmo tipo de sanção penal pecuniária, qual seja, de multas que variam de 25 a 1.000 euros qualquer pessoa que infrinja às seguintes disposições previstas no: artigo 5º – detenção de animais não autorizados; artigo 6º – não efetuação de devida notificação e não disposição de referida autorização; artigo 8º – não possuir as referidas autorizações, não possuir o Certificado de Aptidão Profissional previsto e não possuir o Certificado de Homologação do Meio de Transporte Rodoviário previsto; artigo 12º – oferecer ou premiar animais como bonificações, recompensas ou doações em concursos, loterias, apostas ou em outras circunstâncias semelhantes; artigo 13º – não possuir as aprovações ou autorizações referidas à qualquer criação, fornecimento ou utilização de animais empregados para fins científicos e à qualquer procedimento envolvendo animais utilizados para fins científicos; artigo 16º – não apresentar todos os documentos das instalações locais, das atividades realizadas, bem como os registros e documentos relativos à proteção e bem-estar dos animais que ali se encontram aos membros da Polícia Nacional e aos funcionários citados no artigo 15º e impedir que tais membros e funcionários possam proceder à documentação por imagem da(s) não conformidade(s) observada(s) (LUXEMBOURG, 2018, p. 8, tradução livre nossa).

A segunda situação prevista no artigo 17º se refere às infrações passíveis de pena de reclusão que variam de oito dias a três anos, bem como com a imposição de multas que se estendem de 251 a 200.000 euros. A pena de reclusão e a pena pecuniária podem ser aplicadas cumulativamente ou não, a depender da infração cometida (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

As infrações reprimidas com pena de reclusão e/ou pena pecuniária serão aplicadas a qualquer pessoa que infrinja às seguintes determinações previstas no: artigo 4º – maltratar um animal ou por submetê-lo, seja por ação ou por omissão, a uma situação de crueldade e matar cruelmente um animal; artigo 7º – criar animais por seleção artificial; artigo 8º – deixar de garantir, durante o transporte dos animais, a segurança e o bem-estar deles; artigo 9º – matar um animal sem primeiro atordoá-lo, insensibilizá-lo, ou seja, confirmando sua inconsciência ou ainda causando dor, angústia ou sofrimento desnecessários ao animal durante o abate; artigo 10º – realizar procedimentos dolorosos em animais sem tê-los anestesiado primeiro; artigo 11º – cometer amputações proibidas ou manter ou também vender animais amputados; artigo 12º cometer práticas proibidas para com os animais, tais como: **(i)** obrigar um animal, exceto em casos de força maior, a realizar performances que ele é manifestamente incapaz de realizar porque excedem suas forças ou porque o animal se encontra em estado de fraqueza; **(ii)** soltar ou abandonar – com a intenção de se desfazer de – um animal domesticado cuja existência dependa dos cuidados humanos; **(iii)** fazer uso de animal para exposições, publicidade, realização de filmes ou fins semelhantes, caso isso resulte em dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão para o animal; **(iv)** provocar comportamentos agressivos em um animal com o objetivo de levá-lo a atacar outros animais ou confrontarem-se entre si, sem prejuízo das regras da caça; **(v)** oferecer alimentação forçada para um animal, a menos que o seu estado de saúde exija este procedimento; **(vi)** ofertar intencionalmente alimentos ou água para um animal que manifestamente lhe causem dor ou dano considerável, bem como administrar substâncias destinadas a estimular suas habilidades físicas com vistas à realização de competições esportivas; **(vii)** praticar a caça com cães; **(viii)** organizar competições de tiro com animais vivos; **(ix)** realizar atos sexuais com um animal; **(x)** fabricar, comercializar e utilizar produtos derivados de cães ou gatos, com exceção dos produtos utilizados para fins científicos ou médicos; **(xi)** criar um animal para o uso primário de pele, pelo, penas ou lã; **(xii)** eliminar animais por motivos exclusivamente econômicos; **(xiii)** vender ou transferir cães ou gatos a título oneroso ou gratuito em estabelecimentos comerciais, mercados e vias públicas; **(xiv)** não prestar assistência, na medida do possível, a um animal em sofrimento, ferido ou em perigo; **(xv)** matar e/ou ordenar e/ou permitir a morte de um animal, sem necessidade; e **(xvi)** causar e/ou ordenar e/ou permitir que se cause – sem necessidade – dor, sofrimento, angústia, dano ou lesão a um animal; artigo 13º – realizar experimentos científicos em animais que possam causar-lhes dor, danos, estados de ansiedade, distúrbios em seu estado geral, imputar-lhes doenças quando o objetivo pretendido poderia ter sido alcançado de outra maneira; e por fim qualquer pessoa que manter aprisionado e/ou sob seu domínio algum tipo de animal, cuja manutenção e/ou aprisionamento seja expressamente proibido por Lei (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

A terceira situação elencada no artigo 17º evidencia que o juiz pode ordenar a apreensão dos animais, das máquinas e/ou dos instrumentos que estejam sendo utilizados

e/ou destinados à prática de crimes de maus-tratos, bem como os veículos utilizados à prática de tais crimes (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

Na sequência a quarta realidade exposta no artigo 17º destaca que o juiz pode proibir a guarda de animais pelo prazo de três meses a quinze anos. E por fim, o quinto cenário exibido no referido artigo salienta que em caso de reincidência de práticas de crimes de maus-tratos para com os animais dentro de um intervalo de dois anos, as penalidades impostas podem ser expandidas em até duas vezes mais sobre o limite máximo permitido (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

O artigo 18º focaliza as Advertências Tributadas, ou seja, os Avisos Fiscais ou ainda as Aplicações das Multas, por assim dizer. No caso de infrações previstas no artigo 17º, parágrafo 1º, as Advertências Tributadas – a serem quitadas oportunamente – são fixadas pelos membros da Polícia Nacional e/ou pelos funcionários citados no artigo 15º os quais possuem competência técnica para emissão destes documentos de arrecadação fiscal, bem como possuem autorização para proceder desta forma (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

A Advertência Fiscal, gerada por consequência de infração cometida contra a integridade física e/ou psíquica dos animais, está sujeita à condição de o(a) infrator(a) ter ciência dela. E, o procedimento para tomada de ciência da Graduação da Multa se dá de duas formas: **(i)** presencialmente, ou seja, recebendo a Advertência de Recolhimento Fiscal no momento da autuação por meio da assinatura de um documento a ser devolvido diretamente nas mãos dos membros da Polícia Nacional ou dos funcionários citados no artigo 15º, parágrafo 1º; ou **(ii)** por Notificação Escrita encaminhada ao endereço do(a) infrator(a) – caso ele(a) não esteja no local no momento da autuação – informando sobre a existência do Boleto/Guia de Recolhimento para pagamento da Multa, bem como o prazo de vencimento desta dívida (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

A quitação da Multa é efetuada preferencialmente na Sede da Polícia Nacional, mas o pagamento também pode ser realizado mediante depósito em Conta Postal ou Bancária conforme indicações sinalizadas no próprio documento fiscal. O valor mínimo da Advertência Fiscal é de 25 euros e o valor máximo de 250 euros (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

A Advertência Fiscal será substituída por uma Ação Judicial Ordinária, ou seja, por um Processo Judiciário em duas situações: primeiro, se o(a) infrator(a) não tiver pago os débitos devidos dentro do prazo; e segundo, se o(a) infrator(a) declarar que não quer ou não pode pagar o(s) valor(es) atinente(s) à Multa recebida (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

O pagamento da Multa no prazo de quarenta e cinco dias, a contar da data da constatação da infração – acrescida, se for o caso, das custas da intimação despachada no endereço do(a) infrator(a) e demais custas judiciais – tem o efeito de interromper qualquer Ação Judicial instaurada por consequência dos fatos relacionados à infração cometida

(LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

Quando a Advertência Fiscal tiver sido quitada dentro desse período, ou seja, quarenta e cinco dias, a contar da data da constatação da infração, existe a possibilidade de reembolso dos valores pagos em caso de absolvição (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Entretanto, nas situações de condenação é imputado sobre o valor da Multa já graduada todas e quaisquer outras custas judiciais. Nesse caso, o pagamento da Advertência Fiscal não prejudica o destino de uma Ação Judicial. Pelo contrário, reduz parcialmente os débitos que o condenado – após trânsito em julgado de seu Processo – terá que pagar no futuro porque o valor da Multa já terá sido quitado restando somente as custas judiciais posteriores à graduação da Multa (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Por fim, convém ressaltar que existe um Regulamento Nacional – a complementar o artigo 18º da *Loi sur la protection des animaux* – que estabelece: **(i)** as formas de aplicação concreta deste artigo; **(ii)** a graduação dos valores de cada Advertência Fiscal aplicada; **(iii)** a modalidade de pagamento das Multas; bem como **(iv)** um catálogo agrupando as infrações segundo os valores das Multas a serem aplicadas (LUXEMBOURG, 2018, p. 9, tradução livre nossa).

O artigo 19º trata das Medidas Administrativas. Em seu texto está descrito que o Ministro pode, em caso de desrespeito às condições fixadas nas Autorizações previstas no Capítulo 3 da *Loi sur la protection des animaux*: **(i)** fixar ao proprietário ou titular um prazo, dentro do qual deverá cumprir todas as condições constantes na Autorização, prazo este que não poderá exceder seis meses; e **(ii)** em caso de descumprimento do prazo estabelecido **a)** suspender ou mesmo cancelar a Autorização, após Notificação Formal; **b)** ordenar o encerramento total ou parcial das atividades realizadas nos referidos espaços físicos; assim como **c)** proceder à interdição/lacração do local (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Diante das medidas supracitadas – de responsabilidade do Ministro – cabe interposição de recurso com pedido de anulação perante o Tribunal Administrativo. E, este recurso deverá ser interposto – sob pena de caducidade – no prazo de quarenta dias a contar da Notificação da decisão proferida (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Após constatação de que o problema do descumprimento das condições fixadas nas Autorizações foi solucionado, ou seja, a partir do momento em que os fatores geradores das imposições de medidas restritivas tomadas por parte do Ministro deixaram de existir, tais medidas restritivas serão desconsideradas, canceladas, retiradas, eliminadas e as atividades que envolvem animais poderão voltar a ocorrer normalmente dentro destes espaços (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

No capítulo X – onde estão contemplados os artigos 20º e 21º – a *Loi sur la*

*protection des animaux* se pronuncia sobre as Disposições Transitórias e Revogatórias, realçando que o ponto chave destes artigos consiste na obrigatoriedade de os proprietários e/ou detentores de espécies não mamíferas solicitarem Autorização para manterem tais espécies até 31 de dezembro de 2018 (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

O artigo 20º assevera que em obediência ao artigo 5º, particularmente no que tange à possibilidade de um animal não mamífero, cuja manutenção é proibida, poder ser mantido excepcionalmente por pessoas – desde que comprovada a posse ou detenção dele antes da entrada em vigor da presente Lei – deve ser apresentado um pedido de Autorização no prazo de três meses a contar da entrada em vigor desta Lei (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Ainda em se tratando do artigo 20º lê-se também em sua redação textual que em acato e respeito ao artigo 11º, o animal amputado em desacordo com os requisitos estabelecidos neste mesmo artigo 11º – antes da entrada em vigor da referenciada *Loi sur la protection des animaux* – pode continuar a ser mantido pelo seu proprietário e/ou seu detentor até à sua morte, ou seja, até à morte deste animal (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Por fim, o artigo de número 21º – o último da Legislação Infraconstitucional Protetiva dos Animais aqui apresentada – traz em sua essência duas realidades solenes: primeiro, afirma que está revogada a Lei de 15 de março de 1983 destinada a garantir a proteção da vida e do bem-estar dos animais de Luxemburgo porque a Lei anterior – de 1983 – foi substituída, atualizada e complementada pelo presente texto normativo de 27 de junho de 2018; e segundo, determina e ordena que a *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* seja publicada no Jornal Oficial do Grão-Ducado do Luxemburgo, bem como executada e observada por todos os interessados (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

Assinaram a contemporânea *Loi sur la protection des animaux du 27 juin 2018* o então e atual Grão-Duque de Luxemburgo o rei Henri Albert Gabriel Félix Marie Guillaume, o dantes Ministro da Agricultura, Viticultura – ramo produtor de uvas e vinhos – e Defesa do Consumidor senhor Fernand Etgen, a Ministra da Saúde senhora Lydia Mutsch na ocasião e o Ministro da Justiça senhor Félix Braz que respondia pelo Ministério na data de 2018 (LUXEMBOURG, 2018, p. 10, tradução livre nossa).

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reforçando a questão inicial deste estudo – No cenário internacional Luxemburgo pode ser caracterizado como um Estado-nação protetivo dos animais não humanos? – a resposta apresentada é afirmativa.

Dentro de uma sociedade internacional que é anárquica, descentralizada, paritária, aberta e em que não existe um Poder Executivo, um Poder Legislativo ou um Poder

Judiciário para executar as decisões, para julgar ou legislar, são os Estados-nações que de maneira livre elaboram suas normas jurídicas para que possam cumpri-las (ASSUNÇÃO, 2023), como por exemplo a *Loi n° 537 sur la protection des animaux du 27 juin 2018* de Luxemburgo.

Para encerrar, conclui-se que, não obstante o estudo apresentado estar sedimentado na análise documental da Legislação Infraconstitucional Estrangeira Protetiva dos Animais do Estado-nação de Luxemburgo – a qual representou o foco desta reflexão e constituiu referência prioritária – é importante considerar que acontecimentos nacionais tem forte potencial para se repercutir em dimensões internacionais tornando-se potenciais exemplos para outros Estados-nações.

## REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, T. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Direito Ambiental Internacional. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Internacional Contemporâneo) Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2023.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

LUXEMBOURG. Le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg. Journal Officiel. **Loi n° 537**, du 27 juin 2018. Sur la protection des animaux. Luxembourg, 29 juin 2018. Disponível em: <<https://deiereschutzgesetz.lu/la-loi/chapitre-1-les-principes-generaux/>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

MARCONDES, N. A. V. Constituição Federal Brasileira de 1988: vedação, na forma da Lei, das práticas que submetam os animais à crueldade. In: BRANDÃO, L. M. de S. (Org.). **Direito**: Pesquisas Fundadas em Abordagens Críticas. Volume 1. Ponta Grossa: Editora Atena. 2022. p. 120-146.

PEROVANO, D. G. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2016.

SILVA, T. T. de A. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Direito Animal Comparado. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Animal) Escola da Magistratura Federal do Paraná e Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2020.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. **The Cambridge Declaration on Consciousness**, Cambridge, jul. 2012. 2 f. Disponível em: <<https://fcmconference.org/>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

# O DIREITO ESTATAL DE PUNIR E AS FINALIDADES DA PENA

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Beatriz Sudré Pinhata**  
(IC)

**Guilherme Madeira Dezem**  
(Orientador)

**RESUMO:** Este artigo é de caráter explorativo e tem como objetivo geral analisar a origem do poder punitivo estatal e, ainda, as teorias da finalidade da pena, discorrendo entre as diversas punições ao longo do tempo, desde o período primitivo até os tempos atuais, observando o Estado e seu poder de punir, para, a partir de estatísticas, evidenciar como a população carcerária atinge as expectativas dessas finalidades da pena no caso concreto durante e após o cárcere. Em outras palavras, busca-se identificar quais as finalidades da pena e sua origem para, então, observar se a mesma cumpre a função que promete ou não. Para isto serão usados os métodos de procedimento histórico - para uma primeira análise do Estado e seu monopólio da força de punir - o método monográfico - ao apresentar as teorias da finalidade da pena com base em doutrinas - e, por fim, o método comparativo, com apoio do método estatístico - ao expor os resultados da pena

no Brasil em contraste com suas finalidades e ao trazer dados atuais para o trabalho. A escolha para a abordagem do tema em questão se deve principalmente pelo fato de que existem hoje no Brasil milhares de detentos cumprindo pena e, por mais que grande parte da população brasileira seja a favor da punição como resposta ao crime, é necessário estudar e discutir se a finalidade da pena está sendo alcançada, pois, caso não esteja, a mesma se torna inútil e, em consequência disso, o Direito Penal também.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; Finalidades da Pena; Pena.

**ABSTRACT:** This article has an exploratory character and aims at analyzing the State punitive power and theories of the purpose of punishment, discoursing about the various punishments throughout history ever since primitive times until now, observing the State and its power to punish and, based on statistics, to make evident how the prison population is in line with the expectations of these purposes of punishment per se, during and after imprisonment. In Other words, it aims to identify the purpose of punishment and its origin, and so, observe if punishment complies with it's purpose. To do so, this

study will use methods of historical procedure for a first analysis of the State and its monopoly of the power to punish, the method of monographic procedure when presenting the theories of purpose of punishment based in doctrines, and finally the comparative method, supported by the statistical method, when exposing the results of the punishment in Brazil in contrast with its purposes, bringing current data to the article. The choice to approach this theme is due mainly by the fact that there's thousands of prisoners in jail in Brazil at this time and as much as Brazil's population is in favor of punishment in response to crime, it's necessary study and discuss if punishment purpose it is being achieved because if it's not, punishment becomes pointless and as a result of that, so does Criminal Law.

**KEYWORDS:** State; Punishments throughout; Punishment.

## 1 | INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com uma das maiores taxas de criminalidade no mundo, possuindo a 3ª maior população carcerária do mundo e, com isso, fica atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há 919.651 pessoas cumprindo pena no Brasil em 2022, sendo este, até então, o maior número de presos na história do país. Considerando o cenário atual do país, em que milhares de pessoas se encontram no regime de cumprimento de pena fechado, deve-se estudar e discutir a finalidade da punição para então se verificar se a mesma está sendo cumprida ou não, pois, caso não esteja, então a prisão seria uma forma de punição estatal abusiva e sem fundamento (consequentemente, inútil).

De acordo com Rogério Greco em seu livro *Curso de Direito Penal*, “a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade” (Greco, 2015, p. 2), ou seja, o Direito Penal surge justamente para proteger a vida, o patrimônio, a integridade física e demais bens jurídicos tidos pela sociedade como mais importantes. Sendo assim, a pena está na sociedade desde sua existência, haja vista que, dentre outros motivos que serão melhor detalhados nos próximos tópicos, fora este o meio encontrado pela civilização e tido como adequado para afastar da sociedade os sujeitos que praticam crimes; em outras palavras, o Direito Penal tutela os bens jurídicos mais caros e, em consequência dessa assertiva, a pena serve como meio desta proteção.

Por tais motivos, este estudo terá como foco a análise do direito estatal de punir seus cidadãos, fazendo do direito penal uma arma para o controle da sociedade através da pena. Para que se alcance a resposta deste problema de pesquisa, objetiva-se apresentar as teorias da finalidade da pena e verificar o quanto elas são verdadeiramente efetivas no sistema carcerário brasileiro, de acordo com a finalidade adotada pelo texto legal.

Assim, em um primeiro momento, este trabalho busca expor como e o porquê o Estado monopolizou o poder de punir; para isso, será utilizado o método de procedimento histórico, pois será feita uma análise geral do conceito de Estado e, a partir desta, ocorrerá uma abordagem no que tange a figura e a função do Estado, dando destaque para o momento em que este adquiriu o seu poder punitivo e fez surgir um direito próprio para

isso: o Direito Penal.

Em segundo lugar, mediante a utilização do método monográfico - com a utilização de doutrinas e artigos científicos - e, ainda através do método de procedimento histórico, este artigo irá contar de uma maneira resumida a evolução histórica do Direito Penal, o qual tem sua história dividida em três períodos principais. Em conjunto, discorrer-se-á sobre a finalidade da pena em cada um deles.

O período primitivo, que ocorreu desde o primeiro agrupamento social até o ano de 1764, onde a pena era exclusivamente uma vingança e tinha o encargo de imputar mal ao criminoso pelo prejuízo causado. Por sua vez, o período humanitário, como o próprio nome sugere, foi marcado por estudiosos e juristas criticarem o modelo penal da época justamente por ser desumano e cheio de violência e torturas. E, por fim, o período científico, quando o Direito Penal ganhou status de ciência, composto pelas escolas penais, que se formaram para estudar tudo aquilo o que foi questionado no período humanitário e na tentativa de explicar o porquê o crime acontece e o porquê o criminoso comete a transgressão penal.

São três as teorias da finalidade da pena: a teoria absoluta (retributiva), a teoria relativa (preventiva) e a teoria mista. Com relação às apresentações das finalidades da pena, será feita, em conjunto com críticas sobre tais teorias, por intermédio também do método de procedimento monográfico, uma vez que serão utilizadas doutrinas, artigos científicos e obras que acerçam o tema de diferentes juristas e filósofos.

Outrossim, será utilizado o método de procedimento estruturalista, trazendo dados estatísticos do Brasil, para que, com o método de abordagem dedutivo e com o método comparativo, ocorra um confronto entre os dados que refletem o que concretamente acontece no Brasil e o que fica apenas na teoria - ficando assim evidenciado a ineficácia das duas finalidades da teoria mista na realidade brasileira.

## **2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **2.1 O Estado e a monopolização da função de punir**

A primeira noção de Estado surgiu na Europa em 1648 após o fim da Guerra dos Trinta Anos com a assinatura do Tratado de Paz de Westfália, e de acordo com Irene Patrícia Diom Nohara o Estado pode ser definido como uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território, sendo povo, território e soberania os seus três elementos.

Os homens, seres naturalmente gregários, por questões de melhor sobrevivência, julgaram que viver em grupo é melhor do que viver sozinho e então começaram a se juntar para viver em grupos, formando agrupamentos sociais. E a partir da agregação, esses agrupamentos sociais passaram a se organizar econômico e politicamente tendo a noção de Estado se formado naturalmente, e desde sua formação o Estado tem a figura de autoridade, de soberania, e passou a organizar a vontade de seus membros e a zelar

por sua segurança, para Beccaria, “as leis foram as condições que agruparam os homens” (Beccaria, 1764, p. 17).

Como parte da organização do Estado, deu-se também a formação de regras e leis a serem seguidas por todos os seus integrantes como forma de pacificar o convívio social, e a partir do momento em que há leis para serem seguidas, em consequência, vem também a necessidade de penalizar aqueles que não seguissem essas leis, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari “entre as principais necessidades a aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica” (Dallari, 1976, p.26).

O jurista alemão Franz Von Liszt diz que “a pena foi uma reação social contra algum membro da sociedade que colocou em perigo os interesses da comunidade quando transgrediu alguma regra de convivência” (apud OLIVEIRA, 2011, p. 122). Os homens foram proibidos de fazer justiça com suas próprias mãos e tiveram que abdicar essa prática da própria vítima julgar a punição proporcional para quem o causou danos, explicando Beccaria:

fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança (Beccaria, 1764, p. 17).

Para Rousseau: “todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, a conservação do Estado é então incompatível com a sua.” (Rousseau, 2013).

Desse modo, quando os primeiros Estados se formaram como uma instituição política organizada, no final do século XVII, como o Estado estava organizando os outros aspectos da vida de seus integrantes, passou também a tutelar esse interesse social de punir aqueles que descumprissem a lei, e assim a pena se tornou a resposta para todos que infringissem a lei. René Ariel Dotti aponta:

A ideia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos (Dotti, 1998, p. 31).

O homem querendo algo para si pode entrar em conflito com outro que também possui os mesmos desejos, e o Estado, segundo o filósofo Thomas Hobbes possui a função de manter a paz entre os cidadãos, como diz Beccaria “as penas surgiram pela existência da necessidade de meios sensíveis e muito poderosos para sufocar o espírito despótico do homem” (Beccaria, 1764, p. 17). E embora o Estado tenha se formado e monopolizado a punição, Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio apontam em seu livro:

Entretanto, até hoje não se pode afirmar, de maneira alguma, que se chegou a um consenso sobre a legitimidade/necessidade da existência da intervenção estatal perante o cidadão.

Ou seja, não há qualquer consenso ideológico que forneça legitimidade

ao Estado para praticar uma violência contra um de seus membros como consequência de uma violação legal (Fabretti e Smanio, 2019, p. 336).

Faz se importante pontuar que o poder punitivo do Estado não é absoluto, e está limitado ao princípio da legalidade, que está presente no primeiro artigo do Código Penal brasileiro “não há crime sem lei anterior que o defina”. É um princípio característico de um Estado democrático de direito que surgiu em 1215 na Magna Carta, e que serve para nos proteger do Estado, por mais que o Estado tenha força e jurisdição em relação aos seus integrantes, Ele tem que se limitar ao que está devidamente tipificado.

## 2.2 Evolução histórica do Direito Penal

A história do Direito Penal é dividida em três períodos, sendo eles o período primitivo, que vai desde o primeiro agrupamento social até 1764 (data simbólica dada pela publicação do livro *Dos Delitos e das Penas* do jurista italiano Cesare Beccaria), o período humanitário, de 1764 até o fim do século XIX e por fim o período científico, quando o Direito Penal ganhou o status de ciência, que teve início no começo do século XX até os dias de hoje.

Não existia Estado no período primitivo, os homens se agrupavam e vivam em clãs, em tribos, todavia, isso não significa a ausência de chefes e líderes dentro desses grupos.

Não é possível identificar todas as formas de controle social no período primitivo, entretanto, a doutrina penal chama esse período de fase da vingança penal, sendo dividida em três: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Embora sejam três fases distintas, não se pode afirmar que houve uma evolução de uma fase para a outra, não há uma ordem cronológica, sendo possível grupos vivendo o mesmo momento histórico, porém em fases da vingança diferentes (Fabretti e Smanio, 2019).

Pela ausência de Estado e de código penal neste período, a vingança divina era baseada em divindades, misticismo, crenças sobrenaturais etc. Quando um integrante dessas sociedades primitivas cometia algum tabu, que eram as infrações, os pecados, tudo aquilo que não poderia ser praticado, o sacerdote desse grupo, que era o que tinha relacionamento direito com a figura divina, consultava o totem, que eram os deuses, e o totem dizia ao sacerdote qual o sacrifício necessário para que aquele integrante fosse perdoado. E assim era a sanção na fase da vingança divina, todos que cometiam algum tabu, receberia uma punição na forma de sacrifício, ou seja, a pena é um castigo, o totem ditava uma pena que era literalmente algum sacrifício ao delinquente, havia uma finalidade de retribuição pelo mal praticado.

A vingança privada fundamenta-se na relação entre os indivíduos, houve a “horizontalização” da vingança, nada mais tinha a ver com divindades, a própria vítima, os seus parentes ou o grupo social em que vivia que vingava aquele indivíduo que a causou mal. Aqui surgiu a primeira noção de um “código” onde foram estabelecidas algumas leis penais no Código de Hamurabi.

As principais sanções desta fase é a “perda da paz” e a “vingança de sangue”, sendo

a perda da paz aplicada quando a infração era cometida por alguém do mesmo grupo social que a vítima, e a vingança de sangue aplicada quando a infração era contra alguém de um outro grupo social. Na perda da paz, o infrator era banido de seu grupo social, perdendo toda a proteção que um grupo fornecia, o que muitas vezes correspondia com uma pena de morte, tendo em vista que ninguém conseguia sobreviver sozinho naquela época. Aqui pode-se dizer que a pena tem um ânimo de defesa social, tanto que o delinquente é expulso de seu grupo social, como também visa castigar o delinquente, já que sem seu grupo social corria risco de morte.

A vingança de sangue, por sua vez, envolve dois grupos distintos: o grupo do infrator e o da vítima. Esta modalidade, na verdade, se tratava de guerra entre os grupos, haja vista que o grupo que foi vítima ia se vingar do grupo que cometeu a infração, resultando, como dito anteriormente, em uma guerra entre os grupos e o mais forte prevaleceria. Patricia Vanzolini e Gustavo Junqueira nos traz a seguinte reflexão:

a pena que busca vingar – mais que simplesmente compensar – o mal do crime busca desfazer a relação de poder importa pelo infrator e reafirmar o poder do carrasco ou do inquisidor, daí a razão de sua comum desproporcionalidade (Junqueira e Vanzolini, 2021, p. 518).

Tendo em vista a desproporcionalidade na perda da paz e na vingança de sangue, surgiu a lei do talião, trazendo o critério de proporcionalidade; é possível identificar a lei do talião no Código de Hamurabi, na Bíblia Sagrada e na Lei das XII Tábuas, o que foi muito importante para a própria preservação dos grupos sociais. Poderia acontecer de um indivíduo furtar algum objeto de valor ínfimo de outro grupo, resultando em guerra entre os grupos com diversas mortes e até mesmo a extinção de um grupo social.

É na fase da vingança pública que podemos falar de uma primeira figura de um Estado soberano e que detém o monopólio do poder punitivo - retirando, então, este direito/dever dos particulares. Houve uma melhor organização social e as sanções deixaram de se apoiar em divindades, caminhando para um sistema jurídico, mas havendo ainda resquícios da vingança privada. Na vingança pública, a pena tinha como função proteger a existência do Estado e seu soberano. Qualquer indivíduo que ameaçava a paz social, o soberano e o Estado, sofria com torturas, mutilações e a pena de morte. A pena deixou de ser uma vingança e passou a ser propriamente uma pena.

O período humanitário sofreu grandes influências do iluminismo. Foi durante este período que estudiosos, filósofos, juristas e pensadores de maneira geral, tais como John Howard, Jeremy Bentham e Cesare Beccaria, começaram a se manifestar sobre o modelo penal e sistema prisional da época que era cheio de abusos e desprezava a dignidade, Beccaria diz em seu livro “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” (Beccaria, 1764, p. 99).

Levando em consideração que o corpo do homem que pagava pelo mal que ele havia praticado, num contexto onde havia pena de morte e tortura, Foucault enfatiza:

Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios (Foucault, 2014, p. 16).

E é aqui que a obra de Beccaria se faz tão importante; segundo ele, apenas com boas leis se podem impedir esses abusos e para ele a finalidade da pena é “apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”, o que corresponde a teoria preventiva e a ideia de uma defesa social. O jurista italiano em seu livro *Nos Delitos e das Penas* faz duras críticas sem censura sobre a pena de morte e a tortura, penas frequentemente aplicadas até então; também defendeu um modelo penal com mais dignidade e menos intervenção estatal.

Após as duras críticas de Beccaria, outros estudiosos passaram a estudar o modelo penal, formando então as escolas penais, que segundo o jurista espanhol Luis Jiménez de Asúa são “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções” (Asúa, 1950). As escolas penais foram sistematizadas no período científico, tendo várias delas espalhadas por toda Europa, sendo as de mais relevância para este artigo a Escola Clássica, Escola Positiva, Terza Scuola Italiana e a Escola Moderna Alemã.

A primeira escola penal foi a Escola Clássica (século VXIII e XIX), e tem como figura importante Francesco Carrara, que em 1859 fez um programa de direito criminal onde ele fez uma obra reunindo todos os ideais da Escola Clássica, sendo a primeira obra científica de direito penal. Alguns dos principais fundamentos da Escola Clássica era que o crime deveria ser tratado como um ente jurídico, isto é, para uma ação ser considerada criminosa ela deve obrigatoriamente violar um direito, apenas o direito pode dizer o que é crime. Somente pode ser responsabilizado por um crime aquele que é moralmente imputável, o livre-arbítrio que para Carrara é um pressuposto da ciência criminal, a pena tem um caráter retributivo, não se pode punir pensamento ou vontade não externalizada e a pena deveria retribuir o mesmo mal que o sujeito tenha praticado.

Em seguida surgiu a Escola Positiva, que tem como base filosófica o positivismo científico. Dentre suas principais figuras está o médico psiquiatra Cesare Lombroso, que acreditava que o criminoso não escolhia cometer o delito, e sim suas questões biológicas o levavam a criminalidade, negando o livre arbítrio. A Escola Positiva sustentava que o delito era um fenômeno natural que acontecia pelas questões físicas biológicas da pessoa, sendo assim, um delinquente era biológica e psicologicamente anormal, o livre arbítrio foi rejeitado. Aqui, como as pessoas já nasciam destinadas a se tornarem criminosas pelas suas questões físicas, a pena não servia para uma reeducação e retribuição, tinha como

fim a defesa social e deveria ser por tempo indeterminado, a pena deveria durar até aquela pessoa ainda for um perigo para a sociedade.

A Escola Clássica não foi uma escola propriamente dita, o que aconteceu foi que, quando formada a Escola Positiva (século XIX e XX), que foi de fato uma escola, os principais autores dessa escola decidiram chamar todos os pensamentos antecessores aos seus de clássico, gerando, então, a Escola Clássica.

Após a Escola Positiva vem a Terza Scuola Italiana, surgida em 1891 após a publicação do artigo “Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia” por Emanuele Carnavale.

Neste escrito, o autor conciliou fundamentos das escolas antecessoras e afirmou que algumas pessoas nasceram fadadas a se tornarem criminosos, mas que também há pessoas que escolheram cometer crimes. Neste mesmo sentido, de acordo com Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio em seu livro *Direito Penal Parte Geral*, “a pena tem como função a defesa social, nos moldes positivista, porém sem perder o seu caráter aflitivo. Entretanto, nos moldes clássicos, a pena tem natureza e finalidade diversa da medida de segurança” (Fabretti e Smanio, 2019, p. 38).

Seguindo a Escola Positiva, origina-se a Escola Moderna Alemã com Franz Von Liszt como seu principal autor. A Escola Moderna Alemã possui uma essência mais eclética em relação a Escola Clássica e a Escola Positiva, para Liszt o crime ocorre tanto pela natureza do criminoso quanto por motivos sociais e econômicos. Para Liszt o Código Penal é um instrumento de defesa do criminoso frente ao poder punitivo estatal, o criminoso utiliza o Código Penal para evitar abusos do Estado.

Desse modo, evidencia-se que a pena é um fator presente enquanto os homens viverem em qualquer tipo de sociedade, tendo tomado diferentes finalidades ao longo do tempo.

### **2.3 Finalidade da pena na atualidade e seus reflexos na sociedade**

As teorias da finalidade da pena podem ser divididas em três grupos. As teorias absolutas ou retributivas, as teorias relativas ou preventivas e as teorias mistas ou ecléticas. A respeito da teoria retributiva/absoluta, o jurista alemão Claus Roxin ensina:

para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma (Roxin, 1976, p. 16).

Em face da teoria preventiva Roxin leciona:

esta não pretende retribuir o facto passado, assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor. Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis (Roxin, 1976, p. 20).

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (Roxin, 1977, p. 82).

Por conseguinte, a teoria da finalidade mista, que busca unir mais de uma finalidade da pena, a de prevenção, prevenindo delitos futuros, como também a de retribuição, causando mal ao que causou mal a sociedade.

O Brasil, no artigo 59 do Código Penal, adota a teoria da finalidade mista da pena, que reprova o criminoso e o castiga, garantindo a paz social e prevenindo delitos futuros:

**Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Ao que toca a teoria retributiva, Roxin faz a seguinte crítica:

Não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso da vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a culpa de sangue do povo, expie o delinquente, tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser importado a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal (Roxin, 1976, p. 19).

Francesco Carnelutti em seu livro diz que:

A verdade é que só operando no campo do espírito e por isso superando, com a substituição do eterno pelo caduco, a concepção temporal da realidade, podemos entender a verdade da repressão como restauração da ordem violada (Carnelutti, 2015, p. 36).

De fato, não se sabe ao certo a fundamentação quanto a finalidade de retribuição da pena, como também, não há evidência nenhuma de sua eficácia. Racionalmente não se compreende como se pode pagar um mal praticado com um segundo mal, não se ensina uma pessoa a não fazer o mal, concedendo-lhe um mal. Esta finalidade da pena nos remete ao período primitivo, momento em que a pena nada mais era que vingança, sendo assim, cabe o seguinte questionamento: o que difere a finalidade retributiva da pena com a lei do talião? Pode-se afirmar que a finalidade retributiva da pena é meramente para agradar a sociedade, que entende que aquele indivíduo está recebendo um mal que merece, e assim, a sociedade sente que a justiça está sendo feita e que o Direito é válido.

Ante a teoria de prevenção, Roxin faz a seguinte crítica:

O próximo argumento contrário assenta no facto de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo caso com delinquentes profissionais, nem tão pouco com delinquentes impulsivos ocasionais (Roxin, 1976 p. 24).

No que diz respeito a teoria preventiva, Patricia Vanzolini e Gustavo Junqueira observam em seu livro:

Para os defensores das teorias preventivas, a pena, para que seja legítima, precisa ter um objetivo no futuro, diminuindo a violência e colaborando para a perpetuação da vida em sociedade (Junqueira e Vanzolini, 2021, p. 521).

A crítica de Roxin se vê mais que atual e válida no Brasil, tendo em vista a presença de grandes facções criminosas agindo em comunidades e nos próprios presídios e também onde a maioria dos crimes são decorrentes de problemas sociais como fome e miséria. A título de exemplo é o aumento brutal do número de pessoas presas no Brasil atualmente e o número de presos no Brasil em 2019.

Como citado anteriormente neste artigo, conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 919.651 pessoas estão cumprindo pena no Brasil atualmente (dados de 2022), contra 773.151 pessoas cumprindo pena no Brasil em 2019 segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Ficando provado que a pobreza, escassez de emprego, fome (em 2018, 10,3 milhões de brasileiros vivem em situação de fome, enquanto em 2020, 19 milhões de brasileiros viviam em situação de fome, segundo a BBC), miséria, defasagem na educação, falta de políticas sociais, está diretamente relacionado com o aumento de crimes, e então, aumento de pessoas cumprindo pena.

Para a finalidade preventiva da pena se mostrar eficaz, a taxa de criminalidade deveria diminuir cada vez mais, mas em São Paulo, que não coincidentemente é o estado com maior quantidade de presos no país, não preveniu novos crimes, sofrendo aumento de assalto e roubo seguido de morte em 2022 segundo o G1. Uma pesquisa feita pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) diz que a população carcerária cresceu 900% desde 1990 até 2019, em suma, se a eficácia da finalidade preventiva da pena fosse verdadeira, o aumento de prisões deveria significar a diminuição de delitos.

A reincidência é outro fato que nos faz repensar sobre as finalidades preventiva da pena. Reincidência é a prática de um novo delito por uma pessoa que já foi condenada por outro crime anteriormente. A pena não é capaz de prevenir nem mesmo aquele que já sofreu com a pena de cometer novos delitos.

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, evidencia-se que os objetivos desta pesquisa foram atingidos,

posto que buscou-se, em um primeiro plano, analisar a origem do poder punitivo estatal e, na sequência, analisar se as teorias da finalidade da pena conseguem cumprir com o que propõem no caso concreto, em especial, a teoria mista adotada pelo Código Penal brasileiro.

Ademais, é importante ressaltar que desde o período primitivo, com a formação do primeiro agrupamento social, que se vê a necessidade de uma forma de controle social e de uma punição para tudo o que não podia ser praticado pelo indivíduo que fazia parte daquele grupo, trazendo a ideia de que a pena é muito mais antiga do que a formação de um Estado em si. A natureza do homem, a competição entre si, sua ambição, o desejo de glória, riqueza e lucro, são motivos que levam o homem a ter um comportamento reprovável diante da sociedade em que faz parte.

Na tentativa de conter esses comportamentos abomináveis e de resguardar os bens tidos como de maior valor social, o Estado passou a delegar essa função, surgindo então o Direito Penal, para punir de maneira legal o criminoso, retirando a punição das mãos dos particulares e, conseqüentemente, negando a punição baseada exclusivamente na vingança e em crenças religiosas.

Em suma, nota-se que o método de procedimento histórico fora necessário para retomar à origem da pena e como a mesma se moldou ao longo dos anos para se fazer sempre presente. Da mesma forma, o método monográfico auxiliou e sustentou a ideia desta pesquisa ao trazer os saberes e resultados já encontrados por outros autores que também estudaram o tema.

Por fim, os métodos comparativo e estatístico cumpriram com seus objetivos ao trazer para o artigo dados reais e o cenário atual do cárcere brasileiro, além de demonstrar que a pena, especialmente quando revestida da teoria da finalidade mista, na verdade é inútil, sendo apenas uma forma de punição estatal que retira da sociedade os sujeitos que praticaram crimes e que, por conseguinte, não são vistos como cidadãos que merecem continuar vivendo com o coletivo.

## **APOIO**

PIVIC Mackenzie

## **REFERÊNCIAS**

ABBUD, Bruno. Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos. O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*: Buenos Aires: Losada, 1950.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARNEVALE, Emanuele. *Una Terza Scuola di Diritto Penale*: Roma, 1891.

CARNELUTTI, Francesco. *O Problema da Pena*: São Paulo: Editora Pillares, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal Parte Geral*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - Volume 1*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. *Manual de Direito Penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LISZT, Franz Von apud OLIVEIRA, William Terra de; OLIVE, Juan Carlos Ferre; PAZ, Miguel Angel Nunez; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro – parte geral*. Editora RT, 2011.

MACHADO, Leandro. *Os brasileiros presos por furto de comida na pandemia de covid*. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57477601>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

PINHONI, Marina. *Os estados com mais gente presa no Brasil*. Exame, 2014. Disponível em: <https://exame.com/brasil/os-estados-com-mais-gente-presa-no-brasil/>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. “*Sentido y límites de la pena estatal*”. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Pillares, 2013.

*SÃO Paulo tem aumento de assaltos e de roubos seguidos de assassinatos*. G1 Jornal Nacional, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/05/09/sao-paulo-tem-aumento-de-assaltos-e-de-roubos-seguidos-de-assassinatos.ghtml>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

# UM IMIGRANTE NO BANCO DOS RÉUS: A VERSÃO BRASILEIRA DO CASO LAGRAND

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Luan Fernando Dias**

Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó, sob a linha de pesquisa Direito, Cidadania e Socioambientalismo (2022); pós-graduado em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2019)

judicial tem sido comunicado ao Consulado do país de origem do acusado.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo da análise de caso concreto registrado no município de Chapecó, em que se apura a suposta prática de crime de homicídio doloso consumado, em que se têm imigrantes na condição de vítima e de acusado.

## **1 | INTRODUÇÃO**

Dentre os princípios basilares do processo penal, encontram-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Trata-se de princípios cuja plena observância e concretização representam, em muitos casos, desafios aos operadores jurídicos envolvidos.

Neste contexto, o presente artigo pretende, através da análise de caso prático, verificar, a (in)aplicabilidade dos princípios constitucionais quando da incidência concreta da lei penal e processual penal à imigrantes em conflito com a lei, perquirindo-se eventuais dificuldades na concretização de preceitos constitucionais e verificar se o acionamento

## **2 | O CASE: UM IMIGRANTE NO BANCO DOS RÉUS**

“Haitiano mata venezuelano a facada dentro de frigorífico em Chapecó” (GRASSI, 2020) foi uma dentre as manchetes que veicularam o fato, estampando as páginas de notícias locais e regionais do dia 27 de março do corrente ano.

As notícias davam conta de que a polícia teria sido acionada, via 190, por volta das 04h40min. da madrugada daquela sexta-feira para atendimento de possível ocorrência de homicídio. As informações preliminares apontavam que uma pessoa, de nacionalidade haitiana,

teria esfaqueado outra, de nacionalidade venezuelana, em uma agroindústria (GRASSI, 2020).

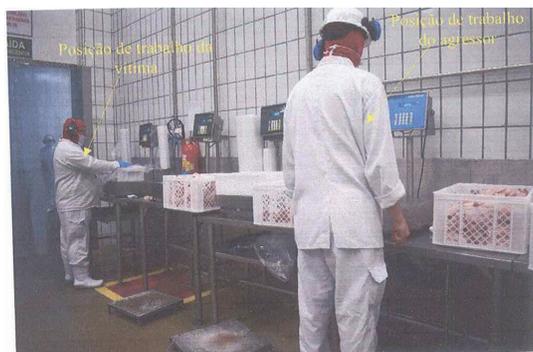
Quando da chegada dos policiais, colegas dos envolvidos já haviam conseguido desarmar o suposto autor do crime, que teria se utilizado de uma arma branca, objeto de trabalho, para investir contra a vítima (HAITIANO, 2020).

O suposto autor, segundo informações jornalísticas, teria relatado aos policiais militares que atentou contra a vítima, porque essa supostamente teria lhe desferido um soco, que teria atingido o seu rosto (POMPERMEYER, 2020). Aduziu ainda, segundo a imprensa, que tinha um bom relacionamento com a vítima, porém uma testemunha teria relatado que os dois possuíam uma desavença antiga (HOMEM, 2020).

O suposto Autor dos Fatos possui 36 anos e nacionalidade haitiana, já a vítima possuía 40 anos e nacionalidade venezuelana (HAITIANO, 2020-b).

A vítima chegou a ser socorrida pela enfermeira do frigorífico, mas veio a óbito no local. O Autor dos Fatos foi preso em flagrante e a empresa, logo após a higienização do local, retomou sua produção (SANTA CATARINA, 2020-a).

Vítima e Autor dos Fatos trabalhavam um ao lado do outro, como se pode perceber da fotografia extraída do Inquérito:



Fotografia 1 – Posição de trabalho na qual vítima e agressor estariam no momento da agressão.

Fonte: Santa Catarina (2020-a)

E a faca utilizada, segundo a investigação, consistia em objeto de trabalho do Autor dos Fatos:



Fotografia 2 – Faca apreendida.

Fonte: Santa Catarina (2020-a).

Da investigação, percebe-se que as partes trabalhavam muito próximas uma da outra, como se pode extrair do registro fotográfico que segue:



Fotografia 3 – Interior do Setor de Miúdos Externos de Suínos, no qual trabalhavam vítima e agressor.

Fonte: Santa Catarina (2020-a).

Da Denúncia apresentada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em face de P.A.A.<sup>1</sup>, e que consta do Processo Criminal que restou autuado sob o nº 5007772-

<sup>1</sup> Em que pese o processo trâmite de forma pública e sem qualquer sigilo atribuído, prefere-se omitir o nome do Acusado e da Vítima, em respeito à dignidade e imagem de ambos. Assim sendo, opta-se por utilizar apenas de suas iniciais: P.A.A – Autor dos Fatos; C.M.R. – Vítima; suprimindo-se, mesmo quando de citações diretas, menções expressas aos

31.2020.8.24.0018, e que encontra-se em trâmite junto à 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó, colhe-se que:

No dia 27 de março de 2020, por volta das 04h30min, nas dependências da empresa denominada 'Frigorífico Aurora', situada na Rua Aury Luiz Bonadese, Bairro Efapi, em Chapecó/SC, o denunciado (...), ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta e com evidente *animus necandi*, mediante golpes de arma branca (faca), matou (...) (C.M.R.).

Na ocasião, motivado por discussão banal ocorrida momentos antes, no interior da empresa onde acusado e vítima laboravam, o denunciado (...), de posse de uma faca utilizada nos serviços do frigorífico (corte de carne), aproximou-se do local onde o ofendido estava trabalhando (balanças) e, de inopino, sem possibilitar qualquer espécie de reação de (...) (C.M.R.), desferiu neste 5 (cinco) golpes com a referida arma branca, os quais atingiram o braço esquerdo, lateral do tórax, à esquerda, cujo ferimento pérfuro-cortante, extenso e profundo, penetrou a cavidade torácica, além de outros três na região escapular esquerda, lombar esquerda e lombar direita, causando-lhe as lesões descritas no auto de exame cadavérico (ANEXO), que foram causa eficiente de sua morte, decorrente de '*traumatismo torácico – ferimento por arma branca*'.

O crime foi praticado por motivo fútil, decorrente de desentendimento banal ocorrido momentos antes, no interior da empresa onde acusado e vítima laboravam, em razão do descontentamento do acusado (...) com a conduta da vítima (...) no posto de trabalho.

Os golpes de faca foram desferidos pelas costas, enquanto a vítima estava trabalhando, impossibilitando qualquer espécie de reação ou defesa.

Assim agindo, o denunciado (...) incorreu nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público requer o recebimento da presente denúncia, observando-se o rito específico dos processos de competência do Tribunal do Júri (artigo 394, 3º, do CPP), determinando-se a citação do denunciado para apresentar resposta à acusação, prosseguindo-se, no restante do processamento, nos termos do artigo 406 e seguintes do Código de Processo Penal, com designação de audiência para inquirição das testemunhas e/ou informantes adiante arrolados, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri Popular desta Comarca. (SANTA CATARINA, 2020-b).

A Denúncia, que foi apresentada em 13 de abril do corrente ano, já foi recebida pelo Magistrado Titular da Vara em 16 de abril de 2020.

A prisão em flagrante do Acusado foi convertida em prisão preventiva, no bojo do Inquérito Policial (SANTA CATARINA, 2020-a), na mesma data do recebimento da Denúncia. Todavia, como os Autos do Inquérito encontram-se em segredo de justiça, não foi possível verificar as razões que motivaram a conversão e a manutenção do Acusado preso. A ocorrência da conversão é constatada tão somente através de Mandado de Prisão que restou transladado do Inquérito para a Ação Penal (SANTA CATARINA, 2020-b).

Compulsados os Autos, verifica-se que a defesa de P.A.A. está sendo realizada por

---

seus nomes.

escritório constituído pelo próprio Acusado, que apresentou Resposta à Acusação.

O Ministério Público arrolou, por ocasião da Denúncia, quatro testemunhas, dentre as quais, dois funcionários da empresa onde se deram os fatos, uma policial civil e um policial militar. A Defesa do Acusado, por sua vez, não arrolou testemunhas.

Em que pese não se tenha tido acesso ao teor dos depoimentos e interrogatórios prestados na fase da investigação policial, pelas razões já expostas, da Ação Penal se colhe a informação de que a testemunha F.V.S.V.<sup>2</sup>, “demonstrou certa dificuldade de se comunicar durante seu depoimento na fase policial”, motivo pelo qual o juízo “visando resguardar a nítida comunicação” nomeou para a audiência de instrução e julgamento, que foi realizada audiência de instrução no dia 1º de julho, interprete da língua espanhola, que “registra cadastro junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina” (SANTA CATARINA, 2020-b).

Ainda quanto à (des)necessidade de interpretes, da mesma decisão interlocutória extrai-se a seguinte consideração do juízo: “anoto a desnecessidade, ao menos por ora, de nomear interprete ao réu (...), pois apesar da origem estrangeira demonstrou comunicar-se adequadamente na língua portuguesa.” (SANTA CATARINA, 2020-b).

Entre a designação da audiência de instrução e a sua realização V.M.R., irmão da vítima, requereu sua habilitação como assistente de acusação, nos termos do artigo 268<sup>3</sup>, cumulado com o teor do artigo 31<sup>4</sup>, ambos do Código de Processo Penal. O Ministério Público manifestou-se favorável ao pedido, que restou deferido pelo juízo (SANTA CATARINA, 2020-b).

Do termo da audiência realizada em 1º de julho colhe-se as seguintes informações, relevantes ao objeto do estudo:

(...) o defensor do acusado e o acusado acompanharam o ato remotamente, por meio do sistema de videoaudiências do PJSC.

(...)

Antes do interrogatório, o defensor fez novamente contato com o denunciado para entrevista reservada. Ao final o réu foi interrogado.

(...)

A defesa requereu que seja oficiado à empresa em que o réu e a vítima trabalhavam para que informe o nome de todos os funcionários que estavam no setor no momento em que fato ocorreu, para verificação de eventuais outras testemunhas para inquirição em plenário, o que foi deferido. (SANTA CATARINA, 2020-b).

---

2 Da mesma forma como se procedeu em relação às partes do processo, opta-se por omitir o nome completo de toda e qualquer testemunha do processo, substituindo-o apenas por suas iniciais.

3 “Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31” (BRASIL, 1941).

4 “Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão” (BRASIL, 1941).



Fotografia 4 – Audiência de Instrução com participação de interprete para oitiva de testemunha.

Fonte: Santa Catarina (2020-b).

