

Revista da

Defensoria Pública

do Distrito Federal

VOLUME V – Nº 02

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Número regular

2023

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Editor-chefe da RDPDF
Alberto Carvalho Amaral

ISSN Eletrônico: 2674-5755
ISSN Impresso: 2674-5739

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal <i>Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship</i>	Brasília	v. 5	n. 2	p. 196	maio-ago.	2023
---	----------	------	------	--------	-----------	------

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Defensor Público-Geral

Celestino Chupel

Subdefensores Públicos-Gerais

Emmanuela Saboya

Fabício Rodrigues de Sousa

Corregedor-Geral

Juliana Leandra de Lima Lopes

Ouvidora-Geral

Patrícia Pereira de Almeida

CONSELHO SUPERIOR

Ricardo Lustosa Pierre – Categoria Especial

Reinaldo Rossano Alves – Classe Intermediária

Mayara Lima Tachy – Classe Intermediária

Filipe Bastos Nogueira – Classe Intermediária

Guilherme Gomes Vieira – Classe Inicial

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal
vol. 5, n. 2 (2023). Brasília: Defensoria Pública do Distrito Federal, 2023.

ISSN Eletrônico: 2674-5755

ISSN Impresso: 2674-5739

Quadrimestral.

Editor: Alberto Carvalho Amaral, 2019-[ATUAL]

Disponível também online: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

1. AMARAL, Alberto Carvalho. 2. Direito. 3. Assistência Jurídica, periódico. 4. Defensoria Pública, Brasil. Escola de Assistência Jurídica

CDU 34
CDDir 340.0581

Ficha catalográfica elaborada pela Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Coordenação e distribuição

Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal (EASJUR)

Endereço: Setor Comercial Norte, Quadra 01, Lote G, Ed. Rossi Esplanada Bussiness, térreo
70.711-070 - Brasília/DF Tel.: (61) 3318-0287

Visite nosso site: <http://revista.defensoria.df.gov.br/> E-mail: escoladpdf@gmail.com

Diretor: Evenin Eustáquio de Ávila

Conselho Editorial

Alberto Carvalho Amaral, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Ana Luiza Barbosa Fernandes, Defensora Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Antônio Carlos Fontes Cintra, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Fernando Henrique Lopes Honorato, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Guilherme Gomes Vieira, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Reinaldo Rossano Alves, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Ricardo Lustosa Pierre, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Conselho Consultivo

Alexandre Bernardino Costa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil.

Bruno Amaral Machado, Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Carlos Sávio Gomes Teixeira, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro-RJ, Brasil.

Daniel Pires Novais Dias, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo-SP, Brasil.

David Sanchez Rubio, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.

Élida Graziane Pinto, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Gabriel Ignacio Anitua Marsan, Universidad Buenos Aires, Argentina.

Jose Geraldo de Sousa Junior, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Lourdes Maria Bandeira (*in memoriam*).

Nair Heloisa Bicalho de Sousa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Talita Tatiana Dias Rampin, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Editor-chefe

Alberto Carvalho Amaral, Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

E-mail: editor.revista@defensoria.df.gov.br

Equipe Técnica

Layout da Capa e Diagramação

EASJUR e RDPDF

Acesso aberto e gratuito – Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores – Citação parcial permitida com referência à fonte.

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

Qualis CAPES (2017-2020): B1

Indexadores: CAPES / Sumários.org / EZ3 / Diadorim / Latindex 2.0 / ResearchBib / Google Scholar / Livre / Index Copernicus International / SHERPA RoMEO Jisc / CiteFactor / ACAAP / U. Porto / Redib / Academia.edu / DOAJ / Oasisbr / La Referencia / Fidmath / Biblioteca do Senado Federal / ERIH PLUS / BASE / Scopus / Miguilim

CORPO DE PARECERISTAS (2023)

Ph.D. Álvaro Carlos Ramos Barbosa (UERJ – RJ, Brasil)

Ph.D. Ana Carolina Santos Leal da Rocha Bernardes (PUCMG - MG, Brasil)

Ph.D. Ana Cristina de Castro (UnB – DF, Brasil)

Ph.D. Arthur Henrique de Pontes Regis (UnB – DF, Brasil)

Ph.D. Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo (USP - SP, Brasil)

Ph.D. Cynthia Pereira de Araújo (PUCMG - MG, Brasil)

Ph.D. Edison Tetsuzo Namba (USP - SP, Brasil)

Ph. D. Fabio Tenenblat (UFRJ - RJ, Brasil)

Ph.D. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC – SC, Brasil)

Ph.D. Gilda Maria Giraldes Seabra (PUCSP - SP, Brasil)

Ph. D. Gustavo Swain Kfoury (UFSC – SC, Brasil)

Ph.D. Jeferson Ferreira Barbosa (Universitat Regensburg, Alemanha)

Ph.D. Juliana Cesario Alvim Gomes (UFMG - MG, Brasil)

Ph.D. Juliana Ribeiro Brandão (EPD - SP, Brasil)

Ph.D. Paulo Campanha Santana (UDF - DF, Brasil)

Ph. D. Rodrigo Uchôa de Paula (UFC - CE, Brasil)

M. Sc. Alexandre Fernandes Silva (UFMS – MS, Brasil)

M.Sc. Camila Danielle de Jesus Benincasa (USP - SP, Brasil)

M.Sc. Elisianne Campos de Melo Soares (UFRN – RN, Brasil)

M.Sc. Magdiel Pacheco Santos (PUCRS – RS, Brasil)

M.Sc. Matheus Arruda Gomes (UFS – SE, Brasil)

M.Sc. Myrelle Jacob Gonçalves (FMC – MG, Brasil)

M.Sc. Renata Lyra Alves Xavier (UnB – DF, Brasil)

M.Sc. Tiago Kalkmann (UFRGS – RS, Brasil)

Sumário

Editorial 9

Editorial

(Alberto Carvalho Amaral)

1) Práticas lavajatistas e Lawfare: análise crítica à luz do devido processo legal 13

Operation car wash and lawfare: critical review in the light of due process of law

(Cassiane Silva Pereira)

(Maurilio Casas Maia)

2) Contra a mediocridade, contra o identitarismo: uma contribuição para o debate público e acadêmico nacional 35

Against mediocrity, against identitarism: A contribution to brazilian public and academic debate

(Carlos Sávio Teixeira)

(Tiago Medeiros)

3) Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal..... 53

Clandestine environmental recording and your dissonance in the box of the electoral contest before the understanding of the Supreme Court

(Geovanna Sotero Corcinio)

(Alana Maria Passos Barreto)

4) A constitucionalidade do benefício previdenciário proporcional para migrantes à luz do tema 262 da TNU 69

The constitutionality of the proportional social security benefit for migrants based on TNU topic 262

(Janice Scheila Kieling)

5) Responsabilidade civil no contexto de pandemia: uma análise da compensação financeira em favor dos profissionais de saúde.... 93

Civil responsibility in the pandemic context: an analysis of financial compensation in favor of health professionals

(Edith Maria Barbosa Ramos)

(David Elias Cardoso Câmara)

(Gilmara de Jesus Azevedo Martins)

6) O julgamento do habeas corpus nº. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça: pode o princípio da bagatela imprópria ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), caso ocorra a reconciliação posterior do casal? 113

The habeas corpus judgment no. 333.195/ms by the superior court of justice: the principle of improper bagatela may be applied to criminal offenses committed under law no. 11.340/06 (maria da penha law), if the couple later reconciles occurs?

(Elenita Araújo e Silva Neta)

7) Benefícios assistenciais e o critério de renda: um estudo sobre a necessidade de flexibilização das exigências legais para concessão 135

Assistance benefits and the income criterion: a study about the necessity for flexibilization of legal exigency for concession

(Ana Paula dos Santos Ferreira)

8) Teorias legitimadoras da pena: ciência ou ideologia? Uma análise crítica dos discursos penais dominantes à luz do conceito de ideologia em Marx e Engels 155

Legitimizing theories of punishment: science or ideology? A critical analysis of dominant penal discourses in light of the concept of ideology in Marx and Engels

(Paulo Márcio de Nápolis)

(Jefferson Carús Guedes)

9) O populismo como democracia-limite a partir da obra “O século do populismo: história, teoria e crítica” de Pierre Rosanvallon.... 177

Populism as limit-democracy from the book “The populismo century: history, theory and critique” by Pierre Rosanvallon

(Gabriela Felden Scheuermann)

(Noli Bernardo Hahn)

Sobre os autores	189
<i>About the authors</i>	

Regras para envio de textos.....	193
<i>Author Guidelines</i>	

Editorial

Apresentamos o segundo número do ano de 2023 da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal (RDPDF). O periódico, que objetiva ampliar as discussões jurídicas relevantes no contexto nacional, com a apresentação de qualificada produção acadêmica, inovadora, questionadora e bem fundamentada, sobre temas sociojurídicos relevantes.

Os artigos e resenha selecionados foram apreciados por pareceristas, em processo *double blind peer review*, assegurando-se anonimato e isenção, bem como os textos foram produzidos após a acurada análise pelos(as) autores(as). Como se verá, se caracterizam pela pluralidades de temas e questões veiculadas, que enaltecem a qualidade teórico-argumentativa dos(as) autores(as), enriquecendo a própria leitura deste número da RDPDF.

Em *Práticas lavajatistas e Lawfare: análise crítica à luz do devido processo legal*, Maurilio Casas Maia e Cassiane Silva Pereira investigam academicamente a Operação Lava Jato, destacando possíveis conexões com o Lawfare no Brasil, a partir do uso abusivo de institutos legais, em rompante ao devido processo legal, o artigo desnuda a politicidade do Lawfare, maquiada pela guerra política e pelo discurso de combate à corrupção.

Questionando a influência do identitarismo no Brasil, *Contra a mediocridade, contra o identitarismo: uma contribuição para o debate público e acadêmico nacional*, de Carlos Sávio Teixeira e Tiago Medeiros apontam a necessidade de um debate público pautado na erradição da denominada “mediocridade nacional” e na necessidade de reformulação das instituições.

Geovanna Sotero Corcinio e Alana Maria Passos Barreto, em *Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal*, discutem a respeito de gravações clandestinas a partir da evolução jurisprudencial da matéria no âmbito do Processo Penal Eleitoral, indicando uma oscilação de orientações jurisprudenciais e o atual posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral.

Em *A constitucionalidade do benefício previdenciário proporcional para migrantes à luz do tema 262 da TNU*, Janice Scheila Kieling tece considerações a respeito da constitucionalidade do mencionado benefício, quando deferido a migrantes e em quantia proporcional inferior ao salário mínimo, sob a ótica da decisão do Tema 262 da Turma Nacional de Uniformização, situando-a a partir da conformidade legal e da garantia de justiça social aos segurados, além de eventuais condicionantes.

No artigo *Responsabilidade civil no contexto de pandemia: uma análise da compensação financeira em favor dos profissionais de saúde*, Edith Maria Barbosa Ramos, David Elias Cardoso Câmara e Gilmara de Jesus Azevedo Martins buscam analisar sociojuridicamente a Lei n.º 14.128/2021, que prevê a compensação pecuniária para profissionais de saúde incapacitados permanentemente ou de seus herdeiros, no caso de morte, em decorrência da Covid-19.

Elenita Araújo e Silva Neta, em *O julgamento do habeas corpus n.º. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça: pode o princípio da bagatela imprópria ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei n.º. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), caso ocorra a reconciliação posterior do casal?*, pretende verificar se é possível a incidência da bagatela imprópria às infrações penais cometidas em contexto de violência doméstica, nas hipóteses de posterior reconciliação dos consortes.