#### No mesmo ato foram determinadas as seguintes providências:

Oficie-se à empresa empregadora para cumprimento dos pedidos acima deferidos, com prazo de 05 dias para resposta, bem como para que informe se havia câmara de monitoramento no ambiente em que o fato aconteceu, e neste caso enviar as imagens respectivas. Após a vinda das respostas, vista ao Ministério Público para apresentar alegações finais, no prazo de 05 dias. Em seguida, intime-se o procurador do assistente do Ministério Público para alegações finais, no prazo de 05 dias. Por fim, intime-se o defensor do acusado para apresentar seus derradeiros memoriais, no prazo de 05 dias. Fixo a remuneração do tradutor nomeado (...) que atuou na presente solenidade, em R\$ 205,36 (duzentos e cinco reais e trinta e seis centavos). O referido montante é fixado em 2 (duas) vezes o valor previsto na Resolução CM n. 5, de 8 de abril de 2019, alterada pela Resolução CN n. 11, de 14 de outubro de 2019 (tabela constante no anexo único, item c, itens 7.3 e 7.4), para a remuneração de tradutores e intérpretes para atuação em audiências com duração superior a 3 (três) horas, com fundamento no artigo 8º, § 4º, da Resolução CM n. 5, de 8 de abril de 2019, que dispõe: em situações excepcionais e considerando as especificidades do caso concreto, a autoridade judiciária poderá, em decisão fundamentada, arbitrar honorários até o limite de 3 (três) vezes o valor máximo previsto na tabela constante no Anexo Único desta resolução. A presente solenidade perdurou por mais de 2 (duas) horas (início às 13h30min e término às 15h50min). (SANTA CATARINA, 2020-b).

#### Ato contínuo a então empresa empregadora das partes foi oficiada:

(...) para que informe o nome de todos os funcionários que estavam no setor no momento em que fato ocorreu (dia 27 de março de 2020, por volta das 04h30min, evento morte de C.M.R.), bem como envie a este Juízo o prontuário

médico de eventual atendimento prestado à vítima C.M.R. na empresa, na noite em que o fato aconteceu e se havia câmera de monitoramento no ambiente em que o fato aconteceu, caso positivo envie as imagens respectivas, TUDO NO PRAZO DE CINCO (5) DIAS, FACE TRATAR-SE DE PROCESSO COM RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE (SANTA CATARINA, 2020-b).

A defesa do Acusado apresentou pedido de revogação da prisão preventiva do acusado no dia 09 de julho, à qual manifestou-se de forma desfavorável o Ministério Público. O pedido encontra-se ainda pendente de apreciação.

A defesa técnica do Acusado foi substituída, tendo os dois procuradores que inicialmente o representavam substabelecido ao processo sem reserva de poderes a novos causídicos, constituídos pelo Acusado.

Registra-se que o substabelecimento foi realizado nos Autos no dia 09 de julho. Os causídicos substabelecidos, todavia, juntaram também nova procuração, outorgada pelo Acusado, datada de 16 de junho.

Pois bem, em que pese o *case* selecionado ainda não tenho tido sequer sentença da primeira fase do rito em que tramita prolatada, percebe-se que, pelos elementos já colacionados, algumas considerações relevantes já podem ser tecidas.

Ou seja, mesmo se tratando de processo que ainda está praticamente na metade de sua primeira fase processual, o caso contribui para a reflexão e análise a que se propõe o presente artigo.

### **3 | O CASO LAGRAND**

O caso LaGrand, que foi um dos casos levados à apreciação da Corte Internacional de Justiça, teve como interessados Karl e Walter LaGrand, ambos de nacionalidade alemã e que possuíam residência permanente nos EUA.

Walter e Kart LaGrand nasceram na Alemanha em 1962 e 1963, respectivamente, e eles eram nacionais alemães. Em 1967 eles se mudaram com a mãe para os Estados Unidos Unidos. E só retornaram à Alemanha uma vez por um período de seis meses em 1974.

Os irmãos Karl e Walter LaGrand foram presos em 1982 no Arizona por seu envolvimento em um assalto a banco, durante o qual o gerente do banco foi morto e outro funcionário ficou gravemente ferido. Eles responderam por roubo, homicídio e lesões. Todavia, sua prisão e o fato de terem sido processados não foi comunicada à Alemanha.

Em 14 de dezembro de 1984 um tribunal do Arizona condenou-os pelos assassinatos em primeiro grau e outros crimes à pena de morte. Eles foram condenados pelo Tribunal Superior do Condado de Pima, Arizona, pelos delitos de: (a) Assassinato em primeiro grau [*First degree murder*: que é similar ao nosso homicídio (doloso) qualificado]; (b) Assassinato frustrado (homicídio doloso tentado); (c) Robo armado frustrado; e duas acusações de sequestro.

A Alemanha tomou conhecimento dos fatos (não oficiais) apenas em 1992. Segundo as alegações da Alemanha a autoridade do Arizona tinha conhecimento da nacionalidade dos irmãos. No entanto, somente em 1992 a Alemanha ficou sabendo da prisão de seus nacionais.

Os irmãos LaGrand, como cidadãos alemães, deveriam ser informados prontamente pelas autoridades competentes dos Estados Unidos, de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de seu direito de se comunicar com o consulado alemão.

O consulado não tinha conhecimento do caso até 1992, ano em que foi informado pelos próprios irmãos LaGrand, que por sua vez foram informados por outras fontes dos direitos que possuíam.

Karl LaGrand foi executado em 24 de fevereiro de 1999, com uma injeção letal. Dois dias antes, a notificação consular havia sido levantada pela Alemanha.

Em 2 de março de 1999, a Alemanha apresentou seu caso ao Tribunal Internacional de Justiça, que seria depois conhecido como *Caso LaGrand*, alegando violação à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, que em seu Art. 36.1 b e 5º, que preveem, respectivamente, que:

Comunicação com os nacionais do Estado que envia.

(...)

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

(...)

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira”.

Art. 5 As funções consulares consistem em:

a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; [...];

e) e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia; [...];

i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil; [...]

j) comunicar decisões judiciais e extrajudiciais e executar comissões rogatórias de conformidade com os acordos internacionais em vigor, ou, em sua falta, de qualquer outra maneira compatível com as leis e regulamentos

do Estado receptor;

Em 3 de março, o tribunal emitiu uma ordem indicando a adoção de medidas provisórias, e foi declarado que os Estados Unidos deveriam adotar todas as medidas ao seu alcance para garantir que Walter LaGrand não fosse executado. Colhia-se da decisão a seguinte determinação:

A.- Os Estados Unidos da América tomarão todas as medidas ao seu alcance provisórias para garantir que Walter LaGrand não seja executado enquanto a decisão final está pendente neste procedimento e deveriam informar o Tribunal de todas as medidas necessárias para implementar esta Ordem;

B.- O Governo dos Estados Unidos da América transmitirá este Ordem ao governador do Arizona. “

Nesse mesmo dia, a Alemanha iniciou uma ação perante a Suprema Corte dos Estados Unidos contra os Estados Unidos e o Governador do Arizona, para os quais foi solicitado, entre outros, o cumprimento forçado da Ordem do Tribunal Internacional de Justiça.

No curso deste processo, os Estados Unidos alegou que uma ordem do Tribunal Internacional de Justiça indicando medidas provisórias não é obrigatória e, portanto, não fornece uma base para a obtenção de uma medida judicial.

Nesse mesmo dia, a Suprema Corte rejeitou a ação tentada pela Alemanha, com base no atraso na apresentação alemã e algumas barreiras jurídicas jurisdicionais nacional.

E também na mesma data, a Junta Executiva de Clemência do Arizona se reuniu para examinar o caso Walter LaGrand, recomendando que sua sentença não fosse comutada, mas que a execução fosse adiada em resposta ao processo movido pela Alemanha perante o Tribunal Internacional de Justiça.

Apesar desta recomendação, o governador do Arizona decidiu que a pena de morte deve continuar conforme o planejado.

Walter LaGrand foi executado mais tarde, no mesmo dia, com gás letal. Ou seja, mesmo diante da decisão final do Tribunal Walter LaGrand foi executado.

A Corte Internacional de Justiça, ao final do processo, reconheceu, dentre outros que, ao não informar sem demora Karl e Walter LaGrand, após sua prisão, dos direitos que tinham em virtude da alínea “b” do parágrafo 1º do artigo 36 da convenção, e privando, por este fato, a Alemanha da possibilidade de fornecer aos interessados, em tempo hábil, a assistência prevista pela convenção, os EUA violaram as obrigações às quais estavam vinculados em face da Alemanha e em face dos irmãos LaGrand, em virtude do parágrafo 1º do artigo 36. Bem como que ao não permitir, à luz dos direitos reconhecidos pela convenção, o reexame e a revisão dos vereditos de culpabilidade dos irmãos LaGrand e de suas penas, os EUA violaram a obrigação em face a Alemanha e aos irmãos Lagrand em virtude do parágrafo 2º do art. 36 da convenção.

A Corte reconheceu também que ao não tomar as medidas das quais dispunha para

que Walter LaGrand não fosse executado, enquanto a CIJ não tivesse tomado sua decisão definitiva no caso, os EUA violaram a obrigação à qual estavam vinculados em virtude da decisão de indicação de medidas cautelares, tomada pela corte em 3 de março de 1999.

Logo, os irmãos LaGrand foram presos, processados, sentenciados e executados sem que lhes fosse oportunizada a devida assistência de seu país de origem, o que lhes era assegurada por força de norma internacional.

O presente trabalho busca, portanto, com base na lamentável contribuição que o caso LaGrand trouxe para o mundo jurídico, perquirir, como já exposto, se aos emigrantes que se encontram em conflito com a lei em nosso país o contraditório e ampla defesa são assegurados, e se o dever de comunicação de sua prisão e acusação ao país de origem tem sido observada.

#### **4 | A (IN)OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA PRÁTICA E (IN)OBSERVÂNCIA DA NORMA INTERNACIONAL**

Quando falamos de imigrantes no Brasil, hodiernamente estamos falando de um contingente de nada menos que 774,2 mil imigrantes, que teriam ingressado no Brasil entre 2011 e 2018, segundo dados do Relatório Anual de 2019, elaborado pelo Observatório das Migrações Internacionais, do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Trata-se de um fluxo migratório “composto na sua maioria por pessoas do sexo masculino, jovens e com nível de escolaridade médio e superior” (CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO; PEREDA, 2019).

Segundo o mesmo relatório, no ano de 2018 predominaram os fluxos migratórios oriundos do sul global, com especial destaque para haitianos e venezuelanos. Os primeiros figuram, inclusive, como a principal nacionalidade no mercado de trabalho formal no ano de 2018. Tal contingente total tem sido empregado predominantemente nos setores de produção de bens e serviços industriais; o qual é seguido pela categoria de serviços (vendedores do comércio em lojas e mercados). No mesmo ano o número de carteiras de trabalho emitidas para solicitantes de refúgio e refugiados apresentou o maior fluxo da série histórica (2011-2018), totalizando 36.384 documentos (CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO; PEREDA, 2019).

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dados da Polícia Federal indicam que há presença de imigrantes e/ou refugiados em 3.876 dos 5.568 municípios brasileiros (SILVEIRA, 2019).

Quando, para o interim de 2011 a 2018, foram considerados apenas os imigrantes de longo termo, ou seja, aqueles que tendem a permanecer no país por um período superior a um ano, chegou-se ao número de nada menos que 492,7 mil imigrantes; dos quais os haitianos (106,1 mil) representaram 21,5% do total de imigrantes; e dos quais 61,4% são homens (CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO; PEREDA, 2019).

As demais nacionalidades predominantes encontram-se representadas no seguinte gráfico:

### Principais Nacionalidades: 2010 e 2018

- |                 |                |
|-----------------|----------------|
| 1º Haitianos    | 5º Argentinos  |
| 2º Bolivianos   | 6º Chineses    |
| 3º Venezuelanos | 7º Portugueses |
| 4º Colombianos  | 8º Peruanos    |

### Principais Nacionalidades de 2018

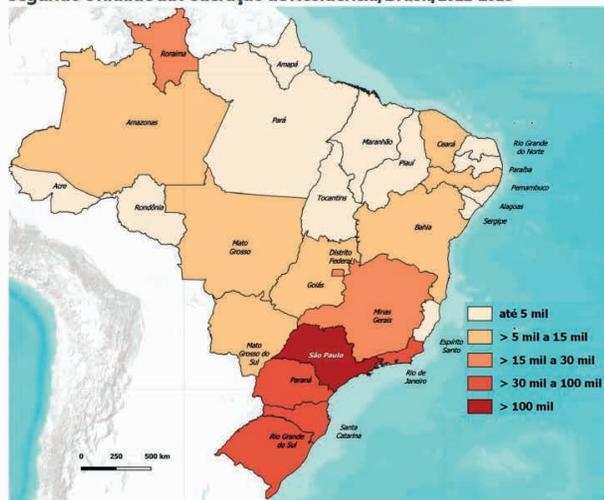
- |                       |                      |
|-----------------------|----------------------|
| 1º Venezuelanos - 39% | 4º Bolivianos - 6,8% |
| 2º Haitianos - 14,7%  | 5º Uruguaios - 6,7%  |
| 3º Colombianos - 7,7% |                      |

Figura 1 – Principais Nacionalidades: 2010 e 2018.

Fonte: Cavalcanti; Oliveira; Macêdo e Pereda (2019).

Outrossim, o que se percebe é que os estados da região sul, são, depois do Estado de São Paulo, o principal destino dos imigrantes de longo termo, após seu ingresso em nosso território nacional.

Número de registros para imigrantes de longo termo, por ano de entrada, segundo Unidade da Federação de Residência, Brasil, 2011-2018



Fonte: Elaborado pelo OBMigra a partir dos dados da Polícia Federal, SisMigra (2011-2018)

Sudeste: 55,1%  
São Paulo: 41, 2%  
Rio de Janeiro: 9,4%

Sul: 20,5%  
Imigração bem distribuída  
pelos três estados

Norte: 8,6%  
Roraima: 4,3%  
(em consequência da imigração  
venezuelana).

Figura 2 – Principais Regiões de destino dos imigrantes no Brasil: 2011-2018.

Fonte: Cavalcanti; Oliveira; Macêdo e Pereda (2019).

Assim sendo, é evidente que situações como do *case* em tela tenderão a se reiterar, de onde exsurge a necessidade de se verificar se o nosso sistema judiciário encontra-se devidamente preparado para a condução das ações penais inerentes à apuração de fatos que tenham a participação de imigrantes como acusados; especialmente no que toca ao dever de aplicação e de concretização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, que levam em consideração a última consolidação, realizada em dezembro do ano passado, o Brasil já possuía, ao final do ano de 2019, dentre sua população carcerária 52 mulheres e 316 homens de nacionalidade africana; 238 mulheres e 1.327 homens de nacionalidade americana; 12 mulheres e 87 homens de nacionalidade asiática; 21 mulheres e 144 homens de nacionalidade europeia; e 1 mulher e 1 homem de nacionalidade oceânica, segregados. São 2.199 imigrantes segregados em nosso país. (BRASIL, 2019).

Diante do número de imigrantes segregados, a verificação da (in)observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa se mostra extremamente relevante.

Nossa Carta Magna prevê de forma expressa o princípio do devido processo legal, por ocasião de seu artigo 5º, inciso LIV, que preconiza que: “(...) ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”. Já os princípios do contraditório e da ampla defesa, por sua vez, que são concebidos como consectários e desdobramentos inerentes àquele, vem igualmente previstos em Constituição, por ocasião do artigo 5º, inciso LV, que reza que: “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em suma “pode-se dizer que o contraditório está contido na ampla defesa e esta assegura o contraditório” (CHAVEIRO, 2015).

Segundo Bastos (2010, p. 387-388), a aplicação e concretização da ampla defesa compreende a oportunidade irrestrita, concedida ao Acusado, de fazer uso de todos os recursos legais disponíveis, que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos que entenda convenientes e que sirvam para esclarecer a verdade dos fatos em apuração. É em decorrência de sua amplitude e abrangência que o aludido princípio pode assumir múltiplas direções, materializando-se através da inquirição de testemunhas, da produção de provas periciais, de eventuais acareações, de reconstituições, da oitiva da vítima (quando possível), do interrogatório do acusado e até mesmo pela nomeação de defensor dativo àqueles que não disponham de condições para a contratação de um advogado particular.

O contraditório, por seu turno, encontra-se inserido na ampla defesa, de forma tal que com esta quase se confunde integralmente. Aliás, é impossível conceber um deles, sem o outro. Segundo Chaveiro (2015) não haveria como se falar em uma defesa não contraditória, o que leva a compreensão do contraditório como uma exteriorização da

própria defesa.

Ou seja, a materialidade de tais princípios reside no fato de que de todo ato processual produzido sob o crivo do contraditório, emerge “o direito da outra parte de opor-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor” (CHAVEIRO, 2015)

Outrossim, consabidamente, a ampla defesa (e o mesmo se aplica à defesa plena) desdobra-se, na prática, em duas modalidades: a autodefesa e a defesa técnica. A defesa técnica é aquela exercida pelo profissional do direito que representa o acusado, ou seja, pelo advogado constituído, pelo defensor público ou pelo defensor dativo nomeado. Já a autodefesa é aquela materializada pela possibilidade de o próprio acusado intervir, “direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais” (CRUZ, 2002).

O auge da aplicação da autodefesa se dá, portanto, através do interrogatório do acusado, perante o juízo da causa. Trata-se do momento em que o réu poderá expor de forma livre e verbal a sua versão dos fatos, no afã de convencer o juiz natural acerca de seus argumentos e em prol de uma eventual decisão favorável às suas pretensões, notadamente, a absolvição, ou acolhimento de teses defensivas outras (OLIVEIRA, [20--]).

Assim sendo, a clara manifestação e compreensão do que é relatado por testemunhas, vítimas e, principalmente pelo acusado, possui significativa importância para uma efetiva aplicação prática dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em outras palavras, é essencial que as partes e operadores jurídicos compreendam o que é indagado e respondido por cada um.

É justamente com o objetivo de assegurar essa efetiva comunicação que o nosso Código de Processo Penal preconiza, no seu artigo 193, que, “quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”. O mesmo se aplica para o caso de testemunha estrangeira, conforme teor do artigo 223<sup>5</sup> do mesmo diploma normativo. (BRASIL, 1941).

No caso prático analisado, em que pese o acusado fale o idioma nacional, ele mesmo reconhece, quando de seu interrogatório, que domina bem, além de sua língua nativa (o crioulo) apenas o idioma. O interrogado em que pese tenha respondido às perguntas formulas, não declarou o “domínio” da língua portuguesa e, inclusive, apresentou, em determinados momentos, aparentes dificuldades de compreensão do que lhe era questionado e de clara exposição do que pretendia relatar.

Estranhamento, o interrogatório inicia-se com uma tentativa de sua tradução para o espanhol; até o momento em que, questionado pelo juízo, o Acusado afirma compreender o português melhor do que o espanhol.

A adução da melhor compreensão do português em detrimento do espanhol, por parte do Acusado, em nosso entender, não pode ser confundida com uma alegação de seu

---

<sup>5</sup> “Art. 223. Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas” (BRASIL, 1941).

domínio.

Do caso em tela percebe-se, portanto, que, aparentemente, houve a preocupação do juízo quanto à nomeação de interprete para a testemunha estrangeira inquirida. Todavia, a mesma preocupação não se estendeu ao interrogatório do acusado, que, quiçá, poderia ter melhor se expressado se inquirido em seu idioma de origem.

Mesmo não tendo constado dos Autos requerimento de sua defesa técnica quanto à nomeação de interprete para o ato, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, acredita-se que poderia o juiz tê-lo feito de ofício.

Logo, o que se percebe é que a ausência de expressa declaração do acusado de domínio da língua portuguesa, aliada a ausência de nomeação de interprete, pode, eventualmente, implicar em nulidade processual, por afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; o que demonstra que, através do caso analisando, os princípios em tela não estariam tendo a adequada aplicação e concretude que é preconizada por nossa Magna Carta.

Ainda quanto ao interprete que serviu para a oitiva da testemunha estrangeira inquirida no *case* em apreço, verifica-se que sua atuação também poderia eventualmente ser considerada como processualmente inadequada, posto que em determinados momentos, resta claro, até mesmo para quem não domina o espanhol, que o profissional nomeado não realizou a exata tradução das falas dos interlocutórios (operadores jurídicos e testemunhas); fazendo adaptações livres do que era indagado e respondido.

Ainda quanto à necessidade de intérprete ao Acusado estrangeiro, especificamente por ocasião da prisão em flagrante, a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, exarada pelo Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre a audiência de custódia, prevê, em seu Protocolo II que:

III. A pessoa custodiada estrangeira deve ter assegurada a assistência de intérprete e a pessoa surda a assistência de intérprete de LIBRAS, requisito essencial para a plena compreensão dos questionamentos e para a coleta do depoimento, atentando-se para a necessidade de (i) a pessoa custodiada estar de acordo com o uso de intérprete, (ii) o intérprete ser informado da confidencialidade das informações e (iii) o entrevistador manter contato com o entrevistado, evitando se dirigir exclusivamente ao intérprete. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

Note-se que a Resolução prevê a necessidade de interprete ao estrangeiro independentemente do domínio ou não da língua nacional.

No caso em apreço, não há qualquer informação quanto à nomeação de interprete ao Acusado quando de sua oitiva na fase inquisitorial.

Outrossim, segundo Rosa e Becker (2017) se o nacional já se encontra em evidente situação de vulnerabilidade, ao ter contra si disparado o aparato da força estatal, no momento da prisão em flagrante, encontrando-se, portanto, em evidente quadro de disparidade de forças; o flagrado estrangeiro, estaria em situação de “especial vulnerabilidade”; de onde

advém a necessidade de garantia da tradução e interpretação de forma eficiente e eficaz, sob pena de ferir-se os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O *case* em análise demonstra a inobservância de tais preceitos susomencionados e, por via reflexa, a possível violação dos princípios basilares.

Todavia, a eventual violação identificada, decorre também da inobservância de obrigação legal outra por parte da autoridade policial e do juízo da causa.

Diante de qualquer modalidade de prisão, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, por ocasião do julgamento da Prisão Preventiva para Extradicação 726, que a cláusula inscrita no artigo 36, 1, “b” da Convenção de Viena sobre Relações Consulares:

(...) deve ser interpretada no sentido de que a notificação consular há de ser efetivada no exato momento em que se realizar a prisão do súdito estrangeiro 'e, em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente (...). (BRASIL, 2015)

Assim sendo, por força do termo original da referida cláusula *without delay* (sem demora), a comunicação deveria se dar tão logo realizada a prisão (ROSA; BECKER, 2017). Mas no *case* em pareço não há qualquer informação acerca de tal comunicação à autoridade consular (SANTA CATARINA, 2020-a. SANTA CATARINA, 2020-b).

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares data de 1963, e foi internalizada em nosso ordenamento pelo Decreto Legislativo 6, de 1967, e promulgada pelo Decreto 61.078, de 26 de julho de 1967, resguardando direitos subjetivos dos estrangeiros restringidos em sua liberdade (ROSA; BECKER, 2017. BRASIL, 1967). Não se trata, portanto, sequer de norma nova, cujo desconhecimento em função da contemporaneidade pudesse ser suscitada.

De todo o exposto, percebe-se, através do *case* analisado, que a concretização e efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa ainda encontra-se muito distante do ideal preconizada por nosso ordenamento jurídico pátrio quando da apuração de crimes que possuem estrangeiros como supostos autores dos fatos.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Obviamente que o objetivo do presente estudo não é a verificação da adequação da conduta profissional de qualquer dos operadores jurídicos que atuam no caso que foi objeto de nossa análise. Muito longe disso, a pretensão do presente artigo era tão somente, através do *case* analisado, perquirir acerca da (in)observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quando da apuração de processo criminais que possuam estrangeiros como supostos autores dos fatos.

O *case* demonstrou que, em que pese possuamos legislação infraconstitucional e, até mesmo internacional, voltada à preservação dos interesses de estrangeiros que se encontrem na condição de indiciados, acusados e segregados, não se tem identificado,

na prática, a aplicação de tais preceitos em nosso país, o que implica, notadamente, em evidentes possíveis nulidades processuais e inegáveis afrontas aos princípios constitucionais objeto do presente estudo.

Em suma, o caso analisado permite-nos concluir que, ao que tudo indica, nossa polícia investigativa e nosso sistema judiciário, lastimavelmente, não estão atentos às peculiaridades processuais inerentes à condição de estrangeiro daqueles não nacionais que se encontram em conflito com a lei.

Esta inatenção identificada, por sua vez, implica, inexoravelmente, em inobservância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, em possíveis nulidades processuais.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 out. 1941. Retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art31](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art31). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos/#:~:text=Justi%C3%A7a%20criminal%20%E2%80%93%20Quanto%20ao%20tempo,sete%20meses%20nos%20juizados%20especiais>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 jul 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D61078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm). Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional**: Painel Interativo dezembro/2019. [S.l.], 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Prisão Preventiva para Extradicação 726 Distrito Federal. Requerente: Governo Dos Estados Unidos Da América. Extraditando: Victor Arden Barnard .Relator: Ministro Celso de Melo. Decisão em 28 de maio de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 102, 1 jun. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=102&dataPublicacaoDj=01/06/2015&incidente=4638989&codCapitulo=6&numMateria=79&codMateria=2>. Acesso em: 1 jul. 2020.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública / Conselho Nacional de Imigração e Cordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra 2019. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 1 jul. 2020.

CHAVEIRO, Joneval Junio. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. **Revista Digital De Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 411-440, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/86875/92278/>. Acesso em: 1 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Diário da Justiça Eletrônico do CNJ Brasília, DF, n. 1, p. 2-13, 8 jan. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 1 jul. 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Noruega como modelo de reabilitação de criminosos**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos>. Acesso em: 21 jun. 2020.

GRASSI, Eduardo. Haitiano mata venezuelano a facada dentro de frigorífico em Chapecó. **Notícias Chapecó.Org**. Chapecó, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.chapeco.org/noticias/30719/haitiano-mata-venezuelano-a-facada-dentro-de-frigorifico-em-chapeco/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

HAITIANO é suspeito de matar colega de trabalho em agroindústria de Chapecó: ele teria desferido golpes de faca em um venezuelano. **Rádio Centro Oeste**: 100.9 FM. Chapecó, 28 mar. 2020-b. Disponível em: <https://rco.com.br/detalhe-noticia/6025>. Acesso em: 28 jun. 2020.

HAITIANO mata venezuelano a facada dentro de frigorífico em Chapecó. **Jornal Regional**. Chapecó, 27 mar. 2020-a. Disponível em: <https://jrregional.com.br/news/haitiano-mata-venezuelano-a-facada-dentro-de-frigorifico-em-chapeco>. Acesso em: 28 jun. 2020.

HOMEM mata colega de trabalho ao sair de frigorífico de Chapecó: Homicídio foi registrado na madrugada desta sexta-feira (27) na saída para Guatambu. **Portal Diário do Iguçu**. Chapecó, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.diariodoiguacu.com.br/noticias/detalhes/homem-mata-colega-de-trabalho-ao-sair-de-frigorifico-de-chapeco-54291>. Acesso em: 28 jun. 2020.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **LaGrand (Germany v. United States of America)**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/104>. Acesso em 25 set. 2020.

OLIVEIRA, Daniel Bernoulli Lucena de. A defesa no Tribunal do Júri - Quando a plenitude se torna abuso de direito. [Brasília, DF], [20--]. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/1635-a-defesa-no-tribunal-do-juri-quando-a-plenitude-se-torna-abuso-de-direito>. Acesso em: 1 jul. 2020.

POMPERMEYER, Rodrigo André. Haitiano mata venezuelano em frigorífico em Chapecó. **Factus News**. Chapecó, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://factusnews.com.br/noticia/736/-haitiano-mata-venezuelano-em-frigorifico-em-chapeco/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda. Direito à tradução e à interpretação no processo penal. **Consultor Jurídico**. Seção Diário de Classe. [S.l.], 28 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-28/diario-classe-direito-traducao-interpretacao-processo-penal>. Acesso em: 1 jul. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó/SC. **Ação Penal nº 5007772-31.2020.8.24.0018**. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Acusado: P.A.A. Chapecó, 2020-b. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&num\\_processo=50077723120208240018&acao\\_origem=selecionar\\_processos\\_agendar\\_arquivo\\_completo&hash=ebfafd319d2abac65d0cc2e71628f43c](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=50077723120208240018&acao_origem=selecionar_processos_agendar_arquivo_completo&hash=ebfafd319d2abac65d0cc2e71628f43c). Acesso em: 23 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó/SC. **Inquérito Policial nº 5007772-31.2020.8.24.0018**. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Indiciado: P.A.A. Chapecó, 2020-a. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_selecionar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50067936920208240018&hash=980ebf1212f604cf3735b44879f6615f](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_selecionar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50067936920208240018&hash=980ebf1212f604cf3735b44879f6615f). Acesso em: 23 jun. 2020.

SILVEIRA, Daniel. Apenas 5% dos municípios com presença de imigrantes e refugiados no Brasil oferecem serviços de apoio, aponta IBGE: Na grande maioria das cidades brasileiras não há nenhum tipo de instrumento para auxílio a estrangeiros que buscam refúgio no país. Entre 2010 e 2018, estima-se que cerca de 500 mil imigrantes deram entrada no país. **G1**. Rio de Janeiro, 25 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/25/apenas-5percent-dos-municipios-com-presenca-de-imigrantes-e-refugiados-no-brasil-oferecem-servicos-de-apoio-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 1 jul. 2020.

WORLD Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, & Birkbeck University of London. [n.d.]. **Highest to Lowest - Prison Population Total**. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 21 jun. 2020.

# O CARÁTER HUMANIZADOR DO DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Rita de Cassia Batista Silva**

<http://lattes.cnpq.br/8174586178827569>

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Penal. Criminalização. Humanização. Reintegração

### THE HUMANIZING CHARACTER OF THE LAW OF CRIMINAL EXECUTION IN BRAZIL

**RESUMO:** Este artigo analisa o caráter humanizador do Direito de Execução Penal de acordo com os princípios da Constituição Federal de 1988, do Código Penal e Processual Penal e de documentos internacionais de Direitos Humanos. A execução penal surge a partir de uma sentença criminal, quando há a aplicação de uma medida de segurança ou de uma pena, seja privativa de liberdade ou não. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, mesmo com edição anterior ao diploma maior, legítima e garante aos presos a titularidade de direitos não cerceados pela sentença criminal condenatória, demonstrando assim, seu caráter humanizador, jurisdicionalizado e, acima de tudo, alinhado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Estado Democrático de Direito. Trata-se de revisão bibliográfica, com predominância do método dedutivo. Concluiu-se que o Direito de Execução Penal brasileiro tem um caráter humanizador por estar consubstanciado em princípios e diretrizes de direitos humanos e fundamentais.

**ABSTRACT:** This article analyzes the Law of Penal Execution in Brazil according to the principles of the Federal Constitution of 1988, the Criminal Code and Criminal Procedure and international documents on Human Rights. The criminal execution arises from a criminal sentence, when there is the application of a security measure or a penalty, whether deprivation of liberty or not. The Penal Execution Law, Law nº 7.210/1984, even with an edition prior to the major diploma, legitimizes and guarantees to prisoners the ownership of rights not restricted by the condemnatory criminal sentence, thus demonstrating its humanizing, jurisdictionalized character and, above all, aligned with the democratic rule of law. This is a bibliographic review, with a predominance of the deductive method. It was concluded that the Brazilian Penal Execution Law has a humanizing character because it is embodied in principles and guidelines of human and fundamental rights.

## 1 | EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO DA PENA

Inicialmente, faz-se necessário uma volta ao passado para conhecer um pouco mais da problemática da aplicação e execução das penas, como também, Identificar alguns ícones que através de suas obras delinearão uma cultura penal e penitenciária, para assim, podermos desfrutar de suas contribuições e trazê-las para a época atual.

A vingança era um sentimento presente nas primeiras execuções penais nas tribos ou comunidades na Antiguidade. Existe uma convenção entre os historiadores do Direito em tripartir a vingança penal em três modalidades: vingança divina; vingança privada e vingança pública.

A primeira, quando procedia de uma ofensa a alguma divindade e certos fenômenos como peste, seca, catástrofes, discórdias entre tribos ou povos eram atribuídos à insatisfação dos deuses, que, por conseguinte, exigia uma ação de justiça entre os membros da coletividade, quando identificado o culpado ou os culpados, a vingança era aplicada de forma a conter a fúria do seu Deus.

Normalmente, aplicava-se penas mais cruéis para obter mais alto desagravo diante da entidade divina. Não havia, pois, qualquer preocupação com a proporcionalidade da pena. Quem principalmente propunha a pena era um sacerdote, com base nos costumes da comunidade, e visavam à intimidação à desobediência. Várias civilizações praticaram essa vingança divina, como se pode exemplificar com o Código de Manu<sup>1</sup>, as legislações do Egito (Cinco Livros), da Pérsia (Avesta), de Israel (Pentateuco) e da China (Livro das Cinco Penas). (SILVA, ARAMIZO, 2016).

A segunda, a vingança privada, relegava o infrator ou infratores à sorte do poder de vingança da vítima, que executava a pena ao seu gosto, normalmente utilizando-se de penas cruéis. Essa vingança poderia ser contra uma pessoa ou contra grupo de pessoas, neste caso, deflagar-se-ia uma guerra de sangue. Tratando-se de uma vingança contra um só indivíduo, além de sua punição, perderia a paz, por causa de seu banimento do grupo e tornava-se um desterrado e sobrevivendo apenas, se encontrasse meios pessoais de defesa ou com auxílio de outras pessoas ou de outros grupos.

Perdida a paz, estava o homem exposto à morte, não só porque, rompidos os vínculos mágicos ou de sangue com o clã, ficava à mercê da violência dos outros, mas ainda porque sozinho, no mundo de então, deserto de homens, dificilmente poderia defender-se das forças hostis da natureza, cósmicas ou animais." Praticava-se, pois, uma pena sem julgamento e sem observância à proporcionalidade. (BRUNO, 2005, p.33).

E a terceira surge dentro de uma organização social mais estruturada, o *jus puniendi*/<sup>1</sup>

---

1 O Código de Manu é um dos textos jurídicos mais antigos de que se tem notícia. As leis do Código de Manu regulam a conduta em termos sociais e religiosos, versando sobre leis criminais e civis, regulando as relações familiares, tipificando os crimes e cominando as respectivas penas.

controle social era feito pela vingança pública, seu objetivo maior era a intimidação. De uma forma geral, o soberano assumia uma função de árbitro nos litígios, aplicando sanções extremamente severas, como por exemplo, açoites, penas de morte, exílio, mutilações.

O período das vinganças perdurou da Antiguidade até o século XVIII, perdendo força e motivação quando as ideias iluministas começaram a oxigenar e fomentar um Estado Democrático de Direito.

Segundo Rabelo, as ideias sufragadas pelos pensadores iluministas caminharam no sentido da humanização da intervenção penal.

Esta origem iluminista é marcada pelas obras de Charles de Montesquieu e Cesare Beccaria. A obra *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, foi o primeiro trabalho que tratou especificamente da relação de necessária proporcionalidade entre crimes e penas. No mesmo sentido, *Dei Delitti e Delle Pene*, de Beccaria, obra que teve como ponto de partida uma concepção estatal e laica do crime (de modo que todo delito constitui um atentado à soberania do Estado), concebe a reação estatal ao crime como defesa da soberania ou da sociedade, uma espécie de "defesa social". E desse período, vale ressaltar, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 8º, versa a seguinte regra: "a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias". (RABELO, 2009).

Os iluministas sustentavam que toda pessoa possuiria direitos inalienáveis, imanescentes a sua própria natureza, razão pela qual a intervenção penal há de obedecer a critérios de racionalidade. (RABELO, 2009).

Portanto, a partir destes novos ideais a pena passa a ter um caráter mais humanitário, deixando para trás o cunho vingativo e cruel. O Iluminismo vem com uma novel concepção filosófica e doutrinal na aplicação da pena alcançando a dignidade da pessoa humana, nascendo assim, um olhar mais humanizado da pena. Este período foi marcado por constantes debates sobre diversas áreas do conhecimento humano como a economia, a administração e, especialmente o direito.

Necessário agora, para melhor entendimento de tais mudanças, trazer alguns ícones deste período e da era do humanitarismo penitenciário com suas obras que proporcionaram grandes transformações na cultura penal e penitenciária, mais notadamente no aspecto da evolução das penas com enfoque na melhoria das condições de vida dos encarcerados.

George Yves os denominava de reformadores penitenciários ou de fundadores do humanitarismo penitenciário quando realizava comparações entre as prisões antes e após as suas obras: John Howard com sua obra *The state of prisons in England and Wales with Preliminary Observations an Account of Some Foreign Prisons (1777)*, Cesare Beccaria com *Dei Delitti e Dei Penne* e Jeremy Bentham com *The Constitucional Code*. (YVES, 1970).

Não podemos olvidar que as transformações podem trazer pontos negativos e positivos com novas ações e experimentos e ainda mais que estamos tratando de vidas,

de pessoas, óbvio que foram cometidos erros talvez inevitáveis. Entretanto, pelo objetivo desta pesquisa, no momento trataremos apenas das contribuições destes pensadores para a execução penal.

John Howard (1726-1790), viajante e filantropo inglês que em suas viagens pregava uma ampla reforma penitenciária, com o declínio das penas corporais e sua substituição pela prisão. Sentia-se horrorizado com as condições em que viviam os encarcerados tanto na Inglaterra como visualizou em suas viagens por toda a Europa. Em sua obra, citada acima, descreveu toda sua aversão à promiscuidade e imundície das prisões europeias:

(...) aqui se veem crianças de doze a catorze anos escutar com ávida atenção as histórias contadas por homens de hábitos abjectos, exercitados no crime, aprendendo com eles (...). Deste modo, o contágio do vício espalhava-se pelas prisões que se convertiam em lugares de maldade que se difundia rapidamente para o exterior. Os loucos e os idiotas eram encarcerados com os demais criminosos, sem separação alguma, porque ninguém sabia onde os colocar. Serviam de cruel diversão para os outros presos. (HOWARD *apud* MENDOZA BREMAUNTZ, 1998, p. 75).

Por este relato, podemos comprovar que não existia critério para separação dos delinquentes, apenas os retiravam do convívio social, amontoando-os de qualquer forma. E, ainda,

a higiene era inexistente, viviam amontoados em espaços exíguos devido à sobrelotação e o contágio físico e moral era diário, pois juntava-se o reincidente com o recluso primário, o recluso saudável com o recluso doente, o condenado por crimes graves com o condenado por crimes leves e o criminoso já velho com o delinquente juvenil. O crime era ensinado e aprendido e a correção era impossível. (GONÇALVES, 2009).

John Howard após o contato direto em suas viagens com a lastimável situação das prisões, pugnou por um tratamento mais digno ao preso, bem como preconizou a construção de estabelecimentos penais mais adequados às funções carcerárias, visto que tais condições eram absolutamente intoleráveis e indignas. Trouxe em sua obra os seguintes pilares para uma reforma penitenciária: educação religiosa, trabalho regular organizado, condições alimentícias e de higiene humanas, isolamento parcial para evitar o contágio moral e inspeções periódicas. Tais pilares estão intimamente ligados ao Princípio da Dignidade Humana e ao mínimo existencial.

Cabe ressaltar que suas ideias não foram, pelo menos inicialmente, levadas à prática no seu país de origem pois, apesar do Parlamento ter aprovado a ideia de “penitenciária” através do *Penitentiary Act* de 1779, devido ao grande esforço orçamental inicial que se mostrava necessário, “as penitenciárias” não foram construídas. A deportação era uma alternativa muito mais atraente – não só era mais barata, como também prometia reduzir o crime pelo simples expediente de afastar os criminosos. Não obstante, os ideais de Howard tiveram um impacto tremendo nos Estados Unidos da América, onde a Sociedade de Filadélfia, adotando as suas ideias, decidiu criar em 1797 a primeira prisão celular –

*Newgate Prison*. (MORRIS; ROTHMAN, 1998, p. 236).

Com esta obra, Howard foi considerado como “o apóstolo da humanização das prisões” e considerado como o pai da Ciência Penitenciária, que acabou falecendo em decorrência de febres carcerárias, e suas pretensões foram continuadas, em parte, por Jeremy Bentham. (MENDOZA BREMAUNTZ, 1998, p. 74).

O segundo ícone da cultura penal foi Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria (1738-1794) para quem, na sequência de Montesquieu, mais valia “prevenir os delitos que puni-los” (BECCARIA, 1998, p. 154). Nasceu no século XVIII, mais precisamente na cidade de Milão, na Itália. Profundamente arraigado pelo Iluminismo, hasteava incessantemente a bandeira dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Em sua obra “Dos Delitos e das Penas” em 1764, preconizava um novo sistema de Direito Penal como também a abolição das penas de morte, da tortura e das penas desumanas e cruéis. Para ele, as penas deveriam possuir algumas características essenciais e tirar a velha roupagem cruel e arbitrária:

(...) para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis (BECCARIA, 1998, p.163).

A privação de liberdade também foi alvo de sua atenção e reflexão, via os cárceres e prisões como verdadeiras mansões onde se propagava a miséria e a fome, onde não existia compaixão tampouco o sentimento de humanidade, tornando-se assim mais um suplício do que um local de custódia do réu. Sua principal obra é considerada como um crítica direta aos sistemas penais de sua época e demonstram sua repulsa à forma como se aplicavam as penas, sobretudo desumanas e desproporcionais em relação aos crimes praticados e, que muitas vezes, eram fruto da arbitrariedade de juízes extremamente parciais em seus julgamentos. A referida obra é publicada em meio ao choque de ideias sobre o direito. De um lado, o direito natural, dado por Deus, logo imutável; do outro, o direito positivo, que à medida que é construído pelos homens, estes podem adaptá-lo para atender as demandas sociais.

Como vimos, Beccaria pregava sobre a necessidade da imparcialidade das decisões dos juízes como também a proporcionalidade na cominação das penas.

No que tange a relação entre os delitos e as penas, o jurista ainda sugere que deve existir uma proporcionalidade entre eles. Dessa forma, se mostra dotado de uma visão extremamente pertinente. Para ele, o que deve ser mais desejável numa sociedade é que não se cometam delitos, e caso haja, devem ser raros e de menos potencial ofensivo. Todavia, conflitos de interesses crescem na medida em que a sociedade também se expande. Surge assim a necessidade de estabelecer uma escala de desordens que enquadra os delitos de tal forma que vai desde os de maior potencial ofensivo aos de menor, “cujo primeiro grau consiste naquelas que destroem imediatamente a sociedade, e o último, na mínima injustiça feita a um de seus membros

privados.". Contudo, não se pode aplicar a mesma pena de um delito de maior potencial ofensivo a um delito menor, pois isso pode gerar, segundo o autor, mais transgressões à lei: "Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior". (BECCARIA, 1998, p. 49).

Assim, a pena era uma forma de repressão ao cometimento de novos delitos pois atuava não só com o caráter pedagógico, mas, sobretudo, objetivando a restituição do respeito pela lei e pelos ideais sociais compartilhados por todos. Da mesma forma pensa o cientista político Émile Durkheim, enfatizando a função social da pena quando afirma que sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum. (Durkheim, 1999. p. 81).

Beccaria criticava veementemente uma prática comum entre a maioria das nações, a tortura, sobretudo nos interrogatórios, como meio de se alcançar a culpabilidade ou não do indivíduo. Sobre essa prática, o autor expressa sua repulsa com muito vigor:

Uma crueldade que o uso consagrou na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para forçá-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices, ou por quem sabe qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que poderia ser autor, mas dos quais não é acusado. (BECCARIA, 2005. p. 69)

Para o Marquês, as penas devem ter um caráter humanitário e pragmático, garantindo a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, pensando sempre na valorização e bem-estar da vida humana.

Quanto às suas contribuições e sugestões com seu estudo, temos a preferência pela prevenção do que a punição, que as leis devem ser justas e de forma clara para todos, que o judiciário não pode estar sujeito à parcialidade de seus magistrados, não havendo espaço para subjetividade e arbitrariedades, sugere também que sejam estimuladas as ações virtuosas, entendendo que estas acabam por estimular outras mais. E, por fim, o desenvolvimento da educação seria o melhor meio e o mais seguro e eficaz para se alcançar uma sociedade justa, onde os crimes sejam raros, inexistentes ou de menor potencial ofensivo possível. (SANTOS, 2015).

O terceiro ícone é o filósofo inglês e jurista teórico Jeremy Bentham (1748-1832), considerado um utilitarista que pregava reformas políticas e sociais em suas obras. Como afirmado anteriormente, foi contemporâneo das ideias de John Howard quanto à reforma do sistema prisional. Em sua obra *The Constitutional Code*, publicada em 1830, defendeu a necessidade da prevenção e da punição dos delitos:

[...]é possível ao homem fazer o mal que se mostra necessário para o progresso dos seus interesses particulares e pessoais em detrimento do interesse público, e irá fazê-lo, mais cedo ou mais tarde, a não ser que, por alguns meios, intencionais ou não, seja impedido de o fazer. (BENTHAM,

Da mesma forma que os outros, também repudiava a pena de morte, defendendo um encarceramento baseado em três pilares: doçura, rigor e severidade. Quanto ao primeiro pilar, defende a separação dos reclusos por sexo, a manutenção adequada da higiene e do vestuário dos encarcerados, como também o fornecimento de uma alimentação adequada e apropriada. Quanto ao rigor e severidade, defende a aplicação rigorosa de um regime disciplinar no cárcere. Com este regime penitenciário, Bentham pretendia “reformatar e corrigir os presos, para que quando saíssem em liberdade não constituíssem uma desgraça para a sociedade” (GUZMAN, 1983, p. 93). Esta aplicação rigorosa de um regime disciplinar, assemelha-se ao atual, Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, quando se trata de um isolamento mais rígido para presos em situações de participação ativa em organizações criminosas, sendo uma medida de interesse da segurança pública.

Bentham inaugurou uma nova concepção arquitetônica de edifício prisional, que denominou de *Panopticon*, que tinha um desenho circular e seu objetivo principal era que o observador/guarda prisional tivesse a visão de todos os prisioneiros sem que fosse visualizados por eles, o que alimentava um sentimento de observação contínua.

[...] incorpora uma torre central a um edifício anular dividido em celas, sendo que cada cela estende-se ao longo de toda a espessura do edifício de modo a permitir a existência de janelas interiores e exteriores. Os ocupantes das celas (...) estavam, portanto, duplamente iluminados, separados uns dos outros por paredes e sujeitos a um escrutínio simultaneamente colectivo e individual feito por um observador a partir da torre, permanecendo este invisível. Com esse fim, Bentham concebeu não apenas janelas venezianas para a torre de observação, como também conexões de tipo labiríntico entre as salas da torre para evitar reflexos de luz ou barulho que pudessem denunciar a presença de um observador (BARTON B.; BARTON F., 1993, p. 138).

Segundo Jeremy Bentham (1995), o *Panopticon* apresentava uma série de virtualidades: A moral reformada – a saúde preservada – a indústria revigorada – a instrução difundida – os encargos públicos aliviados – a Economia assente, como deve ser, sob uma rocha – o nó górdio das leis de assistência pública não cortado, mas desatado – tudo através de uma simples ideia arquitetônica.

Do mesmo modelo foram construídas os edifícios prisionais *Eastern State Penitentiary* em Filadélfia, a *Pentonville Prison* em Londres e a *Millbank Prison*, também em Londres, desenhada pelo próprio Jeremy Bentham. Podemos mesmo afirmar que o *Panopticon* foi o modelo prenunciador das prisões de tipo radial, que podem hoje ser encontradas um pouco por todo o Mundo. (GONÇALVES, 2009).

Podemos afirmar e de acordo com os estudiosos da área, que Bentham foi o precursor mais proeminente dos sistemas prisionais, que a sua contribuição foi de grande importância para a época e para a construção das penitenciárias:

(...) as ideias de Bentham exerceram uma profunda influência sobre a teoria

da arquitetura penitenciária que se materializou em edifícios, em cujas linhas gerais se torna evidente o claro peso de seu projecto (GUZMAN, 1983, p. 92).

Após este breve histórico, com os principais vultos do período iluminista da cultura penal e penitenciária, podemos vislumbrar algumas contribuições que se tornaram base para os princípios penais, processuais e da execução da pena, como, dentre outros, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Humanização da Pena, da Proporcionalidade da Pena, da Imparcialidade do Juízo, Princípio da Legalidade e da Individualização da Pena.

## 2 | DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL

O significado do vocábulo “execução” significa colocar em prática ou realizar uma decisão, plano ou programa pretéritos. Em latim, *ex sequor, exsecutio*, a execução pressupõe algo que segue após a cognição, traduzindo assim, uma relação de consequencialidade (ROIG, 2014, p.19). Em matéria penal, significa a colocação em prática de um comando contido em uma decisão jurisdicional penal, ou seja, um título executivo ou executório de sentença. Portanto, a existência de sentença criminal que tenha aplicado uma pena, privativa de liberdade ou não, ou uma medida de segurança, seja de internação em hospital de custódia ou de tratamento ambulatorial, constitui o pressuposto da execução penal.

A Execução Penal é um ramo do Direito Público ligado ao Direito Penal e Processual Penal e regido por disposições e princípios próprios, como também os penais, processuais e constitucionais. Portanto, o conjunto de regras e princípios que regulamentam este instituto no Brasil não está reunido em um único estatuto, por isso necessita ser colacionado de diversas fontes. Neste contexto, as fontes do Direito da Execução Penal são a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (LEP), os Documentos Internacionais (TI), o Código Penal (CP) e o Código Processual Penal (CPP), como também as leis estaduais de execução penal e os atos administrativos emanados dos órgãos superiores de Política Penitenciária.

Sem aprofundarmos no tema das fontes do Direito, apenas relatando as fontes positivadas ou formais da execução da pena, temos a Constituição Federal, por sua posição no ápice da pirâmide legislativa e da qual derivam todas as demais regras, sua principal fonte, anunciando os princípios que devem nortear o Estado na cominação, aplicação e execução da pena, como também trazendo vedações e limites. A CRFB/88 proclamou expressamente em seu artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, postulados penais e processuais penais, que se transformam em garantias importantes na execução da pena, quais sejam: a individualização da pena, a proibição de penas desumanas e cruéis, a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado, a garantia de integridade física e moral dos presos, as garantias especiais para a mãe lactente presa, a garantia do devido processo legal, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a proibição de provas ilícitas, a comunicação de prisão, os direitos do

preso a calar-se e a ter assistência jurídica e familiar. (BENETI, 1998).

A Lei 7.210/1984, a lei de execução penal brasileira - LEP, é anterior ao diploma maior, mesmo assim, utiliza-se da base principiológica constitucional para ter eficácia. A LEP necessita de complementação de leis estaduais visto a sua competência legislativa de forma concorrente entre a União e os entes estatais. É importante lembrar, que essa lei apresenta autonomia funcional com princípios próprios, mantendo relação direta com o Direito Penal e Processo Penal, por este motivo, diz-se que seu campo de atuação é vasto, levando em consideração que regula todos os aspectos da execução da pena, como as autorizações de saída, remição de pena, monitoramento eletrônico, entre outros, bem como as penas alternativas disposta pela Lei 9.714/98<sup>2</sup>. (ROCHA, 2015).

Segundo Beneti, a LEP trouxe um caráter humanizador, jurisdicionalizado e alinhado com o Estado de Direito quando assevera que

na Lei de Execução Penal, o regimento dos direitos dos presos é pormenorizado, fiel à tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade. Não se trata, como adverte a Exposição de Motivos, de regras meramente programáticas, mas de direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitar a fluidez de incertezas resultantes de textos vagos ou omissões e, ainda, caracterizando-se como direitos invioláveis e irrenunciáveis, os quais por isso, podem ser invocados diretamente, de modo que a infringência implica excesso ou desvio reparável por intermédio de procedimento judicial. (BENETI, 1996).

O Código Penal brasileiro traz os institutos da suspensão condicional da pena, o livramento condicional, os regimes de cumprimento, a reabilitação e outras tantas regras regulamentadas e até mesmo repetidas na LEP, demonstrando assim, a sincronia e dependência entre eles. Quanto ao Código de Processo Penal, a LEP substituiu tacitamente a normativa do Livro IV– Da Execução, permanecendo apenas os dispositivos que não foram elencados pela nova legislação, como aqueles que tratam da reabilitação, artigos 743 a 750 do CPP e artigos que versam sobre temas não contemplados na LEP. Para Tourinho Filho (2017), o artigo 779 que trata do perdimento de bens em favor do Estado continua vigente. E para Francisco Bemfica (1995), continuam com vigência o parágrafo único do artigo 668<sup>3</sup> que trata da competência, o artigo 677<sup>4</sup> que trata da carta de guia e o artigo 684<sup>5</sup> que traz a recaptura de presos evadidos. Devemos ressaltar a Exposição de Motivos nº 16 quanto a esta fonte:

---

2 A Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998 altera dispositivos do Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

3 Art. 668. A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente. Parágrafo único. Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente prover-lhe a execução.