Benefícios assistenciais e o critério de renda: um estudo sobre a necessidade de flexibilização das exigências legais para concessão, de Ana Paula dos Santos Ferreira, critica o rigor existente na análise e ulterior deferimento de benefícios assistenciais, que acabam por excluir a maioria dos requerentes em situação de miserabilidade, dada a complexidade procedimental, distoando de eventual preenchimento dos requisitos pelos pleiteantes, o que, em última análise, contraria as previsões normativas e principiológica dos benefícios assistenciais.

Teorias legitimadoras da pena: ciência ou ideologia? Uma análise crítica dos discursos penais dominantes à luz do conceito de ideologia em Marx e Engels, de Paulo Márcio de Nápolis e Jefferson Carús Guedes, ao revisitar conceitos de Karl Marx e Friedrich Engels, desnudam as lacunas entre os discursos teóricos de legitimação da pena e a realidade prática do Direito Penal, como expressões hegemônicas de uma classe dominantes no modelo de produção capitalista.

Gabriela Felden Scheuermann e Noli Bernardo Hahn, em *O populismo como democracia-limite a partir da obra “O século do populismo: história, teoria e crítica” de Pierre Rosanvallon*, realizam a resenha da mencionada obra, explorando a complexidade e riscos democráticos de governos liderados por líderes populistas.

Os artigos e resenhas instigam reflexões relevantes, sobre temas sociojurídicos que abordarão diversas áreas, como Direito Penal, Direito Processual Penal, direito e sociedade, Direito Eleitoral, Direito Previdenciário, Assistência Social e Ciência Política, o que evidencia que tais temas demandam uma análise complexa e interdisciplinar, para serem devidamente compreendidos e criticados.

Está aberto o convite para a leitura, reflexão e diálogo.

Alberto Carvalho Amaral

Editor-chefe

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Práticas lavajatistas e Lawfare: análise crítica à luz do devido processo legal

Operation car wash and lawfare: critical review in the light of due process of law

Maurilio Casas Maia*
Cassiane Silva Pereira**

Resumo: O trabalho tem como objetivo analisar a Operação Lava Jato como possível manifestação de Lawfare no Brasil a partir do exame da abusividade das práticas utilizadas na condução da operação e como objeto de ofensa ao devido processo legal. Lawfare, nesse contexto, será admitido como guerra política instrumentalizada pelo uso abusivo de institutos legais para atingir resultados políticos. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo para elaboração de pesquisa qualitativa realizada através da revisão bibliográfica. O artigo questionou a relativização dos princípios processuais com vistas a atingir adversários políticos, justificada através do discurso de combate à corrupção. Diante disso, pretendeu-se evidenciar as práticas adotadas na condução da Operação Lava Jato, reconhecer o Lawfare como instrumento de risco ao Direito Processual Penal e, enfim, analisar o padrão lavajatista à luz do devido processo legal.

Palavras-chave: Operação Lava Jato; Lawfare; Devido Processo Legal; Direito Processual Penal.

Abstract: The paper pretends to analyze Operation Car Wash as a manifestation of Lawfare in Brazil from the examination of abusive practices used in the conduct of the operation as objects of offense to due process of law. Lawfare, in this context, will be admitted as a political war instrumentalized by the abusive use of legal institutes to achieve political results. For that, it was important to use the deductive method for the elaboration of qualitative research carried out through the bibliographic review. The article seeks to question the relativization of procedural principles in order to reach political opponents justified through the anti-corruption discourse. Therefore, it is intended analyze the practices adopted in the Operation Car Wash, to recognize Lawfare as an instrument of risk to Criminal Procedure and, finally, to analyze the Car Wash standard in the light of due process of law.

Keywords: Operation Car Wash, Lawfare, Due Process of Law, Criminal Procedure.

Recebido em: 02/05/2023

Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:
MAIA, Maurilio Casas;
PEREIRA, Cassiane Silva.
Práticas lavajatistas e
Lawfare: análise crítica à
luz do devido processo
legal. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 5, n. 2, 2023, p. 13-33.

* Doutor em Direito
Constitucional (UNIFOR).
Professor (UFAM).
Defensor Público (DPE-
AM). Defensor Público
(DPE-AM).

** Universidade Federal
do Amazonas

Introdução

Em um passado não tão distante, de meados do século XX, foram vivenciados capítulos de uma trajetória da democracia brasileira constantemente ameaçada. Entre os anos de 1930 e 1964, a política brasileira passou por inúmeros golpes de estado, compreendidos entre a Era Vargas e a República Populista. O cenário era, em uma demonstração simplista, de disputas oligárquicas para detenção do poder. O Regime Militar (1964-1985), por sua vez, foi mais um capítulo de golpe da frágil democracia brasileira extensamente marcado por autoritarismos. A *Redemocratização*, iniciada em 1985 e concluída em 1988 a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, também não esteve isenta de mobilizações para reestabelecer as eleições no país. O que marca esta conjuntura política, portanto, é uma história recente de disputas pelo poder, mas que permaneceu no campo da política.

Na última década, precisamente a partir de 2013, ocorreram mudanças no cenário político brasileiro, cenário no qual as disputas passaram do campo político para o jurídico. Desse modo, os novos capítulos das disputas políticas passaram a se apropriar dos institutos legais para alcançar seus objetivos. Nesse contexto, deflagrou-se a “*Operação Lava Jato*” que mobilizou os órgãos acusadores, julgadores e a imprensa para o que seria uma operação de combate à corrupção no Brasil. Contudo, tal operação foi conduzida por procedimentos questionáveis por flexibilizar os ritos do devido processo legal para atingir adversários políticos.

Assim, houve uma mudança de paradigma nas disputas políticas influenciada, sobretudo, pela utilização do Direito como arma contra determinados indivíduos, fenômeno conhecido como *Lawfare*, guerra política instrumentalizada pelo uso abusivo de institutos legais para atingir resultados políticos. Diante disso, constata-se que o processo de impeachment sofrido pela ex-presidenta Dilma Rousseff, em 2016, e a inelegibilidade do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2018, só foram possíveis graças à instrumentalização abusiva dos dispositivos legais para ocasionar danos e atingir objetivos políticos. Sendo claro, então, o deslocamento das disputas vivenciadas na frágil e jovem democracia brasileira para o campo jurídico.

Desta feita, o estudo considera os seguintes questionamentos: a Operação Lava Jato pode ser classificada como *lawfare* político? De que maneira os institutos legais foram desvirtuados para atingir alvos políticos? Por fim, à luz do devido processo legal, como as práticas lavajatistas afetam as garantias do processo penal democrático?

Sendo assim, buscar-se-á debater a Operação Lava Jato como manifestação de Lawfare no Brasil, identificando o padrão da utilização abusiva dos institutos legais na condução da operação, bem como, analisar as irregularidades processuais como ofensas aos princípios e garantias processuais penais. Para tanto, será utilizado o método dedutivo para elaboração de pesquisa qualitativa realizada através da revisão bibliográfica.

1. A Operação Lava jato: exposição das práticas

Na primeira metade de 2014, um esquema complexo de corrupção e lavagem de dinheiro no bojo da empresa estatal Petrobras, envolvendo outras empresas, operadores financeiros, políticos e funcionários, passou a ser investigado pela Polícia Federal e pela força-tarefa do Ministério Público Federal (MPF). Em março de 2014 foi deflagrada a Operação Lava Jato com sede na 13ª Vara Federal de Curitiba-Paraná, cujo juiz federal titular seria Sergio Moro. A iniciativa tinha como objetivo combater a corrupção, a impunidade e o crime organizado. Seis anos mais tarde, passou a ser considerada a maior operação para este fim já conduzida no Brasil, pelo próprio MPF¹. No entanto, seus nada ortodoxos métodos procedimentais, muito específicos e permeados de irregularidades, revelavam os potenciais objetivos políticos, sendo observado ainda possíveis impactos econômicos indesejados, perseguição política e violação de garantias processuais.

Em síntese, o caso apurado trataria de um suposto esquema para obter vantagens comerciais em prejuízo da Petrobras, de modo que as construtoras e empresas prestadoras de serviços à estatal viviam sob uma concorrência aparente, ou melhor, uma “concorrência cartelizada” (BELLUZZO, 2018, p. 21), caracterizando uma corrupção sistêmica em que funcionários e agentes políticos estavam envolvidos. O cartel, então, estabelecia valores inflados no processo licitatório e possuía o controle de qual seria a empresa ganhadora. Os funcionários, por sua vez, além de omissos, receberiam propina para impedir que outras empresas participassem das licitações. No que diz respeito aos agentes políticos, estes perceberiam valores para favorecer o cartel, principalmente, através da indicação da diretoria da Petrobras, o que ficou classificado como corrupção.

¹ Disponível em <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acessado em 18 abr. 2023.

A partir desse ponto serão expostas as práticas lavajatistas, mas, em um primeiro momento, é importante definir, nesse cenário, os principais atores envolvidos no Caso Lava Jato: a Força-Tarefa “Lava Jato” do MPF e o ex-juiz federal Sergio Moro. Nesse sentido, em análise do conluio entre o ex-procurador da república Deltan Dallagnol e o ex-juiz federal Sergio Moro, o jurista Lenio Streck (2021) discorreu sobre as respectivas atuações, apontando assim o agir estratégico do órgão acusador totalmente em prejuízo do réu, relatando que este não buscou a verdade processual, fosse a favor da acusação ou fosse em defesa do réu, tão somente conduzindo suas ações estrategicamente voltadas à condenação. Em relação ao juiz da Lava Jato, ressaltou que este foi suspeito e parcial, demonstrada sua articulação com a acusação para atingir a condenação dos réus. Nessa quadra, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a *parcialidade e suspeição* do ex-juiz federal Sergio Moro na condução do processo referente à operação lava jato em julgamento do atual presidente da república (Lula), conforme visto no HC n. 164.493.

Diante disso, foi possível levantar a hipótese de que as práticas lavajatistas foram executadas por agentes comprometidos com a condenação penal de determinados indivíduos. Por isso, é possível debater que as práticas lavajatistas se referem a um conjunto de medidas viabilizadas pelos institutos legais para alcançar objetivos políticos, permitindo o deslocamento das disputas políticas para a arena jurídica.

As práticas adotadas na condução da operação são evidenciadas a partir de um padrão de irregularidades desenvolvido através da utilização abusiva de institutos legais. O atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Flávio Dino de Castro e Costa, apontou que foram objetos de uso abusivo pelos atores da Lava Jato os institutos jurídicos da “condução coercitiva, prisão preventiva, delação premiada e acordo de leniência” (COSTA, 2020, p. 96) que serão expostos nesta oportunidade. O Ministério Público Federal (MPF, 2021) disponibiliza em site próprio os resultados em números do Caso Lava Jato, assim, totalizam 141 operações, 1.450 mandados de busca e apreensão, 211 mandados de condução coercitiva, 163 mandados de prisão temporária, 132 mandados de prisão preventiva, 28 acordos de leniência e 183 acordos de colaboração.

A condução coercitiva está prevista nos artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal (CPP), estabelecendo que, sendo intimados, acusado ou testemunha, que deixarem de comparecer em juízo poderão ser conduzidos pela autoridade policial. Entretanto, Dino salientou que as conduções coercitivas ocorreram sem qualquer intimação e, a partir delas, provas foram ilegalmente produzidas e utilizadas em processos (*ibidem*, p. 96). O caso mais emblemático foi o mandado de condução coercitiva expedido em março de 2016 pelo ex-juiz federal Sergio Moro

em face do Luiz Inácio Lula da Silva, atual presidente da República. De tal sorte, Santoro e Tavares asseveraram:

A discussão sobre a legalidade da medida ganhou relevância geral e nacional. Lula não havia sido intimado e não havia recusado a intimação injustificadamente, de tal forma que não estavam satisfeitos os requisitos objetivos do art. 260 do CPP. No entanto, a questão passou a ser analisada em sua essência ao se colocar em rota de conflito com o direito que qualquer investigado ou acusado tem de manter-se em silêncio, de tal forma que a finalidade da condução coercitiva que é fazer o investigado falar, perde o sentido constitucional, já que o conduzido tem o direito de não falar. Diante disso, mais de dois anos depois da condução coercitiva de Lula, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, ao julgar as ADPFs 395 e 444 em 13 de junho de 2018, que a condução coercitiva de qualquer acusado ou investigado de que trata o art. 260 do CPP não era constitucional. (SANTORO; TAVARES, 2019, p. 133-134).