4 Art.677. Da carta de guia e seus aditamentos se remeterá cópia ao Conselho Penitenciário.

5 Art. 684. A recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa.

16. A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.

Portanto, a Constituição Federal, o Código Penal - CP e o Código de Processo Penal - CPP andam lado a lado com a Lei de Execução Penal, norteiam e baseiam sua aplicação; a Constituição com toda sua base principiológica, o CP com os institutos necessários e o CPP com o procedimento instrutório, com as nulidades, os recursos, as provas etc. (BRITO, 2018).

Necessário destacar outras fontes da execução penal, que são instrumentos internacionais de proteção às pessoas privadas de liberdade, tais como: as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU (1955), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (1988), a Convenção contra a Tortura ou Penas Cruéis, desumanas ou degradantes da ONU (Resolução 39/46, adotadas pela ONU em 1984 e ratificada pelo Brasil em 1989), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da OEA (1985), os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (Resolução da ONU n. 45/111, de 1990), entre outros.

Não podemos olvidar neste elenco taxativo de instrumentos internacionais como fontes do Direito da Execução Penal, a importância e relevância das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Mandela, que oferece bons princípios e diretrizes tanto no tratamento dos apenados como na gestão dos estabelecimentos prisionais. Portanto, serve como um estatuto que exerce forte influência nas produções legislativas e na execução material da pena. Estas regras foram aprovadas no 1º Congresso da Organização das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente que aconteceu em Genebra no período de 22 de agosto a 3 de setembro de 1955 denominado XII Congresso Penitenciário Internacional.

O documento objetiva estimular os Estados-partes ( África do Sul, Argentina, Áustria, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Estados Unidos, França, Itália, Líbano, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Polônia, Tailândia e Uruguai) a um constante esforço para aprimorar e superar as dificuldades práticas na execução das penas. Baseia-se em conceitos gerais admitidos na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos e tenta estabelecer princípios e regras de boa administração e tratamento dos reclusos, objetivando, assim, o mínimo para uma existência com dignidade no cárcere.

Ressalta-se que não se trata de uma regulamentação detalhada e exaustiva de toda a matéria penitenciária, mas, sim, de uma carta de recomendações mínimas a serem adotadas pelos Estados-membros, conforme as peculiaridades de cada país. (BRITO, 1995). Cabe

mencionar, indubitavelmente, que a LEP brasileira, com seu caráter humanitário, adotou grande parte de tais orientações em seus mandamentos, trazendo princípios e garantias que demonstram o devido respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

O Procurador César Leal em seu artigo intitulado “O tratamento dos presos no Brasil e as regras mínimas da ONU” publicado na Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária assevera que as Regras Mínimas de Tratamento buscam consolidar certos princípios fundamentais referentes à administração penitenciária e ao tratamento dos presos e atentam para a pluralidade das condições socioeconômicas e legais observáveis nos países para os quais são endereçadas, por este motivo consta em suas considerações preliminares, que “nem todas as regras podem ser aplicadas em todos os lugares e a qualquer tempo”. E continua com a explanação de sua apresentação formal, suas duas divisões, Regras de Aplicação Geral e Regras Aplicáveis a Categorias Especiais:

Dividem-se em duas partes: a primeira é atinente à administração das unidades prisionais e compreende regras aplicáveis a todas as categorias de presos, da órbita criminal ou civil, condenados ou provisórios, inclusive aqueles submetidos a medidas de segurança ou medidas corretivas estabelecidas pela autoridade judiciária; a segunda, por sua vez, cuida de cada uma das categorias especiais. (LEAL, 2003)

Para López-Rey (1970) este documento internacional tem como objetivo impulsionar o tratamento dos detentos dentro do devido respeito aos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, Leal enfatiza que a maioria dos estudiosos deste tema entendem que se trata de um protocolo como um “estatuto universal dos direitos do preso comum”, como uma carta de princípios direcionados à proteção da dignidade, integridade física e moral, e a sua reintegração social, e, ainda, garantidor de que o preso não será submetido a condutas abusivas, ilegais ou extraordinárias à sentença. (LEAL, 2003).

Portanto, a execução penal é o processo pós-sentença, surge como instrumento do poder de punir do Estado. Contudo, para exercer tal poder, necessita seguir os ditames constitucionais, supralegais e as recomendações e postulados dos pactos, regulamentos ou tratados internacionais de que o país seja signatário. Cabe à execução penal, enfim, efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal consubstanciada em tais fundamentos.

### **3 | NOMENCLATURA E NATUREZA JURÍDICA**

Com a evolução doutrinária, podemos dizer, que a execução penal vem adquirindo o *status* de ramo independente, pois absorve normas de caráter administrativo, penal e processual penal. Neste sentido, Alexis de Couto Brito (2018) assevera que o conjunto de regras que trata da execução penal não permitiria mais que esta pudesse ser apenas um capítulo dentro de outras doutrinas. Preleciona, ainda, que muitos autores e estudiosos do tema questionam quanto à sua denominação, para alguns seria Direito Penitenciário

e outros Direito da Execução Penal e, ainda, Direito da Execução Criminal (MESQUITA, 2003, p.20).

O vocábulo penitenciário deriva da palavra “penitência”, fazendo alusão à pena, adotando assim uma rígida regra etimológica. Se pensássemos de tal forma, como o objeto do Direito Penal é o crime, por esta regra, então, deveria ser Direito Criminal. Nesse mesmo pensar, tudo que estivesse relacionado à pena seria penitenciário. Nesta seara de nomenclatura do Direito Penal, Brito (2018) relata que foram muitas as discussões e a denominação Direito Penal acabou prevalecendo.

Já para a autora Armida Miotto (1975), o Direito da Execução Penal está inserido no Direito Penitenciário, na verdade, como um pertencimento, visto como um dos capítulos do Direito Penitenciário.

Ainda para Brito (2018), a maioria dos autores prefere a independência da designação Direito da Execução Penal com fulcro na doutrina estrangeira de autores como Stanislaw Plawski, Juan Bastos Ramires e, principalmente, Eugenio Cuello Calón (GOULART, 1994). No entendimento destes célebres estudiosos havia uma divisão tripartida entre direito penal, processual penal e executiva, a partir disso, ou seja, espreado no direito europeu continental, a concepção autonomista de Direito Penitenciário (MIOTTO, 1971).

O Direito Penitenciário, conforme Miotto, que em 1971 já se debruçava sobre o tema e escreveu o artigo - O Direito Penitenciário: importância e necessidade de seu estudo -, onde reconhece que o tema não é novel:

O Direito Penitenciário não é tão novo. Com efeito, já lá vão quarenta anos que foi reconhecida a sua existência, há já trinta e sete anos que no III Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo em 1933, foi não só confirmado o reconhecimento da sua existência autônoma, como lhe foi formulado um conceito que abrange o enunciado do seu objeto. Isto é, o “Direito Penitenciário consiste num conjunto de normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado desde que a sentença condenatória legítima a execução, até que a dita execução se finde, no mais amplo sentido da palavra”. (MIOTTO, 1971).

Destaca-se que, neste estudo, adotamos a denominação de Direito da Execução Penal pelo entendimento de se tratar de um ramo independente que possui princípios e normas próprios, como também por ser a expressão acolhida na Exposição de Motivos<sup>6</sup> da LEP.

Por conseguinte, devemos ressaltar que a maioria da doutrina adota o termo Direito da (ou de) Execução Penal, por existir temas muito mais abrangentes que a simples execução da pena privativa de liberdade nas prisões. Os itens 10 e 12 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), aliás, estabelecem

---

6 Exposição de Motivos: 9. Em nosso entendimento, pode-se denominar esse ramo de Direito de Execução Penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (cf. Cuello Calón, Derecho Penal, Barcelona, 1971, vol.II, tomo I, pág. 773; Jorge de Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Coimbra, 1974, pág.37).

que a execução das penas e das medidas de segurança passa a ser concebida como um novo e autônomo ramo jurídico, adotando a nomenclatura “Direito de Execução Penal”, desvinculado, portanto, dos domínios do Direito Penal material e processual. Assim estão redigidos os citados itens 10 e 12, respectivamente (GOMES, L. F. 2009, p. 482):

Item 10: Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Item 12: Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal.

Conforme Brito (2018), a nomenclatura Direito da Execução Penal pode ser adotada como a reunião das regras referente à fase executiva e independentemente da expressão que se adote, não se pode olvidar da existência de um processo com regras e competências próprias, de gênese jurisdicional, porém circundado por normas de caráter abundantemente administrativo.

A partir deste duplo aspectos citados, jurisdicional e administrativo, chegamos a celeuma da natureza jurídica da execução penal.

Sendo a execução penal uma atividade complexa, há uma tripartição conceitual da sua natureza jurídica. Podendo ser classificada como de natureza administrativa, jurisdicional ou mista/eclética.

Inicialmente, com fundamento na separação de poderes de Montesquieu, entendia-se que a execução penal era de caráter administrativo. Aos poucos esta concepção perde significado por causa da tendência jurisdicionizante advinda da Segunda Guerra Mundial. Mais tarde, a doutrina passa às outras duas concepções: jurisdicional e mista. Ada Pellegrini Grinover defende o caráter misto da atividade:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. (GRINOVER, 1987, p.7).

**Como também defende o penalista Mirabete:**

(...) afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal”. (MIRABETE, 2004, p.18)

Renato Marcão (2005) adverte que é jurisdicional sua natureza apesar de ser intensa a atividade administrativa desenvolvida. Ele preleciona que o processo de execução se desenvolve por impulso oficial, não havendo necessidade de provocação de juiz pelo Ministério Público (MP) ou por quem quer que seja. Assim, para ele, transitada e julgada a sentença condenatória ou absolutória imprópria em julgado, caberá ao juiz da execução, recebendo os autos do processo ou cópia das principais peças que o compõem, determinar as providências cabíveis para cumprimento da pena ou da medida de segurança. Portanto, no seu entendimento, cabe ao MP intervir em todos os termos do processo, postulando as providências necessárias para o correto cumprimento da pena ou da medida de segurança.

Para Salo de Carvalho (2007), a execução está vinculada à sentença penal, constituindo lesão toda e qualquer atividade restritiva além do estabelecido pelo Estado-juiz. Assim, conclui o professor que o processo penal deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados, pois o juízo de execução tem poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos penais e os detentos.

No mesmo sentido afirma Couto de Brito (2011), de que a orientação, condução e fiscalização do cumprimento da pena devem ser ponderadas e determinadas pelo juiz de direito, para que se garanta a execução da pena dentro dos ditames de um Estado de Direito.

Segundo Ricardo Antonio Andreucci (2010), para a corrente que defende ser jurisdicional, “a fase executória tem o acompanhamento do Poder Judiciário em toda sua extensão, sendo garantida, desta forma, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”. Já para a corrente que acredita ser administrativa, “a execução penal tem caráter administrativo, não incidindo, portanto, os princípios atinentes ao processo judicial”.

Quando falamos no caráter misto da execução penal, trata-se de seu procedimento complexo, com aspectos tanto jurisdicionais quanto administrativos. O que ocorre, então, é uma combinação entre as fases administrativa e jurisdicional, dando esse caráter misto à execução penal.

De acordo com Roig (2014), a execução da pena composta por procedimentos administrativos tende a fornecer um discurso contrário ao que, em tese, é proposto pelo judiciário, o qual prima pelo devido processo, ou seja, que alcança contraditório, ampla defesa, paridade de armas, entre outros elementos que no procedimento administrativo não são levados em consideração. Trazendo à baila a ideia de que deveria fazer parte da conjuntura prisional um sistema pautado apenas no âmbito jurisdicional, a fim de conter o autoritarismo presente nos procedimentos administrativos, suscitando que a visão de ato complexo deva ser superada em prol de um único procedimento no crivo do contraditório, sendo este possível apenas no seio do judiciário.

Entretanto, o atual paradigma fornece um sistema em que a execução é formada por atos complexos, os quais apresentam procedimentos administrativos, como verifica-se nos artigos 69 e 71 da LEP e judiciais, como por exemplo, nos artigos 2º e 66 da mesma lei. O envolvimento entre os poderes, Judiciário e Executivo, ocorrem devido ao fato daquele ter o condão de lançar a sentença condenatória a ser executada, enquanto que este se relaciona diretamente com o próprio estabelecimento onde é executada a sentença.

Enfatiza-se por fim, conforme Machado, que atualmente, conceber a execução penal como atividade inteiramente administrativa já é uma posição superada, visto que sua natureza é complexa, ou seja, é predominantemente jurisdicional, porém conservando características de cunho administrativo. Hoje, não se pode olvidar dos chamados incidentes de execução (livramento condicional, saídas temporárias, anistia, etc.) e a necessária intervenção judicial nestes, bem como do direito de petição a favor dos presos, verdadeiros titulares de direitos e garantias, e, como tal, lhes é assegurado o controle judicial nesta fase de execução. (MACHADO, 20).

Podemos concluir, então, que a natureza jurídica da execução penal é determinada pelo sistema de execução da pena por ela adotado, no caso do Brasil, adota-se o sistema jurisdicional, estabelecido pela Lei de Execução Penal, consubstanciado nos artigos 65 e 194, *in verbis*:

Art. 65: A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença;

Art. 194: O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Importante agora, conhecermos o objetivo e a finalidade da execução penal brasileira.

## 4 | OBJETIVO E FINALIDADE

A execução penal tem como objetivo, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal dentro dos parâmetros legais e principiológicos, tendo como finalidade maior, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

Encontramos seu objetivo expressamente no artigo 1º da LEP:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Este artigo traz duas ordens de finalidades: a primeira delas “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal” trata-se da correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, com o intuito de reprimir e prevenir delitos. A segunda é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” instrumentalizada por meio de oferta de meios pelos quais os

apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da vida em sociedade após o cumprimento total de sua sentença.

Para Brenda Monteiro, a finalidade da execução não é só punir o sujeito e reprimi-lo, mas oferecer condições que lhe o auxiliem nesse período de restauração, além de protegê-lo e que dessa maneira, seja possível reintegrá-lo à sociedade da forma mais adequada e sensata.

No entendimento de Mirabete (2007, p. 28), “além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social”.

Portanto, o caminhar evolutivo da execução penal brasileira, o seu objetivo e fins nos levam ao entendimento de sua função humanizadora e a visível preocupação com a dignidade humana e a reintegração do encarcerado ao meio social.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial nesse trabalho foi demonstrar que o Direito de Execução Penal respeita e garante todos os direitos que não foram cerceados com a sentença criminal, ou seja, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de sua liberdade de ir e vir. O que comprova que o Direito de Execução Penal está em consonância com os mandamentos constitucionais, penais, processuais e, ainda, às diretrizes de documentos internacionais que o Brasil faz parte. Assim, na execução da pena todas as garantias constitucionais incidentes ao Direito Penal e Processual Penal devem ser observadas para assegurar o respeito aos direitos individuais e fundamentais do preso.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **The Panopticon Writings**. Tradução de Cartome. London: Miran Bozovic, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 05 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 - Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BREMAUNTZ, Emma Mendoza. *Humanitarismo penitenciário y criminología*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27316.pdf>.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**, tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2ª ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2ª edição. Tradução de Eduardo Brandão; revisão da tradução de Carlos Eduardo Silveira Matos. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção tópicos).

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Ed. RT, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987. In: BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÓPEZ-REY. **El tratamiento de los reclusos y los derechos humanos em Puerto Rico**. San Juan: Puerto Rico, 1970.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/consideracoes-sobre-os-principios-informadores-do-direito-da-execucao-penal>. Acesso em: 05 jan 2023.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MESQUITA, Júnior. **Manual de Execução Penal**, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de Direito Penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

MORRIS, Norval e ROTHMAN, David J.. The Oxford History of the Prison: **The Practice of Punishment in Western Society**. New York: Oxford University Press, 1998. In: GONÇALVES, Pedro Correia. **A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham**. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/download/9792/6687/0>. Acesso em: 10 jan 2023.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. 2009. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br). Acesso em: 10 de jan de 2023.

ROCHA, Jaqueline Silva da. **Análise do título IV da Lei de Execução Penal: mazelas que formam um sistema.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:20.08.2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45027/analise-do-titulo-iv-da-lei-de-execucao-penal-mazelas-que-formam-um-sistema>. Acesso em: 04 jan 2023.

ROIG. Rodrigo Duque Estrada: **Execução Penal** – Teoria Crítica. 2014.

SANTOS, Luiz Thiago Vieira. **O ideário de Beccaria e sua contribuição para o direito penal moderno.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43569/o-ideario-de-beccaria-e-sua-contrbuicao-para-o-direito-penal-moderno>. Acesso: 10 Jan 2023.

SILVA, Kélen; ARAMIZO Thiago. **A incidência do Princípio da Proporcionalidade na Execução Penal.** Revista Direito e Realidade, Monte Carmelo/MG, v. 4, n.1, p. 47-57, 2016. Disponível em: <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade>. Acesso: 10 jan. 2023.

YVES, George. **A History of Penal Methods: Criminals, Witches, Lunatics.** Montclair: Patterson Smith, 1970.

# O SISTEMA PENITENCIÁRIO FRENTE À EXCEPCIONALIDADE DA EXCEÇÃO: COMO O ESTADO ATENDEU AOS NEO-MISERÁVEIS SITIADOS AO SUL DO SUL DA QUARENTENA DURANTE A PANDEMIA SARS- COV2

Data de aceite: 02/05/2023

### Luan Fernando Dias

Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó, sob a linha de pesquisa Direito, Cidadania e Socioambientalismo (2022); pós-graduado em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2019)

### Maria Aparecida Lucca Caovilla

Doutora em Direito (2015) na área de concentração Direito, Política e Sociedade e Mestre em Direito (2000) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Unochapecó

**RESUMO:** Com o presente estudo objetivou-se verificar como o Estado está respondendo à pandemia que atravessamos, para com o sistema penitenciário. Dentre aqueles que se encontram “ao sul da quarentena”, foram levantados os números daqueles que podem ser considerados como os “sitiados ao sul do ‘sul da quarentena’”. Foram também analisadas as políticas públicas adotadas e cogitadas neste período de “*excepcionalidade da exceção*” no sistema

penitenciário. Percebe-se que o Estado e o sistema penitenciário não estavam e ainda não estão preparados para a pandemia e que as unidades prisionais tem enfrentado grandes dificuldades para atender ao dever de proteção da vida e integridade dos presos, e que não tem conseguido fazê-lo sem limitar direitos fundamentais, constitucionais e internacionais dos encarcerados, e sem realizar mudanças drásticas que atingem sua qualidade de vida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia. Políticas Públicas. Sistema Penitenciário.

## 1 | INTRODUÇÃO

Vivenciamos ao longo deste ano de 2020, sem qualquer margem de dúvida, um episódio impar na história contemporânea da humanidade. O período é sem precedentes e as mudanças experimentadas por todos nós abrangem todos os possíveis aspectos de nossas vidas, incluindo as formas de nos relacionarmos com os outros, estudarmos, trabalharmos, consumirmos, e nos comunicarmos.

Máscaras, álcool gel e tecnologias de telecomunicação tiveram um crescimento exponencial em suas demandas. O álcool em gel, que já fazia parte da lista de compras de instituições e algumas famílias brasileiras, especialmente depois do surto de H1N1, ocorrido em 2009, teve um aumento de 5.000% (cinco mil por cento) em suas vendas (MARINS ,2020). As máscaras, em função da grande procura, registraram um reajuste de até 4.000% (quatro mil por cento) no valor do produto (TÚLIO, 2020). As ações da startup americana *Zoom Video Communications*, proprietária do aplicativo *Zoom*, que divide o mercado com o *Skype*, da *Microsoft*, o *Hangouts* e o *Meet*, do *Google*, e que serve para conectar diversas pessoas em uma reunião a distância em tempo real, diante da pandemia do coronavírus (Covid-19), tiveram uma valorização de 60% (sessenta por cento) em seu valor, enquanto o mercado financeiro, de forma geral, chegou a desabar globalmente e passou por um período de insegurança (AGRELA, 2020).

São exemplos de produtos e serviços que não faziam, até então, parte dos hábitos de consumo da maioria das pessoas e que, de forma repentina, passaram a ser considerados itens essenciais e adquiridos por muitos.

O momento foi e ainda é de virtualização das relações, de distanciamento social e de cautela. Estamos diante de período que é definido por Boaventura de Sousa Santos (2020) como sendo de *excepcionalidade da exceção*.

Todavia, esse momento não tem sido sentido e ultrapassado por todos da mesma forma. Aqueles que segundo definição de Boaventura encontram-se *a sul da quarentena*, ou seja os integrantes dos grupos que “padecerem de uma especial vulnerabilidade que precede a quarentena e se agrava com ela” (SANTOS, 2020), certamente suportam-na de forma mais árdua e dolorosa e possuem dificuldade em cumprir com as recomendações dos órgãos de saúde. Isso quando não estão até mesmo totalmente impossibilitados de atendê-las.

A desigualdade se mostra de forma ferina e ferrenha fazendo com que a pandemia seja mais pesadas para determinadas categorias ou agrupamentos sociais, especialmente para (a) as mulheres; (b) os trabalhadores precários, informais, e autônomos; (c) os trabalhadores da rua; (d) os sem-teto, a populações de rua; (e) os moradores das periferias pobres das cidades, das favelas; (f) os segregados em campos de refugiados, imigrantes indocumentados e as populações deslocadas internamente; (g) os deficientes; (h) os idosos; (i) as pessoas com problemas de saúde mental, nomeadamente depressão; (j) e os presos; dentre outros (SANTOS, 2020).

A quarentena acaba sendo suportada por cada um destes agrupamentos de forma diversa daquela que é experimentada pelos demais, em função especialmente de segregações, exclusões e preconceitos aos quais já se encontravam submetidos.

O que é mais cruel, todavia, é que o possível perecimento, ainda que de parcela significativa de tais extratos sociais, é por alguns considerado como *tolerável*. São seres humanos cuja identidade e dignidade cederá lugar a um mero *número* que poderá integrar

a lista de mortos em função da pandemia, tanto nos noticiários como nas estatísticas oficiais; sem que isso importe para alguns (DIAS; CAOVIALLA, 2020).

É a lamentável aceitação do *darwinismo social*, que pode ser compreendido, segundo Aragon (2017), como sendo a teoria evolucionista social cunhada por Herbert Spencer, resultante da aplicação, quiçá indevida, das teorias biológicas de Charles Darwin às relações sociais e institucionais humanas, o que é feito no afã de se tentar justificar a supremacia de determinados extratos ou agrupamentos sociais sobre outros, num pseudo contexto natural de luta pela própria sobrevivência.

O darwinismo social é, portanto:

(...) teoria social, baseada em uma brutal luta pela existência (...) que pleiteava que a guerra dos fortes contra os fracos, dos ricos contra os pobres, deveria seguir seu curso natural, pois seria através dela que a sociedade humana alcançaria aquele patamar de pleno desenvolvimento, purgando-se dos pobres e dos fracos. (STRAUSS; WAIZBORT, 2008)

Trata-se, em outras palavras, do “uso da teoria evolucionista para apresentar a pobreza como algo inevitável” (GOULD, 1991, p. 111, apud STRAUSS; WAIZBORT, 2008), e para se justificar as consequências dela advindas como sendo naturais, ainda que perniciosas e devastadoras.

A teoria acaba emergindo, especialmente nos debates acadêmicos e análises dos especialistas, diante do atual cenário que atravessamos, e ante algumas “afirmações (...) que, sem rodeios, consideram a morte de idosos e pessoas frágeis perdas colaterais, menos importantes do que manter os negócios” (GELEDÉS - INSTITUTO DA MULHER NEGRA, 2020a) e a economia ativa.

Almeida (2020) lembra-nos e sustenta que:

Historicamente no capitalismo, nas pandemias geralmente surge esse discurso de descarte de corpos. Na gripe espanhola aconteceu a mesma coisa. Não é novo na história colocar uma escolha entre a fome e a peste. Agora isso está muito evidente. Não dá para sustentar a vida e o sistema ao mesmo tempo. (...) É preciso hierarquizar as vidas. É uma grande contradição. Mais do que uma imoralidade, é uma tentativa desesperada de preservar o funcionamento do sistema tal como ele é hoje.

Tais discursos, todavia, só encontram terreno fértil em função da clara evidência do enraizamento em nossa sociedade do que Luciano Oliveira (1996, apud DIAS, 2013) considera ser um sentimento de hostilidade em relação aos segmentos menos favorecidos, os quais, no cenário de exclusão social em que se encontram inseridos, seriam indivíduos “sem lugar no mundo”, os quais ele nomeia como “neo-miseráveis”.

Esses neo-miseráveis dos dias atuais são justamente:

Os pobres, doentes, desempregados, idosos, ou seja, aqueles indivíduos que não podem comprar, vender, emprestar, consumir, etc. -. Esta massa “imprestável” para o mercado, o capital, que só representa despesas, não lucros (este é o significado da âncora fiscal). E aqui é onde entra a tese da

necropolítica, que se vale do argumento de Foucault, para dizer que vem ocorrendo um extermínio deliberado de pessoas, seja em países pobres ou entre os pobres de alguns países, no sentido de uma limpeza não só étnica, mas também social. (ZAIDAN, 2020).

Ou seja, os nossos *neo-miseráveis*, são todos aqueles que se encontram hoje a *sul da quarentena*. São aqueles que não fazem ideia do que é o *Zoom*, que não conseguiram comprar álcool gel, e que usam máscaras improvisadas, confeccionadas por si mesmo com alguma sobra de tecido de alguma roupa não mais usada.

Partindo de tais premissas conceituais, ousaríamos ainda dizer que possuímos, dentre os *neo-miseráveis*, alguns que estão mais ao sul do *sul da quarentena*, posto que sitiados em locais de ainda mais difícil acesso e onde o risco de que um eventual contágio seja ainda mais catastrófico é maior que dos demais extratos *sulistas* identificados por Boaventura de Sousa Santos (2020).

## 21 OS AO SUL DO SUL DA QUARENTENA

Os *neo-miseráveis* sitiados ao sul do *sul da quarentena* são, segundo dados mais recentes do Infopen<sup>1</sup>, 748.009, dos quais 362.547 encontram-se no regime fechado, 133.408 no semiaberto, 25.137 no regime aberto (mas segregados), 222.558 presos provisoriamente, 250 em tratamento ambulatorial e 4.109 cumprindo medidas de segurança em hospitais de custódia (BRASIL, 2019a).

Em Santa Catarina, os números seriam de 23.470, dos quais 11.840 encontram-se no regime fechado, 5.891 no semiaberto, 2 no regime aberto (mas segregados), 5.686 presos provisoriamente, 51 em tratamento ambulatorial e, supostamente, ninguém cumprindo medidas de segurança em hospitais de custódia (BRASIL, 2019b).

Os números reais, todavia, certamente são maiores que os registrados pelo Infopen. Tomando-se por base os dados de Santa Catarina, percebe-se que não há registro de cumprindo medidas de segurança, quando é público e notório que o estado possui Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que já teve (não sendo necessariamente sua maior ocupação) 120 internos (SANTA CATARINA, 2020).

Segundo dados constantes do World Prison Brief (WPB), base mantida pelo Institute for Crimine & Justice Policy Research (ICPR), da Birkbeck University of London, o Brasil é o terceiro país no mundo dentre os que possuem maior número de pessoas presas<sup>2</sup> (ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH, [2019 ou 2020a]).

E diferentemente das representações de presídios dos filmes norte-americanos [que já foram em partes desconstruídas por produções nacionais como *Carandiru* (2003)], as

1 “Criado em 2004, o Infopen compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país com a finalidade de diagnóstico da realidade prisional brasileira.” (BRASIL, 2020a)

2 O instituto utilizou, para o ranqueamento, os dados do Infopen do primeiro semestre de 2019. (ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH, [2019 ou 2020b])

celas de nossas unidades prisionais são lotadas, não há cama para todos os presos, e em algumas unidades sequer há espaço para que todos possam se deitar ao mesmo tempo ao chão (HUMAN RIGHTS WATCH, [entre 1998 e 2018]).

As condições são insalubres, e potencializam o risco de contaminação e a proliferação de doenças. Segundo Mello (2020) “estima-se que o risco de contágio de tuberculose nos presídios, por exemplo, seja 30 vezes maior do que o risco verificado na população comum.”

Mello (2020) traça o perfil deste segmento de *neo-miseráveis* e das condições a que estão expostos:

As pessoas encarceradas já têm as vidas marcadas pela ausência de políticas de saúde, educação, habitação e emprego, para dizer o mínimo. Como é o ambiente prisional? É insalubre, lotado, sem ventilação, tem problemas advindos da inconstância no fornecimento de água. Em algumas unidades as celas são projetadas para 12 pessoas, mas são ocupadas por 50 ou 60. O atendimento médico é precário e os serviços técnicos de enfermagem, serviço social e psicologia sofrem em virtude de uma organização que não conta com plano de cargos e salários nem formação continuada dos servidores, também sujeitos à precariedade das unidades prisionais. Como podemos ver, as condições são propícias ao desenvolvimento e contágio de doenças dos mais diversos tipos. Ainda que houvesse servidores suficientes para atender as pessoas doentes nas unidades prisionais, de nada adiantaria, porque elas, mesmo depois de atendidas – vejam bem, não quero dizer pessoas tratadas ou cuidadas, mas apenas atendidas –, continuam no mesmo lugar onde desenvolveram as doenças.

A tuberculose, a sarna, o HIV e a sífilis são doenças comuns e não tratadas em muitas unidades prisionais no Brasil. Já sabemos quais são os fatores que contribuem para desenvolvimento e transmissão dessas doenças.

Ou seja, é notável a ineficácia dos programas de saúde nas prisões até mesmo diante de doenças que já são há muito conhecidas e com tratamentos e protocolos clínicos padronizados. E se “o cárcere já é uma máquina mortífera sem a Covid-19, (...) com este vírus a situação vai piorar.” (SILVIA, 2020).

Em que pese o direito à saúde seja garantido à todos, inclusive àqueles que se encontram privados de sua liberdade, e se trate de um direito fundamental com previsão expressa na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) e em nossa Carta Magna (BRASIL, 1988); e cuja concretização seja também preconizada nos planos de políticas públicas tanto do Ministério da Justiça, quanto do Ministério da Saúde (BRASIL, 2008. BRASIL, 2014); de um modo geral ainda há uma falta de zelo e atenção com a saúde dos encarcerados em nosso país, e isso em situações de normalidade; pois é uníssono que o cárcere é responsável tanto pela produção quanto pelo agravamento de problemas de saúde física e mental dos presos, que sem o devido acompanhamento, tem o seu direito à saúde incontestavelmente violado (CONSTANTINO; ASSIS; PINTO, 2016).

Não se descarta que estamos tratando de um agrupamento de indivíduos que

infringiram as leis; de um conjunto de pessoas dentre as quais se encontram inclusive os responsáveis por crimes considerados bárbaros, como estupro e homicídios; e muitos criminosos são, inclusive, reincidentes. Todavia, ainda que estivéssemos nos referindo única e exclusivamente à homicidas e estupradores contumazes, não podemos esquecer que a pena que deve ser suportada por cada um deles é tão somente aquela que lhes foi imposta pelo juiz natural. A submissão de qualquer ser humano, por mais “delinquente” ou “degenerado” que eventualmente seja, a qualquer espécie de tratamento degradante, torna os responsáveis por essa submissão também violadores das leis e de preceitos fundamentais.

A violação da lei não permite que sejam sonegados os direitos do preso, que decorrem de sua dignidade humana, pois como bem nos lembra Robert Alexy, a dignidade da pessoa humana é:

Atribuída às pessoas, independentemente das situações e condições em que se encontram, ou seja, a dignidade humana também se destina às pessoas que cometeram os crimes mais cruéis, a exemplo de assassinos e terroristas, pois mesmo aqueles que violam os direitos dos seus semelhantes, são reconhecidos como pessoas que devem ter seus direitos preservados (ALEXY, 2015, p. 217).

E complementa Sarlet (2013, p. 37) ao asseverar que a dignidade da pessoa é:

A qualidade inerente e distinta de cada ser humano [que] o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano.

E nesse norte, Nunes Júnior (2004, p. 78) afirma que o direito à saúde é o pressuposto básico para que haja dignidade humana e acrescenta que:

O princípio da universalidade aponta que todo ser humano, só por sê-lo, tem direito de acesso ao sistema público de saúde. Tal acesso, contudo, há de se dar em compasso com o princípio republicano, que proíbe tratamento diferenciado aos cidadãos. Só o acesso igualitário assegura a correta distribuição dos recursos públicos na área da saúde, promovendo, portanto, a equidade no sistema” (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 79).

A observância de tais preceitos e a concretização do direito à saúde dos presos (dentre tantos outros), todavia, já era um desafio colossal para o Brasil antes da pandemia, e prova disso, à exemplo de inúmeros outros episódios veiculados pela imprensa nacional ou denunciados pelas entidades de proteção dos direitos dos presos, é o caso dos detentos de Roraima, que estavam sendo “consumidos vivos” por bactérias e cujo atendimento médico só foi prestado quando alguns já apresentavam paralisia em membros e outros pele em estágio de decomposição (LEITE, 2020).

Portanto, não é à toa que órgãos de defesa dos direitos humanos ficaram e continuam preocupados com as possíveis consequências, desse momento de *excepcionalidade da exceção*, aos *neo-miseráveis* sitiados ao sul do *sul da quarentena*.

### 3 I O SISTEMA PENITENCIÁRIO DIANTE DA PANDEMIA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já no dia 17 de março editou a Recomendação nº 67, através da qual expediu orientações aos Tribunais e magistrados quanto a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Dentre as medidas recomendadas extrai-se: a) aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto à menores infratores; a revisão das decisões que determinaram a internação provisória de adolescentes; e a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade; b) a reavaliação das prisões provisórias; c) a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo; d) a realização de novas prisões preventiva apenas em casos de máxima excepcionalidade; e) concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto; f) concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto; g) colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19; h) suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional; i) colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia (BRASIL, 2020b).

A recomendação, que teve como foco a redução do fluxo e ingresso no sistema prisional e socioeducativo, medidas de prevenção na realização de audiências indispensáveis, a suspensão, em caráter excepcional, das audiências de custódias, entre outros aspectos, ganhou projeção internacional, tendo sido divulgada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) como exemplo de estratégia de prevenção à propagação do novo coronavírus no sistema de justiça penal e socioeducativo. Foi apontada como um padrão de boa prática a ser seguido (ONU, 2020).

A divulgação da Recomendação do CNJ foi realizada pela ONU no afã de que servisse “de referência e inspiração para outros países que buscam adotar medidas nesse sentido.” (ONU, 2020).

Ocorre, todavia, que estamos diante de mera recomendação, que, portanto, não possui efeito cogente e que na prática surtiu resultado muito aquém daquele que parece emanar da vontade do seu legislador.

Em que pese o Departamento Penitenciário Nacional estime que cerca de 30 mil presos tenham sido postos em liberdade em função da recomendação (DEPEN, 2020), na prática se verifica que, em regra, estão sendo postos em liberdade apenas as pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco e que estejam respondendo por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa (BORGES, 2020)

São consideradas condições de risco:

- Idade igual ou superior a 60 anos;
- Cardiopatias graves ou descompensados (insuficiência cardíaca, cardiopatia isquêmica);
- Pneumopatias graves ou descompensados (asma moderada/grave, DPOC)
- Imunodepressão;
- Doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5);
- Diabetes mellitus, conforme juízo clínico;
- Doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica;
- Gestação de alto risco (BRASIL, 2020c).

Excetuados, portanto, os grupos de risco, em regra as prisões preventivas estão sendo mantidas e continuam sendo decretadas (SANTA CATARINA, 2020); não estão sendo identificadas concessão de saídas antecipadas dos regimes fechado e semiaberto, salvo extrema proximidade em relação à data já prevista; e, em regra, não há concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto; contrariando-se, portanto, disposições da Recomendação exarada pelo CNJ.

E o coronavírus também adentrou no cárcere. Segundo dados do Depen, até meados de setembro deste ano de 2020, já haviam sido registrados 110 óbitos em função do vírus, 26.038 casos confirmados e outros 4.749 casos ainda suspeitos. Dos casos confirmados, 24.846 presos já se recuperaram. Os números de contaminados, todavia, podem ser muito maiores, posto que, em todo o sistema penitenciário, foram realizados apenas 85.329 testes (BRASIL, 2020e; BRASIL, 2020d;). O primeiro contágio dentre presos se deu no Complexo da Papuda, em Brasília, (PENITENCIÁRIA, 2020); e a primeira morte foi registrada no Rio de Janeiro (BRASIL, 2020) e a segunda em São Paulo (SÃO PAULO, 2020).

O atual cenário se deve, em boa parte, ao fato de que além de não acolher-se integralmente as recomendações do CNJ, medidas outras de restrição de direitos dos presos foram adotadas em todo o país, dentre as quais as proibições de visitas, suspensão de correspondências física, suspensão do trabalho interno e externo, suspensão do recebimento de alimentos e itens (as chamadas “sacolas” ou “compras”), trazidos pelas famílias, suspensão de cursos, dentre outras (BRASIL, 2020f).

As limitações realizadas, notadamente, violam as Regras de Mandela (Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros) (ONU, 2015) e a previsões da Lei de Execução Penal (LEP) (BRASIL, 1984), todavia, o são sob a fundamentação da proteção da saúde, segurança e integridade dos presos custodiados (BRASIL, 2020g).

O que se percebe e já é alertado por atores nacionais e internacionais é que o remédio legal que vêm sendo ministrado contra o coronavírus em alguns estados do Brasil, à exemplo do que ocorre em alguns outros países, pode inclusive resultar em mais prejuízo que benefícios para os direitos humanos dos presos (CHARLEAUX, 2020).

Cientes das implicações das limitações aos direitos dos presos, e das repercussões que surgem, e que só não são maiores em função do efetivo risco que correm os detentos em caso de uma eventual contaminação em massa, medidas alternativas por parte de alguns estados federativos foram e estão sendo adotadas, com o afã de se reestabelecer a observância dos preceitos mínimos das Regras de Mandela, especialmente no que tange ao contato dos presos com seus familiares.

Em que pese o Brasil não tenha sido tão inovador quanto a Itália, que chegou a realizar a aquisição de mais de 1.600 telefones celulares para disponibilizar aos seus presos e ainda iria adquirir outros 1.600; ou quanto a Espanha, que adquiriu 230 smartphones e os distribuiu entre as prisões para que os presos possam fazer chamadas de vídeo através do WhatsApp (BRASIL, 2020h); mudanças nas políticas prisionais estão sendo implementadas nos estados da federação, para que o contato, ainda que telefônico, possa ser realizado entre os detentos e suas famílias, que anseiam por notícias dos seus.

As chamadas *medidas concessivas* realizadas pelos Departamentos Prisionais dos estados compreendem basicamente desde: a) o restabelecimento de correspondência postal em alguns estados; b) o repasse de informações às famílias por meio de interpostas pessoas (agentes, assistentes sociais, etc.); c) a possibilidade de envio de correspondências eletrônicas, a ser encaminhadas às unidades prisionais, que as imprimem e entregam aos detentos; d) contato telefônico com os presos, mediante ligação para linhas que foram disponibilizadas pelas unidade prisionais; até e) em unidades mais modernas e afinadas aos direitos humanos, a realização de vídeo chamadas e vídeo conferências (BRASIL, 2020i).

Todavia, não há como considerar-se que tais medidas sejam efetivas concessões, mas no máximo readequações necessárias e implementadas, ante as restrições involutivas já realizadas ante a pandemia (DIAS; CAOVIILLA, 2020), para fins de cumprimento do disposto no item 58 das Regras de Mandela:

Regra 58

1. Os reclusos devem ser autorizados, sob a necessária supervisão, a comunicar periodicamente com as suas famílias e com amigos:

(a) Por correspondência e utilizando, se possível, meios de telecomunicação, digitais, eletrônicos e outros; e

(b) Através de visitas.

2. Onde forem permitidas as visitas conjugais, este direito deve ser garantido sem discriminação e as mulheres reclusas devem exercer este direito nas mesmas condições que os homens. Devem ser instaurados procedimentos e disponibilizados locais, de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando-se a segurança e a dignidade. (ONU, 2015)

Todavia, enquanto *medidas concessivas* são realizadas de um lado, medidas cruéis e deploráveis são cogitadas de outro, demonstrando que a involução pode ter cogitações

ainda mais involutivas em seu amago.

#### A involução da involução veio à tona:

No dia 17 de abril de 2020, [quando] o Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional, enviou ofício n. 806/2020/GAB-DEPEN/DEPEN/MJ ao Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária expondo que, em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus e a ocorrência do estado de calamidade pública, devem ser iniciadas ações para provimento de vagas temporárias e emergenciais em unidades prisionais. Ainda, informa que existe a possibilidade de serem criadas vagas por meio de instalações provisórias com estruturas metálicas, uso de contêineres (containers) adaptados e outras estruturas análogas. Por fim, apresenta proposta de minuta de resolução para a flexibilização das regras de arquitetura penal. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO *ET AL*, 2020).

Em suma, enquanto em Portugal as forças armadas construíram 05 hospitais de campo, um em cada prisão, criando uma oferta total de 150 leitos (BRASIL, 2020h), no Brasil cogita-se o isolamento de presos que venham a ser contaminados em “*celas micro-ondas*” (CONSELHO, 2009).

A alcunha não é recente. Advém de um período em que uso de containers para aprisionamento de presos em condições extremamente degradantes e deploráveis crescia no Brasil, e que perdurou de forma um tanto quanto indiscriminada até meados de 2010 quando a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 142513/ES, reconheceu o emprego de contêiner como cela como inadequado e ilegítimo, como um caso de manifesta ilegalidade (BRASIL, 2010).

O que se percebe, portanto, é que, enquanto a Portaria Interministerial nº 7, exarada em conjunto pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública e o Ministério da Saúde, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, no âmbito do sistema prisional, recomendou que os espaços de isolamento dos contaminados contivessem porta fechada e ventilação adequada; suprimentos para a realização de etiqueta respiratória; e propicie meios para higienização constante das mãos, inclusive com água e sabão (BRASIL, 2020j); autoridades do Sistema Penitenciário nacional cogitaram segregar os presos contaminados em ambientes que a prática já demonstrou não dispor de isolamento térmico (aliado ao fato de que os contêineres em regra ficariam expostos ao tempo, possivelmente sem qualquer material que isole o calor ou o frio), cujas entradas e saídas de ar são muito pequenas, que possuem espaço insuficiente para o número de pessoas, e não dispõem de chuveiros e estruturas sanitárias adequadas (JUSTIÇA, 2019).

As temperaturas registradas em estados do norte do país, quando do uso de tais estrutura, alcançaram a marca 45° C, de onde adveio a alcunha “*celas micro-ondas*” (CONSELHO, 2009).

Desta feita, a utilização de tais estruturas sugeridas, ao que tudo indica, submeteria os detentos, que já estariam, obviamente, com a saúde comprometida, ao desconforto térmico das altas temperaturas (“*micro-ondas*”) nos estados do norte, e à baixas (“*freezers*”) nos

estados do sul (onde as temperaturas consabidamente caem muito ao longo do inverno).

Tão logo a proposição foi apresentada, Defensorias Públicas e órgãos de proteção e observação dos direitos humanos de diversos estados (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO *ET AL*, 2020), assim como a OAB, manifestaram seu inconformismo com a proposição, “ainda que temporária e emergencialmente alvitrada para o enfrentamento da pandemia em curso” (OAB, 2020), pois a eventual implementação afrontaria regras constitucionais e internacionais de Direitos Humanos.

Até o momento a apreciação da utilização das aludidas estruturas ainda não foi apreciada. E o Sistema Penitenciário Nacional e as Secretarias de Segurança Pública dos Estados estudam a retomada das visitas presenciais aos detentos.

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Neste momento de exceção e sem precedente, em decorrência de nossas raízes históricas, ideológicas, políticas e culturais, involuções nas políticas de segurança pública e prisional, como as mencionadas neste trabalho, acabam por emergir, distanciando-nos, e muito, de um padrão ou modelo de boa conduta a ser seguido, como quis nos fazer ser a ONU, quando da apresentação da Recomendação do CNJ ao mundo.

A Recomendação, propalada internacionalmente como um modelo a ser replicado, apesar de possuir orientações que, se efetiva e amplamente implementadas, diminuiriam o número de nossa população carcerária (especialmente com relação aos presos provisórios) e, portanto, o número de pessoas em risco acentuado, acabou não alcançando a amplitude e abrangência que aparentava ter lhe dado o legislador da norma.

E, não suficiente, de encontro à Recomendação e também a todas as orientações exaradas pelos órgãos de saúde, adveio a proposição da utilização de containers para a segregação dos presos infectados, o que, se admitido, poderá nos levar a sermos apontados pela ONU como um modelo ou padrão de conduta a não ser seguido por nenhum outro país.

Ainda que o momento seja, inegavelmente, de *excepcionalidade da exceção*, não podemos ser tão *sociais-darwinistas* a ponto de admitirmos, a despeito da dignidade da pessoa humana e dos preceitos de direitos humanos, e sem qualquer remorso, que os *neomiseráveis* que sitiamos ao sul do *sul da quarentena* definhem e jazam, hipo ou hipertérmicos, em *freezers* ou *micro-ondas* metálicos espalhados pelas unidades prisionais de nosso País.

O desencarceramento massivo também não é cogitado como solução. Alias, não temos uma resposta pronta a ser apresentada. O problema, sem sombra de dúvidas, é complexo e multifacetário.

Em curto prazo, todavia, o tratamento igualitário e humanizado é uma alternativa, muito mais adequada que o encarceramento em containers. E a *fórmula* já foi apresentada

pelo CNJ.

Diante da contração da doença pelos encarcerados, basta que se siga os termos da exemplar Recomendação, isolando-os (os que não tiverem cometido crimes com violência ou grave ameaça) em suas residências, em prisão domiciliar e com o uso de tornozeleiras eletrônicas, as quais os estados, em regra, já possuem.

A liberação de presos do regime semiaberto próximos da progressão para o aberto, e a revogação de prisões provisórias (de crimes que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça) quiçá abririam suficiente número de vagas, que permitiriam o remanejamento de presos perigosos que venham a ser contaminados e que não possam ser colocados em prisão domiciliar (em razão de sua periculosidade) para outras celas ou alas.

Em longo prazo, por outro lado, o problema da criminalidade em si precisa ser repensado, através de uma reestruturação das políticas públicas educacionais, assistenciais, previdenciárias, habitacionais, de saúde e de segurança, para que o crime seja prevenido e reduzido, sendo esta a melhor forma de diminuir a população carcerária.

Outrossim, não podemos ignorar a constante necessidade de se refletir e exigir o planejamento e a implementação de políticas públicas penitenciárias adequadas à situação impar que atravessamos, que devem estar devidamente afinadas com os preceitos e ditames dos direitos humanos e fundamentais dos destinatários de tais políticas.

Infelizmente o que já se percebe, de forma muito clara, é que a todas as deficiências e mazelas que nosso sistema penitenciário já possuía, foram somadas diversas outras, que emergiram das dificuldades decorrente do dever do Estado de preservar a saúde e a integridade dos presos, sem violar (ou, pelo menos, sem afrontar tanto) os direitos básicos e fundamentais que os encarcerados continuam titularizando, independente da sua condição de encarcerados.

Ainda assim, não podemos permitir que, mesmo em se tratando de um momento de exceção, essa parcela da população, seja ignorada pelo estado e pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas. Startup americana se valoriza 60% em 2020 enquanto os mercados caem: A Zoom Video Communications aproveita o crescimento do trabalho em casa para conquistar novos clientes para seu aplicativo de videoconferência. **Exame**, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/startup-cresce-na-criese-do-coronavirus-enquanto-mercados-caem/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. In: Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis 2015.

ALMEIDA, Silvio. A ideologia e as visões políticas que estão por trás dos tipos de enfrentamento à pandemia e a crise econômica global. **Tutaméia**, [S.l.], 26 mar. 2020. [Entrevista cedida a] Eleonora de Lucena e Rodolfo Lucena no Canal Tutaméia TV. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cITJSGFiYgY>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ARAGÓN, Alfonso M. Rodríguez de Austria Giménez de. World War Z: darwinismo social e renascimento da cosmovisão nacional-socialista: darwinismo social e renascimento da cosmovisão nacional-socialista. **Matrizes**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 151-167, Não é um mês valido! 2017. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/133378/137304>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BORGES, Caroline. **Saiba qual é o perfil dos presos que estão sendo soltos em Santa Catarina:** o ND+ preparou um glossário para explicar as medidas que estão sendo tomadas para evitar a propagação do coronavírus nas cadeias. 2020. Disponível em: <https://ndmais.com.br/noticias/saiba-qual-e-o-perfil-dos-presos-que-estao-sendo-soltos-em-santa-catarina/>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL registra primeira morte de presidiário por coronavírus: País é o quinto do mundo com mais casos confirmados em prisões, segundo Depen. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/brasil-registra-primeira-morte-de-presidiario-por-coronavirus.shtml>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 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 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no brasil:** Período de julho a dezembro de 2019. 2019a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0tNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no brasil:** SC - Período de julho a dezembro de 2019. 2019b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0tNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Depen lança painéis dinâmicos para consulta do Infopen 2019:** Os painéis online permitirão que qualquer pessoa tenha acesso facilitado com mais tecnologia. 2020a. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019-1>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Medidas contra o Covid-19:** Detecções/suspeitas do coronavírus nos sistemas penitenciários brasileiros. 2020d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTUyMmNkOTYtYjAyMC00ZjBlLTkxMDItNTQwNmGU4MDFiZjkwIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Detecções/suspeitas do coronavírus nos sistemas penitenciários mundiais.** 2020e. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWM2ZTU1ZDUtMTg3ZS00ZmZmLWJhNDgtYTM4YzBINDUxZWJlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Medidas Adotadas para a Prevenção do Coronavírus (COVID-19):** Unidades Federativas - Sistemas Prisionais Brasileiros. 2020f. Disponível em: [eyJrJloiZWQ5ZjlxY2MtYjIzMC00ZWJlLWE2ZDI0NTY2YjQxZmYxMDM0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9](http://depen.gov.br/DEPEN/Covid19PainelMundial22ABR20.pdf). Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Informações sobre o COVID-19 nos sistemas prisionais do mundo:** 22/04/2020 - Resposta Covid19. 2020h. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/Covid19PainelMundial22ABR20.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Medidas concessivas adotadas pelas unidades federativas a familiares/visitantes e presos - 17/04/2020:** medidas concessivas adotadas pelas unidades federativas a familiares/visitantes e presos durante o período de suspensão de visitas, no sistema prisional, para prevenção do coronavírus (covid-19). 2020i. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/copy\\_of\\_TABELAUNIDADES FEDERATIVASME DIDASCONCESSIVASAFAMILIARESVISITANTESEPREOS17.04.2022H1.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/copy_of_TABELAUNIDADES FEDERATIVASME DIDASCONCESSIVASAFAMILIARESVISITANTESEPREOS17.04.2022H1.pdf). Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Lei Ordinária nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Lei Nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política nacional de atenção integral à saúde do homem:** Princípios e diretrizes. 2008. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_nacional\\_atencao\\_saude\\_homem.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_saude_homem.pdf). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 01, de 2 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Portaria Interministerial Nº 1.** Brasília, Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau delegis/gm/2014/pri0001\\_02\\_01\\_2014.html](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau delegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. **Portaria Interministerial Nº 7, de 18 de Março de 2020.** Brasília, DF, 18 mar. 2020j. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **Recomendação Nº 62.** 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Secretaria de Atenção Primária. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Recomendações para prevenção e cuidado da COVID-19:** [s.l.]: [s.n.], 2020g. 19 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/ManualCOVID19DEPEN1edicao.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Secretária de Vigilância em Saúde. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico**: 8. ed. Eliminar: Eliminar, 2020c. 41 p. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/09/be-covid-08-final.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142.513. Impetrante: Durval Albert Barbosa Lima e outro. Paciente: Antônio Roldi Filho (Preso). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 23 de março de 2010. **Dje**. Brasília, 10 maio 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901410634&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CARANDIRU. Direção de Héctor Babenco. Produção de Héctor Babenco. Roteiro: Héctor Babenco; Fernando Bonassi; Víctor Navas. [s.l.]: Hb Filmes e Globo Filmes, 2003. (146 min.), color.