Nesse marco da Operação Lava Jato se vislumbrou uma mudança de fase da operação, na qual esta se deslocou de uma iniciativa de combate à corrupção sistêmica no âmbito da Petrobras para uma intencional reorganização do sistema político. Nessa senda, Avritzer compreendeu que a Lava Jato “pessoalizou” (AVRITZER, 2018, p. 34) o combate na pessoa do Presidente Lula e “passou a ter uma estratégia de criminalização seletiva do sistema político” (*ibidem*, p. 35). Desse modo, tornou-se cada vez mais exposto seu possível caráter de perseguição política.

Adiante, segue-se à utilização nociva do instituto da prisão preventiva que caracterizou claro e grave cumprimento antecipado da pena ao arrepio do princípio da presunção de inocência. Em análise qualitativa das prisões preventivas decretadas durante a operação, Álvaro Chaves (2021) concluiu que o principal fundamento utilizado para sua decretação era o da garantia da ordem pública, prosseguindo, ele aponta os motivos, ou melhor, a estratégia por trás dessas prisões que seria a cooperação do investigado. Nesse sentido, o autor indica que “percebe-se, portanto, um claro agir do juiz no intuito de fomentar as colaborações dos investigados como medida apta a viabilizar a liberdade no curso do processo e de uma forma bastante célere.” (CHAVES, 2021, p. 217).

Para evidenciar, então, que a decretação de prisões preventivas possuía o escopo de fomentar a colaboração dos acusados, Chaves (2021, p. 216) demonstra que a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná superou o número de revogações e substituições de prisões preventivas do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo ela mesma o juízo que as decretou. O ponto que o autor

pretende chegar é que houve o *esvaziamento* dos fundamentos da prisão preventiva após a colaboração dos investigados.

É de se salientar, aliás, que apesar da operação ser apresentada em fases, as práticas lavajatistas não seguiam uma lógica ou linearidade dado seu grau de complexidade, além do mais, a utilização abusiva de institutos legais não eram eventos isolados. A condução coercitiva, por exemplo, era seguida da *espetacularização* das operações, fazia parte também do complexo sistema policial-processual o *vazamento* seletivo de informações à mídia comercial, além da relação mútua, como se verá a seguir, dos mandados de prisão preventiva e o instituto da delação premiada que alcançou resultados significativos quando aliada à exploração da narrativa jornalística para construir a opinião pública. Os “vazamentos seletivos” da Lava Jato não impressionam a quem reconhece a influência da operação “mãos limpas” da Itália sobre o ex-juiz federal Sergio Moro – segundo ele, a operação italiana “*mani pulite*” “vazava como uma peneira” (MORO, 2004, p. 59).

O instituto da prisão preventiva tornou-se, portanto, uma ferramenta para alcançar acordos de colaboração premiada. Esta, em tese, é um meio de obtenção de prova na qual o acusado ou investigado de livre iniciativa contribui com informações a respeito dos coautores e partícipes da infração penal a que é incurso às penas de modo a negociar sua colaboração com benefício pré-processual, pré ou pós-sentencial e está prevista na Lei 12.850/2013. Sendo que a delação premiada incide sobre pessoas físicas e o acordo de leniência, em linhas gerais, refere-se à pessoa jurídica. Sobre o tema, leciona Costa:

A delação premiada (arts. 3º, I, 4º e 6º, da Lei 12.850/2013) tem dois pressupostos: i) O primeiro pressuposto é que a delação, sozinha, não produz prova suficiente para condenar ninguém, por uma razão óbvia, quem presta o depoimento – o delator – tem interesse pessoal, próprio; ele tem não só o direito como o dever de se proteger e, em decorrência, delatar alguém para fins de autoproteção. Ou seja, a prova emergida da delação premiada, sozinha, não pode condenar ninguém. No entanto, muitas foram as sentenças condenatórias no Brasil baseadas exclusivamente em colaborações do corréu. ii) O segundo pressuposto a ser sublinhado é que a delação premiada tem que ser voluntária. Em contrariedade, assiste-se o uso abusivo da prisão preventiva para forçar a delação, chegando ao cúmulo de se decretar a prisão preventiva da filha para forçar o pai a delatar. (COSTA, 2020, p. 97)

O Professor Antonio Santoro em análise às disposições previstas na lei, além daquelas *extra* e *contra legem*, salienta os benefícios, direitos, obrigações e renúncias legais (SANTORO, 2021, p. 3-4) que ensejam os acordos de colaboração os quais serão explorados posteriormente em

análise à luz do devido processo legal. Santoro, em pesquisa, afirma que foram identificados 110 (cento e dez) processos em primeira instância distribuídos na 13ª Vara Federal de Curitiba, na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e na 10ª Vara Federal do Distrito Federal, dos quais foram identificados 125 (cento e vinte cinco) colaboradores mencionados nas denúncias (p. 5). Não à toa, destaca que a colaboração premiada “foi instrumento decisivo na condução da Operação Lava Jato” (p. 2):

Todos os processos, seja na denúncia ou no curso do procedimento, fazem menção a alguma colaboração premiada, portanto não existe processo entre os pesquisados, nesse complexo que se convencionou chamar de Operação Lava Jato, que não utilize de alguma forma o instituto da colaboração premiada. (SANTORO, 2020, p. 86)

Nessa perspectiva, e à luz de que este seria o *instrumento essencial* da operação, Santoro (*ibidem*, p. 109) examina essa prática como contrária ao sistema acusatório e, ainda, seu sucesso dependeria do apoio midiático. Assim, pode-se questionar sobre o papel da imprensa em possível coação aos delatores ao labutar para formar uma “opinião pública” a respeito do delatado que, por sua vez, esteve afastado do direito de defesa e revestido de uma factual presunção de culpa contrária à Constituição. Para demonstrar, à vista disto, que o convencimento do então juiz federal Sergio Moro estava formado em sede de investigação preliminar, logo, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, Antonio Santoro (*ibidem*, p. 105) examina os processos judiciais que envolviam os delatores Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef de modo a evidenciar a fundamentação das decisões do juízo com base nas prisões cautelares e a confissão dos acusados por meio do acordo de colaboração, senão vejamos:

Para confirmar tal assertiva, o julgador estabeleceu uma relação de causa e efeito entre a existência de prova “categórica” e a “prisão cautelar dos principais envolvidos, Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef”, o que implica dizer que sua crença na culpa estava formada desde o momento em que decretou as referidas prisões. [...]

Se a prisão preventiva foi decretada “ainda na fase de investigação” e se antes das confissões “a prova já era categórica, tanto que levou à prisão cautelar” e, mais do que isso, se as próprias colaborações “para a presente ação penal, eram desnecessárias”, é porque o magistrado não poderia ter sua crença constrangida pela prova.

A decisão estava tomada, desde o momento da decretação da prisão cautelar, com base nos elementos informativos da investigação preliminar. (SANTORO, 2020, p. 108)

Dessa forma, o parâmetro para obtenção desse meio de prova foi claro em afastar as garantias da ampla defesa ao delator e, ainda, à pessoa delatada. A Operação Lava Jato passou, então, a ser questionada e até mesmo deslegitimada em debates públicos por possuir possíveis objetivos políticos para refazer o cenário político vigente. Isso se deu, sobretudo, a partir do acúmulo de críticas voltadas à imparcialidade do ex-juiz Sergio Moro e à superação do papel de acusação pelo MPF – mais tarde, o *envolvimento* entre estes atores foi divulgado pela chamada “Vaza Jato” (STRECK, 2021). Ressalte-se a percepção de Iara Lopes (2020, p. 155): “Na Lava Jato, observa-se que o próprio sistema penal vem se auto deslegitimando, tendo em vista que ele não consegue se validar nem para cumprir a legalidade e aquilo que se predispõe a ser”.

Tendo em vista que seus alvos eram empresários e agentes políticos, bem como, possuía a pecha de aparente instrumento de perseguição política, em especial, do Presidente Lula, Santoro e Castelo Branco (2018) se debruçam no que seriam os maxiprocessos, desenho processual penal desenvolvido pelo professor italiano Luigi Ferrajoli e discutido pelos autores por diferenciar-se do processo penal tradicional uma vez que tem, entre outras características, o gigantismo processual, isto é, o superlativo número de operações já evidenciados nos números divulgados pelo MPF. Concluem que este desenho seria, então, instrumento de *lawfare* (p. 41).

Nesse sentido, provavelmente seus principais resultados foram causar o processo de impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff, permitindo-se questionar a legitimidade do governo que a sucedeu e, ainda, do processo eleitoral de 2018 já que a movimentação lavajatista acelerada tornou Lula – candidato líder das pesquisas eleitorais –, inelegível e passou a ser considerada uma operação exitosa politicamente em algumas análises políticas.

Em vista disso, os responsáveis por difundir e aprimorar a definição de *Lawfare* no Brasil, Cristiano Zanin, Valesca Martins e Rafael Valim (2019) indicam que a persecução penal de Lula “configurou uma mudança de paradigma” (p. 19). Destaque-se que os dois primeiros foram advogados do presidente e apontaram ser seu cliente uma vítima de *lawfare*. Assim, afirmaram que “não se estava diante de meros erros de procedimento (*error in procedendo*) ou erros de julgamento (*error in judicando*) do Poder Judiciário. Havia método e propósitos claros em todo aquele conjunto de atos processuais e extraprocessuais do Estado” (p. 19). Desse modo concluem que a Operação Lava Jato constitui manifestação de *lawfare* no Brasil, sendo objeto de risco ao Estado Democrático de Direito e de violação aos direitos e garantias processuais conforme se verá a seguir.

2. Lawfare e Direito Processual Penal

As práticas lavajatistas, então, fazem parte de um complexo sistema investigativo-processual que, a princípio, comprometeu-se a combater a corrupção sistêmica no âmbito da Petrobras. Entretanto, verificou-se no decorrer das fases da Operação Lava Jato que essas práticas eram dotadas de procedimentos e técnicas não correspondentes com os princípios e regras processuais penais. Conforme tópico anterior, a partir da teoria pesquisada, não se trataria de meras falhas na condução processual, pois esses erros possuíam propósitos, dentre eles, o de perseguir adversários políticos em uma evidente disputa pelo poder. Nessa perspectiva, a concepção de *Lawfare* possui definições contundentes, tornando-o potencialmente incidente sobre o Caso Lava Jato.

Na atualidade, as novas tendências de guerra surgiram com o objetivo de produzir danos aos adversários sem que fossem necessários os tradicionais aparatos militares. Nesse sentido, as disputas políticas, geopolíticas e comerciais migraram para um novo cenário no qual a força inerente às leis poderia alcançar resultados eficazes, talvez até politicamente mais devastadores que as penosas guerras armadas. Esse fenômeno foi observado e conceituado como *Lawfare*.