CHARLEAUX, João Paulo. **Quando a resposta à pandemia fere direitos humanos**: Paulo Abrão, secretário executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fala ao 'Nexo' sobre as violações cometidas por governos a pretexto de combater o coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/04/21/Quando-a-resposta-%C3%A0-pandemia-fere-direitos-humanos>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CONSELHO quer intervenção no ES por causa de presos em contêineres: Presídio abriga 306 presos em espaço para apenas 144 pessoas. Temperatura no interior das celas pode chegar a 45 graus no verão. 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1129036-5598,00-CONSELHO+QUER+INTERVENCAO+NO+ES+POR+CAUSA+DE+PRESOS+EM+CONTEINERES.html>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2016, v. 21, n. 7, pp. 2089-2100. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.01222016>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.01222016>. Acesso em: 25 abr. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO *ET AL* (Brasil). Manifestação ao Ofício n. 806/2020/GAB-DEPEN/DEPEN/MJ, enviado pelo Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional, ao Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 17 de abril de 2020. Ofício circular 017/MEC. **Ofício de manifestação endereçado ao Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, São Paulo/SP, 26 abr. 2020.

DEPEN estima que 30 mil presos tenham sido liberados durante pandemia: Segundo o Departamento Penitenciário Nacional medida visa evitar a superlotação penitenciária e diminuir os riscos de contágios entre detentos e funcionários das unidades. **A Gazeta**. [S.l.], 06 abr. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/brasil/depem-estima-que-30-mil-presos-tenham-sido-liberados-durante-pandemia-0420>. Acesso em: 26 abr. 2020.

DIAS, Iris de Mel Trindade. Estigma e ressocialização - uma análise sobre direitos humanos e a reintegração de adolescentes em conflito com a lei. **Revista Videre**, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 87-109, mar. 2013. ISSN 2177-7837. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1050>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

DIAS, Luan Fernando; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Involuções e Concessões nas Políticas de Segurança Pública Prisional Durante a Pandemia: Como o Estado Age Diante de Excepcionalidades. *In*: SIEPE - Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão da Unoesc, XXVI, 2020, Joaçaba/SC, **Anais**. No prelo.

GELEDÉS - INSTITUTO DA MULHER NEGRA (Brasil). **Donos do poder revivem darwinismo social para justificar mortes na pandemia.** 2020a. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/donos-do-poder-revivem-darwinismo-social-para-justificar-mortes-na-pandemia/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH (Nova Iorque). Better Business Bureau. **O Brasil atrás das grades:** Condições Físicas. [entre 1998 e 2018]. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/condicoes.htm>. Acesso em: 24 abr. 2020.

ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH (Londres). Birkbeck University Of London. **World Prison Brief:** Highest to Lowest - Prison Population Total. [2019 ou 2020a]. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 25 abr. 2020.

ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH (Londres). Birkbeck University Of London. **World Prison Brief:** Brazil. [2019 ou 2020b]. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 25 abr. 2020.

JUSTIÇA proíbe uso de contêineres-cela para abrigar presos em Novo Hamburgo: Susepe diz que ainda não foi notificada da decisão. Justiça aceitou pedido da Defensoria Pública, que alega que o uso das estruturas é 'grave violação de direitos humanos'. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/09/20/justica-proibe-uso-de-containeres-cela-para-abrigar-presos-em-novo-hamburgo.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2020.

LEITE, Hellen. Detentos são 'comidos vivos' por bactéria desconhecida em Roraima: ao menos 24 presos estão infectados com a bactéria, alguns com as pernas paralisadas e a pele já em decomposição. **Correio Braziliense.** Roraima, 20 jan. 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/01/20/interna-brasil,821857/detentos-sao-comidos-vivos-por-bacteria-desconhecida-em-roraima.shtml>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MARINS, Lucas Gabriel. Patê, sabonete e pornô: o que se vende no Brasil durante a pandemia. **Uol Economia,** Curitiba, 04 abr. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/04/produtos-mais-vendidos-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MELLO, Kátia Sento Sé. **O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19.** 2020. COORDCOM/UFRJ. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/01/o-sistema-prisional-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 24 abr. 2020.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudo de Bauru/SP,** São Paulo, n. 41, p. 77-79, set./dez. 2004.

OAB - ORDEM DOS ADVOCADOS DO BRASIL (Brasil). Presidente Nacional da OAB. **Ofício n. 157/2020-RD.** Emergência em Saúde Pública de importância Nacional. COVID-19. Provisão de vagas temporárias e emergenciais em unidades prisionais que apresentem situação risco ou outras complicações. Uso de contêineres. Brasília/DF, ano 2020, 26 abr. 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/1cdcc136-5ed6-4154-8a31-90a491525267.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tratado Internacional de Direitos Humanos, de 22 de maio de 2015. Uso e aplicação das normas e padrões das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. **Regras Mínimas das Nações Unidas Para O Tratamento de Presos:** Regras de Mandela. Viena: Unodc - Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes, 7 out. 2015. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf). Acesso em: 18 abr. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU divulga recomendação do CNJ sobre prevenção do coronavírus em prisões**. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-divulga-recomendacao-do-cnj-sobre-prevencao-do-coronavirus-em-prisoies/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

PENITENCIÁRIA da Papuda registra 67 casos de coronavírus: Segundo Sesipe, 40 detentos e 27 policiais penais testaram positivo para vírus. Suspensão das visitas, que iria até esta sexta (17), foi prorrogada para 24 de abril. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/04/17/penitenciaria-da-papuda-no-df-registra-67-casos-de-coronavirus.ghhtml>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SANTA CATARINA. Polícia Civil. Estado de Santa Catarina. **Polícias Civil e Militar prendem 30 pessoas por tráfico de drogas na região de Joaçaba**. 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/seguranca-publica/policias-civil-e-militar-prendem-30-pessoas-por-trafico-de-drogas-na-regiao-de-joacaba>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SANTA CATARINA. SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVA. **Hospital de custódia inaugura sala de artesanato e academia ao ar livre**. Disponível em: [http://www.sap.sc.gov.br/?option=com\\_content&view=article&id=881:artigo-881&catid=95&Itemid=524](http://www.sap.sc.gov.br/?option=com_content&view=article&id=881:artigo-881&catid=95&Itemid=524). Acesso em: 24 abr. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra, Edições Almedina, 2020.

SÃO PAULO registra primeira morte por coronavírus no sistema prisional: Homem de 67 anos estava detido na Penitenciária 2 de Sorocaba, no interior paulista. 2020. Disponível em: <https://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/cidades/sao-paulo-registra-primeira-morte-por-coronavirus-no-sistema-prisional>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang . **Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva Do Possível**. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVIA, Irmã Petra. **Covid-19 chegou nas prisões e resultado será trágico para toda sociedade**. 2020. Pastoral Carcerária. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/artigo-covid-19-chegou-nas-prisoies-e-resultado-sera-tragico-para-toda-sociedade>. Acesso em: 25 abr. 2020.

STRAUSS, André; WAIZBORT, Ricardo. Sob o signo de Darwin? Sobre o mau uso de uma quimera. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo , v. 23, n. 68, p. 125-134, Out. 2008 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092008000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000300009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 23 abr. 2020.

TÚLIO, Sílvio. Hospitais registram aumento de até 4.000% no preço de máscaras por causa do coronavírus: Alta demanda pelo produto - já escasso em vários pontos de venda - fez preço disparar. Peça que saía a R\$ 0,09 está sendo adquirida por R\$ 4,30, em Goiânia. **G1**, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/04/08/hospitais-registram-aumento-de-ate-4000percent-no-preco-de-mascaras-por-cao-do-coronavirus.ghhtml>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ZAIDAN, Michel. **O Capitalismo como pandemia mundial**. 2020. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/o-capitalismo-como-pandemia-mundial>. Acesso em: 24 abr. 2020.

# ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL: A GUERRA ÀS DROGAS SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Rafaella Rugna Tonti**  
(IC)

**Alexis Couto de Brito**  
(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo almeja estudar o encarceramento em massa no Brasil sob a ótica da criminologia crítica, ciência esta que busca, basicamente, entender o porquê de um grupo específico da sociedade ser considerado criminoso e alvo do poder punitivo estatal. A fim de identificar qual a ideologia do Sistema de Justiça Criminal brasileiro e qual a função da seletividade penal nos processos de criminalização, serão utilizados os métodos indutivos (e, portanto, qualitativo), estatístico, monográfico e, ainda, materialista histórico-dialético. Em suma, o que se pretende demonstrar neste artigo é o fato de que o encarceramento em massa é uma questão problemática no sistema de justiça criminal, ao passo que as instituições, que deveriam ser imparciais, atuam com base num racismo muito bem planejado e articulado ao longo dos anos. Assim, em um primeiro momento, a pesquisa objetiva recorrer à história para identificar a escolha

da ideologia que constrói as estruturas sociais e, também, é utilizada pelo Sistema de Justiça Criminal brasileiro para punir; em um segundo momento, pretende-se investigar a relação da manutenção de uma política racista, a qual atua em prol das desigualdades baseadas na hierarquia racial, com o (falso) discurso de Guerra às Drogas e com a seletividade penal, recursos sistêmicos estes que mantêm essa estrutura social desigual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Encarceramento em massa. Guerra às Drogas. Seletividade Penal.

**ABSTRACT:** The present article aims at studying mass incarceration in Brazil through the critical criminology lens, a Science that looks to, in essence, understand the reason why a specific group within a Society to be considered as criminals and become a target for punitive state power. In order to identify which ideology of the Brazilian Criminal Justice System and what function of penal selectivity in the criminalization processes, the inductive method (and, as such, qualitative), statistical, monographic, and materialistic historical-dialectic. In summary, this article's goal is to demonstrate the fact that mass incarceration is a problematic

issue of the justice criminal system since institutions that should be impartial act on a racist basis that has been planned and well-articulated throughout the years. Thus, at first, a historical research identifies the ideological choice that builds social structures and, also, is utilized by the Brazilian Justice Criminal System to punish; secondly, it intends to investigate the relationship between the maintenance of a racist policy that acts in favor of the inequality based on racial hierarchy, with the (fake) stance on the War on Drugs and penal selectiveness, both systemic resources that maintain the unequal social structure.

**KEYWORDS:** mass incarceration; war on drugs; criminal selectivity.

## 1 | INTRODUÇÃO

Em um país tido internacionalmente como miscigenado e amistoso, parece contraditório se pensar em racismo, machismo e demais formas de opressão. Contudo, essa é a realidade da sociedade brasileira, a qual apresenta dados estatísticos nacionais que provam o oposto desse discurso tão difundido; dados estes que também apontam para um sistema prisional que pune e penaliza prioritariamente a população negra. Diante este cenário, abordar-se-á no presente artigo a ideologia do sistema de justiça criminal brasileiro, o qual apresenta uma profunda conexão com o racismo e que serve de aparato de uma reordenação sistêmica para garantir a manutenção das desigualdades vinculadas à hierarquização racial.

O propósito para a escolha do referido tema se deve não somente à sua importância, mas também ao fato de que a questão do encarceramento em massa é pouco difundida acadêmica e socialmente, mesmo o Brasil dispondo da terceira maior população prisional do mundo (MJSP - Ministério de Justiça e Segurança Pública, 2016), da qual 64% é negra, grupo este que compõe 53% da população brasileira. Logo, tendo em vista que o sistema de justiça criminal torna-se um espaço perpassado pelo racismo, não se pode cometer um epistemicídio, isto é, toda tentativa de silenciar, invisibilizar saberes não-hegemônicos.

Dessa forma, creio ser fundamental ampliar os estudos e a produção intelectual sobre esse tema, o qual legitima, mediante a narrativa de Guerra às Drogas, a ação genocida do Estado brasileiro – isso porque, como os dados demonstram, há um grupo-alvo e predominante entre a população prisional: os jovens negros e periféricos. É importante salientar que não há, neste artigo, a pretensão de se esgotar o tema, mas sim contribuir com o debate, com a divulgação de uma temática tão necessária e com os questionamentos acerca dessa ideologia utilizada pelo Sistema de Justiça Criminal brasileiro e sua relação com o racismo, destacando prioritariamente a questão da Guerra às Drogas como discurso de legitimação do encarceramento em massa e a seletividade penal como um recurso sistêmico para a manutenção dessa política racista, a qual atua em prol das desigualdades baseadas na hierarquia racial.

A fim de identificar qual a ideologia do Sistema de Justiça Criminal brasileiro e qual a função da seletividade penal nos processos de criminalização, será utilizado,

majoritariamente, o método de abordagem indutivo, uma vez que será feita uma análise em cima de dados gerais da realidade do jovem negro e periférico. Em outras palavras, o método aqui utilizado envolveu uma abordagem qualitativa, tendo em vista que foram desenvolvidos e sustentados conceitos, entendimentos e ideias defendidos no meio acadêmico - tais como encarceramento em massa, guerra às drogas e seletividade penal - que surgem a partir do padrão encontrado nos dados do sistema prisional - qual seja, a maior parte dos presos hoje são negros.

Ao mesmo tempo, para realizar uma melhor coleta e análise dos dados que serão trabalhados, utiliza-se-á os métodos de procedimento estatístico, monográfico e, ainda, o materialismo histórico-dialético. A partir destes, ter-se-á um estudo mais aprofundado acerca do desenvolvimento do sistema penal e das teorias a ele vinculadas e também da função do encarceramento em massa na contenção e criminalização dos pobres.

O método estatístico possibilitará uma análise concreta e segura das informações da realidade brasileira – em especial a de um homem, jovem, preto e periférico – a serem analisadas; dessa maneira, sendo baseado na estrutura real da sociedade em questão, obter-se-á um estudo fiel aos fatos e à realidade da mesma. O método monográfico, por sua vez, permitirá apresentar teorias e análises de pesquisadores comprometidos com esse tema, auxiliando, assim, na compreensão da temática.

Por fim, o método materialista histórico-dialético possibilitará averiguar o porquê e a maneira como os acontecimentos passados influenciam na atualidade do sistema prisional brasileiro e nas estruturas sociais; logo, em um primeiro momento, será válido recorrer à história para compreender o modo como a instituição da escravização no processo de colonização no Brasil transcende para o presente e, neste, se reflete tanto na realidade social quanto na justiça criminal no Brasil.

Assim, com o fito de analisar a profunda conexão entre o Sistema de Justiça Criminal brasileiro e o racismo e, ainda, compreender a maneira como esse dispositivo legal serve de aparato de uma reordenação sistêmica para garantir a manutenção das desigualdades vinculadas à hierarquização racial, objetiva-se, em um primeiro momento, recorrer à história para identificar a escolha da ideologia que constrói as estruturas sociais e, também, é utilizada pelo Sistema de Justiça Criminal brasileiro para punir. Em um segundo momento, pretende-se investigar a relação da manutenção de uma política racista, a qual atua em prol das desigualdades baseadas na hierarquia racial, com o (falso) discurso de Guerra às Drogas e com a seletividade penal, recursos sistêmicos estes que mantêm essa estrutura social desigual.

## **2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

Primeiramente, faz-se oportuno analisar e conceituar a Criminologia Crítica (ou Criminologia Nova), abordagem esta que servirá de pano de fundo neste estudo.

Diferentemente da Escola Penal Positiva, a Criminologia Crítica afasta o delinquente e o crime da questão central de sua análise, destacando o próprio sistema de controle, o qual é entendido pela mesma como um “conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de estruturas de reação da sociedade” (FABRETTI e SMANIO, 2016, P. 89). Assim, sendo considerada uma verdadeira revolução teórica e prática, esta abordagem, segundo Fabretti e Smanio:

Em vez de questionar quais as causas do crime praticado, passa a indagar por que determinadas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual sua legitimidade. Em vez de perguntar os motivos do delinquente, pergunta quais os critérios, ou mecanismos de seleção das instâncias de controle social. (FABRETTI e SMANIO, 2016, P. 89)

Logo, como os autores destacam, a Criminologia Nova rompe ao abandonar o paradigma etiológico-determinista e adotar um modelo dinâmico e contínuo; aqui, as normas penais são tidas como símbolo, expressão do domínio de um grupo ou classe social e tanto o direito penal quanto o processual penal passam a ser vistos como instrumentos a serviço dos donos do poder.

Ademais, os autores apontam que a Criminologia Crítica tem origem na obra marxista “Punição e estrutura social”, de Rusche e Kirchheimer, a qual relaciona a história das penas com o desenvolvimento do capitalismo, mostrando que a primeira sempre variou conforme a necessidade do segundo; em outras palavras, esta obra sustenta ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista (FABRETTI e SMANIO, 2016, P. 89-90). Dentre os principais movimentos decorrentes dessa concepção criminológica, o abolicionismo é de fato um que merece destaque, haja vista que, segundo este movimento, o Direito Penal configura um sistema de produção e reprodução de desigualdades, posto que “é um instrumento de dominação das classes dominantes aplicado somente a uma categoria de pessoas, de forma seletiva, sem que se obtenha quaisquer dos resultados a que se propõe” (FABRETTI e SMANIO, 2016, P. 97).

Ainda com relação a essa temática, é interessante destacar as palavras do professor Alessandro Baratta, o qual confirma essa estrutura social (e que, conseqüentemente, reflete no âmbito jurídico) marcada pelo domínio de uma classe social por outra:

O conceito de “sociedade dividida”, cunhado por Dahrendorf para exprimir o fato de que só metade da sociedade (camada médias e superiores) extrai do seu seio os juizes, e que estes têm diante de si, predominantemente, indivíduos provenientes da outra metade (a classe proletária), fez surgir nos próprios sociólogos burgueses a questão de se não se realizaria, com isto, o pressuposto de uma justiça de classe, segundo a clássica definição de Karl Liebknecht. Têm sido colocadas em evidencia as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade (BARATTA, 2011, P. 177).

Na sequência, considero válido partir da análise sociológica, realizada por Márcio

M. Aguiar (AGUIAR, 2007, P 84), a respeito do conceito de raça. Segundo o sociólogo, biologicamente a concepção de raça é insuficiente e insustentável para discutir nossas diferenças enquanto indivíduos. Dessa maneira, o conceito de raça só pode ser entendido, sociologicamente, como uma construção social, posto que, nesta esfera, ele opera a vida social, classificando os seres humanos pela raça e pela cor e, com isso, carregando significados simbólicos e estigmatizados. Diz, ainda, que ser negro ou branco no Brasil implicam em diferenças de tratamento.

Neste sentido, Francisco Bethencourt afirma, com base em dados e registros históricos, que o racismo foi motivado historicamente por projetos políticos, ou seja, ao investigar o racismo como prática de discriminação e de segregação, Bethencourt descobriu que o mesmo legitima a intervenção institucional. Para ele, “o racismo é relacional, colocando grupos específicos em hierarquias contextualizadas de acordo com objetivos concretos” (BETHENCOURT, 2018, P 28). De acordo com Bethencourt:

O racismo atribui um único conjunto de traços físicos e/ou mentais reais ou imaginários a grupos étnicos específicos, com base na crença de que essas características são transmitidas de geração para geração. Os grupos étnicos são considerados inferiores ou divergentes da norma representada pelo grupo de referência, justificando assim a discriminação ou a segregação. (BETHENCOURT, 2018, P 35).

Com relação a essa temática, Silvio Almeida alega que existem, basicamente, três concepções de racismo: o individual; o institucional e o estrutural (ALMEIDA, 2019, P 43-46).. Segundo o jurista, o racismo individual corresponde a “indivíduos brancos agindo contra indivíduos negros” (ALMEIDA, 2019, P 43), ou seja, é um fenômeno de caráter individual (ou coletivo) atribuído a grupos isolados; consiste, portanto, em comportamentos individuais, atos evidentes de indivíduos. Já o racismo institucional seria aquele que se manifesta nos “atos do toda a comunidade branca contra a comunidade negra” (ALMEIDA, 2019, P 43); assim, Silvio afirma que:

A desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos. (ALMEIDA, 2019, P 39-40).

Ademais, evidencia-se que essa última concepção inovou e trouxe um enorme avanço ao demonstrar que, primeiro, o racismo transcende o âmbito da ação individual e, segundo, ao frisar a dimensão do poder como elemento constitutivo das relações raciais. Contudo, conforme destaca Silvio Almeida, as instituições “reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social” (ALMEIDA, 2019, P 47), o que significa dizer que “a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar”. (ALMEIDA, 2019, P 47)

Assim, pelo fato de as instituições materializarem uma estrutura social, que tem o

racismo como um de seus componentes orgânicos, torna-se possível identificar o racismo estrutural (isto é, o racismo como decorrência da própria estrutura social), a terceira e última concepção tratada pelo jurista em seu livro “Racismo estrutural”. Segundo discorre neste, “o racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional” (ALMEIDA, 2019, P 65). Com isso, nota-se uma clara relação entre o conceito de raça defendido por Márcio Aguiar e a ideia de Silvio Almeida, o qual afirma, ainda, que:

racismo é um conceito cujo significado só pode ser recolhido em perspectiva relacional. [...] é uma relação social, o que significa dizer que a raça se manifesta em atos concretos ocorridos no interior de uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos. (ALMEIDA, 2019, P 52)

A esse conceito de raça, soma-se o fato de o processo de colonização, a própria fundação do Brasil, ser baseada na exploração de mão de obra escravizada que, por sua vez, fundamenta-se na hierarquização racial. Dessarte, nota-se que o racismo não é somente uma das ideologias fundadoras da sociedade brasileira, mas como também “atravessa o tempo e acompanha o desenvolvimento e as transformações históricas da sociedade brasileira” (BORGES, 2019, P 56). Acerca da escravidão e das suas consequências, Darcy Ribeiro alega que “nenhum povo que perpassasse por isso como sua rotina de vida, através de séculos, sairia dela sem ficar marcado indelevelmente” (RIBEIRO, 2015, P 91).

Assim, conforme destaca o escritor, a escravidão é a mais terrível de nossas heranças, sendo fundada na apropriação de seres humanos através da violência mais crua e da coerção permanente, ela era exercida através dos castigos mais atrozes, por isso é considerada tão oposta à condição humana. A pesquisadora Luciana Boiteux demonstra que, para agravar ainda mais essa situação, a população negra e seus descendentes nunca foram indenizados pelos anos de exploração e martírio decorrentes da escravidão (que criou riquezas e gerou lucros para os senhores) e hoje são alvo de um controle social racista. (BOITEUX, 2019).

No mais, dentre outras transformações históricas, cabe aqui analisar especificamente o século XIX, em que se verifica uma reforma do direito criminal, reforma esta que, segundo Foucault, tem como verdadeiro objetivo estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar.

A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornem mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico [...] e seu custo político. (FOUCAULT, 2015, P 80-81)

Consequentemente a essa reforma, além de a força não ser mais o elemento estratégico da punição (posto que a Justiça vai aos poucos se distanciando da punição física e, no seu lugar, restringe a liberdade do indivíduo), há também uma sobreposição da

propriedade em relação aos direitos e à cidadania. Por isso, a pesquisadora, antipunitivista e antiproibicionista, Juliana Borges afirma que:

Vivemos em uma sociedade marcada pela lógica hoje neoliberal, e, desde sua fundação, racista e com desigualdades de gênero. São opressões estruturais e estruturantes da constituição de uma sociedade que surge, para o mundo ocidental, pela exploração colonialista e ainda marca, em todos os seus processos, relações e instituições sociais, as características da violência, a usurpação, a repressão e o extermínio daquele período (BORGES, 2019, P 42)

Logo, evidencia-se que, assim como já destacava o movimento abolicionista (elencado no início do referencial teórico), o sistema de justiça criminal brasileiro funciona como um aparato reprodutivo de injustiças e desigualdades étnico-raciais, econômicas, sociais e políticas, desigualdades essas que são naturalizadas e reforçadas pelos meios de comunicação. Acerca desta questão, Silvio Almeida afirma em seu livro “Racismo estrutural” que:

O imaginário em torno do negro criminoso representado nas novelas e nos meios de comunicação não poderia se sustentar sem um sistema de justiça seletivo, sem a criminalização da pobreza e sem a chamada “guerra às drogas”, que, na realidade, é uma guerra contra os pobres e, particularmente, contra as populações negras. Não seria exagero dizer que o sistema de justiça é um dos mecanismos mais eficientes na criação e reprodução da raça e de seus múltiplos significados. (ALMEIDA, 2019, P 66).

Esta passagem permite concluir que, primeiro, a figura do criminoso abre espaço para todo tipo de discriminação e reprovação, com total respaldo social, e, segundo, que os sistemas punitivos não são alheios aos sistemas políticos e morais. São, na verdade, fenômenos sociais (ou seja, transcendem o campo jurídico) que, inclusive, assumem um papel no ordenamento social, possuindo uma ideologia hegemônica e associada à sustentação de determinados grupos sociais em detrimento de outros. Deste modo, assim como as demais instituições e relações na sociedade, o funcionamento do sistema de justiça criminal também é perpassado pelo racismo, porém, aqui, ganha contornos mais profundos ao se reconfigurar historicamente mantendo essa opressão baseada na hierarquia racial.

Com relação a essa ideia, Vera Malaguti Batista alega que “o sistema penal se erige para tutelar a propriedade privada e para gerir diferencialmente as ilegalidades populares” (BATISTA, 2016, 296). Logo, a mesma reforça a ideia de que o direito criminal nada mais seria do que uma forma de o Estado conseguir alcançar seus objetivos, quais sejam proteger a propriedade privada (e não necessariamente a sociedade), diminuir os custos ao punir a parcela mais vulnerável e, ainda, manter os bens, direitos e privilégios com as classes sociais favorecidas, as quais são, de fato, detentoras das propriedades privadas.

A fim de proteger esse sistema punitivo seletivo, o próprio Direito cria mecanismos de defesa; nesse sentido, Sérgio Adorno alega que:

poderosos impedimentos encontram-se incrustados no aparato judicial, cujo funcionamento parece não assegurar uma efetiva distribuição da justiça

social. [...] O principal efeito deste funcionamento é a consolidação de um sistema de justiça criminal que acaba restringindo direitos e que, por essa via, enfrenta dificuldades quase insanáveis em suas funções políticas de manter a ordem nos termos estritos de um controle democrático da criminalidade. (ADORNO, 1995, 48-49)

Outrossim, segundo o jurista Adilson José Moreira, o encarceramento em massa enquadra-se na modalidade de discriminação institucional, uma vez que esta é praticada mediante a imposição de um tratamento desvantajoso por representantes de instituições públicas e privadas e é motivada por estereótipos – isto é, falsas generalizações dos grupos minoritários, cuja função seria criar as condições culturais que legitimam as hierarquias sociais, a estratificação social e, conseqüentemente, buscar a manutenção do status social desses indivíduos – descritivos (falsa generalização embasada em características físicas de determinado grupo) e prescritivos (os quais designam os lugares e as funções que membros de certos grupos podem ocupar; em outras palavras, as características das pessoas desses grupos definem seus destinos sociais e as funções que eles podem aspirar), os quais se encontram presentes na cultura institucional.

Diante o exposto, pode-se afirmar que a discriminação institucional ocorre porque há uma cultura institucional que também é motivada por estereótipos descritivos e prescritivos; com isso, a motivação para discriminar baseada nestes estereótipos faz parte da instituição, da cultura da instituição.

Por fim, resta claro que a discriminação racial configura uma violação não somente dos direitos humanos, mas como também da própria ideia básica de regime democrático, em que, segundo John Rawls (RAWLS, 2003), as pessoas são igualmente capazes, são atores sociais competentes e, portanto, devem ser tratadas de maneira igualitária, tendo acesso aos mesmos direitos. Rawls defende, ainda, que, dentro de uma sociedade democrática, o poder político é exercido por instituições que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária e que, justamente por serem estas a estrutura básica da sociedade, devem adotar uma concepção de justiça de caráter procedimental, baseada na razão pública; não em concepções substantivas do que sejam o bem comum, mas sim nos princípios básicos da moralidade democrática, entre eles, os Direitos Humanos, a ideia de igualdade e de liberdade. Assim, para ele, uma sociedade justa e que vive de fato em um sistema democrático é aquela na qual as pessoas têm acesso aos seus direitos, pois estes são entendidos como poder de ação – e os mecanismos sociais que impedem ou restringem o poder de ação podem ser entendidos como violações de direitos humanos.

Além disso, segundo Eduardo R. Rabenhorst (RABENHORST), os direitos não são apenas demandas por justiça, são também o reconhecimento de que algo nos é devido, assim sendo, aqui tem-se a luta não pelo reconhecimento de um direito (o da igualdade, do respeito, os quais já foram devidamente estabelecidos tanto na legislação nacional quanto em tratados internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos) mas

sim pela eficácia da norma já positivada.

Contudo, levando-se em consideração o que fora disposto anteriormente, pode-se observar que há uma problemática na democracia brasileira, uma vez que as instituições públicas e privadas, as quais constituem a estrutura básica da sociedade e que são as responsáveis pela regulação do Direito (dentre outros), também atuam em prol da discriminação de grupos minoritários, posto que o encarceramento em massa nada mais é do que uma política, uma ideologia do Sistema de Justiça Criminal brasileiro para prender prioritariamente a população negra e pobre; portanto, não respeitam os procedimentos democráticos ao realizarem tal tratamento desigual entre os cidadãos, dificultando ainda mais a proteção dos direitos humanos e enraizando a discriminação nas bases da sociedade.

Com relação à chamada guerra às drogas, apontada por Silvio Almeida, Juliana Borges alega ser esta narrativa o fator central no aumento exponencial do encarceramento, sendo responsável, ainda, por impulsionar e sustentar a manutenção de desigualdades baseadas em hierarquias raciais (BORGES, 2019, P 101). Conforme expõe em seu livro “Encarceramento em massa”, o discurso amedrontador oferecido à população acerca das substâncias ilícitas serve como estímulo necessário para a “militarização de territórios periféricos sob o verniz de enfrentamento a esse ‘problema’ social” (BORGES, 2019, P 24), ou seja, além de ser diretamente responsável pelo crescimento da população prisional, a guerra às drogas agrava a violência contra pessoas negras (que, em sua maioria, habitam esses territórios periféricos militarizados).

Na sequência, a mesma aponta que o tráfico de drogas lidera as tipificações para o encarceramento. Segundo dados do InfoPen (Sistema Nacional de Informações Penitenciárias), “enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção alcança a ordem de 63%” (MJSP - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016, p 70). Logo, o que a pesquisadora procura demonstrar é que o sistema mantém sua engrenagem racista em funcionamento pela criminalização, pelo controle e pela vigilância ostensiva das periferias urbanas e por extermínio da população negra, o qual se justifica e tem sustentação social de jovens supostamente envolvidos no pequeno tráfico.

Nesse sentido, a pesquisadora Luciana Boiteux sustenta, primeiramente, que:

apesar do mito da democracia racial e da cordialidade brasileira, o racismo estrutural no Brasil formata o controle social e as políticas de repressão, e ganha especial destaque na política criminal de drogas, com reflexos no superencarceramento de pessoas negras. (BOITEUX, 2019)

Então, a mesma reforça a ideia de que a construção dessa política proibicionista de drogas teve como base a ideia de reprovação moral aos usuários de algumas substâncias (tal como Juliana Borges teoriza) e, conseqüentemente, a criminalização está associada a específicos “grupos raciais e sociais minoritários e discriminados como ferramenta de controle social dos indesejáveis e de gestão de miséria” (BOITEUX, 2019). Logo, nota-

se que, “a pretexto dessa cruzada moralizante, mas também com a função declarada de ‘proteger a saúde pública’” (BOITEUX, 2019), a guerra às drogas serve como desculpa perfeita para ampliar a repressão e o controle sobre determinados grupos indesejáveis ao sistema.

Assim, observa-se que tal política é amparada pela comoção e pelo sensacionalismo insuflado da mídia corporativa e, para agravar toda essa situação, pelo fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo, o Judiciário brasileiro atua como um reforço do poder repressivo ao cotidianamente negar o direito ao preso de responder ao processo em liberdade, bem como ao raramente aplicar penas alternativas à privação de liberdade (BOITEUX, 2019).

Dentre as consequências práticas da aplicação e do fortalecimento dessa lógica racista e punitiva, Boiteux destaca: “a militarização do ‘combate’ às drogas, a violência policial, a preferência por um direito penal simbólico, o aumento de penas e a imposição em massa da pena de prisão” (BOITEUX, 2015), além, é claro, da superlotação de penitenciárias, da falta de alimentação adequada, das dificuldades de acesso à justiça e da sujeição a tratamentos desumanos. Logo, nota-se que o encarceramento em massa viola, além dos direitos humanos, os direitos individuais de usuários “à privacidade e à liberdade de disporem de seu próprio corpo sem afetar outras pessoas (BOITEUX, 2015).

De acordo com dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a representação de pessoas negras nas prisões é de 66,7% (e 32,3% de brancos), superior à da população em geral (55,4%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, P 332). Ademais, dados apontam para um crescimento constante da população penitenciária: de 451 mil pessoas em 2008 para cerca de 726 mil em junho de 2017 (BOITEUX, 2019). Por tal razão, consideram-se os crimes de drogas um dos motores do encarceramento em massa no Brasil. Em decorrência destes dados, Luciana Boiteux ressalva que:

O resultado dessa equação é que, mesmo com o superencarceramento, não se consegue reduzir o número de crimes registrados nem desarticular as redes criminosas, já que o alvo são os pequenos varejistas, facilmente substituídos, enquanto a venda, o consumo e os lucros só crescem. O que se vê na atuação cotidiana das polícias é um reforço da seletividade penal racial e social, pela intensificação da criminalização de grupos populacionais específicos, especialmente jovens negros e pobres. (BOITEUX, 2019)

Desse modo, resta claro que a política criminal de drogas vigente não é eficaz no combate ao tráfico ou na redução do consumo (tal como seu discurso propõe), mas apenas reforça a seletividade penal e contribui para o aumento da violência e do superencarceramento de usuários e pequenos comerciantes (os quais, por estarem em situação de extrema vulnerabilidade, são mais facilmente selecionados pelo sistema penal). “Portanto, a política de drogas explica o superencarceramento racista em nosso país, gera e amplia a prisão de pessoas em condições desumanas em unidades superlotadas<sup>30</sup> e ainda traz consigo o aumento da violência” (BOITEUX, 2019).

Para finalizar esta linha de raciocínio, é interessante destacar a seguinte fala de Boiteux:

A tragédia do racismo se fortalece com a proibição e ainda se alimenta da farsa da guerra às drogas, que reproduz a lógica escravocrata de imposição de dor e de sofrimento e de negação ao direito de existência digna à população negra [...] A guerra às drogas é uma guerra contra pessoas, mas não contra todas, é uma guerra contra negros e negras, para os quais a única política social disponível é a política penal e a violência de Estado. (BOITEUX, 2019)

No mais, segundo o neurocientista Dartiu Xavier da Silveira (responsável pelo Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes – Proad), “somos herdeiros de uma guerra às drogas patética e falível, porque escolhemos o inimigo errado. O inimigo não é a droga, é a vulnerabilidade social” (SUDRÉ, 2014). Nessa mesma linha, sustenta Raquel Peyraube que nós direcionamos a problemática das drogas para esfera errada, tendo em vista que as drogas não são um problema de saúde e criminal, mas sim uma questão geopolítica que se manifesta no meio social. De acordo com a psiquiatra:

a lógica belicista do combate às drogas determina estratégias desumanas e intervenções ineficazes baseadas na repressão abusiva, aplicada indiscriminadamente contra os indivíduos que usam drogas, tratando-os como criminosos e atingindo setores específicos da população, o que estabelece uma política de extermínio e de higienização social; além disso, Raquel aponta a superlotação das prisões como uma das consequências mais desastrosas da guerra às drogas. (SUDRÉ, 2014)

Com isso, nota-se que a guerra contra as drogas é um fracasso, pois esta falácia é na verdade uma estratégia de controle social – Hart afirma que as políticas de drogas no Brasil são racialmente discriminatórias e, como resultado desta prática, observa-se que os políticos não precisam lidar com os reais problemas que as pessoas enfrentam, com a injustiça social; apenas excluem os pobres (SUDRÉ, 2014). Hart demonstra na prática que essa política nada mais é do que a perpetuação da discriminação racial e manutenção da exclusão econômica e social de classes sociais vulneráveis, posto que “85% dos condenados por delitos relacionados ao crack eram negros, embora a maioria dos usuários da droga eram e são brancos” (HART, 2015). Assim, a guerra às drogas é praticamente o nome (social e juridicamente aceito) para a seletividade penal, a qual opera como um mecanismo seletivo utilizado para manter a desigualdade (encarcerando prioritariamente a população negra).

Em suma, o que pretendi demonstrar até o momento é o fato de que o sistema de justiça criminal e as políticas de segurança pública no Brasil, mediante a seletividade penal (praticada sob a narrativa de “combate às drogas”), refletem e reforçam práticas racistas, classistas e excludentes, práticas estas responsáveis por fomentar o encarceramento em massa e o genocídio da população negra, objetivando o controle social. Assim sendo, conclui-se essa linha de raciocínio com a seguinte afirmação feita pela assistente social e doutoranda do curso de Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ),

Camila Nunes de Oliveira:

O cenário punitivo atual é demarcado pelo encarceramento em massa como estratégia de controle punitivo, pelas expressões de violência urbana e institucional, em conflitos pautados pela discriminação de raça, etnia, gênero, geração e classe social. [...] O extermínio, notadamente de jovens negros (as) e pobres das periferias urbanas, embora nunca tenha saído de cena como objeto do controle social punitivo, está hoje aberto e naturalizado. (OLIVEIRA, 2017)

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, evidencia-se que o Sistema de Justiça Criminal brasileiro materializa, assim como as demais instituições, a estrutura da sociedade brasileira. Assim, pelo fato de a mesma ter o racismo (estrutural, institucional e, ainda, individual) como um de seus principais componentes, esse sistema também apresenta uma profunda conexão com o racismo, sendo perpassado pelo mesmo e o reproduzindo justamente no processo de criminalização. Em outras palavras, ao utilizar a seletividade penal como recurso sistêmico para conter e criminalizar um perfil específico – os jovens negros e pobres, setor este que, como fora demonstrado, foi historicamente marginalizado da sociedade – o Sistema de Justiça Criminal brasileiro está se utilizando essencialmente do racismo como ideologia para punir, se apresentando como um elemento de controle social.

Dessa maneira, verifica-se que o encarceramento em massa, mediante o (falso) discurso de Guerra às Drogas e a seletividade penal, funciona como uma aparato reprodutivo (e legitimador) de injustiças e desigualdades étnico-raciais, econômicas, sociais e políticas, as quais se baseiam em uma hierarquização racial perpassada ao longo da história. Logo, como fora exposto, em razão de o direito e o racismo serem fatos sociais, implica dizer que ambos elementos são indissociáveis na sociedade brasileira, que, por sua vez, é marcada pela lógica neoliberal e, desde sua fundação, racista e com desigualdades de gênero. (BORGES, 2019, P 42)

Em outras palavras, atingiu-se o propósito deste trabalho ao verificar-se que a ideologia do Sistema de Justiça Criminal brasileiro é, na verdade, a mesma ideologia estruturante da sociedade brasileira: o racismo. Ademais, evidenciou-se que, em consequência dessa ideologia, a seletividade penal, juntamente com a narrativa de guerra às drogas, tem no cenário atual e sob a perspectiva da criminologia crítica a função de legitimar a política do encarceramento em massa, criminalizando e penalizando prioritariamente a população jovem negra e periférica.

### APOIO

PIVIC Mackenzie

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*. Novos Estudos. Cebrap. São Paulo, Cebrap, nº 43: pp. 45-63, novembro 1995. Disponível em: [https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018\\_194015.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf). Acesso em 27 de janeiro de 2022.
- AGUIAR, Márcio Mucedula. *A construção das hierarquias sócias: classe, raça. Gênero e etnicidade*. Cadernos de Pesquisa do CDHIS, v. 1, n. 37, 2007. Disponível em: <http://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/NEAB/AGUIAR-%20MARCIO.%20A%20construcao%20das%20hierarquias%20sociais%20classe-%20raca-%20genero%20e%20eticidade.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2021.
- ALMEIDA, Sílvia Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 264 p. ISBN 978-85-98349-74-9.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. ISBN 85-353-0188-7.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O positivismo como cultura*. Passagens; Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, nº 2, maio-agosto, 2016, p. 293-307. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1AeySULnGUBA5YLK2v\\_DO-nN0McGmVN2j/view?usp=dri vesdk](https://drive.google.com/file/d/1AeySULnGUBA5YLK2v_DO-nN0McGmVN2j/view?usp=dri vesdk). Acesso em 20 de julho de 2022.
- BETHENCOURT, Francisco. *Racismos: Das Cruzadas ao século XX*. Tradução Luís Oliveira Santos; João Quina Edições. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. ISBN 978-8535930467.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p. ISBN 978-85-98349-73-2.
- BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf). Acesso em 17 de setembro de 2021.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública – A pandemia de covid-19 e o crime e a violência no Brasil*. 14. ed. 2020. São Paulo: FBSP, 2020. p. 332. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em 27 de janeiro de 2022.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- HART, Carl, L. *Slogans vazios, problemas reais*. SUR – Revista internacional de direitos humanos; v.12; n. 21 (2015). Disponível em: <https://sur.conectas.org/slogans-vazios-problemas-reais/>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.
- MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. ISBN: 978-65-884702-06

OLIVEIRA, Camila Nunes de. *O adolescente autor de ato infracional no cenário pós-ECA*. Anais do 5º Encontro Internacional de Política Social e 12º Encontro Nacional de Política Social. Vitória (ES), 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/casa/Downloads/16578-Texto%20do%20artigo-45557-1-10-20170606%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/casa/Downloads/16578-Texto%20do%20artigo-45557-1-10-20170606%20(3).pdf). Acesso em 1 de outubro de 2021.

RABENHORST, Eduardo. *O que são Direitos Humanos?*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01\\_rabenhorst\\_oqs\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf). Acesso em 28 de outubro de 2021.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1752-6.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015. ISBN 978-85-260-2225-6.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *A proibição como estratégia racista de controle social e a guerra às drogas*. Le Monde Diplomatique Brasil, 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-proibicao-como-estrategia-racista-de-controle-social-e-a-guerra-as-drogas/>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva*, SUR – Revista internacional de direitos humanos; v.12; n. 21 (2015). Disponível em: <https://sur.conectas.org/brasil-reflexoes-criticas-sobre-uma-politica-de-drogas-represiva/>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Encarceramento feminino e seletividade penal*. Rede justiça criminal, 2016. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; orientador: Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no o sistema penal e na sociedade*. São Paulo, 2006. 273 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *On-line*. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SUDRÉ, Lu. *Guerra às drogas viola os direitos: modelo uruguaio reacende debate sobre alternativas à repressão*. UNIFESP, 2014. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/educacao-atual-entrementes/item/2304-guerra-as-drogas-viol-a-os-direitos>. Acesso em 22 de janeiro de 2022

# O POLICIAMENTO PREDITIVO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS: A POSSÍVEL PERPETUAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

*Data de submissão: 07/04/2023*

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Marina Brito Angrisani Alves de Oliveira**

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: “Segurança Pública e Cidadania”  
São Paulo/SP  
<https://lattes.cnpq.br/7623495300445547>

### **Everton Luiz Zanella**

(Orientador)  
Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Doutor em Direito Processual Penal e Mestre em Direito Penal, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
Coordenador do Curso de Graduação em Direito e Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
<http://lattes.cnpq.br/4292887164297364>

**RESUMO:** O objetivo geral deste artigo é pesquisar como os sistemas de predição podem ajudar na prevenção delitiva do tráfico de drogas, ou seja, analisar a capacidade da inteligência artificial no combate do crime mais cometido no país, como uma medida de segurança pública e uma hipótese de diminuição dos pontos de tráfico. É notável que as políticas públicas

não estão mostrando tanta efetividade no combate ao tráfico, assim, tratando-se da importância do policiamento preditivo, que visa ajudar os agentes policiais a se anteciparem na atuação criminosa, os sistemas de predição aparentam ser um método que pode auxiliar nessa luta. Entretanto, será analisado se o método preditivo impacta na discriminação social em decorrência de seu mal uso, que geraria o excesso de ações policiais em um mesmo bairro ou região. O artigo será realizado através da metodologia bibliográfica, com o levantamento de informações e conhecimentos a partir de diferentes materiais bibliográficos, colocando em diálogo diferentes autores e dados, além disso, abordará o método de pesquisa quantitativo, baseado em números e dados, que serão implementados para comprovar os pontos desenvolvidos. Esta pesquisa será conduzida a partir do questionamento: O policiamento preditivo pode resultar na perpetuação da discriminação social se utilizado como estratégia de combate ao tráfico de drogas?

**PALAVRAS-CHAVE:** Policiamento preditivo. Tráfico de drogas. Discriminação social.

## PREDICTIVE POLICING IN THE FIGHT AGAINST DRUG TRAFFICKING: THE POSSIBLE PERPETUATION OF SOCIAL DISCRIMINATION

**ABSTRACT:** The general objective of this article is to research how prediction systems can help in the prevention of drug trafficking, that is, to analyze the capacity of artificial intelligence to combat the most committed crime in the country, as a public safety measure, as a hypothesis to decrease the number of trafficking spots. It is notable that public politics are not showing as much effectiveness in combating trafficking, therefore, regarding the importance of predictive policing, which aims to help police officers anticipate criminal activity, the prediction systems appear to be a method that can help in this fight. However, it will be verified whether the predictive method impacts on social discrimination as a result of misuse, which would generate an excess of police actions in the same neighborhood or region. The article will be conducted through the bibliographical methodology, with the survey of information and insights from different bibliographic materials, putting into dialogue different authors and data, in addition, it will approach the quantitative research method, based on numbers and data, which will be implemented to prove the points developed. This research will be conducted from the question: Can predictive policing result in the perpetuation of social discrimination if used as a strategy to combat drug trafficking?

**KEYWORDS:** Predictive policing. Drug trafficking. Social discrimination.

### 1 | INTRODUÇÃO

É difícil imaginar que um crime possa ser previsto e evitado antes mesmo que consumado, ou seja, quando o resultado desejado é obtido pelo agente, mas é assim que, atualmente, vários países desenvolvidos atuam em defesa da segurança pública. Portanto, primeiramente, cumpre destacar o significado de policiamento preditivo, este é um recente método de prevenção delitiva baseado na utilização de inteligência artificial, algoritmos, estatísticas e armazenamento de dados e informações para prever onde crimes ocorrerão, com a finalidade de direcionamento da intervenção policial.

Mesmo parecendo de outro mundo, na verdade, essa realidade não está tão distante assim. Porém, como veremos no decorrer desse artigo, o uso dos sistemas de predição, podem gerar resultados tendenciosos e previsíveis, uma vez que passariam a focar nas comunidades, por sua maior habitualidade de registros criminosos. Além disso, é sabido que a discriminação social no Brasil é um assunto de extrema relevância, ainda mais com a violência policial. Então, a má utilização dessas ferramentas pode ser questionável.

Posto isso, passaremos a analisar a eficácia desses programas na atuação contra o tráfico de drogas, e o quanto o seu mal uso resultaria em uma maior discriminação social.

O objetivo geral deste artigo é pesquisar como o sistema de predição pode ajudar na prevenção delitiva do tráfico de drogas, ou seja, analisar a capacidade da inteligência artificial no combate do crime mais cometido no país, como uma medida de tentar diminuir os pontos de tráfico. E, verificar se o método preditivo impacta na discriminação social em decorrência do mal uso, que geraria o excesso de ações policiais em um mesmo bairro ou

região.

Ela será realizada pelo método quantitativo, baseado em números, dados e gráficos, para chegar ao resultado por meio de uma análise estatística. Também, através da metodologia bibliográfica, com o levantamento de informações e conhecimentos a partir de diferentes materiais bibliográficos, colocando em diálogo diferentes autores e dados.

Considerando que o tráfico de drogas é uma das atividades organizadas mais rentáveis do planeta, e é o crime que apresenta maior crescimento dentre os delitos denunciados e dentre os detentos no Brasil, vale o questionamento, seria possível a utilização desses métodos no combate ao tráfico, sabendo que a maioria dos agentes dos delitos são detidos nas comunidades? Além disso, o policiamento preditivo pode resultar em violações aos direitos fundamentais se utilizado como estratégia de combate ao tráfico de drogas?

## 2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

### 2.1 O policiamento preditivo no Brasil e no mundo

As novas tecnologias da informação estão gradativamente se inserindo na segurança pública, e atingindo as atividades policiais (COSTA, 2020). Com certeza, a adoção dessas ferramentas permitem a otimização de tempo e custos, e, conseqüentemente, cedem espaço para que as pessoas possam se dedicar às tarefas em que a intervenção humana seja essencial (MENEZES; SANLLEHÍ, 2021).

Passando para a caracterização do policiamento preditivo, cabe sintetizar que são sistemas que utilizam inteligência artificial e servem para prever quando e onde atividades criminosas ocorrerão (SANTOS; MAYUMI, 2020), ou seja, é uma ferramenta de prevenção empregada pela polícia, permitindo sua atuação antecipada.

A partir de um vasto volume de informações e dados de caráter pessoal sobre os cidadãos, os algoritmos são capazes de traçar perfis, classificar pessoas em função de prognósticos de risco, cruzar dados sobre investigações em curso e reduzir o círculo de suspeitos (MENEZES; SANLLEHÍ, 2021). Dessa forma, é possível planejar as ações policiais num determinado bairro ou região, com base nos dados fornecidos.

A advogada Elisa Mombelli, especialista em tecnologia e internet, conceitualiza a ferramenta em sua peça ‘O Big Data e o Policiamento Preditivo’:

“Os resultados obtidos permitiram a atuação antecipada da polícia em locais apontados pelo algoritmo, que analisou registros de ocorrências, informações sobre suspeitos e forma de execução dos crimes para indicar, com precisão, os locais e horários onde um crime poderia ocorrer. Policiais relataram que em algumas situações chegaram ao local indicado e encontram pessoas roubando carros. (...) Atualmente zonas de risco em grandes cidades americanas são mapeadas. Potenciais criminosos chegam a ser previamente abordados pela polícia, ainda que não tenham cometido nenhum crime. A polícia de Chicago tem uma unidade inteira destinada à predição de crimes. Policiais

elaboram listas (heat lists) de possíveis infratores, e chegam a bater em suas residências para advertir diretamente: "If you commit any crimes, there will be major consequences. We're watching you" (Se você cometer algum crime, haverá consequências. Nós estamos de olho em você)." (MOMBELLI, 2015).

Um dos pioneiros na utilização dos sistemas preditivos foram os Estados Unidos, em Los Angeles, na Califórnia, no ano de 2011, pelo Departamento Policial de Santa Cruz. A PredPol Inc. foi a primeira companhia a dar início à revisão e análise sistemática de dados e informações por meio da inteligência artificial (SANTOS, 2020).

A PredPol nasceu de um projeto de pesquisa entre o Departamento de Polícia de Los Angeles e a Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), na época, os pesquisadores queriam encontrar uma maneira de usar os dados do CompStat - um programa de informatização e quantificação usado por departamentos de polícia - para mais do que apenas propósitos históricos. O objetivo era entender se esses dados poderiam fornecer qualquer recomendação prospectiva sobre onde e quando crimes poderiam ocorrer, e ter a capacidade de antecipar esses locais e horários de crime poderia permitir que a polícia pudesse enviar os agentes policiais preventivamente ao local e ajudar a prevenir as condutas criminosas (PREDPOL, 2020).

Trabalhando com matemáticos e cientistas comportamentais da UCLA e da Universidade de Santa Clara, a equipe avaliou uma grande variedade de tipos de dados e modelos comportamentais e de previsão. Os modelos foram aperfeiçoados com analistas e oficiais da polícia de Los Angeles e do Departamento de Polícia de Santa Cruz. Eles determinaram que os três pontos de dados mais objetivos coletados pelos departamentos de polícia forneceram os dados de entrada mais precisos para a previsão: tipo de crime, local do crime e data e hora do crime (PREDPOL, 2020).

A atual plataforma PredPol representa um investimento significativo de mais de 70 anos de pesquisa - anos de análise, modelagem e desenvolvimento em nível de doutorado. Ela já passou por mais de um milhão de horas de testes oficiais em departamentos de todos os tamanhos ao redor do mundo. Os dados que são utilizados para as previsões são apenas com base em informações de vitimização, ou seja, crimes que foram denunciados à polícia. Estas informações são anônimas; nenhuma informação pessoalmente identificável é coletada ou utilizada (PREDPOL, 2020).

Em 2011 foi iniciada a utilização de sistemas de gerenciamento de registros das agências que o contratam para extração de dados de crimes e seus históricos, para alimentação do algoritmo que cria as previsões, são analisados pelo algoritmo os registros de ocorrências, informações sobre suspeitos e forma de execução dos crimes, então os resultados indicam os locais e horários em que um crime pode ocorrer, sendo assim, permitem a atuação antecipada da polícia (SANTOS, 2020).

Com o passar dos anos, os sistemas foram se desenvolvendo, através de "smart cameras" instaladas nas ruas - como câmeras de reconhecimento facial, drones, sensores

de ambientes e registros policiais - são colhidos conjuntos de dados, chamados de Big Data. Os algoritmos são um mecanismo de regras e procedimentos lógicos que interpretam os dados colhidos e computados, como os antecedentes criminais, contatos (familiares e amigos), dívidas, informações de saúde mental dos cidadãos, para a realização de um estudo mapeado que direciona o patrulhamento nos horários e locais corretos, de acordo com a análise de antigas ocorrências (MOMBELLI, 2015).

Sendo assim, por meio de dados produzidos a partir de arquivos de imagens, de câmeras e drones, instrumentos de geolocalização, dados telefônicos e, inclusive, de redes sociais, é possível a formação de um perfil de pessoas, que permite uma nova forma de visualização dos alvos.

Com base na doutoranda em sociologia, Letícia Simões Gomes, existem modalidades do policiamento preditivo, a primeira é *'place-based'*, que realiza o mapeamento preditivo, a segunda é *'person-based'*, que analisa o nível individual, análise de rede e a pontuação de risco de cada pessoa, ou seja, seleciona pessoas com maior probabilidade de se envolverem com crimes, e a última *'suspect-based'*, que analisa o nível do grupo e perfil suspeito (GOMES, 2019).

No Brasil, o policiamento preditivo se originou em São Paulo, em 2015, quando o Governo do Estado começou a utilizar o software Detecta, que, a partir de dados obtidos pelo sistema de Informações Criminais (Infocrim) e pelo Registro Digital de Ocorrências, serviu como uma forma de auxílio nas investigações. O sistema surgiu de uma parceria público privada que tem o propósito de monitoramento e identificação de situações suspeitas, porém possui capacidades reduzidas, consequência da falta de recursos, que com base em incidentes anteriores, mostra onde as patrulhas preventivas devem ser realizadas.

Segundo o site do Governo de São Paulo, “Além do monitoramento das câmeras, o Detecta reúne o maior banco de dados de informações policiais da América Latina. Estão integrados ao sistema os bancos de dados das polícias civil e militar, do Registro Digital de Ocorrências (RDO), Instituto de Identificação (IIRGD), Sistema Operacional da Polícia Militar (SIOPM-190), Sistema de Fotos Criminais (Fotocrim), além de dados de veículos e de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do Detran. Os dados reúnem informações e fotos de criminosos procurados, cadastro de pessoas desaparecidas, dados sobre a situação de veículos, se estão com os documentos em ordem, de foram furtados, roubados ou clonados.” (SÃO PAULO, 2017).

Não só isso, um sistema também utilizado em São Paulo é o CompStat Paulistano – inspirado no estado-unidense -, “o sistema permite o monitoramento do território municipal através do cruzamento de dados, obtidos de diferentes fontes de estatísticas criminais e canais de comunicação com o município, como o aplicativo SP+Segura e o Sistema Infocrim, da Secretaria de Segurança Pública do Estado. As informações, sistemáticas e geolocalizadas, são fontes efetivas e, ao serem sistematizadas na forma de indicadores de segurança urbana, viabilizam a produção de diagnósticos constantes, aplicados no

planejamento estratégico e orientação de ações operacionais apontando, com precisão, a demanda por policiamento e ações de prevenção, além de permitir, posteriormente, a avaliação de resultados e impactos.” (SÃO PAULO, 2021).

Ressalta-se que essas medidas trouxeram benefícios ao estado de São Paulo, como a considerável redução do índice de criminalidade. Dessa forma, considerando a menor capacidade dos sistemas brasileiros, em comparação aos pioneiros, é possível imaginar resultados melhores com sistemas mais avançados e potentes (PANUCCI, 2015). Mas, vale destacar que os sistemas não têm funcionalidades especificamente preditivas, mas sim monitorar e auxiliar investigações.

Ademais, no Rio de Janeiro também é utilizado o CrimeRadar, que usa a modalidade *place-based*, que delimita zonas de maior ou menor risco na cidade. Dados revelaram que as projeções de crimes no Rio não se destacavam bairros mais pobres, onde dizem que o crime se concentra, mas o oposto, os bairros mais ricos foram retratados como áreas com maior quantidade de condutas delituosas (GOMES, 2019).

Vale ressaltar, que o policiamento preditivo foi projetado para destacar pequenas áreas, como algumas ruas e quarteirões, onde é provável que ocorra alguma atividade criminoso, bem como quando ocorreu a infração, o tipo de delito e, possivelmente, os suspeitos que agem na região. Assim, com ajuda dos dados emitidos pelo algoritmo, o trabalho é otimizado, facilitando a patrulha policial, sem a necessidade de deslocamentos em áreas onde a criminalidade é menos provável, auxiliando a divisão do trabalho (PANUCCI, 2015).

Todavia, notoriamente, as operações policiais se afastaram de um programa preventivo e do mero patrulhamento superficial, gerando para caráter coercitivo, devido a patrulha ostensiva (PANUCCI, 2015). Dessa forma, é possível perceber uma ofensa ao princípio constitucional da não culpabilidade, como veremos a fundo no discorrer do artigo.

## **2.2 O tráfico de drogas no Brasil**

A criminalidade organizada se caracteriza por grupos com um número alto indivíduos, com regras próprias de atuação, que pratica operações de alto nível financeiro e estrutura hierarquizada e com divisão de funções, e por fim, possuem propósito previamente definido, como por exemplo, o tráfico de drogas (PANUCCI, 2015).

Atualmente, no Brasil, um em cada três presos responde por tráfico de drogas, sendo o crime que apresenta maior crescimento dentre os delitos denunciados e dentre os detentos no Brasil. Segundo o Infopen, em uma pesquisa realizada em 2020, o tráfico de drogas corresponde a 32,39% (232,3 mil) do total de tipos penais atribuídos aos presos brasileiros, sendo o segundo artigo do Código Penal que mais motiva prisões. Além disso, em um outro levantamento, foi constatado que pessoas negras são mais condenadas, por tráfico, do que brancas, mesmo quando estão portando menor quantidade da substância (CNJ, 2021).

Em 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, trazendo progresso no reconhecimento de direitos de usuários, como aborda o artigo 28, que despenaliza o usuário. Todavia, a legislação aumentou a pena mínima do delito de tráfico, de três para cinco anos, de acordo com o artigo 33. (BRASIL, 2006).

O país já ocupa o terceiro lugar, atrás somente dos Estados Unidos e da China, com mais de 900 mil presos no total (CNJ, 2022). Ocorre que, a problemática do superencarceramento brasileiro é uma consequência do aumento da pena (BOITEUX, 2015), sendo o tráfico a segunda maior causa de encarceramento. A questão é que, mesmo com essa severa situação, as políticas públicas não se mostram efetivas, o médico Tarcísio Matos de Andrade, em seu artigo sobre políticas de drogas no Brasil, aponta:

“Diante da acentuada vulnerabilidade social e das carências no campo da saúde, educação e segurança pública das populações menos favorecidas, sobretudo daquelas vivendo nas periferias das cidades grandes e de médio porte, em particular das pessoas que fazem uso de drogas ilícitas, uma política de Estado que integrasse a atenção a todas estas deficiências seria, sem dúvida, um elemento importante na resolução do problema.” (ANDRADE, 2011).

O jornalista Thiago Domenici realizou uma amostra e levantamento de dados com base nos processos julgados pelo do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2017, e, em sua reportagem, revela que os negros foram proporcionalmente mais condenados que brancos na cidade de São Paulo, 71% dos negros julgados foram condenados pelo oferecimento de denúncias do Ministério Público, em relação aos brancos, 67% (DOMENICI, 2019).

Acerca das organizações criminosas do tráfico de drogas, o especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, João Augusto Arfeli Panucci, afirma que:

“De um lado temos um grupo de agentes teoricamente “frágeis” perante o Estado, os quais muitas vezes acabam por cometer delitos por não terem opção diversa. Noutro giro temos verdadeiras “empresas do crime”, onde se encontram grupos muito bem estruturados, preparados, orientados e com força consolidada perante o Estado, os quais controlam milhares de pessoas, sejam estas integrantes do grupo ou não, e até mesmo setores sociais financeiramente lucráveis. Portanto, verifica-se que o crime organizado controla não somente grande parte da prática criminosa em nosso país, como também orquestra ações aparentemente lícitas, mas que, na verdade, são meios para lavagem de capitais e obtenção de lucros posteriormente revertidos para engrandecimento do aparato utilizado nas condutas delituosas.” (PANUCCI, 2015).

Dessa forma, é colocada em pauta a demasiada divergência de condições e do poderio financeiro das grandes entidades criminosas, que são mais preparadas e equipadas que o aparato estatal, e dos grupos mais frágeis, que se prejudicam em favor dos hierarquicamente mais poderosos, como será pautado mais à frente.

## 2.3 Discriminação social no Brasil

As desigualdades sociais, tão presentes e enraizadas em nossa sociedade, estão relacionadas às questões históricas, contexto político, econômico e às discrepâncias sociais resultantes das classes sociais, gênero e raça. Portanto, colocam grupos minoritários e vulneráveis na margem da sociedade, em situações de extrema precariedade.

Isso ocorre devido a escravidão, pois, após a sanção da Lei Aurea, os negros livres ficaram sujeitos à marginalização, nas comunidades e periferias das cidades, uma vez que não tinham com sobreviver e a partir disso tentaram viver sem qualquer tipo de ajuda ou incentivo para uma vida melhor. Então, passaram a viver excluídos da sociedade, como na economia, educação e política, já que o Estado nunca se importou em integrar negros à sociedade o que acabou gerando mais criminalidade e ainda mais preconceito (FILHO, 2021).

O doutor em Direito pela Universidade de Harvard e Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Adilson José Moreira, aborda em seu artigo, “O que é discriminação?”, as práticas discriminatórias:

“Certas pessoas são discriminadas em função de determinadas características comuns a membros de grupos vulneráveis, mas outras parecem ser tratadas de forma arbitrária por normas legais ou ações governamentais que não fazem referência a traços individuais. (...) Nota-se que algumas pessoas são excluídas de proteção jurídica por uma determinação legal e outras estão na mesma situação por práticas invisíveis ao direito. Pode-se também inferir dessas situações que privilégios sociais têm um efeito discriminatório sobre pessoas que não possuem acesso a redes de influência. Além de tudo isso, vemos que a exclusão surge como produto tanto da omissão como também da ação de agentes estatais cuja atuação é pautada por estereótipos culturais.” (MOREIRA, 2017).

Para Elida Séguin, doutora em Direito Público, as minorias se relacionam aos grupos vulneráveis no passo que possuem elementos característicos em comum, sofrem discriminação, são vítimas de intolerância, passam por um processo de dominação, em que seu poder é retirado, levando-os à marginalização social (SÉGUIN, 2002).

Em uma sociedade enraizada pelo racismo como a brasileira, acaba afetando grupos vulneráveis, especialmente a maioria da população negra, encaixando-se nesse grupo ao relacionar-se principalmente com a definição de Séguin, estes que vivem diante de crise sanitária, social, política, econômica, moral, crise na globalização e os fluxos migratórios.

De acordo com o sociólogo Sérgio Adorno, a discriminação social é um fator que reforça a perseguição policial:

“A exclusão social é reforçada pelo preconceito e pela estigmatização (Azevedo, 1987; Bastide e Fernandes, 1959; Schwarcz, 1987; Skidmore, 1976). No senso comum, cidadãos negros são percebidos como potenciais perturbadores da ordem social (Fausto, 1984). Talvez por isso constituam também alvo privilegiado das investigações policiais (...)” (ADORNO, 1995).

Não só isso, ainda seguindo sua concepção, a distribuição da justiça alcança alguns cidadãos em detrimento de outros, e diversas razões acabam dificultando o acesso da população aos serviços judiciais, assim, infelizmente é muito difícil as decisões judiciais e atos e investigações policiais não serem discriminatórias. Sendo assim, este cenário faz parte da sociedade brasileira, na qual amplas parcelas de sua população são excluídas de seus direitos (ADORNO, 1995).

Ainda segundo Adorno:

“No senso comum e no rumor coletivo, o medo diante do crime vem associado frequentemente à construção social do perfil dos prováveis delinquentes. Não é incomum acreditar-se que o crime é determinado biologicamente e que certas “raças” manifestam inclinação preferencial para cometer infrações penais e para elaborar uma “carreira moral” (Goffman, 1961) na delinquência. Em particular, cidadãos negros aparecem no imaginário coletivo como potencialmente criminosos. Reputam lhes atributos físicos e culturais que os tornam por excelência suspeitos de serem responsáveis pelo crescimento da criminalidade urbana violenta. No Brasil, o substrato dessas crenças repousa em raízes histórico-culturais.” (ADORNO, 1995)

Esse aspecto fica nítido, uma vez que a população carcerária brasileira não é multicultural, ou seja, as prisões brasileiras são dominadas por uma única raça e classe social. No Brasil, 64 % da população nos presídios é negra, enquanto negros representam 53 % da população brasileira, ou seja, dois em cada três indivíduos presos no país são negros (FILHO, 2021).

Fica claro o tratamento diferenciado dos indivíduos nos diversos locais das cidades, principalmente em relação aos grupos vulneráveis. É a partir dessa constatação que destaca a resposta da construção racista da sociedade brasileira em termos de prisões, tortura e violência, que é uma descrição afirmativa do processo de gestão das diversas etapas do corpo negro. A seletividade do sistema penal baseia-se na imagem do “inimigo”, e o direito penal do século XX reconheceu isso ao considerar certas pessoas como perigosas e indesejáveis (ASSUMPÇÃO, 2017).

A verdade é que os perigos e medos já presentes na sociedade, combinados com o contexto de racismo e o tratamento diferenciado e mais agressivo nas comunidades, têm criado cada vez mais um estigma contra esses grupos percebidos de perigo, associando uma personalidade criminosa e suspeita (ALVES, 2017).

## **2.4 Impacto dos sistemas de predição na discriminação social e sua eficácia contra o tráfico de drogas**

Como já mencionado, os sistemas de predição podem ser influenciados pelo foco em grupos étnicos e determinados bairros nas patrulhas, sendo assim, é provável que os registros policiais representam sistematicamente os mesmos grupos e bairros. Além disso, evidências empíricas sugerem que policiais, mesmo que implicitamente ou inclusive explicitamente, consideram raça e etnia ao determinar quais pessoas deter e em quais

bairros patrulhar (SANTOS; MAYUMI, 2020).

Sabe-se que no processo penal, desde a fase de investigações, é necessária uma autorização judicial para adentrar a esfera das informações atinentes a privada do indivíduo, e tão somente concedida quando já existem indícios da prática de crimes ou uma ação penal iniciada. Todavia, a obtenção dos dados, mesmo que de forma preventiva, realizada por esses sistemas, fazem com que todas essas informações estejam expostas sem que o indivíduo tenha praticado algum delito, inexistindo elementos comprobatórios da conduta (PANUCCI, 2015).

Em certa medida há uma imputação prévia em face de quem nada fez – ‘etiquetando’ o sujeito - podendo existir notável abuso de poder por parte dos agentes estatais, que, embora nenhuma investigação tenha sido iniciada, abordam os indivíduos e geram constrangimento desnecessário, uma vez que qualquer pessoa que presencia uma abordagem policial quase automaticamente rotulará o indivíduo que foi abordado como criminoso (PANUCCI, 2015).

Além disso, essa abordagem pode afrontar aspectos da presunção de inocência e não culpabilidade, mesmo que sujeitando o sujeito ao receio de praticar um delito, uma vez que está sendo observado, por mais avançada que seja a tecnologia utilizada pelo programa, podem ocorrer erros e, assim, indicar pessoas que não representam nenhum perigo para a sociedade (PANUCCI, 2015).

O especialista em Direito Penal e Processual Penal, João Augusto Arfeli Panucci, afirma que:

“Assim, parece-nos que neste segundo plano de atuação, o policiamento preditivo acaba por se tornar demasiadamente invasivo e abusivo, posto que a utilização de dados fornecidos pelo programa em eventual investigação instaurada em momento posterior ao delito é razoável, porém, a abordagem prévia ao delito, fazendo a imputação de um fato indefinido que sequer existiu confronto diretamente ditames constitucionais que não devem ser desrespeitados sem justificativa plausível.” (PANUCCI, 2015).

O policial deixa de ser apenas um observador (patrulha preventiva), realizando ações efetivas na presença de suspeitos, então a polícia não só começou a monitorar o comportamento do suspeito para flagrá-lo no local, como também o coagem e avisam que está sendo vigiado.

Ocorre que, como já mencionado anteriormente, no crime organizado existem níveis hierárquicos, de um lado temos os chefes das “empresas do tráfico” que acabam ficando impunes, e do outro os que ficam nas “bocas” e sofrem as consequências, são teoricamente “frágeis” que muitas vezes acabam por cometer delitos por não terem opção diversa.

Levando em conta os estereótipos existentes desde a escravidão, do sujeito que é considerado criminoso, relacionado à opressão e falta de oportunidades, e também ao artigo 28 de Lei nº 11.343/06, que estabelece as condições e o local da conduta como fatores determinantes para caracterização do usuário, os consumidores são claramente

mais propensos a serem tratados como traficantes de drogas nos ambientes periféricos, ou seja, o Estado e o legislador reforçam a discriminação ao punir um jovem, pobre com pequena quantidade de droga, que é tido como traficante, pelo simples fato de estar no local e condições “erradas”, uma vez que isso não ocorreria em bairros nobres das cidades, já que seriam considerados apenas usuários (MACHADO, 2010).

Portanto, uma das marcas da criminalização é a repressão seletiva que atua no locais específicos onde vivem os considerados criminosos, muitas vezes apenas porque moram naquele local. Segundo essa ideia, torna-se um ciclo de punição e repressão, revelando que os grupos socialmente desfavorecidos são os que mais se destacam na criminalidade. Como resultado, tais grupos costumam ser alvo de soluções imediatas e simples para reduzir os índices de criminalidade, baseadas em motivos de proteção e/ou vingança que resultam na neutralização dos seus membros pelo aparato penal (ALVES, 2017).

Além disso, a política de encarceramento aumenta a apreensão por seus resultados e leva o crescimento do crime organizado como efeito colateral, que aproveita as precárias condições carcerárias e da superlotação para recrutar jovens pobres nas prisões (ALVES, 2017).

Portanto, nota-se a grande influência das raízes do preconceito no Brasil em relação à associação de pessoas de certos grupos étnicos à criminalidade, o que pode gerar o mal uso dos sistemas de predição e o exagerado policiamento preditivo de acordo com etnias e regiões.

Com toda essa abordagem, é perceptível que existem tendências à incriminação e patrulhamento policial em certas regiões e etnias, sendo assim, é possível que o policiamento preditivo, com base nos algoritmos, focaria nesses quesitos. A professora Sabine Gless da faculdade de Direito da Universidade de Basileia na Suíça, afirma que:

“O policiamento preditivo desencadeou um debate acalorado sobre a questão dos falsos positivos. Máquinas tendenciosas treinadas podem erroneamente classificar indivíduos como de alto risco pelo simples fato de pertencerem a determinado grupo étnico, e muitos concordam que essas pessoas não deveriam carregar o fardo do policiamento exacerbado em virtude de um problema inerentemente aleatório” (GLESS, 2018)

Por fim, podemos destacar que os sistemas tendenciosos classificariam erroneamente indivíduos como criminosos, por simplesmente pertencerem a um grupo étnico específico, que residem em locais determinados, que teriam que suportar um excesso de ações policiais, na maioria das vezes sem ter qualquer relação ao tráfico, devido a um problema inerentemente aleatório (VEALE, VAN KLEEK e BINNS, 2018).

### **3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a aprofundada abordagem sobre o tema, questiona-se, existiria a prevenção

delitiva do tráfico fora das comunidades? Que alcançaria os criminosos dominantes do tráfico, ou apenas os traficantes que ficam nas ruas? E também, nas classes sociais mais elevadas, onde o tráfico existe tanto quanto nas regiões mais pobres?

Como já mencionado, podemos distinguir dois tipos de abordagem, em relação aos resultados da predição, uma delas é a que o policial fica à paisana no local e horário indicados pelo sistema e flagra o indivíduo durante a prática criminosa, a outra, é a abordagem prévia, que seria anterior à conduta do criminoso.

Em relação à primeira espécie, acreditamos que as patrulhas policiais se concentrariam em pequenas regiões onde a probabilidade de ocorrência de atividades criminosas é maior, considerando os dados emitidos pelo algoritmo, de acordo com o histórico de ocorrências. Sendo o tráfico de drogas como delito abordado, as comunidades teriam ações policiais excessivas, além do que já ocorre.

E no que se refere ao segundo tipo, a abordagem prévia de indivíduos, em que os sistemas definem como potenciais criminosos e seria anterior a qualquer espécie de prática criminosa, ou seja, o programa seria capaz de “adivinhar” quem estaria disposto a cometer um delito. Assim, a polícia poderia realizar uma abordagem, inclusive se valendo de caráter intimidatório, para fazer com que o agente desista da suposta ideia de infringir a lei. Entretanto, geraria o constrangimento e incriminação ao indivíduo, infringindo a presunção de inocência e não culpabilidade.

Por fim, cabe a explicitar todas as respostas dos questionamentos, as ações policiais aumentariam nas comunidades, uma vez que os algoritmos indicariam aquelas áreas como de maior risco, sendo assim, por mais que possam ajudar na diminuição do tráfico em certos locais, essa não seria a melhor medida contra a gigante organização sustenta o crime, resultando, sim, na perpetuação da discriminação social.

Sendo assim, a ideia do policiamento preditivo funcionaria corretamente se, na prática, sua aplicação fosse exatamente como esperada, porém, principalmente no Brasil, isso ainda não acontece, sendo necessários investimentos para novas formas e métodos de utilização.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. Out. 1995.

ALVES, Jader Santos. A Atuação Policial na Perspectiva de Jovens Negros: Vozes dos Invisíveis. Dissertação. (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2017.

ANDRADE, Tarcísio Matos de. Reflexões sobre políticas de drogas no Brasil. Out. 2011.

ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. A gestão do corpo negro no Brasil: da democracia racial ao genocídio. Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Brasília, v. 3, p. 20 – 41, Jan/Jun. 2017.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. Dossiê Sur sobre Drogas e Direitos Humanos. Revista Internacional de Direitos Humanos - Revista Sur, v.12, N. 21, Ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portal BNMP - Estatísticas. Acesso em 09 jul 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Informe: O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois, Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. Brasília, jun 2021.

COSTA, Camila Mattos da. “We are watching you”: policiamento preditivo, controle, disciplina e vigilância. Anais do 8º Encontro Internacional de Política Social e 15º Encontro Nacional de Política Social ISSN 2175-098X. Tema: Questão social, violência e segurança pública: desafios e perspectivas. Vitória, nov 2020.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Revista Pública, Agência de Jornalismo Investigativo, mai. 2019.

FILHO, Jean Carlos da Silva, Encarceramento e tráfico de drogas: o mapeamento da criminalidade a partir da questão racial. Salvador, 16-Jun-2021.

GLESS, Sabine. Predictive Policing – In defense of ‘true positives’. In: bayamlio lu, emre; baraliuc, irina; janssens, liisa; hildebrandt, mireille (ed.). Being profiled: cogitas ergo sum. 10 years of profiling the european citizen, amsterdam university press, 2018. P. 76-83.

GOMES, Leticia Simões. Policiamento Preditivo. Núcleo de Estudos da Violência – USP, 2019.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. Revista Jurídica Publica Direito, Fortaleza, 2010. p. 1098- 1111.

MENEZES, Cytia Souza de; SANLLEHÍ; José Ramon Agustina. Big data, inteligência artificial e policiamento preditivo: bases para uma adequada regulação legal que respeite os direitos fundamentais. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - JAN-ABR 2021.

MOMBELLI, Elisa. O big data e o policiamento preditivo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4270, 11 mar. 2015,

MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação?. Belo Horizonte-MG: Letramento, 2017.

PANUCCI, João Augusto Arfeli. A possibilidade de aplicação do policiamento preditivo em contraponto com os direitos constitucionais individuais. Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, São Paulo, 2015.

SANTOS, Lucas Brito Silveira; MAYUMI, Natalia. Policiamento Preditivo, Estudo do caso PredPol e possível aplicação. Revista Jus Navigandi, jul. 2020.

SÃO PAULO. Segurança urbana – notícias: CompStat Paulistano - sistema integrado para identificação de áreas sensíveis à desordem urbana, jun 2021. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/seguranca\\_urbana/noticias/?p=314403](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/seguranca_urbana/noticias/?p=314403)

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PREDPOL. *The History of PredPol*. PredPol, Inc, 2020 Disponível em: <https://www.predpol.com/about/>

VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; BINNS, Reuben. Fairness and accountability design needs for algorithmic support in high-stakes public sector decision-making (April 21, 2018). *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI'18)*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3175424>

# ANÁLISE DAS DIRETRIZES DO PROGRAMA FEDERAL MIRIM DESENVOLVIDO NA PARAÍBA ACERCA DA REEDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TOXICOMANIÁCOS

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Marília Nóbrega de Assis**

**Kelven Rawly Claudino de Araújo**

**José Vanderson Cunha Nascimento**

**Raissa Costa Silva**

**Rafaela Silva**

**Josefa Edileide Santos Ramos**

**Marcelo Costa Borba**

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo geral analisar as diretrizes da execução do Programa Federal Mirim (PFM), na perspectiva da reeducação de crianças e adolescentes toxicomaníacos a partir da Educação em Direitos Humanos (EDH). Bem como, comparar as propostas de execução apresentadas pelo PFM e com as diretrizes do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH 3), assim como perquirir a aplicabilidade do PFM. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi o do tipo descritiva, quanto aos seus objetivos, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. Por meio da observação e da análise, verificou-se que as políticas

públicas concernidas com dependentes químicos e seus familiares encontram-se, ainda, em estado incipiente e, portanto, sua eficácia é bastante tímida. Através deste trabalho pode-se perceber a relevância das informações acerca dos entorpecentes no combate ao consumo do mesmo. Anota-se também que o programa social, em estudo desenvolvido pela Polícia Federal, detém o condão de aproximar a polícia da comunidade, proporcionando uma parceria na qual todos se beneficiam. Sendo assim, é necessário o desenvolvimento de mais programas sociais com o fito de transmitir conhecimento acerca dos entorpecentes, para que assim haja a possibilidade de atuar de forma preventiva no combate ao uso de narcóticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade compartilhada. Menores dependentes. Consumo de entorpecentes. Políticas públicas. Integração de governos.

**ABSTRACT:** The general objective of this article is to analyze the guidelines for the execution of the Federal Children's Program (FCM), in the perspective of the re-education of drug addict children and adolescents based on Education in Human Rights (EHR). As well as comparing the

implementation proposals presented by the PFM and with the guidelines of the National Plan for Education in Human Rights (PNPEHR 3), as well as inquiring the applicability of the FCM. The methodology used in this research was of the descriptive type, regarding its objectives, based on bibliographical and documental research. Through observation and analysis, it was found that public policies concerning drug addicts and their families are still in an incipient state and, therefore, their effectiveness is quite timid. Through this work it is possible to perceive the relevance of information about narcotics in the fight against their consumption. It is also noted that the social program, in a study carried out by the Federal Police, has the ability to bring the police closer to the community, providing a partnership in which everyone benefits. Therefore, it is necessary to develop more social programs with the aim of transmitting knowledge about narcotics, so that there is the possibility of acting preventively in the fight against the use of narcotics.

**KEYWORDS:** Shared responsibility. Dependent minors. Consumption of narcotics. Public policy. Integration of governments.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como escopo abordar o tema Educação em Direitos Humanos (EDH), enfatizando os direitos conferidos aos menores, que diante má distribuição de renda no Brasil, são marginalizados por uma parte da sociedade, tendo limitando o gozo das garantias individuais e coletivas por esta parcela e, assim, sub-rogando a dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, os Direitos Humanos (DH) surgiram exatamente para coibir atos arbitrários contra a dignidade dos cidadãos e garantir direitos mínimos aos seres humanos. No entanto, para que haja de fato uma efetivação dos direitos dos homens é necessário que estes se reconheçam como sujeitos titulares de direitos, o que só ocorrerá quando houver uma conscientização neste sentido. Em vista disso, é elementar que existam políticas públicas para que todos sejam conscientizados da importância de se educar para os Direitos Humanos. Se faz necessário que existam políticas públicas, no sentido de fomentar a participação popular em discussões em que prevaleça o interesse da sociedade para que efetivamente haja respeito aos Direitos Humanos.

Não obstante, os Direitos Humanos entendem a relevância e a importância da família, no respeito a seus princípios, tendo em vista que é dentro do âmbito familiar que os indivíduos desenvolvem as primeiras noções de cidadania. A partir deste entendimento propusemo-nos, nesta pesquisa, focar nos Direitos Humanos do menor em relação à dependência química e, conseqüentemente, nas ações implementadas no sentido de coibi-las através da Educação em Direitos Humanos (EDH), assim como, verificar a posição do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos 3 (PNEDH 3) sobre a questão.

Deste modo, esta pesquisa tornou-se importante uma vez que objetiva analisar questões polêmicas no tocante aos direitos do menor, envolvendo projetos sociais que têm como finalidade implementar às políticas de prevenção e o tratamento para menores

em situação de dependência química, sendo também relevante para o meio acadêmico e discussões sobre a problemática, com o escopo de buscar solução eficaz para a esfinge.

Ainda, para que os objetivos acima expostos sejam abrangidos, o presente estudo foi dividido em: 1) abordar o processo de reeducação de menores dependentes químicos no contexto brasileiro e o PNEDH 3, que abrange o contexto histórico das drogas, como estas foram inseridas na sociedade brasileira, quais os motivos que atraem crianças e adolescentes para esta prática e como os mecanismos de prevenção podem auxiliar no processo de reinserção de menores toxicomaniacos. 2) Contemplar a questão direitos humanos e cidadania voltados para o menor, seu surgimento e implementação na sociedade brasileira e como estes podem influenciar na formação da personalidade do indivíduo. Para esta abordagem, surge, como mecanismo, a Educação em Direitos Humanos (EDH). 3) Evidenciamos os aspectos metodológicos deste estudo a partir dos tipos de pesquisas que foram utilizadas para que fosse procedida uma melhor elucidação acerca da temática; ainda, na Análise de Dados, buscou-se apreciar as diretrizes apresentadas pelo Programa Federal Mirim relacionando-as com a proposta da Educação em Direitos Humanos, bem como se procurou estabelecer a conexão entre o PFM e o PNEDH 3 e como estes programas podem auxiliar no combate a expansão do consumo de entorpecentes por menores.

## 2 | REFERENCIAL TEÓRICO

É perceptível que a partir do século XXI a problemática das drogas, no Brasil, tornou-se relevante em decorrência da rapidez com que se expandiu no meio social e, principalmente, entre crianças e adolescentes, na condição de dependentes ou de que prestam serviços ao tráfico.

Não obstante, o governo brasileiro fomentou debates acerca da temática com o objetivo de angariar possíveis soluções para o enfretamento da questão dos entorpecentes e, que possam auxiliar no combate à expansão do consumo ou, ainda, amenizem os efeitos causados na sociedade.

Para tanto, o Governo Federal tem investido na criação de unidades para tratamento de desintoxicação e reinserção do menor dependente químico na sociedade. Assim como na divulgação dos efeitos nocivos para a saúde do usuário e da população, através de ações de prevenção com o intuito de evitar que os menores experimentem os narcóticos e tornem-se, potencialmente, dependentes.

Neste prisma, tentando viabilizar o plano do governo, o PNEDH 3 acredita que para se otimizar os resultados almejados nos projetos é necessário que exista, de forma efetiva, uma educação volvida para os direitos humanos. Em suas diretrizes propõe ações para que, periodicamente, sejam lançados dados à sociedade sobre apreensões de entorpecentes, assim como às políticas que estão sendo desenvolvidas para inibir o consumo de drogas na sociedade, e como está sendo realizado o tratamento de dependentes químicos e sua

reinserção na sociedade.

A divulgação dos resultados das ações de prevenção e repressão à expansão do tráfico de drogas possibilita à população maior participação no auxílio ao governo e nas deliberações que visam o combate ao consumo de entorpecentes. Destarte, ao longo deste capítulo, será relatado um breve histórico acerca da origem das drogas e como estas foram introduzidas no Brasil, além de como a inércia dos governantes durante longos períodos permitiu que o tráfico de entorpecentes se instalasse e se expandisse descontroladamente no país, tornando-se um grande problema para a sociedade brasileira.

## **2.1 Educação em direitos humanos: mecanismo de auxílio no combate às drogas**

Diante da problemática das drogas no contexto atual, a Educação em Direitos Humanos (EDH) apresenta-se como um possível método para combater à expansão do consumo de entorpecentes por jovens e, de modo tangencial, pelos adultos. É visto que a educação formal tem o poder de modificar a realidade social do Brasil, no entanto, para alcançar este objetivo, às políticas de ensino devem se debruçar na tentativa de conscientizar crianças e adolescentes para a sua capacidade de alterar à realidade em que vivem.

Vale salientar que para a efetivação da educação em direitos humanos, não basta apenas que o tema seja abordado de forma superficial no âmbito da educação básica. É necessário que os direitos humanos sejam explorados de forma exaustiva, objetivando formar o entendimento de que a partir do respeito formaremos uma sociedade igualitária. O PNEDH3 assevera que essa concepção se traduz em propostas de mudanças curriculares, incluindo discussões sobre os direitos humanos à educação transversal e permanente. Deste modo, com o desenvolvimento da cultura do respeito e da educação voltada para os direitos humanos, em todos os níveis educacionais, será promovida na sociedade uma conscientização do real dos seus objetivos. A EDH está relacionada à problemática dos usuários de entorpecentes, porque como mencionado anteriormente, tem também como objetivo conscientizar à população para não enxergar os usuários como a escória da humanidade, condenando-os à exclusão social.

Isto posto, as leis que institucionalizaram os direitos humanos visam assegurar direitos mínimos às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade. Os usuários de drogas, não importando os motivos pelos quais se introduziram nessa prática, encontram-se em situação de vulnerabilidade. Neste sentido, a EDH atuaria para conscientizar a população de forma geral acerca dos malefícios do consumo de drogas para toda a sociedade, seja devido à violência gerada por provocações e alterações psicológicas nos usuários, ou mesmo por financiar o tráfico, ou, ainda, pelo dispêndio de verbas públicas para o tratamento dos dependentes. Neste norte, acredita-se que a prática da Educação em Direitos Humanos prevaleceria como mecanismo de prevenção, tendo em

vista que a intensa divulgação de informações acerca da temática, seria uma ferramenta relevante para evitar o primeiro contato de jovens com substâncias alucinógenas.

A EDH atuando em situações em que o usuário se encontra já em nível de dependência, serviria para impedir que este fosse excluído da sociedade e buscaria meios de assegurar direitos inerentes a condição humana do dependente químico, estimulando a busca por métodos eficazes de tratamento, de desintoxicação além de reinseri-lo no convívio social, conscientizando-o do seu problema.

## **2.2 Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos 3 (PNEDH 3)**

Como forma de fomentar a participação popular em questões que direta ou indiretamente atinjam interesses da sociedade, tendo como princípio basilar o respeito à pessoa humana, surge o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH). O programa se destaca, também, sob a perspectiva do tratamento dos dependentes químicos, ao efetivar o direito a dignidade visto sofrerem discriminação por parte da sociedade brasileira. Doutra banda, há mecanismos que impedem o desenvolvimento efetivo da Educação em Direitos Humanos, como o problema de se distinguir usuários de traficantes e quais as punições adequadas para cada caso.

A problemática social que envolve o uso de drogas está ou deveria estar sendo enfrentada como questão de saúde pública. O governo tem a obrigação de buscar mecanismos que viabilizem o tratamento dos usuários, ficando às questões criminais para a Justiça Criminal e a Segurança Pública. A banalizando do uso de drogas, bastante difundido pelos meios de comunicação, prejudica os propósitos da Declaração dos Direitos do Homem, que busca instituir no Brasil, os direitos mínimos daqueles que se encontram em situação desprivilegiadas.

Deste modo, é mister que haja a desmistificação do sentido dos Direitos Humanos, para que sociedade brasileira, que foi submetida por diversos períodos ao regime ditatorial compreenda o alcance dos DH. Para tanto, a mídia que detém a capacidade de difundir informações de maneira célere deve ser utilizada com propósito favorável ao respeito aos direitos e à cidadania humana. Ainda se pautam na relevância da observância dos Direitos Humanos como elemento de modificação e transformação da democracia. Destarte, é necessário para que se efetive a democracia participativa no Brasil, que seus cidadãos se reconheçam como sujeito de direitos, capazes de transformar a realidade social e efetivar a instituição dos Direitos Humanos no país.

## **2.3 Educação em direitos humanos: forma de humanização**

Franquearam esforço, no sentido de conscientização e educação da sociedade, para que os direitos das pessoas fossem respeitados, com o intuito de instituir uma sociedade igualitária, com o reconhecimento do homem como sujeito titular de direitos. Desta feita, dar-se-á a relevância da EDH, que objetiva garantir o desenvolvimento consciente do

indivíduo para uma vida independente na sociedade, tendo como ponto norteador o respeito aos direitos humanos. Isto porque, para que exista de fato uma educação voltada para os direitos humanos é necessário que sejam revistos valores sociais arraigados na cultura brasileira. Para a citada autora, a EDH exige essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana, através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz.

Constata-se, deste modo, que a educação voltada para os direitos humanos deve ter por norte objetivos que visem o bem-estar social, com a formação de uma cultura na qual, essencialmente, seja respeitada a dignidade da pessoa humana. Ainda, assevera que o processo educativo se torna indispensável na formação do cidadão, uma vez que a educação - para os direitos humanos e cidadania - tem como pressuposto promover o pleno desenvolvimento do educando, com vista a desenvolver suas potencialidades de conhecimento, de julgamento e de escolha para viver de forma consciente em sociedade.

Ademais, a sociedade brasileira progrediu em determinados aspectos, mas ainda é prolixo afirmar que os Direitos Humanos são respeitados no Brasil, pois devido a diversos fatores históricos como o período da escravidão, época na qual os escravos não eram reconhecidos como pessoas e considerados objetos, eram negados todos os seus direitos de cidadão. Este paradigma arraigou-se à cultura brasileira e, ainda, dificulta hodiernamente à consideração a alguns direitos.

O modelo de colonização do Brasil também exerceu forte influência na relação direitos humanos e sociedade. De fato, a atividade de colonização exercida pelos portugueses, criou cultura de servidão nos colonizados, o que de certa forma incita nos indivíduos a falsa percepção de que não são estas, pessoas que merecem ter seus direitos respeitados. Entretanto, o caráter universal dos DH impossibilita-o de conviver com qualquer forma de regime no qual exista desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Outro ponto importante e que dificulta a efetivação dos DH na sociedade é a distorção no tocante à definição, entretanto, como supramencionado, a visão acerca dos DH transmitidas pelos meios de comunicação é deturpada, dificultando a sua efetivação. É neste norte que “os Direitos Humanos são criminalizados, desvirtuando do seu sentido real e sendo taxados como direito de bandido, contando com a complacência de políticos, vinculados, muitas vezes, diretamente a policiais” (SADER, 1987, p. 74).

Apesar de os meios de comunicação influenciarem a opinião pública, existem ONG's, como a Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, que patrocinam eventos e encontros em todas as partes do país, com escopo de agregar entidades que desenvolvem atividades pertinentes a esta temática. Destaque-se o programa federal, Educação em Direitos Humanos, que incentiva instituições de nível superior, por meio de recursos financeiros do MEC, a oferecer formação a profissionais e produzir material na área de educação em Direitos Humanos, buscando, posteriormente, a implementação do Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH 3).

Tal plano está ligado à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96) que “é fundamental para dinamizar este plano, oferecendo subsídios da perspectiva de um ensino participativo” (CASTILHO, 2010, p. 68).

Desse modo, a mesma se configura como um conjunto de processos instituintes de uma mudança de mentalidade, de uma mudança cultural, cujos esforços podem e devem levar a novas institucionalidades educacionais. Assim sendo, constata-se que o principal objetivo da Convenção é que os jovens sejam educados tendo como base o respeito aos direitos humanos, para que seja instituída uma sociedade igualitária, livre de qualquer forma de exclusão dos indivíduos, na qual todos possam desenvolver suas potencialidades dentro da mesma.

Neste objetivo, a mídia como formadora de opinião e que influencia diretamente na formação dos jovens, poderia ser uma ferramenta participativa neste processo, haja vista que aborda, mesmo que de forma superficial, temas que fazem parte da realidade dos mesmos. Destarte, convém salientar que a educação dos jovens em direitos humanos depende da utilização de uma mídia que esteja volvida socialmente, a qual seja, de veicular informações focando sempre no respeito aos direitos dos humanos e, não apenas, visando os interesses econômicos e a indução da sociedade ao reforçar a ideia de que as regras só são utilizadas para defender bandidos.

### **3 | ASPECTOS METODOLÓGICOS**

O presente artigo segue os aspectos metodológicos através dos mecanismos da pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, seguindo padrões dos métodos dedutivos, históricos, científicos auxiliares e comparativos. A presente pesquisa analisou a proposta de execução do Projeto Federal Mirim (PFM), desenvolvido pela Polícia Federal da Paraíba, através da perspectiva de reeducação de menores dependentes químicos, promovidos pela Educação em Direitos Humanos do Menor, convergindo em uma pesquisa descritiva para o presente estudo. Esta especificação da pesquisa utilizou-se de padrões textuais, objetivando observar, registrar e analisar, sem, entretanto, entrar no mérito da questão, não havendo desta forma interferência por meio do pesquisador.

Como método auxiliar, buscou-se a pesquisa bibliográfica e documental, sendo a primeira, um procedimento que abrange o levantamento de informações, como aponta Marconi (2001, p. 56) “por meio de publicações na forma de livros, revistas científicas, internet, publicações avulsas, buscando categoricamente a fonte em material já elaborado que explicita discussões sobre o tema”.

Engrandecendo a pesquisa, também se utilizou de fonte documental, através da análise das diretrizes do PFM. A pesquisa documental se assemelha a pesquisa bibliográfica, porém, como aponta Gil (2008), a mesma tem objetivos bem mais específicos com fim em si mesmo, exigindo à consulta de arquivos públicos e particulares, sob

diversos formatos, como fichas, mapas, formulários, cadernetas, documentos pessoais, cartas, bilhetes, fotografias, fitas de vídeos e discos. Também foram utilizados os métodos científicos auxiliares históricos e comparativos, uma vez que tais métodos possuem um largo emprego nas ciências sociais, particularmente no Direito, que demonstra constantes transformações. Conforme asseveram Mezzaroba e Monteiro (2008), o método histórico analisa os contextos históricos, enquanto o método comparativo traduz a ideia de confronto, para que diferenças e semelhanças sejam estabelecidas.

O instrumento de coleta de dados fez-se através das diretrizes da proposta de execução do projeto, considerando informações dos registros da própria organização, para o presente trabalho, bem como a análise objetiva do projeto supramencionado sob a forma de documentos, fichas, relatórios ou arquivos em computador. Em sua forma de abordagem, verifica-se uma pesquisa qualitativa, uma vez que considera como interesse prioritário a focalização na qualidade de informações garimpadas e não nas variáveis as quais representam (LEOPARDI, 2001).

Relatos disponibilizados pela assessora da Comunicação Social, da Polícia Federal de João Pessoa-PB, Fabiana Greco, reforçam que a curto prazo, pode-se perceber que os objetivos para qual fora criado o projeto são alcançados, e que em relação à aproximação entre a sociedade e a polícia, a mesma ocorre instantaneamente, haja vista que a população se aproxima dos servidores e discorrem sobre experiências pessoais com entorpecentes. Desta forma, as fontes utilizadas, sob um olhar crítico do material garimpado, viabilizaram posteriormente, uma leitura analítica, com a finalidade de priorizar as ideias atinentes ao problema, bem como a suscitar os caminhos a serem percorridos.

## **4 | RESULTADOS**

Ao longo deste artigo, foi realizada uma explanação acerca da expansão do consumo de drogas, especialmente, entre crianças e adolescentes. Conjuntamente a isto, foram relacionadas algumas iniciativas que estão sendo adotadas para o enfrentamento da problemática dos entorpecentes na sociedade. O projeto é oriundo de sugestões dadas pelo sítio de busca “Google”, para buscas na internet. Busca esta que foi feita no intuito de localizar algum programa que envolvesse a questão das drogas e fosse próximo à nossa realidade, a paraibana. Neste contexto, adequou-se à proposta desta monografia o Programa Federal Mirim (PFM), desenvolvido pela Polícia Federal da Paraíba.

Isto posto, analisou-se minuciosamente as diretrizes apresentadas no projeto instituidor do PFM, objetivando avaliar a aplicabilidade da proposta no combate à expansão do consumo de entorpecentes por crianças e adolescentes. Com base no exposto acima, o programa acredita que a informação dos jovens sobre a temática, é o meio mais eficaz de coibir o uso pelos mesmos. Em seguida, realizamos um breve estudo sobre a relação existente entre as recomendações do PNEHDH 3, que visam coibir a proliferação do

consumo de entorpecentes por crianças e adolescentes e as diretrizes apresentadas pelo PFM para o enfrentamento da problemática das drogas na sociedade. Este estudo não teve como finalidade analisar o programa supracitado de forma exaustiva, mas de elucidar a importância da atuação do mesmo no combate à grave acentuação do problema social concernente ao envolvimento de crianças e adolescentes com substâncias entorpecentes.

#### **4.1 Diretrizes do Programa Federal Mirim a partir da perspectiva da EDH**

Educar significa promover a capacidade de compreensão de situações. Assim sendo, a Educação em Direitos Humanos (EDH) pode ser entendida como aquela que, utilizando da conscientização, busca instituir o respeito aos Direitos Humanos em toda a sociedade. Correlacionando as diretrizes do PFM com a proposta apresentada pela EDH, percebemos que o programa desenvolvido pela Polícia Federal da Paraíba, busca a implementação efetiva do exposto nos princípios basilares da EDH, tendo em vista que esta acredita na modificação da sociedade a partir da educação.

Adentremos, agora, especificamente, na investigação detalhada do PFM, que tem como escopo combater o consumo de drogas por crianças e adolescentes, atuando de forma preventiva e não somente de forma repressiva, em áreas consideradas de risco. O local escolhido para divulgação deste projeto foram as escolas. Vejamos, destarte, qual o conceito do Programa Federal Mirim: O PROGRAMA FEDERAL MIRIM visa a prevenção primária, ou no máximo secundária, ao uso indevido de drogas junto às escolas nas áreas consideradas de risco. Isto posto, percebemos que a área de prevenção do Programa Federal Mirim, volvido primordialmente a problemática das drogas com menores, não se limita tão somente em prevenir o primeiro contato de crianças e adolescentes com entorpecentes, mas, também, visa alcançar aqueles indivíduos que fazem uso de substâncias alucinógenas esporadicamente, de modo exponencial. O PFM é voltado para às comunidades consideradas perigosas.

Relacionando o excerto transcrito acima, entendemos que o PFM assim como a EDH, visam eliminar o uso indevido de substâncias psicotrópicas e para tanto, utilizam-se da informação como mecanismo auxiliar de prevenção. Ademais, acreditamos que a iniciativa da PF na elaboração do Programa Federal Mirim seja uma atitude louvável, haja vista que seria mais um método usado para combater à expansão do consumo de entorpecentes, tendo em vista que a mesma já atua no combate as drogas, porém de forma repressiva. Neste contexto, constatamos que à implementação do programa da PF é mister para que sejam realizadas atividades de interação entre a comunidade e os agentes policiais, para que viabilizem a criação de um vínculo de confiança entre ambos, para que assim, seja possível angariar melhores resultados no tocante à questão do consumo de entorpecentes.

O PFM atua na vertente de promover a implementação dos direitos humanos do menor, assim como busca resguardar às crianças e adolescentes do consumo de narcóticos

através da propagação do maior número de informações sobre o tema. Assim sendo, transcreveremos um excerto de umas das diretrizes do programa que demonstra as ações a serem implementadas: “Baseado na filosofia da “Responsabilidade Compartilhada”, este Programa envolverá as Escolas, levando oficinas, palestras, filmes e atividades diversas que envolvam, em um só dia, os educandos, os educadores, os familiares e a comunidade, estabelecendo um vínculo subjetivo, principalmente com as crianças e adolescentes, para um maior comprometimento com a problemática questão do consumo de drogas”.

Nesta vertente, verifica-se que por meio da “responsabilidade compartilhada”, a Polícia Federal, visa abranger diversos segmento da sociedade civil com o objetivo de combater ao consumo de entorpecentes, através de atividades interativas, como a realização de oficinas, filmes, palestras dentre outros. Ainda, objetiva conscientizar os membros da comunidade da relevância que cada membro possui, bem como incitar a colaboração dos cidadãos para coibir a expansão do número de crianças e adolescentes que aderem ao uso de tóxicos. Neste norte, inclui-se o incentivo aos pais, para que possam estar atentos as necessidades de seus filhos e à comunidade em geral, para prestar apoio às crianças e aos adolescentes que estão em situações de vulnerabilidade.

Nesta vertente, percebemos que o Programa Federal Mirim, por se desenvolver dentro de comunidade carente, está incluso na perspectiva das ações afirmativas, que são ações desenvolvidas por entes federados e objetivam sanar determinadas desigualdades. Não obstante, verificamos que a proposta PFM, um dos seus objetivos mais específicos sobre as drogas, embora seja ministrada em ambiente escolar, é o de fomentar discussões acerca da temática e buscar difundir o maior número de informações sobre a questão dos entorpecentes.

Em que pese, constata-se que o ambiente escolar foi escolhido para difundir conhecimento sobre os efeitos nocivos dos entorpecentes, por ser um local que facilita discussões em torno do tema, o objetivo é abranger toda à comunidade, para que os indivíduos de forma consciente, sabendo dos danos causados aos usuários, não se envolvam com substâncias alucinógenas. Nesta baila, para o desenvolvimento e execução do Programa, a Polícia Federal busca capacitar seus servidores com a finalidade de realizar palestras em especial para crianças e adolescentes, com o objetivo de prevenir o contato com substâncias alucinógenas e que usuários esporádicos se tornem potenciais dependentes químicos.

Neste ponto, percebemos que o Programa Federal Mirim – PFM busca uma interação entre a comunidade e os agentes da Polícia Federal, auxiliando na aproximação entre ambos, através de premiações distribuídas entre os jovens que participaram das atividades e que visam incentivar o combate às drogas. Além disso, é notório que iniciativas como a do PFM, que atua de forma preventiva, apresentem resultados eficazes a um custo inferior em comparação com os dispêndios das operações de repressão ao tráfico de entorpecentes. Desta feita, empreendimentos desta natureza, se apresentam como alternativas para

enfrentar a expansão do consumo de entorpecentes.

Assim sendo o Departamento da Polícia Federal – DPF -, que é o responsável pela repressão e combate às drogas ilícitas, acredita que a prevenção ao uso indevido de drogas tem sido o tipo de intervenção mais eficaz e de menor custo para a sociedade. Com o intuito de viabilizar a proposta do PFM, as entidades abrangidas pela ação, são contactadas para que se proceda ao agendamento de palestras, no dia designados. Os servidores da PF que foram capacitados para ministrar as oficinas são deslocados até a unidade escolar conveniada.

Logo no início das reuniões são aplicados questionários para verificar o grau de conhecimento que os indivíduos detêm acerca do assunto e após a realização das atividades, aplica-se novamente o questionário para verificar se de fato houve aprendizado no tocante à matéria. Deste feita, percebemos que o Projeto Federal Mirim se baseia no princípio basilar da EDH, ao acreditar que a conscientização de crianças e adolescentes por meio da educação é o método mais eficaz para coibir o uso de entorpecentes por usuários esporádicos ou considerados dependentes químicos.