Este termo tem origem a partir da contração de duas palavras da língua inglesa, *law* e *warfare*, que significam respectivamente lei e guerra. O Antonio Santoro e Natália Tavares (2019) apontam três concepções para descrever a origem e a definição de *lawfare*, dentre elas, uma concepção *neutra* de Orde Kittrie, outra *utilitarista* de Charles Dunlap Jr. e ainda uma *negativa* pela ONG “The Lawfare Project”. Descrevem que Kittrie – ao conceber o Direito como arma de guerra –, colacionou-a como uma estratégia menos mortal, custosa e, por vezes, com maior efetividade, sendo percebido não só nos Estados Unidos, mas também na Europa, China e no Oriente Médio (p. 34). Noutro passo, em análise ao conceito de Dunlap, observam que este adequaria a concepção de estratégia de segurança nacional aos valores humanitários, isto é, seu propósito em detrimento das consequências humanas (p. 35). Por fim, a ONG “The Lawfare Project” em uma conotação essencialmente negativa, estabelece-o como instrumento de abuso a fim de alcançar objetivos militares ou políticos (p. 35).

Assim, a guerra política instrumentalizada pelo uso abusivo de institutos legais para atingir resultados políticos é consagrada no fenômeno do *lawfare*. Indo além, importa definir a guerra jurídica em seu aspecto prático a partir da *apropriação do Direito* a fim de alcançar objetivos ilegítimos. Desta feita, Rubens Casara (2022, p. 435) explora a aparência de legalidade conferida pela utilização do Sistema de Justiça para desgastar e eliminar inimigos. Segundo o referido autor,

os indesejáveis pelos detentores do poder são submetidos ao assédio judicial nos quais as garantias constitucionais são violadas. Expôs Casara:

Lawfare, por definição, é a utilização do sistema de justiça como o *locus* de uma guerra contra pessoas identificadas como “inimigas”, em que as armas são interpretações distorcidas (e potencialmente destrutivas) das leis, institutos, procedimentos e categorias do direito. Com essa expressão, que surge da contração das palavras *law* e *warfare*, busca-se designar a instrumentalização do Sistema de Justiça, das leis e procedimentos para fins políticos e ideológicos. (*Ibidem*, p. 434)

Diante do aspecto prático desse fenômeno, observa-se que a persecução penal de inimigos instrumentalizada pela utilização abusiva de institutos legais é causadora de violações à princípios *constitucionais* e, desse modo, *processuais*, sendo então possível constatar uma ameaça à Constituição e ao Direito Processual Penal. Nessa senda, é relevante destacar a Reforma Processual Penal de 2008, a qual se valeu da efetividade do processo e do garantismo como valores informadores, com a importante adequação ao modelo acusatório e a caracterização das funções dos órgãos do Poder Judiciário (DINAMARCO, BADARÓ, LOPES, 2021, p. 177-178).

No entanto, poucos anos depois das relevantes transformações conquistadas pela reforma, os agentes da Operação Lava Jato frequentemente traçavam críticas à técnica processual penal para promover o discurso “panfletário” da impunidade e legitimar as práticas violadoras de garantias processuais. A despeito disso, foram enunciadas pelo ex-juiz Moro “ideias facilitadoras da punição no processo penal” segundo ele havia “demora na tramitação processual, um suposto grande número de recursos e a sensação de impunidade” (MAIA, 2016, p. 1), sem, contudo, estabelecer parâmetros de fortalecimento do sistema de justiça.

Adiante, em análise à apropriação nociva do Direito Processual Penal via instituto do *lawfare*, Zaffaroni, Caamaño e Weis (2021) elaboraram um manual para desvelar as violações cometidas ao Direito Penal no âmbito do *lawfare* na América Latina. Tais autores tem a percepção de que instrumentalização política do Direito serve aos interesses geopolíticos da potência hegemônica, os Estados Unidos da América (EUA), compreendendo que o Direito Processual Penal passa a ser usado como ferramenta de morte política daqueles opositores ao poder, oposição vista, essencialmente, na figura de governos populares (p. 107-108). Desse modo, utilizam o termo *direito processual vergonhoso* para descrevê-lo como uma ferramenta contrária aos princípios republicanos – afirmam ainda:

Nesta nova *guerra não declarada*, o uso desviado do direito processual penal assume várias feições: altera as regras de competência e jurisdição nas mãos do *juiz natural*, contempla arbitrariamente a forma como a figura do *delator* é usada, se vale de várias escutas telefônicas de maneira ilegal ou simplesmente abusa da prisão preventiva em casos que não merecem a imposição dessa medida cautelar. Isso evidencia de maneira manifesta o fim do direito penal como um instrumento de contenção do insaciável poder punitivo do Estado. (p. 108)

No Brasil, a partir do Caso Lula na Lava Jato, os advogados Cristiano Zanin e Valeska Martins se viram em um novo paradigma e expuseram a necessidade de emergir uma nova definição para o termo (ZANIN et al., 2019, p. 19). Desse modo, definiram *lawfare* como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo.” (p. 20). O conceito por eles adotado carrega sentido negativo, por *sepultar o Direito*. Ademais, lançam mão das dimensões estratégicas e táticas do *lawfare*, buscando explorar os métodos estrategicamente empregados na condução da Operação Lava Jato para alcançar seus fins, sendo as dimensões estratégicas a geografia, o armamento e as externalidades.

A primeira dimensão estratégica definida por Zanin, Martins e Valim (2019, p. 32) diz respeito à *geografia*, isto é, a escolha da jurisdição mais favorável à condenação do réu, essa estratégia compreende a manipulação das regras de competência a fim decliná-la à um juízo comprometido com o assédio judicial de determinado inimigo. Há de ser ressaltado que o princípio do juiz natural veda a criação de tribunais de exceção, bem como garante o julgamento de litígios por juízo competente.

Nesse cenário “geográfico”, durante a condução da Operação Lava Jato se notou a grande preocupação em manter a competência por um possível e (super)centralizador “juízo de exceção”, a 13ª Vara Federal de Curitiba presidida pelo, então, juiz federal Sergio Moro. Contudo, no julgamento dos Agravos Regimentais no Habeas Corpus 193.726, o STF findou por reconhecer a “ofensa ao princípio do juiz natural” e afastar a competência “universal” da multicitada vara federal do Paraná, pois:

As mesmas circunstâncias fáticas, ou seja, a ausência de condutas praticadas de forma direta em detrimento da Petrobras S/A, são encontradas nas demais ações penais deflagradas em desfavor do paciente perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, tornando-se imperiosa a extensão da ordem concedida, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal (STF, HC 193726 AgR, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j.15/04/2021).

Ademais, é importante ressaltar o reconhecimento pelo STF do desrespeito à imparcialidade pelo então juiz federal Sergio Moro em razão da constatação de suas conexões políticas com o ex-presidente Jair Bolsonaro, do qual se tornou ministro, desse modo declarando a *parcialidade* do ex-juiz federal no caso Lula na Lava Jato:

(...) 6.7. O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente. A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional. (...). (STF, HC 164493, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 23/03/2021).

Como segunda dimensão estratégica, o *armamento* diz respeito à escolha das leis mais propícias a causar danos ao adversário. No presente caso, foram utilizadas e articuladas a Lei 12.850/2013, dispondo sobre o crime de organização criminosa e colaboração premiada, a Lei 12.683/2013, estabelecendo o delito de lavagem de dinheiro e, enfim, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Sobretudo tais leis foram utilizadas por se tratarem de atos normativos relativos à corrupção, delito de alta reprovabilidade social e com fronteiras imprecisas. Desse modo, seriam “armas” de “alta letalidade” política contra aqueles a quem os órgãos acusador e julgador se direcionam a atingir politicamente.

Soma-se a tudo isso, o apoio midiático da imprensa comercial para disseminar as operações forjadas pelos atores comprometidos com o processo investigativo-processual da Lava Jato. Nessa perspectiva, encontra abrigo a terceira dimensão estratégica, as *externariedades*. Seu principal aspecto reside na criação de um cenário favorável a condenação do adversário a partir da manipulação da informação. Assim, essa dimensão ganha apoio dos veículos de comunicação na tentativa de traçar um potencial inimigo em comum e levá-lo ao julgamento da coletividade. Dito de outro modo, o apoio midiático pode potencializar a perseguição da vítima e garantir sua legitimidade, para com isso, ter a chance de tornar viável uma condenação sem materialidade vez que é favorecida pela comoção popular que exige a condenação do réu.

Tomando *lawfare* como prática de regressão constitucional, Plínio Melgaré (2020, p. 72) aborda o uso estratégico do Direito como arma na derrota do Estado de Direito. A perseguição judicial, vista por ele, busca: “1. a exclusão fática dos adversários políticos, com a sua prisão, por

exemplo, ou, 2. a desconstrução da imagem pública daquele que é considerado inimigo” (p. 78-79). Ora, para alcançar a desmoralização pública de um indivíduo, as garantias constitucionais não de ser desrespeitadas, inclusive, “em nome do combate à corrupção” e aliada à relação com a mídia comercial através da espetacularização da condução das operações. Nesse sentido, princípios como do devido processo legal, da presunção de inocência e, ainda, da dignidade da pessoa humana são desconsiderados a fim de atingir resultados políticos.

Diante do exposto, as práticas lavajatistas foram ferramentas de violação de direitos fundamentais e garantias processuais. Nesse momento, serão expostas algumas práticas empregadas na condução da operação a partir da análise do devido processo legal, a fim de se examinar as irregularidades processuais ofensivas aos princípios processuais constitucionais e penais.

3. Análise das técnicas “lavajatistas” à luz do devido processo legal

Em apertada síntese, o devido processo legal é princípio constitucional que estabelece limites à atuação estatal a fim de obstar arbitrariedades pelo Estado, no qual no exercício do poder jurisdicional não poderá ultrapassar os limites legais. Ele está previsto no artigo 5º, inciso LIV, do texto constitucional e pode ser concebido como “um núcleo de *convergência* e uma condensação metodológica de todos os princípios constitucionais, recebendo de parte da doutrina a qualificação de *cláusula organizatória*” (DINAMARCO et al., 2021, p. 108). Tendo em vista que o devido processo legal comporta todos os demais princípios constitucionais e processuais, analisar atos normativos à luz desse princípio significa apreciar as garantias democráticas do processo, sobretudo, a partir de sua legitimidade constitucional – conforme leciona a doutrina:

Em breve síntese, no sistema brasileiro o modelo constitucional do devido processo legal é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência (no processo penal), devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process*. (DINAMARCO et al., 2021, p. 109)

Sendo assim, para se lançar em análise das práticas adotadas durante a condução do Caso Lava Jato é imperioso ter em vista a constante suspeita sobre sua legitimidade diante dos possíveis

objetivos políticos, por estarem caracterizados indícios de perseguição política e violação de direitos fundamentais por meio do sistema jurídico. Logo, a Lava Jato vem sendo consagrada – ou, ao menos, estando sob forte suspeita –, como evidente manifestação de *lawfare* no Brasil, isto é, uma operação instrumentalizada pelo Direito através da utilização abusiva de institutos legais cujo objetivo seria a destruição política de inimigos na disputa pelo poder.

No que se refere às práticas, os mandados de condução coercitiva expedidos durante a Operação Lava Jato não cumpriam os requisitos legais para sua expedição – artigo 260, do CPP, caso o acusado devidamente intimado não comparecer ao interrogatório –, além disso estes foram acompanhados pela *espetacularização* das operações. A esse respeito, e em discussão sobre a condução coercitiva de Lula da Silva, Fernando Fernandes (2020, p. 207) delineia que esta foi baseada em duas acusações, uma, de que ele teria obtido a reforma de um apartamento tríplex no Guarujá da empresa OAS e outra a respeito de doações da Ordem dos Advogados do Brasil, o que configurariam crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. A operação foi amplamente divulgada e, segundo Fernandes, sua condução era uma estratégia de desgaste e linchamento público de um particular, uma vez que, em comentário cita: “a acusação não se sustenta juridicamente” (p. 207).