## **4.2 As diretrizes do Programa Federal Mirim e o PNEDH 3**

Como mencionado anteriormente, a evolução histórica da humanidade é composta por embates sociais em que a sociedade buscava garantir direitos para os cidadãos, objetivando que estes tivessem o mínimo de condições para viver de maneira plena na sociedade. Nesta baila, o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos 3 – PNEDH 3 – instituído pelo Decreto Presidencial nº 7.037 de 21 de Dezembro de 2009, objetiva o fortalecimento da democracia participativa no Brasil, ou seja, aquela em que a população interage ativamente, visando modificar a realidade social da sociedade brasileira e não ficando restrita ao exercício da cidadania em períodos eleitorais.

Assim sendo, somente seria possível falar que o Brasil vive em regime democrático quando, de fato, a sociedade se reconhecer como sujeitos titulares de direitos e participar opinando nas decisões dos governantes, considerando sempre o bem comum. Pretendendo alcançar o pressuposto acima, o PNEDH 3 busca implementar um diálogo permanente entre o Estado e a sociedade civil, dentre outros mecanismos, para solidificar a democracia no Brasil, com escopo de obter soluções para enfrentar questões que afligem a sociedade brasileira, por meio da Educação em Direitos Humanos.

Dentro da problemática experimentada pela população brasileira, insere-se a expansão do consumo de entorpecentes por diversos níveis da sociedade. Medidas adotadas pelo Estado não se mostraram eficazes no combate ao uso de drogas e, desta feita, o PNEDH 3 estipulou regras para acompanhar o desenvolvimento efetivo das ações que visam coibir o a produção, o tráfico e consumo de entorpecentes. Neste norte, o PNEDH 3, buscando inserir a democracia participativa determinou que trimestralmente, em ações programáticas, fossem disponibilizados dados com acesso a toda sociedade acerca das

apreensões de entorpecentes, de forma que a população fique informada sobre a situação de expansão do consumo de entorpecentes.

Deste modo, demonstra-se o comprometimento com a transparência dos atos das autoridades. Debater quais os métodos estão sendo utilizados para a repressão do consumo e tráfico de drogas e, ainda, estimular discussões sobre o tema, para obtenção da redução de danos, são os objetivos do PNEDH 3. Não obstante, vale ressaltar que ao longo deste estudo, buscamos relacionar à Educação em Direitos Humanos como mecanismo de auxílio para combater a expansão do consumo de entorpecentes, especificamente, por crianças e adolescentes. Deste modo, no presente tópico tentaremos demonstrar as semelhanças entre o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos 3 e o Programa Federal Mirim. Antecipadamente, acreditamos que as recomendações do PNEDH 3 são materializadas a partir da execução do PFM. Passemos, a seguir, à análise do PFM relacionando-o com o PNEDH 3.

É de conhecimento geral que as polícias adotam uma política de trabalho repressiva ao tráfico de entorpecentes, utilizando investigações para desmanchar pontos de drogas e prender indivíduos que financiam o tráfico e aqueles que a revendem, com a finalidade de coibir o aumento de pessoas que fazem uso de substâncias alucinógenas. Verificamos, ainda, que a PF da Paraíba se destaca no combate ao consumo de drogas, tendo em vista que utiliza, também, a prevenção como forma de reprimir o uso de entorpecentes.

O PFM é voltado para a prevenção do consumo de entorpecentes por crianças e adolescentes, atuando em comunidades consideradas de risco, onde menores de idade estão expostos a circunstâncias que envolvem substâncias tóxicas, pois no Brasil, ainda imperam grandes situações de desigualdades sociais, que se manifestam dentro da divisão geográfica dos entes federados, podendo ser perceptível ao observamos, por exemplo, nos limites territoriais (periferias) de municípios onde se concentram às populações de baixa renda (em favelas ou comunidades). Aliado ao escasso poder aquisitivo e a falta de perspectiva de cidadãos que vivem às margens da sociedade, o *status* econômico que o tráfico de drogas oferece bem como a sensação de poder, atraem crianças e adolescentes para à prática delituosa.

Isto posto, o PFM busca trabalhar preventivamente com esses menores para informa-lhes acerca da nocividade do consumo de entorpecentes. No entanto, a ação se dá tanto na perspectiva de evitar o primeiro contato de crianças e adolescentes com drogas, mas também com o intuito de impedir que aqueles que fazem uso esporádicos de algum tóxico, não evoluam e tornem-se um dependente químico. Neste diapasão, o PNEDH 3, no objetivo estratégico II (BRASIL, 2010, p. 164.), ao mencionar acerca da formação adequada e qualificada dos profissionais do sistema de segurança pública nas ações programáticas.

Assim sendo, constatamos que os objetivos do PFM se assemelham à recomendação exarada pelo PNEDH 3, programa voltado ao atendimento de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. O Programa Federal Mirim é desenvolvido exatamente em

áreas consideradas de risco e as palestras são desenvolvidas por servidores da própria PF. Destarte, constatamos que o PFM em seus objetivos específicos busca executar o estabelecido pelo PNEDH 3, por escolher e qualificar alguns de seus servidores, para ministrar palestras sobre drogas em escolas localizadas em áreas de risco. Deste modo, os policiais federais buscam salvaguardar às crianças e adolescentes de situações que e incentivem ao consumo de entorpecentes, isto através da veiculação de informações sobre a nocividade destes. Para tanto, os servidores da PF, como estabelecido nos objetivos do PFM, levam acervo de informações sobre drogas.

Neste norte, o PNEDH 3, na diretriz 12, objetivo estratégico I (BRASIL, 2009, p. 109), incentiva a divulgação trimestral do balanço das apreensões de entorpecentes. Deste modo, as palestras ministradas trazem dados reais sobre a situação da expansão do consumo de tóxicos no Brasil e assim facilitam o entendimento das crianças e adolescentes sobre às drogas. Ainda, nesta baila, a publicação de dados oficiais de modo tangencial, também busca incitar a participação popular para formular propostas sobre a temática, com o intuito de obter meios alternativos no combate às drogas. E, assim sendo, o PFM, também inclui nos seus objetivos específicos a relevância da participação da população para o enfrentamento da problemática.

Ainda; neste norte, o Programa Federal Mirim, nas ações a serem implementadas, visa à interação entre os diversos segmentos da sociedade para combater o consumo de entorpecentes, por meio da Responsabilidade Compartilhada. Fazendo um aparte, como foi exposto ao longo deste trabalho, o ambiente familiar saudável é essencial para que às crianças e os adolescentes tornem-se adultos comprometidos com a o bem-estar social, ou seja, para a propagação do respeito aos Direitos Humanos. Além da família ser relevante para que os menores não se envolvam com entorpecentes, a entidade familiar também é fundamental na fase de recuperação de jovens que se encontram em situação de dependência química. Neste diapasão, de forma a fomentar a participação dos jovens nas atividades, assim como incentivá-los a auxiliar no combate ao consumo de tóxicos.

A ideia de distribuir entre os jovens algum tipo de brinde para fortalecer o comprometimento destes com o combate aos entorpecentes é iniciativa dos idealizadores do Programa Federal Mirim. Para que o PFM alcance os objetivos, qual seja, de difundir o conhecimento sobre a nocividade do consumo de entorpecentes entre crianças e adolescentes, são utilizados inúmeros métodos de lecionar acerca da temática das drogas que estão presentes dentro da metodologia do Programa Federal Mirim.

Desse modo, o intuito de se utilizar diversos mecanismos para a propagação acerca da temática deve-se ao fato de buscar a fixação do maior número de informações possíveis sobre as drogas, não se restringindo apenas a comunicação verbal. E, para o aprofundamento do conhecimento, amostras de drogas são levadas aos ambientes escolares, bem como a demonstração com cães farejadores da PF nas apreensões de drogas, ajudam a manter a atenção dos jovens às informações dos servidores sobre a

temática. Devido às metodologias utilizadas para a execução do Programa Federal Mirim, as entidades escolares foram escolhidas por serem por natureza ambientes favoráveis à disseminação de conhecimento.

Neste diapasão, o PNEDH 3 (BRASIL, 2009, p.211) assevera em suas propostas de ações governamentais, especificamente relacionada às crianças e aos adolescentes, o estímulo à veiculação de campanhas educativas voltadas ao combate do uso de entorpecentes. Deste modo, resta demonstrada, a semelhança entre as propostas do Programa Federal Mirim e as recomendações do Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos. Assim como a preocupação dos elaboradores do PNEDH 3 em buscar implementar os DH aos menores, visando mantê-los a salvo de situações de vulnerabilidade. E do mesmo modo, também acredita que a educação possui o poder de modificar a realidade brasileira no tocante a questão das drogas, através da conscientização de crianças e adolescentes.

Neste norte, o PFM, nas ações a serem implementadas, ao desenvolver essas atividades no âmbito escolar para difundir informações sobre entorpecentes, busca estimular o aprofundamento sobre o tema com os professores, isto porque estes encontram-se em contato direto e diário com o público alvo. Detecta-se, deste modo, que o PFM está inserido dentro das ações afirmativas que visam efetivar de fato os direitos humanos, através de políticas que buscam assegurar a interação social de grupos discriminados na sociedade. Neste contexto, o PFM busca conceder aos menores que vivem em áreas consideradas de risco, as mesmas chances de não se envolverem com entorpecentes, usando, para tanto, da informação com principal aliada.

Assim sendo, com a união de desígnios entre as orientações do PNEDH 3 e a execução das diretrizes do PFM, podemos implementar o respeito aos Direitos Humanos por meio da educação e conscientização, como mecanismos para enfrentamento da problemáticas do consumo de drogas. Por fim, é notório que a PF atua no combate repressivo ao tráfico de drogas, entretanto é grande o dispêndio com operações de educação e conscientização. Não obstante, a execução do PFM, além de obter melhores resultados no tocante a temática é menos onerosa.

Neste ponto, o PFM assemelha-se ao PNEDH 3, por visar de forma restrita às crianças e adolescentes, assegurar a estes uma vida digna, apartados de qualquer forma de exclusão ou situações que os exponham aos perigos. Esta preocupação dispensada aos menores deve-se ao fato de não possuírem discernimento suficiente para optarem por suas escolhas. Concluímos assim que, apesar da união de desígnios de diversos segmentos da sociedade civil para inibir a expansão do consumo de drogas por crianças e adolescentes, ainda devem ser feitas diversas mudanças na sociedade, para que realmente possa-se falar que há políticas voltadas para combater o aumento de menores dependentes químicos.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração do presente estudo tornou-se perceptível que a problemática das drogas deve ser tratada como questão prioritária, tendo de ser enfrentada de modo prático para combater a expansão do consumo de substâncias alucinógenas. Pretendeu-se, deste modo, avaliar como a Educação em Direitos Humanos pode auxiliar na reeducação de crianças e adolescentes envolvidos com entorpecentes, assim como, de que maneira o Programa Federal Mirim está ajudando neste aspecto. Nesta perspectiva, vislumbramos que o Governo Federal se movimenta na direção da criação e implementação de políticas públicas para o tratamento de menores dependentes químicos, assim como busca formar parceiras com os diversos segmentos da sociedade para angariar alternativas para o enfretamento do consumo de drogas.

O ponto crucial desta pesquisa foi analisar a proposta de reeducação de menores dependentes químicos a partir do EDH. Buscou-se ao longo da elaboração deste trabalho responder a indagação de como às diretrizes de execução apresentadas pelo PFM desenvolvido pela Polícia Federal da Paraíba contemplam a prevenção, para que os menores sejam resilientes aos entorpecentes e o combate às drogas. Percebe-se, portanto, que o Programa contempla à questão da prevenção através da divulgação de informações acerca dos danos causados pelo consumo de drogas, acreditando que este seria o mecanismo mais eficaz para que houvesse a redução do número de menores envolvidos com entorpecentes, bem como coibiria a evolução de jovens que fazem uso de tóxicos esporadicamente à condição de dependente químico.

Ao compararmos as recomendações apresentadas pela PNEDH 3 que incentiva à integração de governos estaduais e municipais com diversos segmentos da sociedade civil para a realização de campanhas educativas relacionadas ao uso de drogas, vislumbramos que a proposta do PFM seria o da materialização das diretrizes do Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos. Isto porque, o PFM confia que somente conhecendo exaustivamente os malefícios causados em decorrência do uso de substâncias alucinógenas, crianças e adolescentes seriam menos vulneráveis às drogas.

Doutro modo, notamos que está havendo uma modificação na vertente de compreensão da dependência química como questão que deve ser submetida a tratamento de saúde e não ficar apenas relegada à justiça criminal, responsável pela coibição do crime. A atual legislação disciplina os mecanismos que devem ser utilizados para cada caso concreto de indivíduos que fazem uso de substâncias alucinógenas. Exemplifica às mudanças que estão acontecendo no cenário brasileiro, ao remeterem os usuários de tóxicos a tratamento de desintoxicação.

Doutra banda, o PNEDH 3, com o intuito de auxiliar o governo brasileiro no combate às drogas, estimula à participação popular sobre na discussão da temática, com o uso de estatísticas de apreensões de substâncias alucinógenas, bem como os métodos que estão

sendo utilizados para coibir a expansão do consumo de entorpecentes. Seguindo o modelo instituído pelo PNEDH 3 os diversos setores da sociedade que estão diretamente ligados ao combate dos tóxicos demonstram, periodicamente, o balanço de apreensões de drogas. Por conseguinte, verificamos que estão sendo desenvolvidos projetos nos diversos âmbitos estatais para combater o uso de alucinógenos.

A despeito disso, o PFM desenvolvido no Estado da Paraíba e que teve como precursor o Prof. Deusimar Guedes, que incita a união da escola e da família para atuar preventivamente no contato de crianças e adolescentes com os entorpecentes e, acredita na informação como a melhor arma para inibir à expansão das drogas no meio juvenil.

Consequentemente, percebemos que, apesar das iniciativas ao combate e ao consumo de drogas serem bastante tímidas, este tema começa a ser tratado com a seriedade necessária para que, futuramente, à sociedade possa curar-se desta patologia social ou, ao menos, atenuar seus sintomas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH 3)**, de 21 de dezembro de 2009, versão atualizada. Brasília: SDH/PR, 2010.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GUEDES, Deusimar Wanderley. **Drogas, Família e Escola: a informação como prevenção**. 1.ed. João Pessoa, 2003.

LAKATOS, Eva Maria.; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. **Polícia e Democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Bagaço, 2002.

NOVAES, Regina. **Educação em Direitos Humanos**. Florianópolis: UFSC, 2008.

SADER, Emir, (Org.). **Movimentos sociais na transição democrática**. São Paulo. Cortez, 1987.

SILVA, Aida Maria Monteiro (org). **Políticas e fundamentos da Educação em Direitos Humanos**. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3479/o-desafio-das-acoes-afirmativas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 9 mai. 2011.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *et al.* **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos Humanos**: conceitos significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TOSI, Giuseppe. Direitos humanos como ética republicana. In: \_\_\_\_\_. **Direitos humanos**: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

UNODC. **Breve histórico das drogas na agenda internacional**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html>. Acesso em: 10 fev. 2011.

# EXAME CRIMINOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEI 7210 DE 1984

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Luis Gustavo Lourin**

**RESUMO:** O exame criminológico consiste em uma análise dos antecedentes pessoais, familiares, sociais e psíquicos para que possa ser traçado um perfil do apenado, realizado por profissionais psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras do sistema penitenciário, para que o condenado, na entrada da execução da pena, tenha o regime e forma de cumprimento de maneira adequada e também, para que possa ser concedido benefícios como livramento condicional, progressão de regime, indulto e comutação. A lei 10792 de 2003 suprimiu a obrigatoriedade do exame criminológico, trazida no parágrafo único do artigo 112 da lei de Execuções Penais, fazendo com que o preso, para que possa obter benefícios, tenha apenas o lapso temporal necessário e um atestado de bom comportamento durante o cumprimento de pena, que seria apenas um parecer de funcionários carcerários dos estabelecimentos prisionais, não tendo mais a obrigatoriedade de um parecer técnico, que analisaria a probabilidade do apenado voltar a cometer um delito. A súmula do Superior Tribunal de

Justiça nº 439 e a súmula nº 26 do Superior Tribunal Federal, dá o direito da realização da referida perícia atualmente, pois após a edição da lei 10792 de 2003, fez-se necessário que os tribunais superiores se manifestassem, e assim fizeram por meio de tais súmulas. O exame criminológico pode ser suscitado pelo juiz, desde que de forma motivada e levando em consideração as peculiaridades do caso, para a concessão de progressões de regime, livramento condicional, indulto e comutação. Existem posicionamentos contrários à realização da perícia, dizendo que ela fere direitos individuais do apenado, e posicionamento favoráveis à sua realização, pois ela garantiria que o condenado só voltasse ao convívio social quando realmente estivesse em condições para tal, assim não tornaria a delinquir. Através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, buscou-se o entendimento de alguns conceitos que reputam-se necessários para o entendimento do tema, e após analisar os posicionamentos favoráveis e contrários à realização do exame criminológico, chegou-se à conclusão que, embora seja uma ferramenta muito eficaz para diminuir índices de reincidências e erros judiciais, a perícia deve ser sim realizado apenas

quando suscitado pelo magistrado, porque para que ela tenha tal eficácia faz-se necessário estrutura e profissionais capacitados, e o Estado não garante tal estrutura necessária e o funcionamento ideal para que a perícia possa ter efetividade, assim deve-se ser realizada apenas quando suscitada pelo juiz.

**PALAVRAS-CHAVE:** EXAME CRIMINOLÓGICO; PERÍCIA; BENEFÍCIO.

**ABSTRACT:** The criminological exam consists of an analysis of the personal, family, social and psychic antecedents so that a profile of the condemned can be traced, carried out by professional psychologists, social workers and psychiatrists of the penitentiary system, so that the condemned, at the entry of execution of the sentence, has the regime and form of compliance in an appropriate manner and also, so that benefits can be granted, such as conditional release, regime progression, pardon and commutation. Law 10792 of 2003 abolished the obligatory criminological exam, brought in the sole paragraph of article 112 of the Law on Criminal Executions, so that the prisoner, in order to obtain benefits, only had the necessary time lapse and a certificate of good behavior during the execution of sentence, which would only be an opinion of prison officers, and no longer required a technical opinion, which would analyze the probability of the condemned return to commit a crime. The summary of the Superior Court of Justice No. 439 and the summary number 26 of the Superior Federal Court give the right to carry out the aforementioned expertise, since, after the enactment of Law 10792 of 2003, it became necessary for the higher courts to express themselves, and so they did by such precedents. The criminological exam may be aroused by the judge, provided that in a motivated manner and considering the peculiarities of the case, for granting of regime progressions, conditional release, pardon and commutation. There are opposing positions to the realization of the expertise, saying that it hurts individual rights of the condemned, and positions favorable to its realization, because it would ensure that the condemned only returned to social life when he really was able to do so, and thus would not commit the crime again. Through a bibliographical review and jurisprudential analysis, we sought to understand some concepts that are considered necessary for the understanding of the subject, and after analyzing the favorable and contrary positions to the accomplishment of the criminological exam, it was concluded that, although a very effective tool to reduce recidivism rates and judicial errors, the expertise should be yes, carried out only when raised by the magistrate, because, in order for it to have such effectiveness, a structure and trained professionals are necessary, and the State does not guarantee such structure and the ideal functioning so that the expertise can be effective, so it should be performed only when aroused by the judge.

**KEYWORDS:** CRIMINOLOGICAL EXAM. EXPERTISE. BENEFIT.

## 1 | INTRODUÇÃO

O referido artigo, por meio de análise da legislação e revisão bibliográfica, tratará as alterações legislativas na Lei de Execuções Penais, alterações estas que removeram a obrigatoriedade da realização do Exame Criminológico, gerando divergências, e assim buscará uma resposta para tal. O referido instituto será conceituado, sendo expostas as alterações legislativas, como ocorre sua utilização atualmente e argumentos favoráveis a contrários à sua utilização.

O Tópico dois será dedicado a conceituar o Exame criminológico para que haja uma melhor compreensão do tema e sobre quais situações o instituto poderá ser usado, fazendo algumas distinções para que não gere dúvida sobre sua aplicação, explicando sobre quais benefícios poderá ser utilizado o exame criminológico.

O tópico três abordará as alterações legislativas que levaram a confecção do artigo. Tais alterações causaram divergências doutrinárias acerca da utilização ou não do instituto, e serão expostas argumentações dos doutrinadores que justificam seu posicionamento.

Ainda no segundo capítulo, será exposto como os tribunais superiores se posicionam sobre a perícia, bem como o Conselho Federal de Psicologia, dizendo como deve ser a atuação dos psicólogos na realização do parecer.

Por fim, chegará a uma resposta com relação às alterações legislativas e da forma de utilização do Exame Criminológico, se está correto ou se há um equívoco do legislador quando editou a lei nº 10792/2003 que suprimiu o parágrafo único do artigo 112 da lei nº 7210/84, causando todas as divergências e que inspirou a confecção do presente artigo.

## 2 | EM QUE CONSISTE O EXAME CRIMINOLÓGICO?

O Exame criminológico consiste em uma perícia realizada pelos Centros Técnicos de Classificação, compostos por profissionais que atuam em diversas áreas do conhecimento, profissionais do ramo da psicologia, sociologia e psiquiatria.

Assim, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves dizem que o exame criminológico é multidisciplinar, composto de peritos dos ramos da psicologia, sociologia, psiquiatria, sociólogos e educadores, que entrevistam e examinam o agente, afim de trazer subsidio e instruir a decisão do juiz.<sup>1</sup> Na inexistência dos Centros Técnicos de Classificação, o exame será realizado pelos Conselhos Técnicos de Observação das penitenciárias.

O exame criminológico pode ser realizado na entrada do apenado no cumprimento de pena privativa de liberdade ou em prisão provisória, buscando a efetivação do princípio da individualização de pena, que está previsto na Constituição Federal, na lei de execuções penais e no código penal, sendo que tal princípio consiste em dar ao agente uma forma de execução de pena justa e adequada, observando o histórico e os traços psicológicos do condenado.

O exame criminológico é utilizado também para condenados à pena privativa de liberdade, para analisar o grau de possibilidade de o apenado voltar a delinquir, caso lhe sejam concedidos os benefícios da progressão de regime, livramento condicional, comutação ou indulto. Cezar Roberto Bitencourt diz que o exame criminológico nada mais é que uma perícia, embora não seja tratado na Lei de Execuções penais. Tal perícia irá buscar descobrir qual a capacidade de adaptação do agente ao regime de cumprimento de

---

<sup>1</sup> ESTEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral Esquematizado**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 648.

pena, o grau de probabilidade de ele voltar a delinquir e também as chances de reinserção deste agente em convívio social, através de exames sociais, genéticos, antropológicos e psicológicos<sup>2</sup>.

O exame criminológico será composto pela qualificação do agente, fato criminal e denúncia, conclusão com diagnóstico anterior, ou seja, conclusão com o exame realizado na entrada do apenado no cumprimento de pena, exame físico, exame psíquico atual e a conclusão, que é o parecer propriamente dito, e após será observado a cessação de periculosidade, que será analisado a curva de vida, morfologia delitiva, comportamento na internação ou no cárcere, intercorrência durante a reclusão e exame físico e psíquico do momento. Antonio José Eça diz que na prática forense, na área criminal, se destaca a elaboração do parecer de verificação de cessação da periculosidade e este parecer tem sua maior importância no fato de que, será ele que mostrará ao juiz a condição de soltura de um indivíduo que tenha cometido um crime, será feito por meio de entrevista e o parecer irá observar a cessação de periculosidade em duas situações, no parecer criminológico e no parecer de verificação de periculosidade. Deve-se acordar que o parecer criminológico está sendo feito sob um indivíduo normal<sup>3</sup>. Portanto, o indivíduo que está sendo submetido ao exame criminológico deve ser um indivíduo normal, não sendo submetido à referida perícia, um indivíduo que é mentalmente perturbado.

Para iniciar o desenvolvimento sobre o tema exame criminológico, faz-se necessário o entendimento dos conceitos de benefícios aos quais é aplicado o referido instituto, que são o livramento condicional, progressão de regime, comutação e indulto, e também explicações sobre os tipos de penas que há no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.1 Dos benefícios

O artigo 112 da Lei nº 7210 de 1984 trazia, em seu parágrafo único, que condenados à pena privativa de liberdade, quando na concessão de benefícios como progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, fazia-se necessário a realização do exame criminológico com o intuito de analisar se o agente beneficiado realmente possuía condições de voltar ao convívio social.

A Lei nº 10792 de 2003 suprimiu a exigência da perícia, porém manteve algumas condições e benefícios. Atualmente a Lei de Execuções Penais traz, no artigo 112 caput, que a pena privativa de liberdade será executada na forma progressiva, ou seja, de transferência do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, e tal transferência será determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido um sexto da pena e ostentar bom comportamento. O parágrafo primeiro do mesmo artigo diz que a decisão de progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do defensor e do Ministério

---

2 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Regimes Penais e Exame Criminológico**. Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/5d95d/5d987/5dfb7?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

3 EÇA, Antonio José. **Roteiro de Psicopatologia Forense**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 247.

Público, e no parágrafo segundo diz que para concessão de livramento condicional, indulto e comutação, adotam-se as mesmas regras, porém cada benefício com seus respectivos prazos e características.<sup>4</sup>

Portanto, cada benefício trazido no artigo 112 da Lei de Execuções Penais possui suas peculiaridades, para que possa ocorrer sua concessão.

### *2.1.1 Progressão de Regime*

O sistema brasileiro de cumprimento de pena adota o sistema progressivo e regressivo, que consiste em o apenado ir saltando de um sistema de cumprimento de pena mais rigoroso para um menos rigoroso a depender do tempo de pena já cumprido e de seu comportamento, e vice e versa.

A Lei de Execuções Penais no seu artigo 112, trouxe tal mandamento, com isso Enio Luiz Rosseto aponta que “a progressão de regime consiste em passar do regime mais severo para o mais brando”<sup>5</sup>.

No sistema progressivo, o condenado à pena privativa de liberdade, que inicia a forma de cumprimento de pena no regime fechado, ao cumprir o requisito objetivo, que é o temporal, terá direito à progressão do regime fechado para o regime semi aberto e após cumprir novamente o requisito objetivo passaria a progredir do regime de cumprimento semi aberto para o regime aberto até que se extinga toda a pena. Na progressão de regime, o agente não pode progredir direto do regime fechado para o aberto, tendo que passar antes pelo semi aberto. Enio Luiz Rosseto diz que a progressão não pode ocorrer por saltos, e o condenado não pode progredir de um regime mais severo para um menos severo, tendo que passar pelo intermediário antes, e o artigo 112 da Lei de Execuções Penais diz que um interno não pode progredir de um regime para outro sem que tenha cumprido um sexto da pena no regime anterior<sup>6</sup>.

Do mesmo modo, um agente que esteja cumprindo a pena no regime aberto e cometa uma falta, deixando assim de cumprir o requisito subjetivo, poderá retornar ao regime de cumprimento de pena mais gravoso, mas diferente da progressão, a regressão de regime pode ser feita de forma direta ou per saltum, em que o agente regride direto do regime aberto para o fechado sem precisar passar pelo regime intermediário. Tal mandamento é trazido no artigo 118 da Lei de Execuções Penais que diz que a execução da pena privativa de liberdade fica sujeita à forma regressiva, com a transferência do condenado para qualquer dos regimes anteriores caso o agente deixe de cumprir requisitos subjetivos.<sup>7</sup>

A Lei de Execuções Penais traz, no seu artigo 112, que o condenado terá direito à progressão de regime quando atingir um sexto do cumprimento de pena, em caso de crime comum, como requisito objetivo, e ostentar bom comportamento carcerário. No caso

4 MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 279.

5 ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e Execução da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

6 ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e Execução da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

7 MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 328.

de crimes hediondos, conforme a Lei nº 8072 de 1990 no artigo 2º, §2º, a progressão se dará com dois quintos do cumprimento de pena para agentes não reincidentes, e para os reincidentes o benefício se dará com três quintos da pena cumprida, e mais o requisito subjetivo<sup>8</sup>.

Além do requisito objetivo, que é o temporal, e do requisito subjetivo, que são as condições do apenado, o juiz poderá solicitar o exame criminológico para a concessão do benefício, desde que de forma motivada, pois a súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 439 diz que será admitido a realização do exame criminológico, desde que seja solicitado pelo juiz, e que tal requerimento seja motivado.<sup>9</sup>

### 2.1.2 *Livramento Condicional*

Livramento condicional, também trazido no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, no §2º, consiste em um benefício concedido ao condenado que tenha cumprido um terço da pena caso não seja reincidente em crime doloso, ou que tenha cumprido metade da pena, caso seja reincidente em crime doloso. O juiz além do requisito temporal, irá analisar a conduta do agente para a concessão do benefício.

Desse modo o livramento condicional é um benefício que antecipa a liberdade do apenado mediante o cumprimento de alguns requisitos objetivo e subjetivos, como traz Fernando Capez que com livramento condicional ocorre uma antecipação da liberdade do condenado a pena privativa de liberdade, e tal benefício incide na fase de execução da pena, desde que algumas condições e alguns requisitos sejam cumpridos.<sup>10</sup>

Para que possa ser concedido o benefício a pena imposta deve ser maior que 2 anos, e deve haver a reparação do dano caso seja possível. Atingido os requisitos objetivos e subjetivos, o juiz concederá o livramento condicional impondo algumas condições que, caso descumpridas, poderá haver revogação do benefício. André Estefan e Victor Gonçalves Rios dizem que os requisitos subjetivos a serem analisados para a concessão do livramento condicional são comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, comprovação de bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e comprovação de aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho lícito. Para condenados em crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça, condições que façam presumir que o agente não voltará a delinquir. Tal comprovação é através do exame criminológico<sup>11</sup>.

Se descumpridos alguns requisitos a revogação será obrigatória, como se o agente

---

8 BRASIL. Lei Nº 8072/1990 Lei dos Crimes Hediondos. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Publicado em 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 439**. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010.

10 CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.283.

11 ESTEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral Esquemático**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 647.

for condenado a sentença transitada em julgado por crime cometido durante a vigência do benefício, ou se o agente for condenado a sentença transitada em julgado em pena privativa de liberdade por crime cometido anteriormente a concessão do benefício, conforme trata o artigo 86 do Código Penal, que a revogação será compulsória se o apenado vier a ser condenado com sentença irrecorrível por crimes cometido durante o gozo do benefício ou se o agente for condenado a pena privativa de liberdade em crime cometido anteriormente à concessão do benefício.<sup>12</sup>

Há também a revogação facultativa, onde o juiz poderá revogar o benefício se descumpridos os requisitos impostos por ele, tal disposição é trazida no artigo 87 do código penal, que narra que o juiz poderá revogar o livramento condicional caso o condenado descumpra alguns requisitos impostos por ele, ou se o agente for condenado com sentença irrecorrível à pena que não seja privativa de liberdade, por crime ou contravenção.<sup>13</sup>

Caso haja revogação por crime cometido na vigência do benefício ou por descumprimento de alguma condição imposta pelo juiz na sentença, o tempo que o agente gozou em liberdade não será computado para a extinção da pena, tendo o agente que cumpri-la novamente e não poderá ser concedido o livramento condicional outra vez. Yuri Carneiro Coêlho diz que em situações em que a revogação seja obrigatória por crime cometido na vigência do benefício, houve uma quebra de confiança, assim revoga-se o benefício, e o tempo gozado em liberdade também será revogado<sup>14</sup>. Caso a revogação ocorra por conta de crime cometido anteriormente à concessão do benefício, Yuri Carneiro Coelho diz que “as consequências diferem da hipótese anterior, aproveitando-se do período cumprido do livramento condicional somando-se o restante a nova pena aplicada.”<sup>15</sup>

Portando o tempo do período de prova será contabilizado e poderá ser concedido outra vez o benefício ao apenado, assim que ele cumpra novamente os requisitos objetivos e subjetivos.

### 2.1.3 *Indulto e Comutação*

O indulto é um perdão concedido pelo presidente da república, por meio de um decreto, extinguindo toda a pena podendo atingir um grupo de condenados, que neste caso, será uma liberalidade do presidente da república, ou a uma pessoa específica, que para sua concessão deverá haver solicitação do condenado ou do Ministério Público.

O indulto a uma pessoa específica também poderá ser chamado de graça. Edison Mongenot Bonfim e Fernando Capez dizem que “a graça, é um indulto individual, em

12 BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 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 em: 15 de mar. 2018.

13 BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10629708/artigo-87-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

14 COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal Didático**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 392.

15 *Ibidem*, p. 394.

regra, deve ser solicitada”<sup>16</sup>. Sobre o conceito de indulto, René Ariel Dotti diz que “Indulto é, também uma das expressões do poder de clemência do Presidente da República, justificando a etimologia da palavra que deriva do latim: indultos, de *indulgere*, isto é, perdoar, favorecer.”<sup>17</sup>

O referido instituto faz parte de política criminal de determinado governo para amenizar o problema de superlotação carcerária. Para a concessão do indulto deve-se cumprir alguns requisitos. Fernando Capez, diz que para a concessão do indulto condicional, o indultado deverá cumprir algumas condições futuras, que são boa fama, trabalho lícito, entre outras. Caso as condições seja descumpridas, poderá ocorrer a revogação do indulto, voltando o indultado ao reinício da execução da pena.<sup>18</sup>

Já a comutação consiste em extinguir parte da pena do condenado, ou substituí-la por uma que seja mais benéfica para o agente. Assim René Ariel Dotti diz que na comutação uma parcela da pena é extinta ou ocorre substituição da sanção antes imposta por uma menos severa ao condenado<sup>19</sup>. Desse modo, a comutação nada mais é que um indulto parcial, diferindo do indulto total, no que tange à quantidade de pena perdoada.

## 2.2 Das penas

A pena é uma consequência jurídica aplicada a um agente que pratica um ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável no direito brasileiro, segundo Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez:

Sanção penal é de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de em sentença, ao culpado pela prática de um infração penal, consiste na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade<sup>20</sup>.

Existem as sanções institucionais e as sanções alternativas. As penas alternativas consistem nas penas restritiva de direitos que são limitações de direitos e de garantias do agente e para que sua aplicação ocorra, faz-se necessário que a pena aplicada não supere quatro anos, e no caso de crime doloso, o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça e em crimes culposos será cabível sempre. O réu não pode ser reincidente em crime doloso e deve ser demonstrado que a pena restritiva de direito seja o suficiente, conforme artigo 43 do código penal as penas restritivas de direito consistem em, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, limitação de fim de semana, perda de bens e valores<sup>21</sup>.

Há também a pena de multa, que é uma sanção pecuniária. Segundo Yuri Carneiro

16 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 827.

17 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 825.

18 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 592.

19 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 827.

20 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 632.

21 BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 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 em: 15 de abril. 2018.

Coelho a pena de multa consiste em aplicar de forma isolada ou em conjunto com outras penas a sanção pecuniária, e sua aplicação não pode ultrapassar a pessoa do condenado e o critério de aplicação será calculado através do critério dias multa, trazido no código penal<sup>22</sup>.

Já as penas institucionais consistem na aplicação penas privativas de liberdade, para Ishida, “nas penas privativas de liberdade, ocorre a diminuição do direito à liberdade com que o sentenciado seja recolhido em estabelecimento prisional adequado<sup>23</sup>”. As penas privativas de liberdade poderão ser, reclusão, detenção ou prisão simples para casos de contravenções penais, para aplicação de uma espécie ou de outra, dependerá do delito praticado e da espécie de sanção descrita no tipo penal.

As penas privativas de liberdade possuem regime de cumprimento, fechado, semi aberto e aberto e o regime inicial de cumprimento irá depender do delito cometido, dos antecedentes do agente e da quantidade de pena imposta. O artigo 33 do Código penal diz que na pena de reclusão o início de cumprimento de pena poderá ser nos regimes fechado, semi aberto ou aberto, na pena de detenção o início de cumprimento poderá ser no regime semi aberto ou aberto, salvo se for necessário a transferência para um regime mais severo.<sup>24</sup>

Para fins de aplicabilidade do instituto do exame criminológico é relevante a aplicação das penas privativas de liberdade, pois a perícia ocorre na entrada do apenado no sistema carcerário, podendo ocorrer no retorno do agente ao convívio social, quando ocorre a concessão do benefícios descritos no artigo 112 da lei 7492 de 1984.

### 3 | MUDANÇA LEGISLATIVA NO ARTIGO 112 DA LEI 7210 DE 1984

O texto original da Lei de Execuções Penais 7210 de 1984, trazia no seu artigo 112, que para a concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto e comutação, fazia-se necessário além dos requisitos objetivos e subjetivos a realização do exame criminológico. O parágrafo único do referido artigo dizia que a decisão seria motivada e precedida do parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, para que houvesse a concessão dos benefícios.<sup>25</sup>

No entanto, no ano de 2003, o parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execuções Penais foi suprimido com a edição da lei nº 10792. A lei não trouxe os motivos que ensejaram a remoção do referido parágrafo.

Alguns doutrinadores se posicionaram favoráveis às alterações e explicam sua

---

22 COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal Didático**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 326.

23 ISHIDA, Válder Kenji. **Curso de Direito Penal Parte Geral, Especial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 186.

24 BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 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 em: 15 de mar. 2018.

25 BRASIL. Lei 7210/1984 Lei de Execução Penal. Lei que Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PROGRES-S%C3%83Q+DE+REGIME.+ART.+112+DA+LEP.+NOVA+REDA%C3%87%C3%83Q>>. Acesso em: 25 de mar. 2018.

posição demonstrando possíveis motivos que levaram a tal mudança. Além de explicações favoráveis às mudanças, alguns doutrinadores as criticam, pois, o exame criminológico na concepção deles seria uma importante ferramenta na manutenção do bem estar social.

A lei nº 10792 de 2003 fez com que para a concessão dos benefícios trazidos no artigo 112 fosse suficiente atingir o lapso temporal necessário e obter um atestado de bom comportamento assinado pelo diretor do sistema prisional em que o encarcerado esteja cumprindo pena, excluindo então a necessidade da realização do exame criminológico. Fato que gerou dúvidas, se caso necessário, a perícia ainda poderia ser realizada, tendo que os tribunais superiores se manifestar sobre o tema, fixando entendimento.

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça, editou a súmula 439 que diz que o exame criminológico pode ser realizado quando suscitado pelo juiz, trazendo a admissão da realização do exame criminológico, no caso concreto, desde que seja suscitado pelo juiz e que tal solicitação seja motivada e fundamentada.<sup>26</sup>

Há também a súmula 26 do Superior Tribunal Federal que diz que o exame criminológico poderá ser realizado para efeito da progressão de regime em crimes hediondos, desde que a solicitação da perícia seja motivada e o encarcerado cumpra os requisitos objetivos e subjetivos do benefício.<sup>27</sup> Portanto o exame criminológico ainda pode ser realizado, mas não há a obrigatoriedade que havia anteriormente, bastando o juiz solicitá-lo fundamentando o porquê da necessidade de sua realização.

Com as alterações legislativas, surgiram vários debates e posicionamentos com relação ao instituto em análise. Cordeiro Quirino e Hilda Clotilde Penteado Morana dizem que “após tal mudança na Lei de Execução Penal, estabeleceu-se importante discussão doutrinária acerca da admissibilidade do exame criminológico por ocasião da progressão de regime prisional”.<sup>28</sup>

Tal conflito gira em torno de princípios fundamentais constitucionais, fazendo com que o debate esteja longe de chegar a um entendimento pacificado, estando de um lado doutrinadores defendendo a coletividade e buscando a manutenção do bem estar social, e de outro lado, doutrinadores que defendem a garantia de direitos fundamentais do encarcerado.

Existem várias tentativas de explicar os motivos que levaram a supressão do parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, por parte de quem é contra

---

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 439. *Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Diário Oficial da União. Seção 3. Brasília, julgado em 13 de maio de 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.>). Acesso em: 25 de mar. 2018.*

27 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado a realização do exame criminológico. **Diário Oficial da União.** Seção Plenário. Brasília, Julgado em 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 25 de mar. 2018.

28 QUIRINO, Cordeiro. MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Revista de Psiquiatria Psichiatry Online Brasil Psiquiatria Forense.** Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano11/for0511.php#cima>>. Acesso em: 8 de setembro de 2017.

a realização da perícia, e há também várias críticas contra a alteração legislativa. Alguns desses argumentos serão tratados a seguir.

### 3.1 Argumentos favoráveis às alterações

Uma parte da doutrina mostra-se favorável às alterações legislativas, e traçam diversos motivos que explicam a remoção o parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, extinguindo a obrigatoriedade da perícia.

Dentre os motivos trazidos, está que o exame criminológico não poderia prever o que aconteceria com o apenado caso houvesse a concessão de benefício, portanto o agente não poderia ficar vinculado a um exame que traria apenas probabilidades. Salo de Carvalho diz:

[...] quanto ao prognóstico de não delinquência, é importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito probabilidade, juízo que não pode negar qualquer negação de direitos, visto ser hipótese verificável empiricamente e, conseqüentemente, irrefutável no plano processual.<sup>29</sup>

Portanto o condenado não poderia ter seus direitos violados em razão de apenas possíveis previsões de delinquência, embora o juiz não ficasse vinculado ao referido exame, por força do artigo 182 do Código de Processo Penal, que traz que o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeitá-lo,<sup>30</sup> ainda sim alguns condenados acabariam sendo prejudicados, tendo direitos violados. Tania Kolker *apud* Flávia Ávila Penido afirma que:

É impossível prever o comportamento humano como quem prevê a dilatação do metal pelo calor. É impossível controlar a imprevisibilidade dos homens. Para ele, qualquer tentativa neste sentido, só pode estar a serviço de uma mascarada cumplicidade com as razões do Estado. E avaliar uma pessoa segundo seu grau de adaptação às normas sociais não pode ser considerado outra coisa.<sup>31</sup>

Não sendo possível previsão alguma sobre o comportamento futuro de um agente que tenha tido o benefício concedido e que foi reinserido no convívio social, caso tal previsão ocorresse seria em serviços de interesse do Estado, e não da coletividade.

Outra problemática trazida com relação a realização da perícia, que busca explicar a remoção da obrigatoriedade do exame criminológico, é o modelo penitenciário no Brasil e a forma de execução da pena privativa de liberdade, que acaba não cumprindo a previsão especial positiva, que é a ressocialização, uma vez que as condições de superlotação, falta assistência básica à saúde do custodiado e a falta de estrutura que leve o apenado a se ressocializar, impedem a eficácia da perícia.

29 CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.187.

30 BRASIL. Decreto lei 3689 de 1941 Código de processo Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

31 KOLKER, Tania. **A Atuação dos Psicólogos no Sistema Penal. Psicologia Jurídica No Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009. *apud*. PENIDO, Flávia Ávila. **Exame Criminológico: Impossibilidade de Exigi-lo Como Requisito à Concessão da Progressão de Regime e do Livramento Condicional**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39461.pdf>>. Acesso em: 28 de mar.2018.

O Conselho Federal de Psicologia vem discutindo sobre a realização do exame criminológico e sua eficácia desde o ano de 2003, publicando em 2010 a resolução nº 009/2010 que regulamenta a atuação dos psicólogos no sistema prisional e estabelece as diretrizes que os profissionais que atuam no ramo devem seguir, e entendendo, conforme o parágrafo único do artigo 4º da referida resolução, se solicitado pelo juiz a realização do exame criminológico, não será possível sua realização sem levar em conta o modelo das penitenciárias e de execução de pena a qual o sujeito foi submetido, pois tais circunstâncias interfeririam na avaliação do condenado, fazendo com que o exame se contamine e se prejudique, caso sejam levadas em conta apenas as características individuais do agente naquele momento.<sup>32</sup>

Assim, a concessão do benefício não poderia se basear a uma perícia que os próprios profissionais que atuam no ramo da psicologia indicam, por meio da resolução 009/2010, que ficaria contaminada por conta das condições que o indivíduo é submetido durante a execução da pena, fazendo com que o diagnóstico não seja eficaz.

Em 2011 foi editada uma nova resolução do Conselho Federal de Psicologia, a resolução nº 012, que restringe ainda mais a atuação dos psicólogos na realização do exame criminológico. O artigo 4º da resolução 012/2011, no seu §1º, veda a produção de laudos periciais realizados por psicólogos durante a execução da pena que faça diagnóstico de reincidência ou que trace grau de periculosidade do apenado.<sup>33</sup> Assim os laudos realizados pelos psicólogos poderiam apenas dizer como o apenado está mentalmente durante a execução da pena, não podendo fazer diagnóstico e previsões.

Outra razão para a alteração na Lei de Execuções Penais, trazida pelos defensores da não exigibilidade do exame criminológico, é sobre o Estado não prover a estruturação necessária para os Conselhos Técnicos de Classificação, os CTCs, que realizariam a perícia no condenado à pena privativa de liberdade no início do cumprimento de pena para que ocorresse a individualização da pena, conforme trata o artigo 8º da Lei de Execuções Penais, que estabeleceu que o condenado à pena privativa de liberdade será submetido a realização do exame criminológico para que haja sua classificação e assim uma correta forma de execução de pena, fazendo *jus* ao princípio da individualização da pena.<sup>34</sup> Assim, quando esse mesmo condenado adquirisse o direito de obter os benefícios trazidos em lei e fosse submetido ao exame criminológico seria eficaz, pois o Conselho Técnico de Classificação teria os dados necessários para realização da perícia.

---

32 BRASIL. Resolução CFP 009/2010. Regulamenta a Atuação do Psicólogo no Sistema Prisional. **Conselho Federal de Psicologia**. Publicado em 29 de jun. 2010. Disponível em: <<https://nova-criminologia.jusbrasil.com.br/noticias/2329536/resolucao-cfp-n-009-2010-regulamenta-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

33 BRASIL. Resolução CFP 012/2011. Regulamenta a Atuação do Psicólogo no Sistema Prisional. **Conselho Federal de Psicologia**. Publicado em 25 de maio. 2011. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao\\_012-11.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf)>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

34 BRASIL. Lei 7210/1984 Lei de Execução Penal. Lei que Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

Mas na prática não era o que ocorria, pois a perícia muitas vezes não era realizada na entrada do apenado no cumprimento de pena, prejudicando-a na concessão de benefícios. Carmem Silva de Moraes Barros e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira dizem:

Acertada, nesse aspecto, a alteração promovida, pois o exame criminológico inicial jamais foi realizado e nunca houve cumprimento de pena individualizada, a equipe multidisciplinar, desviada de função, jamais fez qualquer proposta nesse sentido. E sem exame criminológico inicial, despicienda qualquer tentativa de avaliação posterior. Se o exame não for feito na inclusão da pessoa no sistema prisional, qualquer análise, posterior, não passa de inaceitável palpite.<sup>35</sup>

Conforme dito, a perícia não era realizada no início da execução da pena, mesmo antes de ser editada a lei 10792 em 2003, por falta de estruturação, e portanto não poderia ser exigida para fins de concessão dos benefícios.

Por fim, o sistema brasileiro adota o direito penal do fato, uma vez que o agente deve ser punido pelo fato que cometeu, e não por conta de quem ele é. Há quem diga que o exame criminológico faz com que seja adotado o princípio do direito penal do autor, embora este princípio, por força do artigo 59 do Código Penal, seja utilizado na aplicação da pena para que ocorra sua dosagem e estabelecimento de regime inicial de seu cumprimento, analisando os antecedentes do agente, a personalidade e a conduta social dele, como ocorreu o delito e a vítima.<sup>36</sup>

A negação dos benefícios por conta do exame criminológico seria uma outra punição sem que o agente pratique fato novo, e a nova punição ocorreria simplesmente por conta da personalidade do agente. Assim o direito penal do autor não seria utilizado como deveria, na aplicação da pena, mais sim como uma nova forma de punição.

Ainda sobre a falta de estrutura do Estado, há o julgamento do *Habeas Corpus* nº 0041564-66.2014.8.19.0000, julgado pela quinta câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que foi decidido por unanimidade que o paciente tivesse seu pedido parcialmente provido, em razão da demora da realização da perícia, por conta disso, que ele fosse colocado em liberdade assistida com monitoramento eletrônico. O relatório do acórdão diz que, foi solicitado que fosse realizado o exame criminológico para que o condenado obtivesse o benefício do livramento condicional, e que a perícia fosse realizada no prazo de 30 dias, porém o prazo não foi cumprido, assim o condenado alegou constrangimento ilegal, em razão da demora da realização da perícia. O relator Cairo Ítalo França David, fixa em seu relatório o prazo de 10 dias para que para que seja julgado o pedido de livramento condicional pela autoridade impetrada, caso não foi possível, que o condenado fosse

---

35 BARROS, Carmem Silva de; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Exame Criminológico É Hora de Por Fim ao Equívoco**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118869,31047-Exame+criminologico+e+hora+de+por+fim+ao+equivoco>>. Acesso em: 29 de mar. 2018.

36 BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10629708/artigo-87-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

colocado em regime aberto, até que o pleito fosse decidido.<sup>37</sup>

Tal jurisprudência, demonstra a falta de estrutura do Estado, assim não é razoável que o condenado deixe de ter seus direitos concedidos, por conta de algo que, se o Estado exige a realização da perícia, deve garantir que ela seja realizada da maneira correta e no tempo certo.

### 3.2 Argumentos contra às alterações

Os defensores da realização do exame criminológico dizem que o referido exame seria a única forma de constatar e prevenir delitos, pois ocorreria uma análise no indivíduo traçando sua personalidade, grau de probabilidade de reincidência e periculosidade, observando se há ou não condições de convívio social, trazendo assim um bem estar social, e a única explicação para sua não exigibilidade seria falta de interesse estatal.

Os argumentos utilizados se concentram na ideia de dar fundamento ao juiz para que ele possa tomar sua decisão da melhor maneira. Luiz Fernando de Moraes Manzano *apud* Dayana Rosa dos Santos diz que a perícia é uma prova técnica científica, que busca um conhecimento específico com relação a determinado fato, que assim exija. A conclusão da apuração técnica do fato é expressada através de um laudo que irá atuar na persuasão racional do juiz.<sup>38</sup>

Assim a perícia traria uma série de informações sobre o agente que voltará ao convívio social, daria subsídio e sustentaria a decisão do magistrado de reinseri-lo no convívio social. Newton Fernandes e Valter Fernandes *apud* Rosseto dizem que “o exame criminológico é valioso na aferição da personalidade do condenado, revelador das condições de o interno gozar de maior liberdade e faz presumir que não voltará a delinquir.”<sup>39</sup>

As críticas às alterações legislativas também se fundamentam na substituição da realização do exame criminológico por um mero atestado de bom comportamento realizado pelo diretor do estabelecimento prisional a qual o apenado esteja cumprindo pena. Primeiro porque muitas vezes o diretor do estabelecimento não possuiria conhecimento técnico para tal, e segundo, é que pode haver uma proximidade muito grande entre ele e o apenado, fazendo com que o diretor tenha sua parcialidade contaminada, Rosseto diz que as alterações legislativas foram um retrocesso neste aspecto, pois o diretor está muito próximo ao detento, não tendo isenção, não possui domínio técnico para traçar a personalidade do detento e fazer um diagnóstico de ressocialização ou se o apenado voltará a delinquir. Também, o bom comportamento durante o cumprimento da pena não

37 BRASIL. Tribunal de Justiça. **HC 00415646620148190000 RJ**. Relator: Cairo Ítalo França David. 25 dez. 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144982194/habeas-corpus-hc-415646620148190000-rj-0041564-6620148190000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 maio 2018.

38 MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e Assunção de Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010. *apud*. SANTOS, Dayana Rosa. **Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Usp. São Paulo, 2013. p. 57.

39 FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. *apud*. ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e Execução da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p.186.

significa que o detento não voltará a delinquir, podendo o diretor se enganar facilmente.<sup>40</sup> Portanto seria um erro utilizar o atestado do diretor do estabelecimento prisional, abrindo mão da perícia realizada por profissionais capacitados.

Há quem diga que seria uma afronta vincular o juiz à concessão ou não de algum benefício a um detento com o mero parecer do diretor do estabelecimento prisional, fazendo com que o poder judiciário ficasse refém e se submetesse a um órgão administrativo. Guilherme de Souza Nucci *apud* Dayana Rosa Santos diz que a alteração:

Foi péssima para o processo de individualização executória da pena. E, ótica inconstitucional. Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da lei 10792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária. A submissão do poder judiciário aos órgãos administrativos do executivo jamais poderá ocorrer.<sup>41</sup>

Assim, entende-se que a extinção do exame criminológico como requisito para obtenção de benefícios foi apenas para atender uma exigência rápida do Estado que não tinha a intenção de investir em estabelecimentos prisionais e em pessoal capacitado para compor os Conselhos Técnicos de Classificação, e a perícia poderia fazer com que houvesse ainda mais lotação nas penitenciárias brasileiras. Assim, o legislador optou pela alternativa mais barata, fácil e rápida.