Dois anos após o fato ocorrido com o atual presidente, o STF julgou as ADPFs 395 e 444, neste ato, considerou a condução coercitiva dos investigados incompatível com preceitos constitucionais, sendo determinado seu caráter de violação à presunção de não culpabilidade, ao direito de não incriminação, de desrespeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade de locomoção, além do mais, afasta do acusado ou investigado seu direito ao silêncio. Dessa forma preceituou o STF:

10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (STF. ADPF 395/DF. Rel. MM. Gilmar Mendes. 14/jun./2018)

Ademais, quanto ao “espetáculo” promovido pela mídia corporativa, Santoro e Tavares (2019) sintetizam que enquanto a imprensa indicava Lula como “chefe de um imenso esquema criminoso, a denúncia o acusava de receber um apartamento de forma indevida.” (p. 135), sendo observado que a imputação de suposta associação a organização criminosa apenas fazia parte da construção de uma imagem corrupta ao acusado.

Em aprofundada pesquisa a respeito da estruturação da narrativa jornalística no contexto histórico da Operação Lava Jato, a Dra. Eliara Santana (2020) destaca o Jornal Nacional como um *ator* nesse período, ela pretende, então, demonstrar que este teve papel na legitimação dos atos da operação ao refletir sobre as estratégias na construção de sua narrativa jornalística. Assim ela aborda:

Um exemplo é a alcunha “Petrolão”, que aparece como versal e é designada para fazer referência às notícias sobre as investigações na Petrobras, cuja construção designativa remete à corrupção [...] Em diversas edições do JN, as ações da Lava Jato são sempre mostradas de forma espetaculosa, com os agentes em ação, como num filme. Há sempre muitas imagens e o relato das ações, sem qualquer objeção. Há também as fontes específicas - nas primeiras etapas da Lava Jato – determinados procuradores e ministros do Supremo que aparecem como fontes a darem a palavra final, sem questionamento, portanto. Eram sempre os mesmos procuradores e ministros a aparecerem. (p. 85)

Tais circunstâncias, a construção da imagem de um inimigo em comum e, ainda, da estruturação de narrativas jornalísticas, são possíveis causadoras de impactos midiáticos na construção de uma institucional “presunção de culpa”, no caso apresentado, do atual Presidente da República.

No tocante a isto, a presunção de culpabilidade era uma constante no sistema penal inquisitivo o qual teve espaço no Brasil até a reforma do CPP em 2008, este tinha por característica a união das funções de acusar e julgar pelo juiz e, ainda, estava pautado pela busca da condenação do acusado sem a certeza necessária para reconhecer sua autoria. O atual sistema jurídico nacional seria o sistema acusatório que, por sua vez, é característico do Estado de Direito, este se volta ao garantismo processual e à proteção dos indivíduos. Desse modo, consagra-se a presunção de inocência como princípio basilar para as garantias da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, a Constituição de 1988 estabelece no artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A esse respeito, Álvaro Chaves (2021) dispõe de duas acepções ao princípio da presunção de inocência, são elas: “a) como regra de tratamento do acusado, relacionada à exclusão ou à minimização da restrição de liberdade pessoal durante o processo; e b) como regra de juízo, cuja essência é a imposição do ônus probatório à acusação, assim como a absolvição em caso de dúvida.” (p. 25). Todavia, durante a condução da Lava Jato, as medidas cautelares prisionais de um instituto excepcional se converteram em regra sem que fossem atendidos os pressupostos da prisão preventiva conforme detalhado anteriormente.

O excesso de prisão preventiva no curso da operação passou a ser concebido como meio de tortura aos colaboradores e delatados (ZANIN et al., p. 78). Essa e outras medidas desempenhavam a função de pressionar os acusados a fornecerem informações à acusação, de tal sorte, era possível, aliás, que familiares dos delatores sofressem assédio para que esses contribuíssem com as investigações (*ibidem*, p. 80) – a exemplo disso, Ação Penal 5025676-71.2014.4.04.7000 que tramitou na 13ª Vara Federal de Curitiba na qual teve como réus as filhas e o genro do colaborador Paulo Roberto Costa.

Nessa perspectiva, há fortes indícios relacionais entre o excesso de prisões preventivas e o estímulo à celebração de acordos de colaboração. Conforme foi visto, a delação premiada possuía papel relevante na Operação Lava Jato e, ao que tudo indica, os institutos jurídicos da prisão preventiva e da colaboração premiada foram indevidamente apropriados e utilizados de forma abusiva em razão de objetivos políticos, distanciando-os de como foram utilizados dos seus fins estabelecidos em lei. Ditou a teoria jurídica:

Por essas razões, as prisões preventivas na Lava Jato têm sido equiparadas a uma modalidade de tortura, não só por advogados e juristas, mas também por Ministros do Supremo Tribunal Federal, como Gilmar Mendes. Trata-se de uma arma poderosa, cujo uso indiscriminado e abusivo fere de morte a espontaneidade da colaboração premiada, elemento jurídico essencial para celebração. Também contamina todas as provas obtidas a partir das “confissões” obtidas, pois, como bem se sabe há séculos, um indivíduo sob tortura dirá qualquer coisa para que cesse a violência de que é vítima. (ZANIN et al., 2019, p. 80)

Prosseguindo ao exame da colaboração premiada como prática lavajatista, esta foi o instrumento mais determinante para a condução da operação. Contudo, seus atos eram eivados de vícios por desrespeito às disposições expressas em lei própria. Assim, retomando os preceitos de Antonio Santoro (2021), ele desenvolve sua pesquisa no sentido de que os termos de colaboração celebrados na oportunidade da Lava Jato ultrapassaram o que é estabelecido na Lei 12.850/2013 (p. 2). Além disso, observou que a própria lei dispõe de elementos conflitantes aos direitos fundamentais (p. 4), entre eles, a renúncia pelo delator ao direito de silêncio (art. 4, § 14º) e a obrigação, ainda que não expressa, de confessar (art. 4, I). No que respeita às demais renúncias e seu conflito com as garantias constitucionais, ressaltou que o acordo firmado “implica no não exercício do direito de defesa e do contraditório” (p. 4).

Em seguida, Santoro se direcionou à pesquisa dos acordos de colaboração firmados que ultrapassam os benefícios, obrigações e renúncias previstas na Lei 12.850/2013, definindo como

disposições *extra* e *contra legem* dos termos da delação premiada (p.5). Assim, ele dispõe alguns referenciais para desenvolver sua análise, a saber, as previsões: “(i) quanto à pena; (ii) quanto às provas; (iii) quanto ao direito de acesso à justiça; (iv) quanto à competência; (v) quanto aos bens; (vi) quanto à propositura de outras ações; (vii) quanto às medidas cautelares pessoais; (viii) quanto à multa compensatória.” (p. 5). Dentre estas previsões será considerada para explorar o tema aquela quanto à pena.

A Lei 12.850/2013 estabelece que os benefícios concedidos podem ser o perdão judicial, a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou substituição dela por pena restritiva de direitos (art. 4º, caput), além disso, poderá o Ministério Público deixar de oferecer denúncia em desfavor do delator (art. 4º, § 4º). Entretanto, os acordos firmados durante a operação extrapolaram as prerrogativas previstas em lei versando sobre a quantidade da pena e sua execução. Verifica-se:

Tome-se, dois exemplos: os termos de acordo de Colaboração Premiada de Adir Assad e de Alberto Youssef. No caso de Adir Assad a proposta foi “a condenação à pena máxima de 30 (trinta) anos de reclusão, (...) considerando-se para esse fim a unificação da pena nos processos penais já instaurados”. Quanto ao cumprimento, foi fixado não apenas o período 3 (três) anos de cumprimento em regime fechado, como também o lugar de cumprimento (“Superintendência da Polícia Federal em Curitiba ou em estabelecimento prisional similar, sujeito à concordância do MPF”). Desse período ainda seria detraído o tempo recolhido cautelarmente em estabelecimento carcerário. Prevê, ainda, a progressão para o regime aberto pelo período de 2 (dois) anos, devendo ser cumprido com uso de tornozeleira eletrônica ou instrumento de monitoramento similar, já ficando ajustadas as condições, inclusive com limitação noturna e de fim de semana. Foi permitida a detração do período de prisão cautelar domiciliar neste período de cumprimento em regime aberto. Depois seria substituída a pena por prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 2 anos, a razão de 5 horas semanais. Por fim, seria concedido livramento condicional pelo período restante. (SANTORO, 2021, p. 5-6).

Diante do exposto, além de ultrapassar os limites estabelecidos em lei para celebração de acordos de delação premiada, verifica-se a inobservância dos preceitos da execução penal. A esse respeito, verifica-se acordos contrários e excepcionais a lei em uma evidente violação ao princípio da legalidade (*ibidem*, p. 6) e, por conseguinte, insubordinação aos princípios constitucionais. Assim, o instrumento mais utilizado da operação, de acordo com a teoria exarada em tópico de exposição das práticas lavajatistas, esteve permeado de violações aos direitos fundamentais, desde o excesso de prisões preventivas, a pressão psicológica e a sua consumação, sendo, portanto, ferramenta necessária para incriminar e perseguir inimigos.

Enfim, em análise às práticas lavajatistas, observou-se um padrão de irregularidades processuais potencialmente dirigidas à objetivos políticos. O devido processo legal restou ignorado e substituído por técnicas facilitadoras da condenação, tornando todos os cidadãos mais *vulneráveis* face à diminuição das garantias processuais penais (MAIA, 2016) uma vez que essas práticas se demonstram *antidemocráticas* e *prejudiciais* às garantias processuais conquistadas. Nesse sentido, as garantias processuais conquistadas democraticamente estiveram reféns de estratégias e táticas contemporâneas de uma forma peculiar de “guerra”, em cenário no qual as disputas políticas passaram a ser dueladas na arena jurídica. Considerando-se o devido processo legal como aglutinador de todos os demais princípios processuais, violá-lo constitui, portanto, atacar de uma vez as garantias constitucionais do processo, dentre elas da presunção de inocência, do julgamento por um juiz natural, competente e imparcial, da ampla defesa e do contraditório.

4. Considerações finais

No desenvolvimento deste trabalho, constatou-se os indícios e potenciais da percepção da Operação Lava jato como uma manifestação do *Lawfare* no Brasil, em especial a partir dos seus impactos e relações com motivações políticas, permitindo a instrumentalização abusiva dos institutos jurídicos a fim de alcançar resultados ilegítimos, tais como perseguir e destruir politicamente adversários. Para tanto, foram expostas as práticas lavajatistas com a finalidade de confrontá-las com as determinações decorrentes do devido processo legal.

Entre as práticas, foram destacadas a desproporcionalidade da condução coercitiva e a espetacularização das operações, o excesso de prisões preventivas como meio de pressão psicológica para celebrar acordos de delação premiada, a ilegalidade destes acordos que ultrapassam os limites estabelecidos em lei dos direitos, benefícios e renúncias e, enfim, a prática do vazamento seletivo aliado a construção da imagem negativa sobre o inimigo.

Superadas as exposições, seguiu-se para o reconhecimento das práticas lavajatistas no seio do *lawfare*, isto é, concebendo-as como instrumento de uma “arrojada” guerra jurídica. Sendo assim, a utilização abusiva de dispositivos legais configura risco ao Direito Processual Penal à luz da Constituição, por violar os princípios e garantias processuais conquistadas. Por essa razão, o instituto do *lawfare* é compreendido em seu sentido negativo por ignorar os ritos do devido processo legal e, por conseguinte, violar as regras processuais de evitabilidade do arbítrio estatal

com técnicas processuais penais para alcançar, de modo facilitado, a condenação do acusado mesmo quando não suficientemente provadas autoria e materialidade dos crimes.

Em análise às práticas adotadas na condução do Caso Lava Jato, o padrão lavajatista promovia a ofensa aos princípios e garantias processuais penais e, desta feita, servindo à relativização das regras processuais para a consecução de objetivos políticos. Dessa forma, a apropriação abusiva dos institutos jurídicos promoveu uma série de graves violações ao devido processo haja vista ter minimizado o garantismo processual em detrimento de ideias facilitadoras da condenação do “inimigo” político selecionado pelos operadores do direito.

Observados esses pontos, a Operação Lava Jato deixa legado extremamente questionável do ponto de vista jurídico, em razão da forte suspeita de perseguição política e de violação de direitos fundamentais. Dessa maneira, para atingir adversários políticos, utilizou-se do discurso do combate à corrupção e à impunidade para garantir que seus atos produzissem efeitos, apoiada fortemente no uso “panfletário” da mídia. Não à toa, a operação multicitada influenciou o ambiente do impeachment de 2016 e comprometeu diretamente o processo eleitoral de 2018. Em suma, naquela ocasião, a operação lava jato – ao romper com o devido processo legal –, condenou à morte política e jurídica diversas pessoas que estavam no banco dos réus sem direito a um processo justo à luz da Constituição.

Referências

AVRITZER, Leonardo. Operação Lava Jato, judiciário e degradação institucional. In: KERCHE, Fábio. FERES JÚNIOR, João. (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

BELLUZZO, Luiz. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHE, Fábio. FERES JÚNIOR, João. (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 abr. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 14 jun.

2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340212844&text=.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 164493, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 23/03/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346606406&text=.pdf>>. Acesso em: 30 Abr. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 193726 AgR, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j.15/04/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757078352>>. Acesso em: 30 Abr. 2023.

CASARA, Rubens. A arte neoliberal de perseguir inimigos: lawfare e controle dos indesejáveis. In: RAMINA, Larissa. (Org.). *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. Curitiba: Íthala, 2022.

CHAVES, Álvaro. Prisões preventivas da operação lava jato (2014-2017): pesquisa empírica e crítica garantista. 2021. 249 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/43096>. Acesso 19 abr. 2023.

COSTA, Flávio. Lawfare político: instrumento de destruição do inimigo por meio de processo aparentemente legal. In: Osmar Pires Martins Junior. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

DINAMARCO, Cândido; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno. *Teoria Geral do Processo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

FERNANDES, Fernando. *Geopolítica da intervenção: a verdadeira história da Lava Jato*. 2ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020.

LOPES, Iara Maria Machado. *O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. Florianópolis: Emais, 2020.

MAIA, Maurilio Casas. Morolização do Poder Judiciário? *Empório do Direito*, de 10 Mar. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/morolizacao-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 20 Abr. 2023.

MELGARÉ, Plínio. Estado de Direito, Lawfare e regressões constitucionais. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. CITTADINO, Gisele. LIZIERO, Leonam. (Org.). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, Jul./Set. 2004.

MPF. Caso Lava Jato: Resultados. Última atualização: 2021. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em 18 abr. 2023.

SANTORO, Antonio. Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

SANTORO, Antonio. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n. 1, p. 81-116. Porto Alegre: jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>

SANTORO, Antonio; TAVARES, Natália. *Lawfare brasileiro*. – 2 ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SANTORO, Antonio; CASTELO BRANCO, Thayara. Desenhos processuais penais de exceção no Direito Brasileiro. In: XXVII Congresso Nacional do Conpedi Porto Alegre – RS. Thais Janaina Wenczenovicz; Vladia Maria de Moura Soares. (Coord.). *Criminologias e política criminal II*. – Florianópolis: CONPEDI, p. 26-44, 2018 (e-book).

SANTANA, Eliara. Mídia, Lawfare e o espetáculo da encenação: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. CITTADINO, Gisele. LIZIERO, Leonam. (Org.). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

STRECK, Lenio. Por que Moro foi parcial e o Ministério Público não foi isento: a prova do *lawfare* na Lava Jato. In: Carol Proner, Lenio Streck, Marco Aurélio de Carvalho, Fabiano Santos. (Org.). *Livro das Parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, p. 25-36, 2021 (e-book).

ZAFFARONI, Eugenio; CAAMANÕ, Cristina; WEIS, Valeria. *Bem-vindos ao lawfare! Manual de passos básicos para demolir o direito penal*. Tradução: Rodrigo Barcellos, Rodrigo Prado. – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: Uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

Contra a mediocridade, contra o identitarismo: uma contribuição para o debate público e acadêmico nacional

Against mediocrity, against identitarism: A contribution to brazilian public and
academic debate

Carlos Sávio Teixeira^{*}
Tiago Medeiros^{**}

Resumo: No Brasil, o identitarismo é uma influente corrente de opinião amplamente propagada nas universidades e na imprensa. Ele é tão enraizado na cabeça de professores e jornalistas que suas premissas e sua agenda política parecem constituir um tipo de cultura, um vocabulário bastante difundido que define a maior parte dos debates públicos. Esse texto tem dois objetivos. Primeiro, criticar os movimentos identitários mostrando algumas de suas premissas e performances e os associando à mediocridade nacional: uma tendência histórica das elites de manter o povo brasileiro em um baixo nível de qualificação, capacitação e prosperidade. Os aspectos do identitarismo que o tornam uma extensão e uma atualização da mediocridade são seus conteúdos anti-institucional e antinacional. O segundo objetivo desse texto é apontar para o centro dos problemas nacionais, acintosamente ignorado pelos identitários brasileiros, no modo como as instituições são imaginadas e desenhadas. Se nossas intuições e nossos argumentos estão certos, o principal tópico de uma agenda de debate público nacional deve ser eliminar a mediocridade, e não a perpetuar, soerguendo uma ideia de nação por meio de um volumoso engajamento em imaginar e construir instituições.

Palavras-chave: Identitarismo, Anti-institucional, Mediocridade brasileira.

Abstract: In Brazil, identitarianism is an influential flow of opinion largely propagated into Universities and the press. It is so unrooted in the professors' and journalists' head that its premises and political agenda seem to constitute a sort of culture, a very spread vocabulary which define the most part of public debates. This text has two aims. First, to criticize the identitarian movements by showing some of their premises and performances and by associating them to the national mediocrity: an elites' historic trend to maintain Brazilian people in a low level of qualification, capacitation and prosperity. The identitarianism's aspects that make them an extension and an update of mediocrity are their anti-national and anti-institutional contents. The second aim is to point out to the core of national problems, derisively ignored by Brazilian identitarians, in the manner how institutions are imagined and designed. If our intuitions and arguments are rights, the main topic of a national public debate agenda must be eliminating the mediocrity, and not to perpetuate it, by uplifting an idea of nation through a huge engagement to imagine and construct institutions.

Keywords: identitarianism, Anti-institutional, Brazilian mediocrity.

Recebido em: 23/03/2023

Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:

TEIXEIRA, Carlos Sávio;
MEDEIROS, Tiago. Contra a
mediocridade, contra o
identitarismo: uma
contribuição para o debate
público e acadêmico
nacional. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 5, n. 2, 2023, p. 35-51.

^{*} Doutor em Ciência Política
(USP) e professor (UFF).

^{**} Doutor em Filosofia
(UFBA) e Professor (IFBA).

Introdução

O objeto deste texto é a mediocridade: a característica das elites nacionais relativa à atuação histórica nos domínios do pensamento e das instituições do país. É o traço que imobiliza o valor mais relevante para as comunidades nacionais no mundo contemporâneo, o único que impulsiona os cidadãos e cidadãs comuns a patamares mais elevados de experiência moral e cívica: o ideal da grandeza. Tendo adotado a carapuça identitária, uma quase língua franca da academia e das comunicações, hoje, a mediocridade passou a ser traduzida como o que não é: um meio de emancipação dos nossos problemas nacionais históricos e de transformação de nossas estruturas organizativas. Para enfrentá-la e denunciar os estigmas provenientes de sua fusão com o identitarismo, proporemos uma interpretação das consequências da corrente de opinião identitária e um esboço de projeto alternativo ao dela. Com isso, esperamos frear sua influência nos estudos sociais e no debate nacional.

O ideal da grandeza, a mensagem de engrandecimento das pessoas comuns, é antagonizada por dois expedientes contemporâneos práticos, ambos entrelaçados à agenda identitária: o expediente anti-institucional (por vezes, extra-institucional), que induz a classe falante do país a desprezar o único ambiente em que as mudanças reais são possíveis, o das instituições; o expediente antinacional, que hostiliza qualquer ideia de unidade de Brasil enquanto uma totalidade singular capaz de hospedar sonhos, ideais e interesses de um mesmo povo, para apostar na fragmentação compulsiva dos grupos de identidade, enfatizando a incompatibilidade recíproca entre minorias e majorias políticas.

Com raízes na teoria crítica alemã, no desconstrucionismo e no pós-estruturalismo franceses e nos movimentos sociais norte-americanos, o identitarismo mediocrizante das elites nacionais é mais um capítulo na história do colonialismo mental brasileiro, cujas consequências práticas anti-institucionais trataremos de exhibir¹.

1. O identitarismo e a mediocridade

¹ O tema do colonialismo mental das elites brasileiras foi exemplarmente desenvolvido por Mangabeira Unger (2018). Abordagens anteriores com o mesmo diapasão, porém com outras matizes e intenções, encontram-se nas obras de Oliveira Viana (1999), Guerreiro Ramos (1995) e Darcy Ribeiro (1995).

Como se sabe, a palavra identitarismo é cercada de significados e nuances os mais variados. São inúmeros os intelectuais que têm tratado do assunto e tentado esclarecer sua formação². Contudo, a proliferação de interpretações sobre o fenômeno, como o que se dá com respeito a qualquer tema, avaliza polêmicas que podem desligar os debatedores do elemento básico do que tratam ao debater. O tema deste texto passa pelo significado da palavra identitarismo. Para mitigar a confusão que a palavra tem ensejado, propomos uma definição provisória, visando vistas apenas lançar balizas para referenciar o que realmente nos parece importante: interpretar a imbricação de identitarismo com mediocridade e oferecer instrumentos intelectuais e práticos para enfrentá-la.

O identitarismo é uma *corrente de opinião*. Enquanto tal, não tem um centro de controle e proliferação, nem um intelectual orgânico ou uma escola filosófica unívoca responsável por elaborar suas premissas. É experienciado no manejo de um vocabulário que vem se tornando hegemônico pela atuação das elites intelectuais nas universidades e na grande imprensa, que monopolizam o enquadramento e o enfrentamento dos problemas sociais longevos denunciados pelos porta-vozes das minorias políticas. Termos-chave, que estão na ordem do dia, e que costumamos ouvir nos telejornais matinais, nas novelas, nos livros de grande circulação e da boca de influenciadores os mais celebrados, como “empoderamento”, “resistência”, “representatividade”, “estrutural”, “desconstrução”, “opressor/oprimido”, “decolonial”, “subalternidade”, “branquitude/negritude”, “eurocentrismo/afrocentrismo”, “sororidade” etc. são derramados sobre a opinião pública como etiquetas e slogans de classificação das interações sociais, culturais e políticas no país, que se dão desde o nível elementar das relações entre familiares ou entre vizinhos até o plano mais distante e abstrato das instituições de Estado. E é através deles, de seus recortes e dos cacoetes de quem os reproduz, que assimilamos a força e a penetração da corrente de opinião identitária.