Assim há na jurisprudência, o julgamento do recurso de agravo nº 20140020035168RAG, que negou o pedido de saída e prática de trabalho externo, ao condenado por crime contra dignidade sexual, que já possuía o lapso temporal necessário e ostentava bom comportamento carcerário, porém ao ser submetido ao exame criminológico, este não foi favorável. No voto do desembargador e relator do caso, Jesuino Rissato, diz que a perícia indicou, dentre outras características, medo, contato pobre com a realidade, agressão, hostilidade e desajustamento sexual. Assim teve o pedido formulado pela defesa negado, sob o argumento de que, o condenado, se saísse teria que ser acompanhado por psicológicos diariamente, e isso não seria possível, e que a decisão acompanha as recomendações do exame criminológico e a medida tem a correta função de ressocialização, pois o exame criminológico tem a função de dar subsídio à decisão do julgador, assim negou o pedido de saída temporária, em função do que o laudo do exame criminológico indicava, causando assim a falta de requisito subjetivo para a concessão do benefício.<sup>42</sup>

Desse modo fica claro a importância da utilização da perícia para que o magistrado tenha condições de decidir fundamentadamente, concedendo ou negando benefícios, conseqüentemente que a sociedade não sofra com erros.

40 ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e Execução da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 186.

41 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentada**. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. *apud*. SANTOS, Dayana Rosa. **Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Usp. São Paulo, 2013. p. 97.

42 BRASIL. Tribunal de Justiça. **RECURSO DE AGRAVO 0035322520148070000 DF**. Relator: Jesuino Rissato. 31 de maio. 2012. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116600305/recurso-de-agravo-rag-20140020035168-df-0003532-2520148070000/inteiro-teor-116600325?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 18 maio 2018.

## 4 | CONCLUSÃO

Ao iniciar pesquisas sobre o instituto do Exame Criminológico, buscava-se entender pormenorizadamente sobre a referida perícia e como ela seria feita, se é ou não possível sua realização e demonstrar que a sua falta de exigibilidade configura um erro grotesco, pois seria um instrumento muito eficaz contra a crescente criminalidade.

Durante os estudos, conceituou-se o exame criminológico, e concluiu-se que há dois tipos de exame criminológico, um na entrada do apenado ao cumprimento de pena, e outro para a concessão de benefícios, sendo este o objeto do artigo. Apresentou-se a necessidade de buscar esclarecer conceitos, pois ficou evidente que o referido instituto é utilizado para a concessão de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, sendo que tais benefícios são trazidos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Assim, dedicou-se no tópico dois do artigo a conceituar e sanar dúvidas sobre os conceitos e os benefícios, como e quando são utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no tópico dois, dedicou-se um subtópico para esclarecer o conceito de pena, e quais as penas aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o exame criminológico é utilizado em presos condenados, com sentença transitada em julgado, à pena privativa de liberdade.

O tópico três foi utilizado para demonstrar as alterações legislativas que foram realizadas no ano de 2003 e os diversos entendimentos sobre a utilização da perícia, alguns pró exigibilidade, outros contra sua exigibilidade e até mesmo contra sua utilização.

Desse modo concluiu-se que o exame criminológico é uma ferramenta de extrema importância no combate à criminalidade e diversos doutrinadores possuem argumento sólidos para fundamentar a ideia de exigibilidade, porém restou claro que o Estado não dispõe da estrutura necessária para dar efetividade a tal instrumento, como falta de pessoal capacitado para compor os Centros Técnicos de Classificação, falta de condições básicas ao encarcerado durante o cumprimento de pena para que ele possa ser submetido à perícia, ou condição de superlotação. Tais condições fizeram com que o Conselho Federal de Psicologia editasse uma resolução fazendo com que os psicólogos deixassem de realizar perícias que fizessem diagnósticos de reincidência ou traçasse grau de periculosidade.

Portanto, restou-se claro que a ideia de ser realizado sempre quando suscitado pelo magistrado é uma forma de ainda utilizá-lo sem que seja necessário dispor de recursos financeiros para manter os Centros Técnicos de Classificação ou de investimento no sistema carcerário. Assim, ainda que realizado, não trará o objeto esperado, pois o psicólogo não poderá fazer diagnósticos de reincidência, e diante da perda de propriedade da perícia, é melhor que ela não seja utilizada.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silva de; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Exame Criminológico É Hora de Por Fim ao Equívoco**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118869,31047-Exam e+criminologico+e+hora+de+por+fim+ao+equivoco>>. Acesso em: 29 de mar. 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Regimes Penais e Exame Criminológico**. Revista dos Tribunais. Disponível em:< <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/5d95d/5d987/5dfb7?fn=docume nt-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto lei 2848 de 1940 Código Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 07 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 em: 15 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto lei 3689 de 1941 Código de processo Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 7210/1984 Lei de Execução Penal. Lei que Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. Lei Nº 8072/1990 Lei dos Crimes Hediondos. Dispões sobre os crimes hediondos nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Publicado em 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado a realização do exame criminológico. **Diário Oficial da União**. Seção Plenário. Brasília, julgado em 23 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sumula nº 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. **Diário Oficial da União**. Seção 3. Brasília, julgado em 13 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. Resolução CFP 009/2010. Regulamenta a Atuação do Psicólogo no Sistema Prisional. **Conselho Federal de Psicologia**. Publicado em 29 de jun. 2010. Disponível em: <<https://nova-criminologia.jusbrasil.com.br/noticias/2329536/resolucao-cfp-n-009-2010-regulamenta-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Resolução CFP 012/2011. Regulamenta a Atuação do Psicólogo no Sistema Prisional. **Conselho Federal de Psicologia**. Publicado em 25 de maio. 2011. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao\\_012-11.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf)>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **HC 00415646620148190000 RJ**. Relator: Cairo Ítalo França David. 25 dez. 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144982194/habeas-corporis-hc-415646620148190000-rj-0041564-6620148190000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **RECURSO DE AGRAVO 0035322520148070000 DF**. Relator: Jesuino Rissato. 31 de maio. 2012. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116600305/recurso-de-agravo-rag-20140020035168-df-0003532-2520148070000/inteiro-teor-116600325?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 18 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal Didático**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EÇA, Antonio José. **Roteiro de Psicopatologia Forense**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ROSA, Dayana. **Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Usp. São Paulo, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ESTEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral Esquemático**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de Direito Penal Parte Geral, Especial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KOLKER, Tania. **A Atuação dos Psicólogos no Sistema Penal. Psicologia Jurídica No Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009.

MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e Assunção de Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentada**. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PENIDO, Flávia Ávila. **Exame Criminológico: Impossibilidade de Exigi-lo Como Requisito à Concessão da Progressão de Regime e do Livramento Condicional**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39461.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

QUIRINO, Cordeiro; MORANA, Hilda Clotilde Pentead. **Revista de Psiquiatria Psychiatry Online Brasil Psiquiatria Forense**. Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano11/for0511.php#cima>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e Execução da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA ANTE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES ACERCA DE UM POSSÍVEL APENAMENTO COMPARTILHADO

*Data de aceite: 02/05/2023*

### **Luan Fernando Dias**

Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó, sob a linha de pesquisa Direito, Cidadania e Socioambientalismo (2022); pós-graduado em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2019)

A partir da comparação entre o preconizado pela legislação e a realidade fática, o presente artigo visa discorrer acerca do princípio da pessoalidade da pena e sua (in) observância.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pena. Família. Sistema Penitenciário. Acesso à informação. Princípio da Intranscedência da Pena.

**RESUMO:** O princípio da intranscendência da pena, previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, pressupõe que a sanção penal não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Logo, a reprimenda não pode ser imposta e nem cumprida por terceiro que não contribuiu para a prática delitiva. A prática evidencia, no entanto, que os efeitos da pena ultrapassam o condenado, para também penalizar os seus familiares. Tais efeitos da transcendência da pena possuem diversos desdobramentos para os familiares dos apenados. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro garanta, através de diversos dispositivos, a proteção aos terceiros estranhos ao crime, ao que se percebe da realidade, o núcleo familiar do apenado é quase sempre atingido pelo crime, mesmo não tendo de nenhuma forma dado causa ao ilícito penal.

## 1 | INTRODUÇÃO

O princípio da intranscendência é um, dentre os princípios processuais penais, previstos em nossa Carta Magna. O artigo 5º, Inciso XLV, da Constituição Federal prevê que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” podendo apenas a eventual “obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas”, e tão somente até o limite do valor do patrimônio que eventualmente lhes tenha sido transferido pelo apenado.

Todavia, pela vivência prática, se sabe que comumente a pena, ainda que indiretamente, afeta pessoas outras que

não apenas os apenados, especialmente aqueles que lhes são mais próximos e chegados.

Não se trata apenas do sentimento de perda momentânea ou do abalo psicológico que uma condenação gera aos integrantes de uma família que possui um de seus membros penalizado, ainda que merecidamente. Mas de *via crucis* pela qual os familiares são submetidos para poderem acompanhar o cumprimento da reprimenda por aqueles à quem ela foi imposta.

Hoje, em Santa Catarina pelo menos, os tempos já são menos sombrios. Mas ainda é recente o registro da necessidade de revistas íntimas vexatórias, às quais homens, mulheres e crianças eram indiscriminadamente submetidos para poderem visitarem os seus que se encontravam recolhidos em nossos ergástulos. Todos, indistintamente, precisavam despir-se totalmente e agacharem-se sobre espelhos, forçado a “exibição” da parte interna de regiões íntimas, no afã de se assegurar que nada de ilícito ou proibido era, em tais regiões, transportado para dentro dos presídios e penitenciárias.

É evidente que há registros de diversas tentativas de “contrabando” para dentro dos presídios, por tais “meios”. Todavia, o constrangimento pelo qual todos eram submetidos, em função das investidas de alguns, era algo que aparentemente não importava à Secretaria de Segurança Pública do estado.

Atualmente, por força de medida judicial, em Santa Catarina os escâneres passaram a dar mais dignidade aos visitantes, que, todavia, no trato que lhes é despendido por alguns policiais penitenciários e vigilantes ainda são considerados como “os outros” e assemelhados à “estirpe” daqueles cujo cumprimento da pena fiscalizam.

A vida dos familiares dos presos certamente não é das mais fáceis. E isso se deve, em parte, pelo fato de que em nosso Sistema Penitenciário vige uma verdade miríade de normas. Há as normas legais, às quais estão submetidos para realização das visitas e contatos com os seus; as “normas” impostas por facções e organizações criminosas, em inúmeras unidades prisionais em que elas se fazem presentes; e as “normas” impostas pela escala de servidores que é encontrada em cada plantão. Os relatos de tratamento muito diverso por uma escala e outra são, inclusive, comuns entre familiares de presos.

O acesso às informações sobre os detentos segue as mesmas regras, estando especialmente submetido à última categoria acima mencionada. Se há normatização técnica acerca da forma de repasse de informações dos detentos aos seus familiares, ela não é seguida. E a obtenção de informações fica à mercê da “boa vontade” do servidor à quem a ligação do familiar for transferida.

Informações sobre o estado de saúde de um detento que por algum motivo ficou debilitado, ou da situação administrativa de quem tenha cometido alguma falta no resgate da pena, às vezes sequer são fornecidas aos familiares. Àqueles que possuem procuradores contratados para o acompanhamento das Execuções Penais ou que sabem como e onde recorrerem à Defensoria Pública possuem grande vantagem sobre os demais.

A limitação do acesso às informações sobre os presos, somada às condições

degradantes de encarceramento e deficiências do Estado em exercer o controle sobre o cotidiano prisional, permite que rebeliões eclodam; às vezes como forma de um grito de desespero, por aqueles cuja vozes ora são forçosamente abafadas, ora os alaridos e rangeres de dentes sequer importam aos que os ouvem.

O objeto do presente estudo é perquirir acerca das dificuldades enfrentadas pelos familiares no acesso às informações sobre seus entes presos, e no acompanhamento do cumprimento da reprimenda, e se o cenário identificado reflete eventual (in)observância do princípio constitucional da intranscendência da pena.

## **2 | PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA**

O princípio da intranscendência da pena é aquele que preconiza que não é possível que a pena de um cidadão condenado seja transferida a qualquer outra pessoa. Trata-se de garantia processual penal extremamente importante para a sociedade e que se encontra consolidada em nosso texto constitucional no inciso XLV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que reza que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo” apenas “a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988).

O aludido princípio, também chamado de princípio da pessoalidade, personalidade ou intransmissibilidade da pena, assegura que apenas a pessoa sentenciada poderá responder pelo crime que praticou e sofrer as consequências da pena imposta; seja ela uma pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade ou interdição temporária de direitos) ou de multa. A responsabilidade, portanto, salvo a exceção trazida pelo próprio texto constitucional, não passará da pessoa do condenado.

Contudo, o dispositivo traz uma ressalva expressa. Quando, em decorrência do crime, a vítima sofrer determinado dano (material e/ou moral), nos termos do artigo 91, incisos I e II e §1º, do Código Penal, além da pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou da aplicação de multa, o autor do crime pode ser também condenado, na esfera criminal, à reparação do dano à que deu causa, mediante uma indenização. (COVOLAN, 2020).

Ocorrendo a condenação do acusado ao dever de reparação dos danos sofridos pela vítima, a parte final do inciso XLV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 permite que, em caso de falecimento do condenado, os seus sucessores (filhos ou outros herdeiros necessários) arquem com a reparação dos danos, a qual fica limitada, todavia, ao montante do valor do patrimônio transferido pelo condenado via herança à cada herdeiro.

Caso o apenado não possua patrimônio a ser inventariado, a obrigação da reparação dos danos também não será transmitida aos seus sucessores.

O Princípio da Intranscendência não é um instituto novo, posto que encontra-se previsto em nosso ordenamento jurídico desde a longínqua Constituição do Império, de 1824, não tendo encontrado guarida constitucional apenas por ocasião da vigência Constituição de 1937, que não possuía nenhum dispositivo sobre o tema.

**A Constituição do Império de 1824 previa que:**

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. (sic). (BRASIL, 1824)

**A nossa primeira Constituição Republicana, de 1891, por sua vez, preconizava que:**

Art. 72, A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 19. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. (BRASIL, 1891)

**A Constituição de 1934, com idêntico texto, previa que:**

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 28. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. (BRASIL, 1934).

**A Constituição de 1946, por seu turno, possuía o seguinte dispositivo:**

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 30. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. (sic) (BRASIL, 1946).

**A Constituição de 1967 manteve análoga disposição:**

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena. (sic) (BRASIL, 1967).

**A Emenda Constitucional nº 01 de 1969 foi redigida assegurando-se a mesma garantia:**

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

[...]

§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena. (sic) (BRASIL, 1969).

Portanto, resta claro que o conteúdo do inciso XLV do artigo 5º de nossa atual Constituição Federal não é inovador no ordenamento jurídico brasileiro, já que quase sempre esteve previsto em nossas legislações máximas (COVOLAN, 2020).

Como alhures exposto, apenas a Constituição de 1937 – também conhecida como “Polaca” – não possuía aludido princípio consagrado em seu texto, o que se justifica, obviamente, pelo contexto histórico da época, marcado pela ausência de grandes preocupações em relação a garantias de direitos para os cidadãos. Período de extrema supressão de garantias fundamentais, reflexo do governo autoritário de Getúlio Vargas, que concentrava todo poder do Estado em suas mãos.

O inciso XLV do artigo 5º é um dos princípios basilares do Direito Penal, especialmente dentre aqueles limitadores e balizadores do exercício do poder punitivo pelo Estado, impedindo que terceiros, que não tenham sido de qualquer forma responsáveis pelo ato ilícito, possam responder por crimes praticados por outras pessoas.

Sobre a disposição do inciso em análise, Uadi Lammêgo Bulos entende que:

Ela reflete uma das preocupações do moderno direito penal, que vive a sua fase científica: frear o arbítrio do Estado e os atos de vingança privada. Confirma, nesse aspecto, a tendência de constitucionalização das garantias penais, em sentido antagônico às vinditas do Estado, através do controle do seu poder de punir. Reage-se, dessa feita, contra práticas execradas pelos regimes democráticos, como a de alguém já vir ao mundo condenado pelos crimes cometidos por parentes colaterais ou antepassados. (BULOS, 2002).

Previsto em praticamente todas as constituições das nações civilizadas, a importância do princípio advém do fato de no passado já foi costumeiro a pena atingir os familiares do delinqüente. Inobstante o exposto, é inegável que a pena sempre afeta terceiras pessoas sejam eles os familiares, os credores, ou a vítima (SIRVINSKAS, 2003).

Com o escopo de, quiçá, atenuar tais extensões dos danos advindos da pena, a Lei de Execução Penal atribuiu ao serviço social, a responsabilidade de “orientar e amparar, quando necessário, a família do internado e da vítima” (art. 23, VII), ordenando ainda que a remuneração do trabalho do preso deverá destinar-se à “assistência à família” (art. 29, §1º, b).” (BRASIL, 1984).

José Afonso da Silva, por seu turno, assevera que:

[...] o princípio da personalização ou personalidade da pena se harmoniza com a concepção de que a sanção penal tem finalidade retributiva, pois, se ela é uma reação ao mal do crime, claro está que só pode recair sobre quem praticou esse mal. No fundo, pois, a personalização da pena acaba sendo um

princípio de justiça retributiva: premiar ou castigar segundo o merecimento do agente, só do agente, na mesma proporção do benefício ou do dano causado. Injusto fora, e mais seria no Estado Democrático de Direito, apenar alguém por fato de outrem. (SILVA, 2009)

De um modo geral, o direito assegurado pelo inciso XLV do artigo 5º não gera polêmicas ou dificuldades interpretativas, quando em comparação a outros princípios constitucionais, por se tratar de uma garantia efetivamente assegurada na prática. Logo, a abordagem do princípio raramente se prolonga, sendo carente de extensas análises. Isso se deve a evolução da transcendência da pena que permitiu o alcance de significativa clareza no âmbito de sua compreensão e aplicação na hodiernidade, ao menos no campo teórico e no que tange aos efeitos diretos da pena (FRANÇA, 2015).

Zaffaroni (2013) aduz que “esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano”

Para Jamil Chaim Alves, o princípio da personalidade, conquista do direito penal que, apesar de sua importância, tem sido mal interpretado.

O princípio veicula proibição absoluta de que a pena, abstratamente cominada, dirija-se a terceiros. Quanto aos efeitos reflexos, que surgem sobretudo durante a execução, a proibição é relativa. Quase sempre há terceiros prejudicados, especialmente em se tratando da prisão, conforme pôde-se comprovar em pesquisas de campo com parentes de reclusos (ALVES, 2010).

Belo (2012) aduz que a pena deve, na medida do possível, trazer consequências negativas tão somente ao condenado. A pena não deveria alcançar terceiros. Antes mesmo da aplicação da pena não se deve executar ações ou omissões que venham a macular os direitos fundamentais do suspeito, indiciado, réu, sentenciado, condenado, detento, beneficiário ou egresso.

Nesse norte, assevera o autor:

Aí também reside maculação ao princípio na proporção em que certas medidas dirigidas contra o suspeito, por exemplo a sua exposição na mídia pelos órgãos repressores, acabam atingindo seus familiares ou mesmo a vítima de maneira ilegal. Em suma, não se deve transmitir nenhum dos efeitos deletérios da persecutio ou da condenação. (BELO, 2012).

Montesquieu já defendia que a pena dirigida aos genitores dos apenados era uma pena despótica. Acerca do castigo dos genitores em lugar dos filhos, noticia o autor:

Na China, punem-se os pais pelos erros dos filhos. Isto era costume no Peru e também provém das ideias despóticas. Ainda que se diga que na China o pai é punido por não ter feito uso do poder paterno que a natureza estabeleceu e as leis até aumentaram, isto ainda supõe que não exista honra entre os chineses. Entre nós, os pais cujos filhos são condenados ao suplício e os filhos cujos pais sofrem a mesma morte são tão punidos pela vergonha quanto

o seriam na China com a perda da vida. (MONTESQUIEU, 2000).

Desta feita, do mesmo modo que se impede que as penas ultrapassem a pessoa do condenado, não se pode permitir que aos seus familiares sejam impostas condições de tratamento próximas de uma sanção penal e, tampouco, que o Estado pratique violações à dignidade da pessoa humana sob o pretexto da segurança institucional do sistema penitenciário, tal como ocorre, dentre outros, em revistas íntimas realizadas em companheiras, esposas, irmãs, filhas e genitoras de presos (DUARTE; KAZMIERCZAK, 2017).

A garantia da execução da pena pelos detentos e qualquer forma de promoção e garantia dos aparatos de segurança deveria, portanto, passar por um processo de releitura sob a ótica do Direito, sob o enfoque dos princípios constitucionais, para se verificar se estamos (ou não) diante de um sistema prisional erigido em regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definir e adotar normas e formas de atuação, não viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade e não permite que a atuação do Estado decaia aos níveis da paralegalidade (DUARTE; KAZMIERCZAK, 2017).

Nesse sentido, como bem afirma Santiago Mir Puig (2007) o Direito é uma construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos, tendo idêntica função o Direito Penal. Logo, inseridos na formação de um Estado Social e Democrático de Direito, como consagrado pela Constituição, o Direito Penal deve ter a função de prevenção limitada dos delitos, entendida como as ações danosas para os interesses diretos e indiretos dos cidadãos (2007, p. 212). Todavia, essa legitimidade não outorga ao Estado qualquer legitimidade para uma atuação violadora da dignidade alheia no pretenso afã de atingir seus fins de prevenção da criminalidade.

Cernicchiaro e Costa Jr. nos lembram que, apesar da evolução ao longo do tempo, transcendência da pena, como acontecimento, ainda se repete:

O Direito Penal, hoje, vive época diferente do período da vingança pública. Transcorre o período conhecido como científico ou criminológico, entretanto, apesar de a pena não ser tida como retribuição do mal, restam lembranças de épocas anteriores. A vingança privada, teoricamente, tão distante de nossos dias, ainda se faz presente. Esquece-se que somente o agente do crime, ou de outro ilícito, deverá sofrer a sanção. Terceiros ainda que da mesma família, de parentesco próximo, precisam ser preservados. Caso contrário, a reação, ao invés de restringir-se ao malfeitor, alcançará inocentes. (CERNICCHIARO; COSTA JR, 1995).

Infelizmente, sabe-se que na realidade social a pena ainda possui o condão de afetar terceiros inocentes, especialmente os familiares do apenado, embora o princípio da personalidade seja “uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e justiça”, conforme assevera José Eduardo Goulart (1994).

Ana Caroline Jardim (2010) sustenta que, ante a complexidade das situações e

experiências que envolvem os familiares dos detentos e seus modos de inserções, tanto no tratamento penal, correspondente aos aparatos de controle jurídico-formal, quanto nas dinâmicas em que se organiza o cotidiano prisional, os familiares lastimavelmente acabam fazendo parte das experiências sociais vivenciadas na prisão.

Logo, há indicativos de que o princípio da intranscendência da pena não possua plena concretização prática.

### 3 | A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Nossa atual população carcerária nacional, segundo dados mais recentes do Infopen<sup>1</sup>, 702.069, dos quais 344.773 encontram-se no regime fechado, 101.805 no semiaberto, 43.325 no regime aberto (mas segregados), 209,257 presos provisoriamente, 213 em tratamento ambulatorial e 2.696 cumprindo medidas de segurança em hospitais de custódia (BRASIL, 2020a).

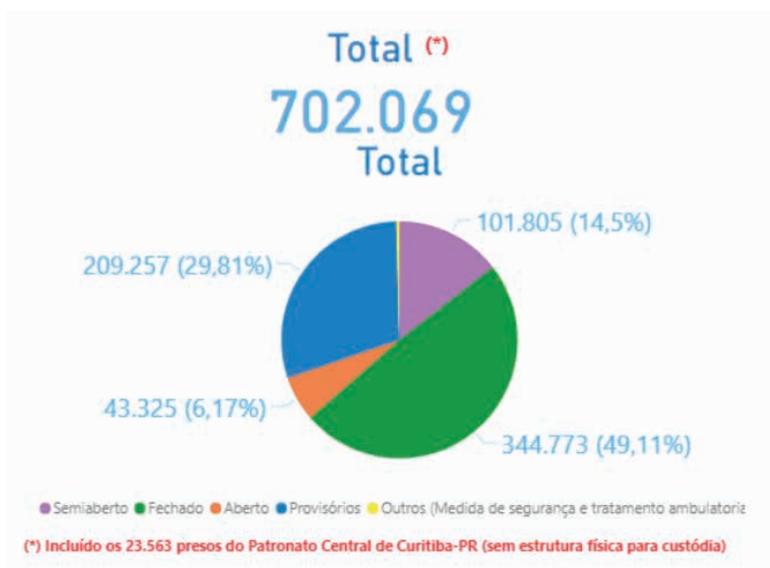


Gráfico 1 - Presos em unidades prisionais no Brasil: Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020c)

Em Santa Catarina, os números são de 22.118 encarcerados, dos quais 11.936 encontram-se no regime fechado, 5.012 no semiaberto, 53 no regime aberto (mas segregados), 5.068 presos provisoriamente, ninguém em tratamento ambulatorial e, 49 pessoas cumprindo medidas de segurança em hospitais de custódia (BRASIL, 2020b).

1 "Criado em 2004, o Infopen compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país com a finalidade de diagnóstico da realidade prisional brasileira." (BRASIL, 2020a)

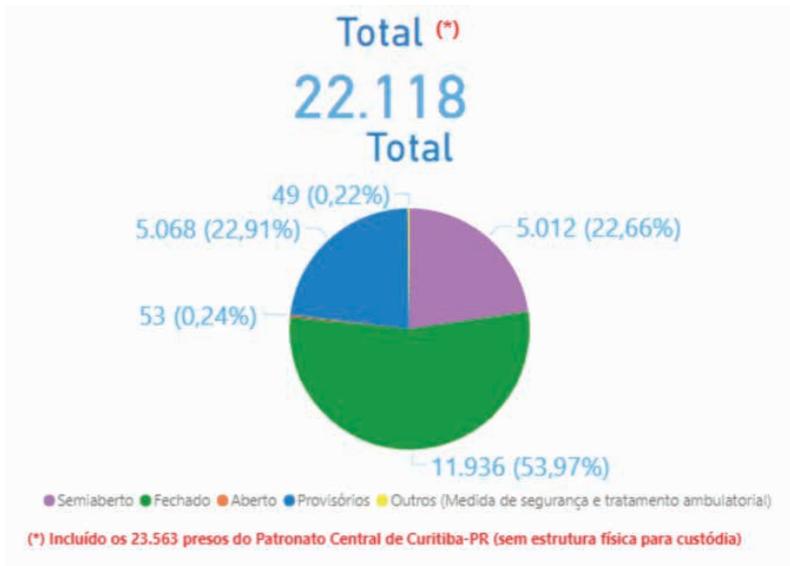


Gráfico 2 - Presos em unidades prisionais no Brasil: SC. Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020d)

Segundo dados constantes do World Prison Brief (WPB), base mantida pelo Institute for Crimine & Justice Policy Research (ICPR), da Birkbeck University of London, o Brasil é o terceiro país no mundo dentre os que possuem maior número de pessoas presas<sup>2</sup> (ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH, [2019 ou 2020a]).

Nossa maior população carcerária está compreendida pela faixa etária de 18 a 24 anos de idade (com 159.971 detentos, 21,22% do total), que é seguida das seguintes faixas etárias: (i) 25 a 29 anos de idade (com 155.998 detentos, 20,96% do total); (ii) 35 a 45 anos de idade (com 145.387 detentos, 19,28% do total); (iii) 30 a 34 anos de idade (com 125.899 detentos, 16,7% do total); (iv) 46 a 60 anos de idade (com 53.247 detentos, 7,06% do total); (v) e, por último os com mais de 60 anos de idade (com 9.489 detentos, 1,26% do total) (BRASIL, 2020e)

<sup>2</sup> O instituto utilizou, para o ranqueamento, os dados do Infopen do primeiro semestre de 2019. (ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH, [2019 ou 2020b])

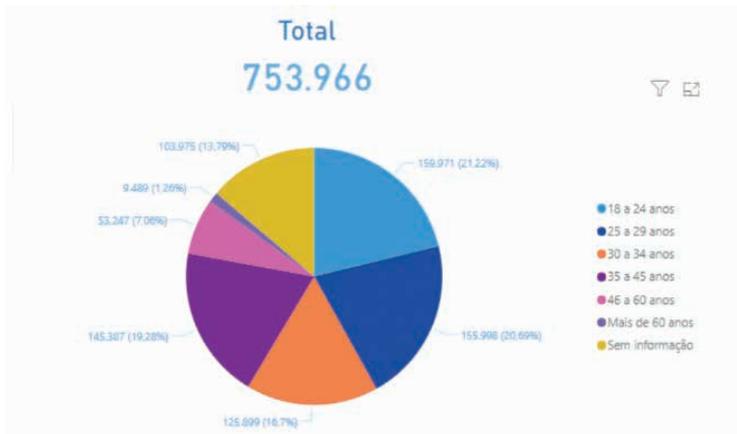


Gráfico 3 – População Prisional por Faixa Etária. Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020e)

E diferentemente das representações de presídios dos filmes norte-americanos [que já foram em partes desconstruídas por produções nacionais como *Carandiru* (2003)], as celas de nossas unidades prisionais são lotadas, não há cama para todos os presos, e em algumas unidades sequer há espaço para que todos possam se deitar ao mesmo tempo ao chão (HUMAN RIGHTS WATCH, [entre 1998 e 2018]).

As condições são insalubres, e potencializam o risco de contaminação e a proliferação de doenças. Segundo Mello (2020) “estima-se que o risco de contágio de tuberculose nos presídios, por exemplo, seja 30 vezes maior do que o risco verificado na população comum.”.

Mello (2020) traça o perfil deste segmento de *neo-miseráveis* e das condições a que estão expostos:

As pessoas encarceradas já têm as vidas marcadas pela ausência de políticas de saúde, educação, habitação e emprego, para dizer o mínimo. Como é o ambiente prisional? É insalubre, lotado, sem ventilação, tem problemas advindos da inconstância no fornecimento de água. Em algumas unidades as celas são projetadas para 12 pessoas, mas são ocupadas por 50 ou 60. O atendimento médico é precário e os serviços técnicos de enfermagem, serviço social e psicologia sofrem em virtude de uma organização que não conta com plano de cargos e salários nem formação continuada dos servidores, também sujeitos à precariedade das unidades prisionais. Como podemos ver, as condições são propícias ao desenvolvimento e contágio de doenças dos mais diversos tipos. Ainda que houvesse servidores suficientes para atender as pessoas doentes nas unidades prisionais, de nada adiantaria, porque elas, mesmo depois de atendidas – vejam bem, não quero dizer pessoas tratadas ou cuidadas, mas apenas atendidas –, continuam no mesmo lugar onde desenvolveram as doenças.

A tuberculose, a sarna, o HIV e a sífilis são doenças comuns e não tratadas em muitas unidades prisionais no Brasil. Já sabemos quais são os fatores que

contribuem para desenvolvimento e transmissão dessas doenças.

Trata-se do reflexo de um sistema penitenciário falido, que opera há longa data em sobrecarga e com grande número de déficit de vagas. No primeiro semestre de 2020 o déficit foi de cerca de 231.768 vagas, número que representa a superlotação do nosso sistema para o período (BRASIL, 2020f).

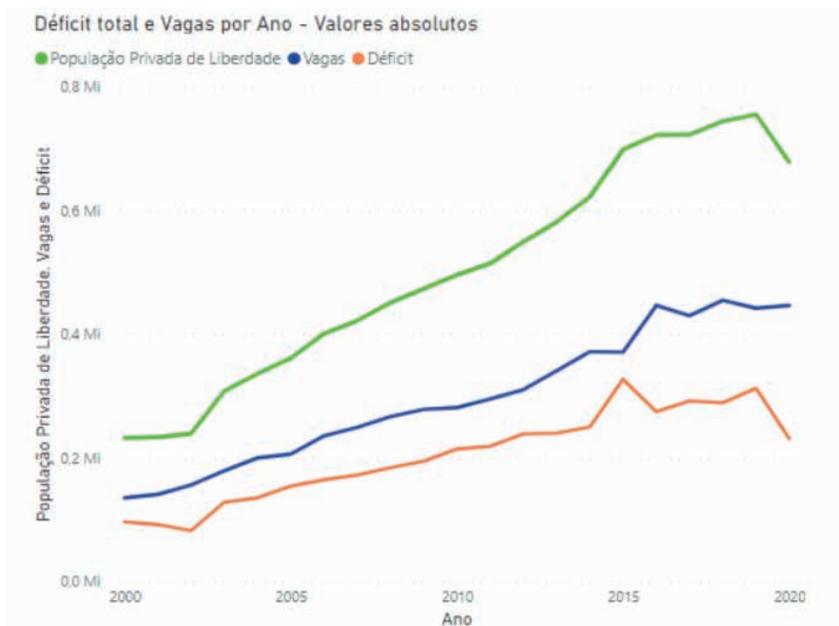


Gráfico 4 – Taxa de Aprisionamento e Déficit de Vagas por Ano. Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020f)

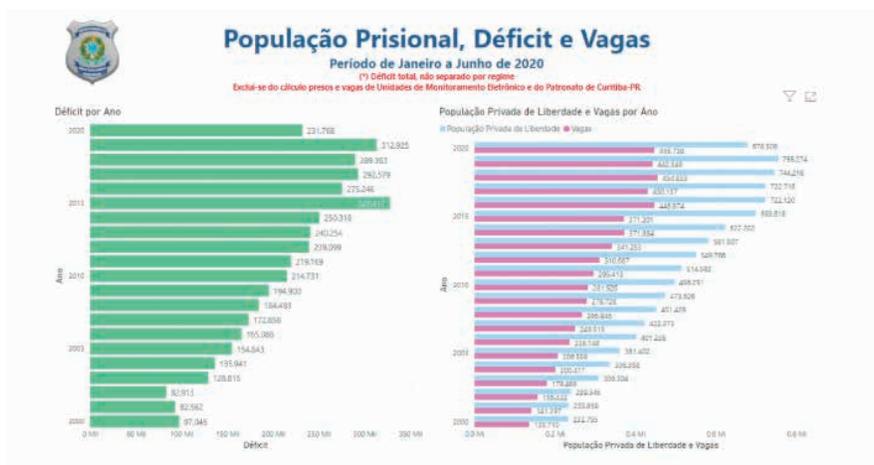


Gráfico 5 – População Prisional, Déficit e Vagas. Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020g)

Nossa população carcerária é predominantemente masculina com 716.967 detentos, o que representa 95,09% do total de pessoas encarceradas; e de 36.999 detentas, o que representa 4,91% da população carcerária (BRASIL, 2020h). E, em que pese se detenha, quanto à esta variável, os dados de apenas 27,02% da população carceraria, com base em tal amostragem é possível se concluir que a maioria de nossa população carceraria possui filhos (BRASIL, 2020i).

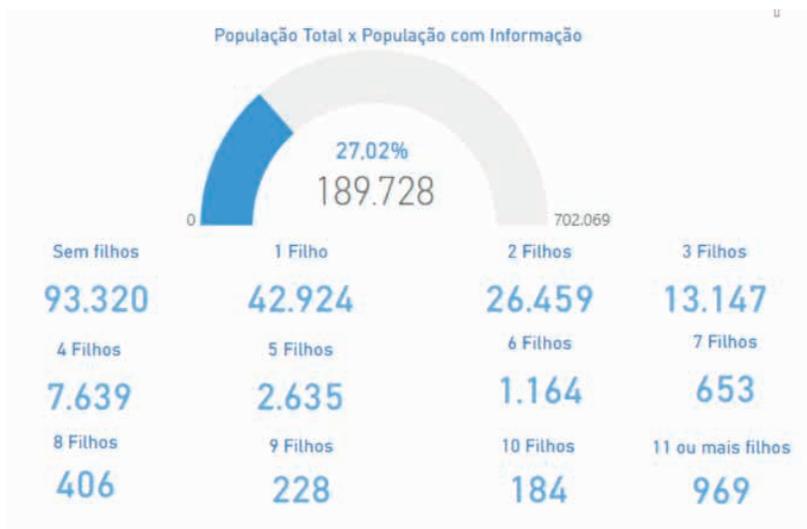


Gráfico 6 – Pessoas Privadas de Liberdade com ou sem Filhos. Período de janeiro a junho 2020.

Fonte: Brasil (2020i).

De uma forma geral, esse é o cenário de nossa atual população carcerária nacional.

#### **4 I (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E/OU PENA COMPARTILHADA?**

Segundo Tânia Maria Dahmer Pereira (1991) o ingresso formal de familiares nos ambientes prisionais foi precipuamente autorizado por meio portaria, de nº 278/JSP/GDG, “publicada na revista penitenciária n 1 – junho/77 – Imprensa Oficial”, permitindo e regrido as visitas. A partir de então “os presos passaram a receber visitas e, em casos extremos, a realizar visitas a parentes que estivessem doentes ou em estágio terminal, bem como a ter direito de comparecimento a cerimônias fúnebres de seus familiares mais próximos”.

A prática demonstra que interpelação entre os familiares e o cárcere encontra-se aflorada por mitos e verdades, “manifestados através de uma rede complexa e multidimensional, englobando não só aspectos estruturais, como também a construção de subjetividades que perpassa o imaginário social.” (JARDIM, 2010).

A família, em regra, e resguardadas as suas exceções, acaba por acompanhar de perto o resgate da pena pelos condenados, tornando-se “elemento essencial para disciplinar e orientar as aspirações dos indivíduos e é devido a estes conceitos que a prisão investe todos os seus mecanismos de poder não só no corpo dos condenados como também nos seus familiares” (KLEIN, 2010)

A família do preso, acaba, pois, adquirindo dúplice posição aos olhos e ante o sistema penitenciário, ora sendo compreendida pelos agentes e operadores jurídicos envolvidos como elemento fundamental para o incentivo à ressocialização do apenado, ora sendo punidos junto com familiar preso, especialmente quando consideram e valoram o tratamento da polícia penitenciária como rude, degradante ou humilhante. Comuns são os relatos de familiares no sentido de que determinados policiais penitenciários os vêm com desconfiança e desvalor, presumindo que também se tratam de criminoso (SOUZA, 2007).

Klein (2004) nos lembra que:

[...] existem inúmeras repercussões negativas com o encarceramento, dado que o sistema prisional exerce influência não apenas no reeducando que é privado de liberdade, mas também em toda a família. Contudo, é importante perceber que, apesar de toda a problemática enfrentada com o aprisionamento, a família busca estratégias para se adaptar à nova situação, portanto estas transformações tanto em sua composição quanto em seu cotidiano não significam desestruturação, mas sim a organização de forma diferente segundo as suas necessidades.

Logo, o que se percebe é que há transcendência, ainda que não de maneira direta expressa, mas a partir da violação dos preceitos infraconstitucionais e constitucionais, e da estigmatização dos familiares dos presos.

O constrangimento à que são submetidos os familiares do preso iniciam-se pelas revistas íntimas realizadas como condição para o ingresso nos presídios. A revista, excetuando-se as já realizadas por meio de scanner eletrônico, são degradantes e humilhantes, e afrontam o princípio da personalidade da pena.

A revista íntima consiste no ato de despir-se e agachar-se sobre espelhos, forçando com as mãos a abertura dos orifícios anal e vaginal (para as mulheres) no pretense afã de se demonstrar que não há nada sendo transportado dentro das regiões íntimas para o interior dos ergástulos.

O Relatório sobre Mulheres Encarceradas, versando sobre aludidas revistas, expõe a real função de tais atos:

A realização desse tipo de revista pessoal atua como instrumento de intimidação, uma vez que o próprio Estado informa que o número de apreensões de objetos encontrados com visitantes [...] é extremamente menor daqueles encontrados nas revistas realizadas pelos policiais nas celas, indicando que outros caminhos ou portadores, que não são os visitantes, disponibilizam tais produtos (CIDH, 2018).

O depoimento de quem se submete a tais revistas nos dá uma ideia do

constrangimento e abuso sofrido, especialmente pelas mulheres todas as vezes em que pretendem visitar alguém dos seus:

'Abaixa, faz força, encosta na parede, faz força como se fosse ter um filho'. Mas que força é essa? Eu nunca tive um filho! A gente chora... 'Segura que vai cair', dizem as agentes. Segurar o que? Eu não tô levando nada! Várias vezes que a gente chega pra visitar tem funcionário que tá usando máscara. Máscara?! Acabei de tomar banho, tô bonita, vim arrumada!

(...)

O Estado faz de tudo pra gente abandonar a nossa família. Fazem a gente abaixar, peladas, três vezes de frente, três de costas, fazer quadradinho de 8, de 16, ficar em frente ao espelho, colocar a mão, abrir, passar o papel. O Estado faz de tudo pra você abandonar seu parente. Mas a gente não abandona. Só quem abre as pernas ali sabe como é. Aquilo é um estupro (LONGO, 2014).

A atenção ao princípio da intranscendência da pena, demanda, todavia, mesmo para os estabelecimentos que ainda não são equipados com scanners eletrônicos, solução alternativa, que seria possível através da adoção da revista inversa; submetendo-se cada detento, após a visita, à revista a que submetem previamente seus familiares, para verificação de qualquer irregularidade (OLIVEIRA, 2015).

A estigmatização social é outra consequência indireta sofrida pelos familiares dos presos. As crianças e adolescentes, filhos de encarcerados, por vezes sentem vergonha de ir à escola, posto que tarjadas como filhos de “bandido”. As esposas e companheiras também relatam dificuldade em manter e conseguir emprego, por serem etiquetadas como esposas de “criminosos”. (OLIVEIRA, 2015).

Ainda, segundo Oliveria (2015) o núcleo familiar também é afetado pelo encarceramento de um de seus integrantes, haja vista que ela geralmente implica na diminuição da renda familiar, e no inerente agravamento da situação socioeconômica de todos, haja vista que o auxílio reclusa em regra acaba por atender apenas as famílias daqueles que possuíam trabalho formal quando de sua reclusão.

Desta feita, resta evidente que, em regra, os familiares dos apenados acabam sendo estigmatizados e expostos a situações constrangedoras e vexatórias e tem suas condições socioeconômicas agravadas.

Greco (2011, p. 81), sobre o tema, expõe que:

Sabemos que informalmente, não somente aquele que praticou a infração sofre os rigores da lei penal, como também todos aqueles que o cercam. A família do condenado, geralmente, perde aquele que trazia o sustento para casa; os filhos deixam de ter contato com os pais; seus parentes sofrem o efeito estigmatizante da condenação criminal e passam a ser tratados, também como criminosos etc.

Trata-se, Segundo Hassemer (2005, p. 101), de uma estigmatização, fruto do “labelling approach”, de um etiquetamento que se funda na “ideia de que a criminalidade

é resultado de um processo de imputação, (e) a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, Ministério Público, tribunal penal, e instâncias formais de controle social.”

E com tais consequências torna-se evidente a violação, ainda que indireta, do princípio da intranscendência da pena, a qual ocorre, por vezes, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que, inclusive implica em afronta concomitante ao princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, do artigo 5º, da CF (OLIVERIA, 2015).

Segundo lembra Jardim (2010):

Quando um aprisionado é considerado como o “bom bandido”, servil e obediente às normas prisionais, sua família também passa a ser valorada de forma positiva, projetando-se nela a viabilidade de uma futura “recuperação” do indivíduo. Em situações inversas, quando o parente preso é visto como o “mau bandido”, que não submete seu corpo ao poder instituído no estabelecimento prisional, a família também passa a ser vista como ameaça à ordem vigente e identificada pelo possível abastecimento da chamada “economia delincente”, desestabilizando o poder repressivo.

Trata-se, na prática, de verdadeiro estado de coisas para os familiares dos presos, ou, como o define Zaffaroni, de estado de polícia (2006, p. 232):

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a corrupção de sangue. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinqüente.

Jamil Chaim Alves (2010), diante de tais fatos, realizou pesquisa de campo no afã de verificar como a condenação e a pena prejudicaria terceiros. A pesquisa teve como participantes mulheres que se encontravam na fila para visitação dos detentos no Presídio Desembargador Adriano Marrey, em Guarulhos, estado São Paulo. E o estudo consistiu na aplica o de um questionário contendo nove perguntas, das quais oito eram de múltipla escolha e uma de questão aberta. O trabalho de campo foi realizado em março de 2009 e teve a participa o de 52 pessoas, de m dia etária de 26 anos (idade mínima de 16 anos e máxima de 44 anos). Destas, 49 eram esposas/companheiras, 2 eram mães e 1 era irmã do detento.

Um dos aspectos investigados por Alves (2010) foi o preconceito que os familiares sofrem com a condena o. 38% das entrevistas asseveraram sofrer um pouco de preconceito, 37% asseveraram sofrer um muito de preconceito, e 25% asseveraram nunca ter sofrido preconceito em fun o da condena o de seu familiar.

Das entrevistadas que alegaram ter sofrido preconceito, 6 afirmaram que o mesmo

teve como consequência a perda do emprego, que se deu quando os superiores tomaram conhecimento de que o familiar havia sido preso.

A amostra da pesquisa também foi indagada sobre eventual mudança na situação financeira do lar, após a prisão do familiar. Das 52 pessoas questionadas, 46 (88%) afirmaram que preso contribuía financeiramente para o lar, e apenas 6 (12%) disseram que não. E quando questionadas sobre o auxílio-reclusão, 47 (90%) afirmaram que não o recebem, e 5 (10%) que recebem. Consequentemente, a maioria das entrevistadas afirmou que a situação financeira do grupo familiar piorou após a reclusão daquele que estavam por visitar. 22 entrevistadas afirmaram que a situação financeira da unidade familiar piorou muito após a prisão do familiar; 15 afirmaram que piorou um pouco; 10 afirmaram que a situação financeira da unidade familiar não sofreu mudança; e 05 afirmaram que a situação financeira da unidade familiar mudou, mas por outras razões diversas da prisão.

Alves (2010) indagou também sobre o eventual constrangimento sofrido pelas entrevistadas durante a revista íntima, que é realizada antes da visita aos detentos, e 42% das entrevistadas alegou se sentir muito constrangidas com ela; 37% das entrevistadas alegou se sentir um pouco constrangidas; e apenas 21% das entrevistadas informou não se sentir constrangidas com a revista.

As entrevistadas também foram questionadas sobre o relacionamento afetivo com o detento, após a prisão, e apenas 5 entrevistas alegaram que o relacionamento afetivo piorou um pouco com a prisão. 23 entrevistas alegaram que o relacionamento afetivo não mudou com a prisão; 11 entrevistas alegaram que o relacionamento afetivo melhorou um pouco com a prisão; e 13 entrevistas alegaram que o relacionamento afetivo melhorou muito com a prisão.

Em que pese Alves (2010) não tenha chegado a tal conclusão, pelo local em que a pesquisa foi realizada (fila de espera para ingresso na unidade prisional para visita), neste tópico em específico, ela pode não ser fidedigna, posto que a amostra se encontra comprometido, haja vista que aquelas mulheres cujo relacionamento afetivo tenha piorado muito com a prisão dificilmente seriam encontradas na fila para visita.

Derradeiramente, Alves (2010) perquiriu o quanto os familiares se sentiam afetados pelo fato de o detento estar cumprindo pena. 39 (75%) afirmaram que se sentem muito afetados, 11 (21%) disseram que se sentem um pouco afetados e apenas 2 (4%) afirmaram que não se sentem afetados.

A pesquisa de campo realizada por Alves (2010) comprovou que, de fato, a condenação repercute sobre os familiares dos detentos de diversas formas. Uma delas é a deterioração da situação financeira, verificada na ampla maioria dos lares

Outra evidência da transcendência da pena, decorre do número de crianças que, mesmo sem qualquer culpa nascem atrás das grades. Segundo os dados do Infopen 1.850 crianças estão atualmente, juntamente com suas genitoras, reclusos em estabelecimentos prisionais. E outras 176 poderão nascer no cárcere (BRASIL, 2020j).

## 5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que se percebe de todo o exposto, em que pese nosso ordenamento jurídico pátrio, há longa data, garantida constitucionalmente a intranscendência da pena, ela ainda atinge, ainda que de forma indireta, os núcleos familiares cujos integrantes restaram segregado.

É forçoso reconhecer que os familiares de apenados sofrem penalizações continuamente, em inobservância e afronta a um dos princípios constitucionais, de que nenhuma pena deveria ultrapassar o indivíduo condenado.

Flagrantes são também as inconstitucionalidades e ilegalidades que assolam os familiares dos presos, o que decorre de verdadeiras afrontas diversas da dignidade da pessoa humana, de um agrupamento de indivíduos cujos direitos são menosprezados e cujas violações à poucos importam: o encarcerado e os seus; posto que tarjados de merecedores de dor e sofrimento, de choro e ranger de dentes.

O cenário posto permite-nos concluir pela premente necessidade de um amadurecimento institucional, a ser pautado pela imprescindibilidade de se dar maior concretude e efetividade aos preceitos constitucionais no âmbito do direito penal brasileiro e, especialmente, do lado de dentro dos muros de nossas prisões.

Não se trata apenas da necessidade de maiores investimentos financeiros para melhorias de qualidade de vida do preso, e, especialmente dos familiares seus, mas da urgente imprescindibilidade de uma metamorfose da opinião pública e, especialmente da opinião daqueles que trabalham em nossas unidades prisionais, sem a qual a norma não terá sustentáculos suficientes para a sua efetivação.

Os estigmas e etiquetas sociais atribuídas aos familiares dos presos precisam ser removidas, para que de *outros* passem a ser vistos como sujeitos, titulares de direitos e garantias constitucionais como qualquer um de nós.

Não podemos perder de vista que uma das principais funções sociais da pena é a ressocialização do apenado que, mais cedo ou mais tarde, voltará para a sociedade. E a família possui papel fundamental para o resgate da pena pelos detentos, contribuindo expressivamente para a constituição ou manutenção de referências de identidade estabelecidas preteritamente à vida no cárcere; servindo, também de incentivo para a cumprimento regular e sem incidentes da pena. Logo, qualquer tentativa de privar ou dificultar tal convívio atenta contra a dignidade das pessoas humanas envolvidas, tanto daquelas que se encontram intramuros, quanto daqueles que se encontram extramuros.

Assim sendo, o punitivismo sistematizado, lastimavelmente enraizado em nossa sociedade contemporânea, não pode se sobrepor aos preceitos básicos garantidos pelo texto constitucional, tanto aos presos, quanto aos seus familiares, sob pena de se contribuir para perpetuação de um ciclo de frustrações e violências, ainda que institucionais.

Obviamente, a pena não pode continuar sendo compartilhada e transcendida aos

familiares do preso. Inobstante o exposto, e evidente que ainda que mudança significativas sejam implementadas, os efeitos, tanto materiais quanto morais da pena, continuarão ultrapassando a pessoa do apenado, para também penalizar os seus.

Todavia, as transcendências podem e devem ser reduzidas e mitigas, pois muito já pode ser feito pelo Estado, pelo poder público e pela sociedade, para se limitar os efeitos da pena, em observância aos preceitos do ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Princípio da personalidade da pena e execução penal**. São Paulo, 2010. Revista dos Tribunais. v. 99, n. 899, p. 431–454, set., 2010. Disponível em: [http://www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/site\\_nucci\\_personalidade\\_pena.doc](http://www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/site_nucci_personalidade_pena.doc). Acesso em: 14 mar. 21.