Enquanto imaginário efetivo³, o identitarismo aprofunda e consoma a experiência histórica de degeneração da energia nacional que é a *mediocridade*. A mediocridade é a entropia brasileira. O Brasil tem uma trajetória de golpes políticos e crises econômicas bastante conhecida, mas o que mais o debilita historicamente é a condução sibilina com que as elites da cultura, do dinheiro e do poder, ora de forma inconsciente, ora de forma arquitetada, levam o país e a si próprias a rebaixar

² Entre tantos outros, destacamos Antônio Risério (2019) e Francisco Bosco (2017).

³ Usaremos o termo “imaginário efetivo” no sentido empregado por Cornelius Castoriadis: “A história é impossível fora da *imaginação produtiva* ou *criadora*, do que nós chamamos o *imaginário radical* tal como se manifesta ao mesmo tempo e indissoluvelmente no *fazer* histórico, e na constituição, antes de qualquer racionalidade explícita, de um universo de *significações*. [...] O mundo social é cada vez constituído e articulado em função de um sistema de tais significações, e essas significações *existem*, uma vez constituídas, na forma do que chamamos o *imaginário efetivo* (ou o *imaginado*). (CASTORIADIS, 1982, p.176-177).

as expectativas e as condições de prosperidade, decência e poder na sociedade. É uma indução quase sempre premeditada à pequenez.

É isso a *mediocridade*. Seus efeitos são vários: das questões sociais mais agudas, como a fome e o desemprego, como também o atraso educacional, às questões de insegurança e violência. É que a mediocridade atinge a nossa capacidade de interpretar os fenômenos e de traçar os métodos de combate aos problemas sociais. Ela reside na incapacidade de uma nação tomar posse de sua circunstância e se assenhorar de si mesma. Impede seu povo de pôr-se em pé de igualdade com povos prósperos na maneira pela qual empunha os recursos para se soerguer diante de seus infortúnios. A sua dimensão mais densa e corrosiva não é a perpetuação de um estado mental que naturaliza as restrições ao desenvolvimento das faculdades e capacitações da comunidade nacional, é uma condenação, em que o autodesprezo leva à falta de imaginação e a falta de imaginação justifica o autodesprezo.

Como indicamos, a mediocridade alcançou sua apoteose nesse alvorecer do século XXI com o identitarismo. Ambos operam debilitando, degenerando, desfibrando a comunidade nacional, em vez de reconhecê-la e de corrigir suas imperfeições. O glossário político de onde extraímos alguns dos termos em parágrafo anterior é usado pelas elites identitárias para articular as controvérsias públicas nacionais de modo a distanciar o país da unidade necessária ao seu futuro, substituindo-a por discursos de fragmentação que mobilizam afetos com muito mais eficiência do que resolvem problemas.

Dá para constatar a mediocridade cultivada pelo identitarismo, inspecionando alguns de seus elementos mais característicos. Parte da ideologia dos movimentos e grupos de inspiração identitária consiste na *hiperpolitização da vida*. Os indivíduos são concebidos como atores políticos *full time*. Não havendo espaço na subjetividade para o que não pode ser problematizado coletivamente, a vida humana se converte em uma rotina compulsória de assembleias, eleições, negociações e conflitos – cujo objetivo final é sempre a operação de um julgamento moralizante a respeito das pessoas e das instituições. Essa experiência de politização total não se restringe àqueles que se voluntariam ao laboratório identitário, mas a todos os indivíduos que integram a totalidade da sociedade em que o experimento é realizado.

Apesar de não estar vinculada a uma escola filosófica, é possível rastrear algumas raízes do identitarismo que conferem a ele os conceitos mais consistentes ou as atitudes intelectuais mais marcantes. A politização, tal como praticada por parte de seus porta-vozes, por exemplo, tem duas raízes teóricas que se articulam, se complementam e até se confundem no jogo da militância identitária. A primeira está na herança de alguns personagens da Escola de Frankfurt, a segunda,

na herança dos intelectuais franceses associados ao Maio de 68, especialmente Jaques Derrida e Michel Foucault. A síntese prática de ambas resulta no despertar de uma aflorada sensibilidade ao cunho disciplinar da vida social contemporânea, contra cuja pressão conviria a formação da consciência de não-neutralidade política. Para proteger o indivíduo do poder e da disciplina presentes em todas as esferas da vida, há que se politizar até os recônditos de sua psique.

A raiz frankfurtiana perpassa a influência que alguns notórios acadêmicos, com destaque para os do eixo Sul-Sudeste do país, exercem na formação de quadros da militância político-partidária do país, mas, principalmente, em sua participação nos debates públicos⁴. Essas lideranças tem fornecido contribuições em projeções dos problemas nacionais, recorrendo não raro ao marxismo com sotaques de psicanálise – quase sempre por meio de enunciados de léxico lacaniano. Theodor Adorno tem sido, em virtude dessa simbiose, o filósofo que lidera o imaginário desses professores, concedendo o temperamento intelectual e a atmosfera da atividade de pensamento e ação política deles⁵.

A raiz foucaultiana é bem mais difundida. Ela penetra na academia nacional, principalmente pelos Programas de Pós-Graduação de Ciências Humanas e centros de pesquisa, domínios do saber nos quais o filósofo francês adquiriu um prestígio quase irrevogável. Dali, ela alcança os níveis da educação básica, em que suas ideias são reelaboradas em uma linguagem mais pedagógica, popular e sentimentalizada. A sensibilidade que Foucault tornou possível com o que chamou de microfísica do poder é, desde então, condição para a interpretação dos problemas sociais como um todo; outrossim, seus produtos anteriores, a genealogia das instituições e a formação da sociedade moderna, terminam por contribuir para aflorá-la⁶. Sendo o mundo moderno

⁴ Entre eles, convém mencionar diretamente Vladimir Safatle, Márcia Tiburi, Marcos Nobre. Esses e alguns outros respeitados e influentes articuladores de ideias trazem ao grande público reflexões de cariz adorniano, com ênfase no conceito de “dialética negativa”. Embora haja diferenças de rigor e de qualidade da apropriação teórica entre eles no uso e manipulação dos conceitos desta tradição intelectual.

⁵ A ideia de que a atividade crítica encerra por si só a faculdade de esclarecer o que está obscuro é desenvolvida paradigmaticamente na escola de Frankfurt. Ali, está apresentada a versão mais apocalíptica da modernidade, como uma espécie de beco sem saída, na qual a única esperança, bastante esquelética, estaria na crítica profunda e radical capaz de revelar o horror da realidade sob o domínio implacável da alienação produzida por uma cultura de fetichismo. É uma corrente de pensamento que exemplifica o espírito e os limites do criticismo negacionista, que nos parece de todo impotente para informar caminhos transformadores.

⁶ A tese de Foucault é que houve uma institucionalização negativa (termo nosso, não de Foucault) no mundo moderno decorrente do modelo institucional adotado pelas demais instituições ou replicados nela. Trata-se do modelo prisional. A eloquente narrativa do processo que levou a punição via castigo corporal, com a espetacularização das sanções em torturas e espartelamentos, para afirmação do poder do monarca, no século XVIII, ao Código Penal humanizador que cerceia a liberdade do criminoso com vistas a reeducá-lo e discipliná-lo. A disciplina pretendida com o encarceramento teria se propagado em instituições como escolas, hospitais, asilos, fábricas, manicômios, quartéis etc., dadas as semelhanças operacionais nelas inscritas e as funções sociais a que elas servem. A disciplina se baseava no expediente da vigilância. Cumprimento de horários, realização de tarefas, prestação de serviços, seriam exemplos da vigilância constante sobre os corpos na institucionalidade dedicada a torná-los dóceis. Seriam engrenagens pelo disciplinamento fornecidas pelo modelo humanizador do sistema prisional à sociedade como um todo. Na ironia de Merquior: “o carcereiro transcende o cárcere” (MERQUIOR, 1985, p. 165).

incompatível com os projetos que ele anuncia, a modernidade é simplesmente inviável. É a partir desse entendimento que a agenda distópica ganha centralidade: a administração da injustiça com o elogio dos injustiçados e um asfixiante pessimismo com relação ao que se tornou o mundo moderno ocidental⁷.

Os movimentos identitários operam pela *primazia do conflito* sobre os demais processos sociais. Toda a sociedade funcionaria como um circuito de processos que delimitam, orientam, induzem e cerceiam a ação humana. Cooperação, acomodação, adaptação e assimilação seriam parte dessa dinâmica; mas, na retórica identitária, o conflito adquire envergadura ontológica de fundação do circuito social. As repercussões dessa ênfase são drásticas.

A sociedade ocorreria em meio e graças aos atritos, que precisariam de ser reconhecidos em seu caráter geral e originário. Lutas, tensões e confrontos definiriam o todo da sociabilidade humana. Sem essa percepção, sem a constatação do conflito imanente à ontologia social, os indivíduos repousariam na inércia de uma vida inautêntica, alienada e oprimida. O imaginário identitário acomoda a crença de que os sujeitos adquirem sua autonomia somente na observância da natureza conflitiva da vida social e do posicionamento consciente contra os adversários ou inimigos⁸.

Não surpreende que essa ênfase na dimensão beligerante da vida em sociedade seja gregária de uma leitura ultrateórica que atribui ao mal status de homogeneidade. A tendência dos movimentos identitários é a de raciocinar como se os entraves para o êxito social e para a autorrealização das pessoas – o gatilho do reposicionamento delas no jogo – fossem localizados em uma mesma raiz, ou elencáveis desde uma mesma origem. Haveria uma causa única para todos os sofrimentos e transtornos, todos os malogros, humilhações, desgastes e sujeições. Essa obsessão monocausal é envernizada pelos truques teóricos possibilitados pelo uso pseudocientífico de categorias gráfico-virtuais como “sistema” e “estrutura”. Tais noções permitem a simulação de uma unidade de transmissão de injustiças, que, por sua vez, seria delegável à própria base social e atribuível às formações invisíveis e ubíquas, as quais se situam, ao mesmo tempo, em todas as

⁷Ainda no contexto de manipulação da raiz grega “topos” para fins conceituais, Foucault ficou conhecido por ter enunciado os seis princípios da *heterotopia*, categoria que presta o reconhecimento dos espaços não-homogêneos e que vão das prisões aos hotéis, dos museus aos jardins botânicos.

⁸Essa distinção entre adversário e inimigo, que é cara a Chantal Mouffe (1993, p. 4) – e que expressa a influência de Carl Schmidt sobre sua filosofia –, em *The Return of the Political*, é inteiramente contrafactual no bojo das lutas identitárias. Sob a primazia do conflito e do esvaziamento da identidade individual nos laços sociais em que está amarrada, a subjetividade é uma arena de batalha constante, em que a cooperação é meramente um intervalo entre dois conflitos. É, portanto, impossível que dessa concepção saia qualquer ação política reconstrutora. Daí ser a negatividade (no sentido de “ser contra”, sob pretexto de ser crítico) o leitmotiv tanto dos intelectuais como dos políticos identitários.

consciências, sem pertencer a nenhuma delas. Assim, se diz de um “racismo estrutural” (ALMEIDA, 2019), de um “machismo estrutural” (HINTZE, 2020), de uma “LGBTfobia estrutural” (PEDRA, 2019). O que é esse estrutural? É a suposta instância originária das assimetrias, injustiças, violências, crueldades e perversões.