BELO, Warley. **Tratado dos princípios penais**: volume I. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

BRASIL, Presidência da República Federativa. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no Brasil**: Período de janeiro a junho 2020. 2020a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk11IiwidCI6ImVmdkwnNDlwLWQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no Brasil: SC** - Período de janeiro a junho 2020. 2020b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no Brasil: Percentual** - Período de janeiro a junho 2020. 2020c. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Presos em unidades prisionais no Brasil: SC. Percentual** - Período de janeiro a junho 2020. 2020d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **População Prisional por Faixa Etária**. Período de janeiro a junho 2020. 2020e. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Taxa de Aprisionamento e Déficit de Vagas por Ano**. Período de janeiro a junho 2020. 2020f. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **População Prisional, Déficit e Vagas**. Período de janeiro a junho 2020. 2020g. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **População Prisional por gênero**. Período de janeiro a junho 2020. 2020h. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Pessoas Privadas de Liberdade com ou sem Filhos**. Período de janeiro a junho 2020. 2020i. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJmJmJmU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk1liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. Depen - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Maternidade**: faixa etária dos filhos que estão no estabelecimento. Período de janeiro a junho 2020. 2020j. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYzg4NTRjNzYtZDcxZi00ZTNkLWI1M2YtZGIzNzk3ODg0OTlllwiidC16ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmVYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 mar. 21.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

**brasileiro: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218.

CARANDIRU. Direção de Héctor Babenco. Produção de Héctor Babenco. Roteiro: Héctor Babenco; Fernando Bonassi; Víctor Navas. [s.l.]: Hb Filmes e Globo Filmes, 2003. (146 min.), color.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. **Direito penal na constituição**. São Paulo: RT, 1995.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre Mulheres Encarceradas**. 25 jul. 2018. Disponível em: <https://ajd.org.br/noticias/825-49relatorio-sobre-mulheres-encarceradas>. Acesso em: 14 mar. 21.

COVOLAN, Jéssica Caroline. SILVEIRA, Matheus. Inciso XLV - Princípio da intranscendência da pena. Politize! 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-da-intranscendencia-da-pena/#:~:text=Trata%2Dse%20do%20conhecido%20princ%3%ADpio,responder%20pelo%20crime%20que%20praticou.>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DUARTE, Débora Garcia; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O princípio da intranscendência da pena sob a luz de um direito penal constitucional. In: **Revista Aporia Jurídica (on-line)**. Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 8ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2017). p. 123 - 136.

FRANÇA, Mayara Braz. **O mito do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal: Efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados**. Brasília, 2015. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/7085/4/21060937.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 81.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 101-102.

HUMAN RIGHTS WATCH (Nova Iorque). Better Business Bureau. **O Brasil atrás das grades**: Condições Físicas. [entre 1998 e 2018]. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/condicoes.htm>. Acesso em: 24 abr. 2020.

ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH (Londres). Birkbeck University Of London. **World Prison Brief: Highest to Lowest - Prison Population Total.** [2019 ou 2020a]. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 25 abr. 2020.

ICPR - INSTITUTE FOR CRIMINE & JUSTICE POLICY RESEARCH (Londres). Birkbeck University Of London. **World Prison Brief: Brazil.** [2019 ou 2020b]. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 25 abr. 2020.

JARDIM, A.C.M.G.. **Famílias e prisões: (sobre)vivências de tratamento penal.** 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

KLEIN, Fernanda Bortolini. **As formas de poder prisional e a família do preso.** 2004. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Curso de Graduação em Serviço Social, Universidade de Cruz Alta, Rio Grande do Sul, 2004.

LONGO, Ivan. **Só quem abre as pernas sabe como aquilo é um estupro.** Revista Fórum Semanal, 2014. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/digital/141/quem-abre-pernas-sabe-como-e-aquilo-e-um-estupro/>>. Acesso em: 14 mar. 21.

MELLO, Kátia Sento Sé. **O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19.** 2020. COORDCOM/UFRJ. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/01/o-sistema-prisional-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MIR PUIG, Santiago. **Limites del normativismo em Derecho penal.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64 janeiro-fevereiro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes 2000.

OLIVEIRA, S. M. F. N. DE. O Desrespeito ao Princípio da Intranscendência da Pena: Seu Impacto Sobre o Núcleo Familiar. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 1, p. 155-167, 9 fev. 2015.

PEREIRA, Tânia Maria Dahmer. **Um estudo dos valores do Assistente Social no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro.** Revista da escola do Serviço Penitenciário, ano III, n. 09, p. 56, out./dez. 1991

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124.

SOUZA, Ilda Alves de. **As dificuldades encontradas pela família do preso.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Curso de Graduação em Direito, Centro de Ensino Superior de Brasília – CESB/IESB, Brasília, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

# MEIOS ATÍPICOS DE COERÇÃO DO DEVEDOR NA ATIVIDADE EXECUTIVA: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

*Data de submissão: 07/04/2023*

*Data de aceite: 02/05/2023*

**Liz Emanuelle de Carvalho Santiago**

Centro Universitário Newton Paiva  
Belo Horizonte – Minas Gerais  
<https://orcid.org/0009-0001-9682-3735>

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva analisar os meios coercitivos atípicos de execução, dos títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, quando os meios tipificados em lei já foram aplicados e não surtiram efeito. Trata-se do estudo bibliográfico sobre os meios coercitivos inominados aplicáveis à execução capazes de constranger o devedor a adimplir a prestação à qual foi obrigado. Nesse sentido, serão examinados os requisitos de aplicação das medidas coercitivas atípicas, bem como será feita uma análise jurisprudencial sobre como os tribunais têm aplicado tais medidas nos casos concretos. Ao final, concluir-se-á pela necessidade de esgotamento das medidas coercitivas típicas para possibilitar a aplicação das atípicas, em respeito aos requisitos da subsidiariedade, proporcionalidade e razoabilidade. Serão estudadas, ainda, as principais medidas coercitivas atípicas atualmente cabíveis na atividade executiva e quais critérios

de aplicação são exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a ausência de previsão legal ou rol exemplificativo dificulta a visualização das possibilidades de aplicação dos referidos mecanismos atípicos de coerção do devedor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atípicas; coercitivas; critérios; execução; medidas.

### ATYPICAL MEANS OF COERTING THE DEBTOR IN THE EXECUTIVE ACTIVITY: APPLICATION CRITERIA

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the atypical coercive means of execution, of judicial or extrajudicial executive titles, when the means defined by law have already been applied and had no effect. This is the bibliographical study on the unnamed coercive means applicable to the execution capable of constraining the debtor to comply with the service to which he was obliged. In this sense, the requirements for applying atypical coercive measures will be examined, as well as a jurisprudential analysis on how the courts have applied such measures in specific cases. In the end, it will be concluded that the typical coercive measures need to be exhausted in order to allow the application of atypical ones,

respecting the requirements of subsidiarity, proportionality and reasonableness. The main atypical coercive measures currently applicable in the executive activity will also be studied and which application criteria are required by the Superior Court of Justice, since the absence of a legal provision or exemplary list makes it difficult to visualize the possibilities of application of said atypical mechanisms of coercion of the debtor.

**KEYWORDS:** Atypical; coercive; criteria; execution; measures.

## 1 | INTRODUÇÃO

A atividade executiva busca a satisfação da obrigação determinada em um título executivo. Executar é “satisfazer uma prestação devida” (DIDIER Jr. et al, 2021) através do uso dos mecanismos necessários e adequados à finalidade pretendida. Iniciada a execução, não tendo o devedor procedido ao pagamento voluntário do débito, e após aplicadas as medidas executivas de busca de valores e bens que possam satisfazer a obrigação, passa-se à aplicação de medidas coercitivas típicas e, frustradas essas, as atípicas com fim de constringer o executado a cumprir a obrigação. É esse o ponto central desse estudo, dimensionar quais são os critérios de aplicação das medidas coercitivas atípicas aplicáveis na atividade executiva decorrente de uma obrigação judicial ou extrajudicial e o momento de sua aplicação, bem como analisar os requisitos mais usados pela jurisprudência para tal adoção e as principais decisões relacionadas ao tema.

Importante destacar que na atividade executiva podem ser aplicadas medidas coercitivas a fim de constringer o devedor a cumprir a obrigação determinada pelo título executivo judicial ou extrajudicial. Para Liebman, tais medidas possuem duas funções:

“(a) procurar restabelecer a situação de prejuízo causado pelo descumprimento dos imperativos jurídicos – ou pela consecução, por outros meios, de resultados semelhantes àqueles que deveriam ter ocorrido ou mediante compensações à essa transgressão – e (b) pressionar psicologicamente o devedor a realizar a conduta devida” (LIEBMAN apud MINAMI, 2020, p. 36).

Assim, a grande discussão entorno do assunto que ora será abordado se dá pela incerteza sobre a aplicação das medidas coercitivas atípicas, o momento processual adequado e quais são as medidas possíveis e razoáveis de acordo com o caso concreto. Pretende o presente trabalho analisar os critérios adotados pela doutrina e pelo Poder Judiciário para aplicação de tais medidas.

## 2 | MEIOS SUB-ROGATÓRIOS E MEIOS COERCITIVOS DE EXECUÇÃO

Os meios executórios “constituem uma reunião de atos executivos, organizados no procedimento, endereçada à obtenção do bem pretendido pelo exequente” (ASSIS, 2018, p. 163-164). Eles podem ser agrupados em duas classificações, os sub-rogatórios, que prescindem da participação efetiva do devedor – onde o Poder Judiciário efetivamente

realiza o cumprimento forçado da obrigação, substituindo a vontade do devedor –, e os coercitivos, cuja finalidade é estimular a vontade do executado em cumprir voluntariamente a obrigação.

Os meios sub-rogatórios são aqueles “que visam conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente da participação e, portanto, da vontade do obrigado, são os naturalmente cabíveis para a satisfação dos créditos pecuniários” (GRECO *apud* CHIOVENDA, 2018). Para Araken de Assis, os meios sub-rogatórios são protagonizados pelo Estado-Juiz que, no lugar do exequente, pratica atos a fim de satisfazer a pretensão do credor. Abrangem a expropriação (art. 825), o desapossamento (art. 806, §2º), e a transformação (art. 817).

O meio executório de sub-rogação descrito no artigo 806, §2º, do CPC, denominado desapossamento, aplicável à execução de obrigação de entrega de coisa certa, consiste no ato da procura de bens em nome do devedor e, encontrando-os, na entrega desses ao exequente (sendo bem móvel, o cumprimento forçado é efetivado via ordem de busca e apreensão, sendo bem imóvel, mediante ordem de imissão na posse – artigo 538 do CPC). Já o meio da transformação possibilita ao juiz a invasão à esfera patrimonial do executado com o objetivo de executar obrigações de fazer fungíveis, através de terceiros, com o adiantamento, pelo exequente, das despesas aprovadas pelo juiz, na forma do artigo 817 do CPC.

A expropriação, como meio sub-rogatório de execução, pode ser aplicada ao cumprimento de obrigações pecuniárias e “consiste no corte da porção patrimonial [de titularidade do executado] correspondente ao valor da dívida” (ASSIS, 2018, p. 176). De acordo com o artigo 825 do CPC, são modalidades de expropriação a adjudicação, a alienação e a apropriação de frutos e rendimentos, podendo, excepcionalmente nas dívidas alimentares, ser efetivada através do desconto. A primeira espécie, regulamentada nos artigos 876 a 878 do CPC, possibilita ao credor, ou a legitimados específicos, que adquira para si o bem penhorado a fim de satisfazer a obrigação objeto da execução mediante pagamento do correspondente financeiro do bem. A segunda espécie se subdivide em alienação por iniciativa particular (art. 879, I, c/c 880 do CPC), quando o exequente ou o executado, por iniciativa própria, providencia a localização de algum interessado em adquirir o bem, e em alienação por leilão judicial (art. 879, II c/c 881, caput, do CPC), que pode ser eletrônico ou presencial, e objetiva a aquisição do bem por terceiros, passando pelas fases de avaliação do bem, publicação de editais e arrematação. A terceira espécie de execução por expropriação objetiva a satisfação da obrigação por meio da expropriação dos frutos e rendimentos que o bem penhorado produz, na forma do artigo 867 do CPC, podendo, ainda, a penhora recair sobre a empresa e outros estabelecimentos (art. 862) ou sobre o percentual de faturamento da empresa (art. 866). Por fim, na hipótese de cumprimento de prestação alimentícia, é autorizada a penhora de rendimentos líquidos do devedor, nos termos do artigo 833, §2º, do CPC, pelo que proceder-se-á ao desconto em

folha de pagamento limitado a 30% do valor recebido pelo devedor, hipótese essa também prevista no artigo 529 do referido diploma legal.

Por outro lado, os meios coercitivos são aqueles que dependem da vontade do executado e objetivam coagir, pressionar psicologicamente o devedor a cumprir uma obrigação até então inadimplida, podendo ter caráter pessoal, como a prisão civil do devedor de alimentos, ou patrimonial, a exemplo da aplicação de astreintes.

Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 4) diz que “a execução por coerção – também chamada execução indireta – consiste no emprego de mecanismos destinados a compelir o próprio devedor a praticar os atos necessários à satisfação do direito do exequente”. No entanto, importante destacar que as medidas executivas atípicas “não geram a satisfação da pretensão, elas se prestam a convencer o devedor para que ele disponibilize, voluntariamente, o seu patrimônio e, assim, a obrigação reste satisfeita.”<sup>1</sup> Tais meios serão objeto de estudo em capítulo próprio.

### 3 I DA CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS

As medidas coercitivas, podem ser classificadas em típicas e atípicas. Minami (2020, p. 164-165) ensina que:

“Para garantir, entre outras coisas, a imparcialidade do juiz e permitir uma previsibilidade da ação estatal contra o executado, o procedimento executivo é, na medida do possível, detalhado em lei. É o que se chama de execução regida pela tipicidade dos meios executivos [...]. [No entanto, há] A possibilidade de um procedimento executivo com meios atípicos, criados para o caso [...]. [Fato é que] Os meios executivos atípicos passam pelo mesmo rigor de controle dos meios executivos típicos” (MINAMI, 2020, p. 164-165).

Assim, será objeto desse capítulo o estudo sobre quais são as medidas coercitivas típicas e atípicas, bem como dos critérios de aplicação dessas últimas.

#### 3.1 Medidas coercitivas típicas

As medidas coercitivas típicas, de acordo com Marcos Youji Minami (2020), advêm do princípio da legalidade e da necessidade de fixar em lei as sanções a serem aplicadas pelo juiz e seus respectivos procedimentos, pretendendo o legislador preservar a segurança jurídica e reduzir o arbítrio judicial, criando, assim, o princípio da tipicidade dos meios executivos.

A exemplo das medidas coercitivas típicas, cite-se a astreintes, que foi definida por Araken de Assis como:

“consiste na condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra por cada dia de atraso, mas que pode ser por outro interregno (semana, quinzena ou mês), como se infere do uso da palavra periodicidade no art.

<sup>1</sup> Palestra ministrada pelo Professor Daniel Amorim Assumpção Neves no II Congresso de Processo Civil: 5 anos de vigência do CPC/2015 organizado pela Comissão de Processo Civil da OAB/MG.

537, §1º, no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica da obrigação ou da ordem judicial. A emissão do pronunciamento impondo a pena é acessória da resolução principal tomada pelo juiz, e o respectivo valor aumenta à medida que o tempo passa ou as infrações do executado se renovam e persistem” (ASSIS, 2018, p. 846).

O artigo 77, §2º, do CPC determina o pagamento de multa por ato atentatório à dignidade da justiça (IV e VI do caput) em até 20% do valor da causa. No mesmo sentido, o artigo 774, §único, do CPC também determina o pagamento de multa pelo executado por ato atentatório à dignidade da justiça, em caso de configuração de alguma conduta descrita no caput do referido artigo, em até 20% sobre o valor atualizado do débito.

O artigo 536, caput, do CPC oportuniza que o juiz determine medidas necessárias à satisfação do exequente no caso de cumprimento de sentença que reconheça obrigação de fazer ou não fazer. Assim, o artigo 537, §5º, do referido diploma legal determina a aplicação de multa pecuniária *ex officio*, ou seja, independentemente de requerimento da parte. Conforme disciplina Araken de Assis, o pedido cominatório deverá ser formulado pela parte e seu acolhimento decorrerá da procedência do pedido principal, havendo, no entanto, uma discricão judicial quanto ao valor da pena, pois “ao juiz cabe estabelecê-lo ao julgar a demanda, e, se não lhe aprouver, relegar a tarefa para o juízo da execução” (ASSIS, 2018, p. 853). A referida multa pecuniária também é aplicável por período de atraso nas obrigações de fazer ou não fazer decorrentes de título executivo extrajudicial, na forma do artigo 814 do CPC.

Necessário mencionar a possibilidade de fixação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação de entrega de coisa certa, na forma do artigo 806, §1º, do CPC. É comum a aplicação desse dispositivo legal nos processos relacionados a contratos de comodato, quando o comodatário deixa de devolver, no período estipulado, os bens tomados por empréstimo, pelo que o comodante ingressa em juízo a fim de requerer que esses regressem à sua posse (ação de reintegração de posse – art. 560 do CPC c/c 1.210 do CC/02).

Ainda, conforme preceituam os artigos 816 e 817 do CPC, o juiz poderá autorizar o cumprimento da obrigação de fazer determinada no título executivo através de terceiro, mas às expensas do executado, após o decurso do prazo determinado para o adimplemento. Está-se diante do instituto da transformação, acima explicitado, aplicável às obrigações de fazer fungíveis.

Ademais, é facultado ao exequente levar a protesto o título executivo judicial que reconhece obrigação de pagar quantia certa, devidamente transitado em julgado, após o transcurso do prazo de 15 dias para pagamento voluntário, previsto no artigo 523, caput, do CPC, na forma do artigo 517 do CPC, devendo, para isso, requerer certidão de teor da decisão (§1º).

Outro mecanismo de coerção típica do devedor ao adimplemento da obrigação

é a possibilidade de inserção do nome do executado no cadastro de inadimplentes, ou seja, em “qualquer serviço que disponibilize informações positivas ou negativas para uso no comércio jurídico, utilizando em sua base de busca, o número do cadastro da pessoa natural na Receita Federal, conhecido pela sigla CPF”, na forma do artigo 782, §3º, do CPC (ASSIS, 2018, p. 252). Tal medida objetiva exercer pressão econômica sobre o executado, compelindo-o ao pagamento, devendo o juiz determinar o imediato cancelamento da inscrição em caso de adimplemento da obrigação, realização de penhora ou extinção do processo (art. 784, §4º, CPC).

O artigo 523, caput, do CPC oportuniza ao executado que realize o pagamento do débito de forma voluntária nas execuções de sentença por quantia certa, em até 15 dias, sendo que na ausência do pagamento, poderá ser aplicada a multa de 10% sobre o valor da execução, além de honorários advocatícios de 10%. Para Camona, “trata-se de medida de estímulo ao cumprimento da sentença, com o objetivo de poupar o Estado de desencadear contra o devedor renitente providências tendentes à invasão e expropriação patrimonial” (CAMONA *apud* MINAMI, 2020, p. 188).

Araken de Assis disciplina que o Estado emprega sua força de modo transparente através da estruturação dos meios executórios, tendo a execução como objetivo a “adequação do mundo físico ao projeto sentencial” (2018, p. 108). Tal força pode ser verificada no que dispõe o artigo 806, §2º, do CPC, que determina que, escoado o prazo de 15 dias para cumprimento voluntário da obrigação de entrega de coisa certa constante do título executivo extrajudicial, será procedida à imissão na posse ou busca e apreensão do bem objeto da execução, a depender se se tratar de bem imóvel ou móvel. Do mesmo modo, determina o artigo 782, §2º, do CPC que o juiz poderá requisitar o emprego de força policial para efetivar a execução sempre que entender necessário, como por exemplo do caso de despejo de imóvel decorrente do encerramento de contrato de aluguel.

Ainda a exemplo do uso da força pelo Estado, tem-se o disposto no artigo 528, §3º, do CPC, vejamos:

“Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

[...]

§ 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.”

Da leitura do referido dispositivo, percebe-se que na hipótese de não cumprimento da obrigação de prestar alimentos, ou se apresentada justificativa esta não for aceita, o juiz decretar-lhe-á a prisão civil. Importante consignar que somente poderá ser aplicada tal medida coercitiva se for comprovado que o alimentante possui condições de solver a dívida de uma só vez no prazo de três dias (art. 528, caput), bem como se for garantido o direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CR/88), momento a partir do qual a coerção pessoal mostrar-se-á “apta a promover a efetivação do crédito sem embaraços e retardamentos” (ASSIS, 2018, p. 1377).

### **3.2 Medidas coercitivas atípicas**

As medidas coercitivas atípicas são técnicas processuais que objetivam auxiliar a parte exequente e os órgãos julgadores na concretização dos direitos reconhecidos em determinado título. Eduardo Talamini, no livro *Grandes Temas Do NCPC*, volume 11 – Poder Geral De Adoção De Medidas Executivas, coordenado por Fredie Didier Junior esclarece que:

“É da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva ameaça ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados. De resto, a medida coercitiva não pode ser incompatível com o fim visado, de modo a acabar impossibilitando o réu de cumprir a ordem (por exemplo, não se pode impor como medida coercitiva a proibição de que o réu desenvolva atividade produtiva se a solvabilidade dele é pressuposto prática relevante para o cumprimento da ordem)” (TALAMINI et al, 2018, p. 31-32).

Importante salientar que a escolha da medida executiva atípica a ser aplicada pelo juiz no caso concreto deverá ser fundamentada, a fim de oportunizar o exercício do contraditório (arts. 7º e 9º do CPC), mesmo que diferido (DIDIER Jr. et al, 2021, p. 126).

No entendimento de Fredie Didier Jr. et al (2021, p. 127):

“O juiz não está adstrito à medida executiva atípica proposta pelo interessado para a efetivação do comando decisório. Ele pode impor providência executiva não requerida pela parte ou distinta da que foi requerida – mais grave, mais branda ou mesmo de natureza diversa (v. art. 536 e art. 537, caput e §1º, ambos do CPC). Trata-se de mitigação da regra da congruência objetiva (arts. 141 e 492 do CPC), admitindo-se a atuação de ofício do julgador.”

Nesse sentido, é permitido ao juiz, pelo advento do princípio da atipicidade dos meios executivos, determinar aqueles que mais se adequem às peculiaridades do caso concreto. É essa a disposição do artigo 139, IV, do CPC, vejamos:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

O dispositivo legal supracitado consagra, portanto, o poder geral de coerção, permitindo que o magistrado determine as “medidas coercitivas não previstas de forma geral, desde que sejam necessárias e pertinentes à obtenção da satisfação no caso concreto” (STEINBERG, 2021). Steinberg entende que a aplicação do poder geral de coerção deve se moldar em cinco características, quais sejam, sucintamente, a instrumentalidade para a realização da tutela executiva, a universalidade de sua aplicação a qualquer tipo de obrigação, a subsidiariedade das medidas atípicas em detrimento das típicas, a variabilidade da tutela executiva visando a efetividade processual e a adequação ao caso concreto ainda que em detrimento de uma medida típica, bem como a cumulatividade da determinação de medidas coercitivas a fim de conferir a pressão necessária e suficiente ao cumprimento da obrigação pelo devedor.

Reforça esse entendimento o disposto no artigo 536, §1º, do CPC, ora transcrito:

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”

Por fim, importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 5941, entendeu pela constitucionalidade do artigo 139, IV, do CPC, declarando que as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não afrontam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que apenas objetivam forçar os devedores a cumprir determinada obrigação, devendo serem respeitados seus direitos fundamentais.

### **3.3 Critérios de aplicação das medidas coercitivas atípicas**

Fredie Didier Jr. et al (2021) entende que a escolha do meio executivo a ser aplicado ao caso concreto pelo juiz deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do excesso, eficiência e menor onerosidade da execução.

Para atendimento do princípio da proporcionalidade, é necessário que haja uma relação de causalidade entre dois elementos, meio e fim, devendo o meio ser adequado à promoção do fim, ser ele o menos restritivo de direitos fundamentais e ter correspondência entre as vantagens e desvantagens de sua adoção (ÁVILA apud DIDIER Jr. et al, 2021, p. 114). O princípio da razoabilidade exige o respeito ao dever de equidade, analisando a

harmonia entre o que normalmente aconteceria no caso concreto e o extraordinário que se pretende aplicar, devendo haver congruência e equivalência entre as medidas adotadas. A proibição do excesso veda a restrição de um direito fundamental em detrimento da aplicação de uma norma. O princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República de 1988, busca obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos. Por fim, o princípio da menor onerosidade, previsto no artigo 805 do CPC, preza pela escolha da medida que menos onere a situação do executado, em atenção à lealdade e ética processual.

Em suma, deve, portanto, o juiz seguir alguns critérios de escolha da medida executiva a ser adotada no caso concreto em que se encontre diante da intervenção através de medidas atípicas, quais sejam da adequação, da necessidade e da proporcionalidade.

De acordo com José Fernando Steinberg (2021), o primeiro requisito a ser preenchido para que se possa aplicar uma medida coercitiva é a necessidade de sua utilização, ou seja, a “exigência da aplicação de coerção como meio apto à obtenção da alteração do mundo empírico e, conseqüentemente, da satisfação da prestação não adimplida.” O segundo requisito é a pertinência da medida, devendo ela ser adequada à situação fática que autoriza a sua aplicação e trazer um real benefício ao exequente. Apesar de alguns autores entenderem pela subsidiariedade da aplicação das medidas coercitivas, Steinberg não considera esse um requisito, uma vez que defende a possibilidade de aplicação dessas medidas em casos excepcionais nos quais seja evidente que a execução por sub-rogação será ineficaz, como, “por exemplo, em relação a devedores contumazes, cujo esvaziamento patrimonial já é de conhecimento do juízo, em decorrência de outros processos.”

Para Marcos Youji Minami, a aplicação das medidas coercitivas atípicas depende da observância dos princípios da proporcionalidade, da máxima adequação à execução e da máxima necessidade, tendo como objetivo comum a escolha sobre qual o meio mais eficaz ao alcance do fim almejado, devendo ser adotado aquele que se revelar menos gravoso para o executado (art. 805 do CPC).<sup>2</sup>

Daniel Amorim Assumpção Neves, em uma palestra ministrada no II Congresso de Processo Civil da OAB/MG, aduz que o STJ adota dois principais critérios para a aplicação de medidas coercitivas atípicas em determinado caso concreto, quais sejam a subsidiariedade, devendo as medidas atípicas serem aplicadas após o esgotamento das típicas, e a prova mínima de existência de patrimônio em nome do devedor. É possível, ainda, após a análise de outros processos nos quais o executado também seja devedor, cuja busca patrimonial tenha sido feita de forma efetiva apesar do insucesso, através do uso de provas emprestadas, a comprovação sobre a desnecessidade de utilização das medidas típicas ante o acervo probatório apresentado por se mostrarem infrutíferas para o caso concreto, passando-se, assim, diretamente ao uso das medidas atípicas, de forma a

---

<sup>2</sup> Em complemento, o princípio do *favor debetoris* (art. 805, CPC) visa “tornar menos inexorável o exercício do direito de crédito”, preservando a liberdade do devedor e livrando-o de atitudes vexatórias por parte do credor, a fim de facilitar-lhe a extinção do débito e minorar-lhe a responsabilidade (ALVES *apud* MINAMI, 2020, p. 57-58).

prestigiar os princípios da economia processual e da celeridade.

Diante do exposto, pode-se concluir que os principais critérios a serem observados quando da aplicação de medidas coercitivas atípicas na atividade executiva são a subsidiariedade, ante a necessidade de esgotamento das medidas típicas – exceto em casos específicos nos quais provas emprestadas sejam capazes de demonstrar a ineficiência das medidas típicas –, a proporcionalidade, com o objetivo de determinar medidas adequadas à satisfação da obrigação, e a razoabilidade, de forma a evitar a privação de direitos fundamentais do executado em detrimento da satisfação do direito ao recebimento do crédito pelo exequente, sempre em observância ao princípio da menor onerosidade (art. 805, CPC).

## **4 | A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS EM CASOS CONCRETOS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

Vê-se comumente na jurisprudência<sup>3</sup> julgamentos sobre diversas modalidades de medidas coercitivas atípicas, sendo as principais relacionadas ao bloqueio de cartões de crédito do executado, apreensão de passaporte do devedor e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. De fato, essas são as medidas mais comuns aplicadas aos processos cuja fase executiva esteja em andamento. Isso porque essas se revelam, muitas vezes, efetivas aos fins pretendidos pelo exequente, uma vez que restringem algumas faculdades do devedor de forma a constrangê-lo a saldar a dívida.

Ocorre que, respeitados os requisitos acima expostos para a aplicação das medidas coercitivas atípicas, é possível o uso da criatividade da parte exequente e seu representante legal com o fim de encontrar formas de coagir o devedor a pagar a dívida rápida e efetivamente, sempre em atenção ao caso concreto. Não é o objetivo, aqui, tipificar quais são as medidas atípicas, mas sim, analisar a forma de aplicação de tais medidas pela jurisprudência.

Passar-se-á, portanto, nesse capítulo, à análise de julgados que determinaram ou não a aplicação de medidas coercitivas atípicas em casos concretos, a fim de ilustrar todo o explanado nesse estudo de forma prática, demonstrando a importância do conhecimento sobre o assunto aqui abordado para a correta e efetiva aplicação de tais medidas.

No que se refere à aplicabilidade de medidas coercitivas atípicas na atividade executiva, o Superior Tribunal de Justiça entende majoritariamente pela necessidade do preenchimento de quatro requisitos principais, quais sejam, indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, decisão fundamentada, subsidiariedade da medida e observância do contraditório e proporcionalidade. Veja-se o julgado ora transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EXECUÇÃO. MEDIDAS COERCITIVAS PREVISTAS NO ART. 139, IV, DO NCPC. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

<sup>3</sup> Pesquisa limitada ao Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 2. A questão concernente a saber se é possível a adoção de medidas coercitivas atípicas, a exemplo do bloqueio de cartões de crédito, da apreensão do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação, é unicamente de direito e configura hipótese de violação direta dos dispositivos legais que disciplinam o instituto (arts. 8º e 139, IV, ambos do NCPC), razão pela qual é cabível o recurso especial. 3. A presente execução já ultrapassou 28 anos, prazo este que ofende sobremaneira o princípio da celeridade processual, garantido constitucionalmente. 4. O Tribunal paulista afastou a aplicação das medidas coercitivas sem, contudo, analisar as especificidades da causa. 5. Esta Corte já teve a oportunidade de apontar, objetivamente, alguns requisitos para se adotar as medidas executivas atípicas, tais como: i) existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir com a obrigação a ele imposta; ii) decisão devidamente fundamentada com base nas especificidades constatadas; iii) a medida atípica deve ser utilizada de forma subsidiária, dada a menção de que foram promovidas diligências à exaustão para a satisfação do crédito; e iv) observância do contraditório e o postulado da proporcionalidade (REsp 1.894.170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). [...] 7. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1799638/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021)

**No que se refere à aplicação da medida coercitiva de bloqueio de cartão de crédito do executado, em análise ao acórdão proferido no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1929179/SP, a Quarta Turma concluiu que:**

“Na espécie, o eg. Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, concluiu que as medidas de bloqueio dos cartões de crédito e suspensão do passaporte do devedor seriam desproporcionais e inadequadas para satisfação do crédito. A pretensão de modificar tal entendimento, acerca da adequação e proporcionalidade das medidas atípicas, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp 1929179/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/09/2021)

**O acórdão proferido no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1851785/RO reflete o mesmo posicionamento anterior, sobre a impossibilidade de rediscussão de questões de fato pela via recursal escolhida, ora veja-se:**

“3. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fático-probatória, nos termos da Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, negou o pedido de suspensão da CNH e bloqueio do cartão de crédito do executado, ante à inobservância dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade e inutilidade prática da medida coercitiva. 5. Agravo interno desprovido.” (AgInt no REsp 1851785/RO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/08/2021)

**Assim, o que se vê é que o STJ ainda não adentrou na discussão sobre a eficiência da medida de bloqueio de cartão de crédito do executado, esclarecendo apenas a necessidade de observância das especificidades do caso concreto para a aplicação da medida.**

Quanto à determinação de suspensão de Carteira nacional de Habilitação e passaporte, é possível notar que no acórdão proferido no Recurso Especial nº 1929230/MT a Segunda Turma do STJ teve o cuidado de analisar as questões fáticas que permeavam o caso concreto para proferir a decisão ora transcrita, que merece especial atenção:

“1. Trata-se, na origem, de cumprimento de sentença que condenou o recorrido por improbidade administrativa consistente na contratação direta de serviços gráficos para a confecção de 60 mil cartilhas informativas do SUS, sem prévio procedimento licitatório. 2. De acordo com o acórdão recorrido, tentou-se executar a multa imposta na sentença condenatória transitada em julgado, mas, “após várias diligências ao longo de cinco anos, não foi possível recolher o montante referente a sanção pecuniária, o que resultou no pedido manejado pelo Ministério Público de apreensão de carteira de habilitação e passaporte, com o escopo de compelir o Agravado de arcar com o valor do débito.” (fl. 80, e-STJ, destaque acrescentado). [...] 4. O Tribunal de origem adota o entendimento de que a apreensão do passaporte e a suspensão da CNH do devedor são meios executivos que não encontram suporte no art. 139, IV, do CPC/2015. Esse preceito, segundo a doutrina especializada, consagra as chamadas medidas executivas atípicas, ao estabelecer que o juiz pode “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” [...] 14. Inadmissíveis manobras para escapar da execução das sanções pecuniárias impostas pelo Estado, sob pena de as condutas contrárias à moralidade administrativa ficarem sem resposta. Ora, se o entendimento desta Corte - conforme a jurisprudência supradestacada - é o de que são cabíveis medidas executivas atípicas para a satisfação de obrigações de cunho estritamente patrimonial, com muito mais razão elas devem ser admitidas em casos em que o cumprimento da sentença se dá para tutelar a moralidade e o patrimônio público. Superada a questão da impossibilidade de adoção de medidas executivas atípicas de cunho não patrimonial pela jurisprudência desta Corte (premissa equivocada do acórdão recorrido), não há como não considerar o interesse público, na satisfação da obrigação, importante componente para definir o cabimento (ou não) delas à luz do caso concreto. 15. Não ocorre, portanto - ao menos do modo abstrato como analisado o caso na origem -, ofensa à proporcionalidade ou à razoabilidade pela adoção de medidas não patrimoniais para o cumprimento da sentença. [...] 18. Consigne-se que a observância da proporcionalidade não deve ser feita em abstrato, a não ser que as instâncias ordinárias expressamente declarem inconstitucional o artigo 139, IV, do CPC/2015. Não sendo o caso, as balizas da proporcionalidade devem ser observadas com referência ao caso concreto, nas hipóteses em que as medidas atípicas se revelem excessivamente gravosas e causem, por exemplo, prejuízo ao exercício da profissão. CONCLUSÃO 19. Recurso Especial parcialmente provido para determinar a devolução dos autos à origem, a fim de que o requerimento de adoção de medidas atípicas, feito com fundamento no artigo 139, IV, do CPC, seja analisado de acordo com o caso concreto, mediante a observância dos parâmetros acima delineados.” (REsp 1929230/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2021)

Da leitura da íntegra do acórdão supramencionado, verifica-se que o Ministério Público, ora Agravante, requereu a aplicação das medidas atípicas de suspensão da

CNH e apreensão de passaporte, a fim de compelir o executado a cumprir a obrigação determinada na sentença após o insucesso de diversas outras tentativas de recebimento do crédito ao longo de cinco anos, pelo que o requerimento foi provido.

A fundamentação usada pelo Ministro Relator prestigia todo o trabalho ora desenvolvido, uma vez que aplica no caso concreto todos os critérios aqui estudados de forma extremamente técnica, mas ao mesmo tempo sensível, pois observou as peculiaridades dos fatos que permeiam os autos.

Outra decisão interessante é o acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 558313/SP, que admitiu a via recursal por entender que a suspensão do passaporte é medida capaz de limitar a liberdade de locomoção do paciente, constituindo assim ilegalidade, porém manteve a determinação da medida coercitiva atípica ante a inefetividade das medidas típicas anteriormente adotadas. Veja-se abaixo transcrição parcial do referido acórdão:

“2. Esta Corte Superior de Justiça, pelas suas duas Turmas da Seção de de Direito Privado, tem reconhecido que o acautelamento de passaporte é medida capaz de limitar a liberdade de locomoção do indivíduo, o que pode significar constrangimento ilegal e arbitrário, passível de ser analisado pela via do “habeas corpus” 3. A adoção desta medida coercitiva atípica, no âmbito do processo de execução, não configura, em si, ofensa direta ao direito de ir e vir do indivíduo, razão pela qual a eventual abusividade ou ilegitimidade da ordem deve ser examinada no caso concreto. [...] 5. In casu, a Corte estadual analisou a questão nos moldes estatuídos pelo STJ, não se denotando arbitrariedade na medida coercitiva adotada com fundamento no art. 139, IV, do CPC, pois evidenciada a inefetividade das medidas típicas adotadas, bem como desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, uma vez constatada a sua utilização como escudo para frustrar a satisfação do crédito exequendo. 6. Ausência, ademais, de indicação de meio executivo alternativo menos gravoso e mais eficaz pelos executados, conforme lhes incumbia, nos termos do parágrafo único do art. 805 do CPC/2015.” (HC 558313/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJE 01/07/2020)

Diversamente das jurisprudências acima mencionadas, o acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 453870/PR deu provimento ao pedido de exclusão das medidas coercitivas atípicas determinadas pelo juízo *a quo* concernentes na suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte por entender que tais determinações adentraram demasiadamente na esfera pessoal do executado, não prestando à satisfação da pretensão creditícia. Veja-se abaixo a referida decisão proferida em autos de execução fiscal:

“1. O presente Habeas Corpus tem, como moto primitivo, Execução Fiscal adveniente de acórdão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que responsabilizou o Município de Foz do Iguaçu/PR a arcar com débitos trabalhistas decorrentes de terceirização ilícita de mão de obra. Como forma de regresso, o Município emitiu Certidão de Dívida Ativa, com a consequente inicialização de Execução Fiscal. À época da distribuição da Execução

(dezembro/2013), o valor do débito era de R\$ 24.645,53. [...] 3. O Magistrado de Primeiro Grau indeferiu, porém, o pedido de expedição de ofício aos órgãos de proteção ao crédito e suspensão de passaporte e de Carteira Nacional de Habilitação. Mas a Corte Araucariana deu provimento a recurso de Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda de Foz do Iguaçu/PR, para deferir as medidas atípicas requeridas pela Municipalidade exequente, consistentes em suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte. 4. A discussão lançada na espécie cinge-se à aplicação, no Executivo Fiscal, de medidas atípicas que obriguem o réu a efetuar o pagamento de dívida, tendo-se, como referência analítica, direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente o de direito de ir e vir. [...] 12. Tratando-se de Execução Fiscal, o raciocínio toma outros rumos quando medidas afilivas pessoais atípicas são colocadas em vigência nesse procedimento de satisfação de créditos fiscais. Inegavelmente, o Executivo Fiscal é destinado a saldar créditos que são titularizados pela coletividade, mas que contam com a representação da autoridade do Estado, a quem incumbe a promoção das ações conducentes à obtenção do crédito. [...] 15. Nesse raciocínio, é de imediata conclusão que medidas atípicas afilivas pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir, não se firmam placidamente no Executivo Fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos. 16. Excessos por parte da investida fiscal já foram objeto de severo controle pelo Poder Judiciário, tendo a Corte Suprema registrado em Súmula que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323/STF). [...] 18. O TJ/PR deu provimento a recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Foz do Iguaçu/PR contra a decisão de Primeiro Grau que indeferiu o pedido de medidas afilivas de inscrição do nome do executado em cadastro de inadimplentes, de suspensão do direito de dirigir e de apreensão do passaporte. O acórdão do TJ/PR, ora apontado como ato coator, deferiu as indicadas medidas no curso da Execução Fiscal. 19. Ao que se dessume do enredo fático-processual, a medida é excessiva. Para além do contexto econômico de que se lançou mão anteriormente, o que, por si só, já justificaria o afastamento das medidas adotadas pelo Tribunal Araucariano, registre-se que o caderno processual aponta que há penhora de 30% dos vencimentos que o réu auferia na Companhia de Saneamento do Paraná-SANEPAR. Além disso, rendimentos de sócio-majoritário que o executado possui na Rádio Cultura de Foz do Iguaçu Ltda.-EPP também foram levados a bloqueio (fls. 163/164). 20. Submeteu-se o réu à notória restrição constitucional do direito de ir e vir num contexto de Execução Fiscal já razoavelmente assegurada, pelo que se dessume da espécie. [...] 23. Cumpre registrar que a opinião do douto parecer do Ministério Público Federal é por conceder-se o remédio constitucional, sob a premissa de que, apresentada a questão com tais contornos, estritamente atrelada ao arcabouço probatório encartado nos autos, não há outra possibilidade senão reconhecer que, não sendo a medida restritiva adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação da legítima Execução Fiscal promovida originariamente, a sua efetivação tornou-se contrária à ordem jurídica, porquanto adentrou demasiadamente na esfera pessoal, e não patrimonial, do executado/impetrante, configurando, certamente, ato punitivo, não constrictivo, atentando, portanto, contra a sua liberdade de ir e vir (fls. 262/264). O Paciente está a merecer, em confirmação da medida liminar, a tutela da liberdade de ir e vir pelo remédio de Habeas Corpus. 24. Parecer do MPF pela concessão da medida. Habeas Corpus concedido em favor do Paciente, confirmando-se a medida liminar anteriormente concedida, apta a

determinar sejam excluídas as medidas atípicas constantes do aresto do TJ/PR apontado como coator (suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte).” (HC 453870/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/2019)

Entende-se do referido acórdão que a turma julgadora considerou abusiva a determinação de inscrição do nome do executado em cadastro de inadimplentes, de suspensão do direito de dirigir e de apreensão do passaporte do executado no âmbito da execução fiscal, sobretudo pelo fato de já haver nos autos penhora de 30% dos vencimentos que o réu aufer de uma companhia, além dos rendimentos recebidos como sócio de outra empresa.

Há, ainda, a possibilidade de decretação de prisão civil do devedor de alimentos como forma de coagi-lo a adimplir a obrigação de pagar, cuja determinação também deve seguir os critérios de aplicação das medidas coercitivas atípicas aqui estudados. No acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 422699/SP, a turma julgadora entendeu pela impossibilidade de aplicação da medida pelo fato de o devedor estar desempregado e pela ausência de situação de risco da credora, que é maior de idade e exerce atividade profissional, conforme abaixo observa-se:

“I. O propósito do presente habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil do paciente, decretada em decorrência de obrigação alimentar devida a ex-cônjuge, na hipótese em que, de um lado, o devedor está desempregado e, de outro lado, a credora exerce atividade profissional. II. A autorização constitucional e legal para que se utilize a prisão civil como técnica de coerção do devedor de alimentos não significa dizer que se trata de medida de deferimento obrigatório e irrefletido, devendo ser examinado, sempre, as circunstâncias que permeiam a hipótese em juízo de ponderação entre a máxima efetividade da tutela satisfativa e a menor onerosidade da execução. III. Na hipótese, além de o devedor estar comprovadamente desempregado, consignou-se que a credora não está em situação de risco iminente de vida, pois é pessoa maior, capaz e que se recolocou profissionalmente no ano de 2013, de modo que, nesse contexto específico, os alimentos, indiscutivelmente devidos até que haja a eventual exoneração por sentença, deverão ser executados sem a possibilidade de decretação da prisão civil, podendo o juízo de 1º grau, inclusive, valer-se de outras medidas típicas e atípicas de coerção ou sub-rogação, como autoriza o art. 139, IV, do CPC/15. IV. Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.” (HC 422699/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/06/2018)

Importante mencionar, ainda, o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 1951176/SP, que negou a quebra de sigilo bancário do devedor ante a ausência de indícios de prática de ato fraudulento à execução que implique prejuízo ao interesse público, bem como pelo fato de tal determinação configurar restrição a direito fundamental do executado, confira-se:

“4. O sigilo bancário constitui direito fundamental implícito, derivado da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988) e do sigilo de dados (art.

5º, XII, da CF/1988), integrando, por conseguinte, os direitos da personalidade, de forma que somente é passível de mitigação - dada a sua relatividade -, quando dotada de proporcionalidade a limitação imposta. 5. Sobre o tema, adveio a Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001, a fim de regulamentar a flexibilização do referido direito fundamental, estabelecendo que, a despeito do dever de conservação do sigilo pela instituição financeira das "suas operações ativas e passivas e serviços prestados" (art. 1º), esse sigilo pode ser afastado, excepcionalmente, para a apuração de qualquer ilícito criminal (art. 1º, § 4º), bem como de determinadas infrações administrativas (art. 7º) e condutas que ensejem a abertura e/ou instrução de procedimento administrativo fiscal (art. 6º). 6. Nessa perspectiva, considerando o texto constitucional acima mencionado e a LC n. 105/2001, assenta-se que o abrandamento do dever de sigilo bancário revela-se possível quando ostentar o propósito de salvaguardar o interesse público, não se afigurando cabível, ao revés, para a satisfação de interesse nitidamente particular, sobretudo quando não caracterizar nenhuma medida indutiva, coercitiva, mandamental ou subrogatória, como estabelece o art. 139, IV, do CPC/2015, como na hipótese. 7. Portanto, a quebra de sigilo bancário destinada tão somente à satisfação do crédito exequendo (visando à tutela de um direito patrimonial disponível, isto é, um interesse eminentemente privado) constitui mitigação desproporcional desse direito fundamental - que decorre dos direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988) e do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF/1988) -, mostrando-se, nesses termos, descabida a sua utilização como medida executiva atípica. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido." (REsp 1951176/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 28/10/2021)

Assim, conclui-se que as decisões proferidas pelo STJ têm sido bem fundamentadas e têm respeitados os critérios de aplicação das medidas coercitivas atípicas, analisando sempre com atenção a acervo fático-processual dos autos a fim de decidir sobre a aplicação ou não das medidas coercitivas atípicas de forma técnica e adequada ao caso concreto.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se pela necessidade da aplicação das medidas coercitivas atípicas nos processos cuja atividade executiva esteja em andamento no intuito de atingir o objetivo final da execução, qual seja o recebimento do crédito reconhecido no título executivo. No entanto, é necessário que tais medidas somente sejam adotadas após a análise dos critérios de aplicação ora estudados, quais sejam a subsidiariedade, a proporcionalidade e a razoabilidade, devendo o magistrado prezar pela adoção das medidas que se mostrem menos prejudiciais ao executado, mantendo o equilíbrio da execução. Insta reforçar, ainda, que apesar de não ter sido objeto de discussão desse estudo, necessário se faz observar e respeitar os direitos e garantias fundamentais dos executados quando da determinação de aplicação das medidas atípicas, a fim de evitar eventuais prejuízos.

Com relação à análise jurisprudencial sobre a forma de aplicação das medidas

atípicas pelo Superior Tribunal de Justiça, entende-se que os julgados têm sido assertivos no exame dos fatos que permeiam o caso concreto para a confecção da fundamentação das decisões de deferimento ou não de tais medidas, o que comprova a qualidade da prestação jurisdicional que vem sendo feita pelo referido tribunal.

Por fim, destaque-se a importância do conhecimento sobre o tema ora abordado para fins de aplicação prática em casos concretos, o que possibilitará ao exequente que adote medidas capazes de efetivar os esforços direcionados ao cumprimento da obrigação por parte do devedor, ainda que esse tente se furtar de suas obrigações, através do uso correto das medidas coercitivas atípicas.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm) Acesso em 25/10/2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em 14/10/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 25/10/2021

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC**. Revista Diálogos. v.2, n.1, 2016. Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36/5>>. Acesso em 22/11/2021.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. Volume 5. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

DIDIER Jr., Fredie. **Grandes temas do novo CPC. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2018, p. 28-46. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/da125b997ae73c63461f7b361b183d03.pdf>> Acesso em 22/11/2021.

GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 109 - 134, Janeiro/Abril 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211931734.pdf> Acesso em 15/10/2021.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Palestra II Congresso de Processo Civil: 5 anos de vigência do CPC/2015**. Disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=Y6qxGP\\_-bZY](https://www.youtube.com/watch?v=Y6qxGP_-bZY). Acesso em 23/11/2021.

STEINBERG, José Fernando. **Regime jurídico de aplicação das medidas coercitivas atípicas do art. 139, IV, do CPC**. Londrina: Editora Thoth, 2021, Edição do Kindle.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1799638/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900083517&dt\\_publicacao=06/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900083517&dt_publicacao=06/04/2021). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1929179/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/09/2021. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100869528&dt\\_publicacao=16/09/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100869528&dt_publicacao=16/09/2021). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1851785/RO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/08/2021. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903633981&dt\\_publicacao=20/08/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903633981&dt_publicacao=20/08/2021). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. HC 422699/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/06/2018. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702813307&dt\\_publicacao=29/06/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702813307&dt_publicacao=29/06/2018). Acesso em 24/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. HC 453870/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/2019. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801389620&dt\\_publicacao=15/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801389620&dt_publicacao=15/08/2019). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. HC 558313/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 01/07/2020. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000147655&dt\\_publicacao=01/07/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000147655&dt_publicacao=01/07/2020). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1929230/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2021. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001657560&dt\\_publicacao=01/07/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001657560&dt_publicacao=01/07/2021). Acesso em 23/11/2021.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1951176/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 28/10/2021. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102352951&dt\\_publicacao=28/10/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102352951&dt_publicacao=28/10/2021). Acesso em 23/11/2021.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 10/02/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>. Acesso em 07/04/2023.

**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).

**A**

Administração pública 8, 29, 30, 32, 35, 36, 134, 135, 140

Agentes jurídicos 157, 159, 160, 163, 167

Aposentadoria 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139

Ayahuasca 89, 90, 91, 92, 93

**C**

Coerção do devedor 344, 358

**D**

Dependência química 89, 90, 91, 92, 93, 289, 290, 300, 302

Direito 9, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 36, 38, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 52, 53, 54, 57, 60, 62, 65, 66, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 107, 108, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 179, 181, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 211, 214, 219, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 247, 248, 251, 258, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 292, 293, 295, 303, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 327, 328, 329, 334, 337, 339, 342, 343, 346, 347, 350, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 359, 360, 362

Direito constitucional 28, 113, 114, 130, 142, 143, 144, 155, 156, 222, 362

Direito dos animais 152, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169

Direito penal 163, 195, 196, 197, 199, 201, 202, 205, 206, 229, 232, 233, 236, 237, 240, 241, 242, 263, 269, 272, 273, 274, 280, 282, 283, 286, 307, 310, 311, 312, 313, 317, 321, 322, 327, 328, 329, 339, 342, 343

Direitos fundamentais 10, 27, 29, 32, 38, 46, 47, 51, 52, 95, 96, 100, 101, 105, 108, 117, 120, 127, 129, 131, 134, 156, 159, 232, 243, 259, 276, 286, 303, 314, 328, 351, 353

Direitos sociais 100, 103, 108, 120, 131, 133, 138, 254, 258

Discriminação social 274, 275, 281, 282, 285

**E**

Educação 9, 31, 34, 35, 65, 66, 98, 100, 102, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 120, 128, 133, 146, 169, 204, 228, 230, 247, 280, 281, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 298, 299, 301, 302, 303, 304, 332, 362

Encarceramento 231, 253, 260, 261, 262, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 280, 284, 286, 325, 335, 336

Envelhecimento saudável 94, 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105

Exame criminológico 305, 306, 307, 308, 310, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322

## F

Finalidades da pena 195, 197

Função social do trabalho 50, 52

## H

Humanização 225, 227, 229, 232, 292

## I

Ideias 1, 9, 13, 163, 227, 228, 229, 230, 231, 262, 295, 328

Idoso 94, 96, 101, 102, 103, 104, 105, 115, 138

Imigrante 207, 223

Instituições 1, 7, 8, 9, 29, 99, 107, 115, 118, 119, 120, 130, 157, 162, 167, 244, 260, 264, 266, 267, 268, 271, 293

## M

Meio digital 38, 39, 43, 47, 63

## P

Poder moderador 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12, 13, 14

Povos tradicionais 116, 117, 121, 122

Práticas 36, 48, 115, 146, 147, 148, 149, 163, 183, 190, 191, 194, 234, 269, 270, 281, 327

## R

Recursos repetitivos 15, 16, 18, 24, 28

Reeducação 201, 288, 290, 294, 302

Repercussão geral 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 166

## S

Saúde 34, 35, 61, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 108, 109, 112, 117, 118, 132, 133, 135, 138, 152, 177, 179, 182, 184, 185, 190, 193, 231, 244, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 269, 270, 278, 280, 290, 292, 302, 315, 324, 332

Sistema penitenciário 243, 246, 249, 250, 252, 253, 254, 305, 323, 324, 329,

330, 333, 335, 343

**T**

Toxicomaníacos 288, 290

Tráfico de drogas 259, 268, 274, 275, 276, 279, 280, 282, 285, 286, 291, 299,  
301

**U**

Uberização 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66

# **DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS**

# **2**

 [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)

# **DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS**

# **2**

 [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)