A teoria social que se utiliza da ideia de estrutura geralmente recorre a três movimentos: 1) tenta distinguir em todo contexto histórico uma estrutura que forma as atividades rotineiras reproduzidas em uma sociedade; 2) representa a estrutura como exemplo de um tipo de organização repetível e indivisível, como se formasse uma totalidade⁹; 3) apela a leis tendenciais que geram uma sequência compulsiva das estruturas em sucessão histórica (UNGER, 2004). A ideia de estrutura pode ser representada, entretanto, de maneira muito diversa à convencional (que, obviamente, ajuda os militantes em seus esforços de essencialização da realidade, como na redução das relações a pares como opressores e oprimidos, dominadores e dominados, mocinhos e bandidos, etc.). Uma resposta à constatação dos limites dessa maneira de se pensar a estrutura é simplesmente ignorar as plataformas organizativas vigentes nas sociedades. Não nos parece ser o melhor caminho.

O problema fundamental com o identitarismo é seu irrealismo empedernido em relação a dois pontos cruciais. O mundo moderno não evoluiu a ponto de se poder abandonar o paradigma dos Estados nacionais e, ademais, nenhuma transformação se mostrou factível sem tradução institucional. Os identitários performam como a desprezar dolosamente ambas as coisas. Conforme esclarece o sociólogo Shmuel Eisenstadt a respeito das grandes revoluções, que trouxeram ao Ocidente moderno a experiência paradigmática da transformação:

As revoluções, especialmente as “Grandes Revoluções” denotam, antes de mais nada, mudanças radicais dos regimes políticos – muito além da deposição dos governantes, ou mesmo dos grupos dirigentes. Denotam uma circunstância na qual esta deposição e mudança, algumas vezes acompanhada pela execução ou assassinato dos dirigentes, e outras, “apenas” pelo seu derrube e afastamento, têm como consequência uma mudança radical nas regras do jogo político e nos símbolos e bases de legitimação do regime. Esta mudança é geralmente violenta – mas a violência que eclode nestas revoluções não é semelhante à que se detecta em tumultos e revoltas. Pelo contrário, o que caracteriza esta violência é o seu

⁹ Esse segundo movimento ocasiona confusões como a que abate a reflexão de Sílvia Almeida sobre o racismo estrutural. Querendo não identificar racismo a estrutura, mas tentando generalizar o racismo em relação às manifestações individual e institucional, o autor pontua que o fenômeno é apenas “uma parte da estrutura” que ordena a sociedade através de instituições. O que se pode inferir disso é que há uma parte da mesma estrutura que não é racista. Mas essa inferência e suas consequências teóricas não são feitas, são omitidas. A ordem social é totalmente concebida pelo que é retoricamente assumido como “parte”, mas que é efetivamente tratado como o *todo* da estrutura. Eis porque, após dizer que o racismo é “um dos componentes orgânicos” da estrutura, o autor conclui que as instituições de uma ordem social são racistas porque “a sociedade é racista”. (ALMEIDA, 2019 p. 31)

fundamento ideológico, equiparável à quase santificação. Esta justificação encontra-se frequentemente enraizada na tentativa de articular a mudanças de símbolos, bases de legitimação, e o enquadramento institucional básico de um regime, com novas visões da ordem política e social. É esta articulação que surge como distintiva nestas revoluções. (Eisenstadt, 2006, p. 41).

Isso significa que toda mudança passa por uma reconfiguração institucional e que a política precisa ser pensada a partir das *comunidades nacionais* em nome das quais os Estados e suas respectivas instituições têm sua razão de ser e para as quais eles atuam¹⁰. A função básica do Estado é proteger e potencializar a sociedade nacional, eliminar, quando possível, e mitigar, quando necessário, os fatores de agonia e padecimento que a abatem, como a pobreza, a fome, a violência, o desemprego, o despotismo, a corrupção, a discriminação etc. O enfrentamento a esses flagelos requer clareza quanto ao imperativo da unidade nacional desprezado pelo identitarismo.

Os identitários pensam que o agente da política são os grupos constituídos por identidades compartilhadas. Mas esse compartilhamento nunca abrange a comunidade nacional, porque isso implicaria uma coalizão com aqueles denunciados como os dominadores na história do país. Assim, optam os identitários por virar as costas ao fato de que a política nacional e internacional é tocada primeiramente pelos Estados – teatros do ordenamento das sociedades e representantes de suas comunidades nacionais em nível global –, agarrando-se a abstrações sobre uma irrealizável solidariedade entre grupos, eventualmente transnacionais, de indivíduos com sofrimentos comuns, padeceres que seriam invariavelmente impingidos pelo próprio Estado.

O trabalho normativo do teórico identitário, que presenteou a grei de militantes com a consciência dos conflitos e com a percepção da circunstância hostil em que estão circunscritos, dada a própria origem monocausal da opressão consagrada no Estado, consiste apenas em juntar uma coisa à outra e concluir pelo expediente politicamente sonoro da *resistência*. Se o que nos oprime é muito maior do que os indivíduos de carne e osso, então a nossa luta é a mais digna das lutas e a tarefa moral de *resistir* a mais edificante das tarefas. Assim, sob o imperativo do conflito como norma e com o trunfo e o truque da simplificação originária da opressão, a agenda da resistência confere o sentido total à pauta identitária.

¹⁰ A ideia de comunidade aqui é comparável à sustentada pelo sociólogo estadunidense Robert Nisbet: “O sentido da relação entre indivíduos que são caracterizados por alto grau de intimidade pessoal, de coesão social ou de compromisso moral, de continuidade ao longo do tempo. A base da comunidade pode ser parentesco, religião, poder político, revolução ou raça. Pode ser, na verdade, qualquer uma de um grande número de atividades, crenças ou funções. O que é essencial é que a base seja atrativa o bastante e que seja duradoura o bastante para engajar certo número de seres humanos, para despertar lealdades e para estimular uma sensação dominante de uma identidade que os caracteriza.” (NISBET, 1973, p.1). Tradução nossa.

A agenda da resistência empurra para longe a agenda da criação, a saber: os esforços de pensadores e ativistas que pensam a condição humana como a de seres imaginativos e criativos¹¹. Ser resistente é reter o que há de monádico e autêntico diante da ameaça promovida por mal efetivo ou iminente. Resistir é conservar. Mas uma sociedade nacional precisa ser criada e recriada constantemente, incorporando os conflitos como episódios de autoelaboração (ou, como diz Cornelius Castoriadis, de “auto-instituição”). Isso requer que o conflito não seja lido como a ocupar um lugar privilegiado na vida em sociedade e que a resistência não seja a mensagem de suas vanguardas. Por isso, a via para o soerguimento de um povo como o brasileiro precisa de se orientar pelos dois eixos que são eliminados no discurso identitário: o eixo da nação enquanto o todo que nos integra e identifica e o eixo das instituições enquanto o foro para administrar as tensões e conflitos e convertê-los em experimentos civilizatórios provisórios ou duradouros. Daremos agora maior atenção a esta segunda dimensão.

2. A participação do identitarismo no imaginário institucional predominante no Brasil

Agora, tratemos de situar o identitarismo pela perspectiva do imaginário institucional brasileiro. O pensamento e as práticas institucionais, que envolve desde a militância à jurisdição no país, encontram um número relativamente pequeno de expressões e podem ser reduzidos a duas maneiras de abordar, intelectual e praticamente, as instituições. De um lado, se as concebe como um sistema funcional, desenhado para contemplar toda a variedade de demandas sociais de forma neutra e impessoal. Chamemos essa de abordagem da *racionalização*. De outro, se as pensa como conglomerados que praticam e sacramentam desigualdades e injustiças históricas residuais. Chamemos essa de abordagem *crítica*. (TEIXEIRA E MEDEIROS, 2021, p. 4-8).

A abordagem da racionalização é predominante entre setores da elite política, da imprensa *mainstream* e da academia, especialmente nas Ciências Sociais Aplicadas, como o Direito e a

¹¹ Exemplos dessa agenda são as obras de Unger (1987) e de Castoriadis (1982). Parte significativa dos esforços intelectuais desses autores consiste em reconhecer nas sociedades a condição de artefato e de coisa singular. As sociedades se igualam pelo fato de serem criações humanas e não fenômenos da natureza, por um lado, e por deterem conteúdo irreduzível a outras sociedades, por outro. A antropologia filosófica por trás desse reconhecimento propõe uma ideia de humanidade de acordo com a qual cada indivíduo é uma manifestação irrefreável de ultrapassagem de suas circunstâncias dadas o seu atributo principal, que Unger chama de “imaginação criadora” e Castoriadis chama de “imaginário radical”, a saber: a faculdade de recombina dados da experiência e pôr no mundo o novo. Do ponto de vista estritamente político, a mensagem que essa antropologia fornece é a da democracia como experimentação coletiva constante. E o método para essa experimentação é a inovação institucional.

Economia. A abordagem crítica é pauta das disciplinas acadêmicas associadas às Humanidades, bem como onde o pensamento desconstrucionista e pós-estruturalista floresceu. Parte dos políticos profissionais e do jornalismo de opinião tenta fazer combinações de ambos os pensamentos.

A mais forte tendência de tratamento das instituições é um tipo de pensamento e programa de ação que repousa sobre a crença de que o ordenamento institucional de uma sociedade deve realizá-la inibindo as ameaças insurgentes desde seu interior. Nessa visão, instituições existem unicamente para impedir tombos, rupturas e solavancos, garantindo que a sociedade não sofra os reveses de processos desviantes. Por isso, elas devem ser desenhadas para imprimir força e resiliência, vez que a função material do sistema de instituições é garantir *estabilidades*. As instituições seriam entes estáveis capazes de oferecer estabilidade às interações a que se prestam como articuladoras. Por limitar o escopo do institucional às coisas que não estão sujeitas à mudança, essa consciência é institucionalmente conservadora.

No Brasil, ela consagrou uma história de dramas cíclicos por ter sido misturada com o colonialismo mental, a atitude epistêmica e comportamental que caracteriza, de há muito, as elites nacionais no que diz respeito ao país que elas lideram¹². Como o desenho da institucionalidade política foi, ao menos desde a Proclamação da República, dependente da importação de arranjos institucionais exitosos no Atlântico Norte, as nossas instituições, em sua maioria, não refletem as demandas reais e profundas de nossa sociedade nacional, nem projetam um ideal de aperfeiçoamento de nossa singularidade. A tentativa de conviver com pacotes institucionais exógenos só tem redundado em crises sistêmicas, e isso desde muito antes da Constituição de 1988¹³.

A nossa consciência institucional média, temperada pelo colonialismo mental, favorece a adesão a instituições ralas e anêmicas. Totalmente desligada da sociedade brasileira e

¹² Extraímos a noção de colonialismo mental de Roberto Mangabeira Unger. Convém um trecho em que o autor esclarece como o colonialismo mental opera: “As ideias a respeito da estrutura da sociedade, de sua possível transformação e dos imperativos e alternativas institucionais são fixadas, sob o reino do colonialismo mental, por correntes de pensamento dominantes nos países orientadores. A cultura popular fica desligada de qualquer ideário ou projeto voltado para a reconstrução da sociedade e de suas instituições. E na medida em que se torna objeto das preocupações da alta cultura, sobretudo da cultura acadêmica, vira folclore.” (UNGER, 2018, p. 19).

¹³ Não seria inoportuno explorar, ainda no domínio do colonialismo mental, com atenção a essa antecendência histórica, o efeito “psicológico” da formação colonial da sociedade brasileira, para cujo enquadramento recorreremos a Alberto Guerreiro Ramos: “A situação colonial, posta em questão hoje por sociólogos e economistas, é entendida como um complexo, uma totalidade que impõe certo tipo de evolução e de psicologia coletiva às populações colonizadas. Um dos traços desta psicologia coletiva é a dependência, certo bilingüismo, a duplicidade psicológica, condições que tornam limitadíssima a possibilidade de uma identificação da personalidade do colonizado com a sua circunstância histórico-natural imediata” (GUERREIRO RAMOS, 1995, p. 37).

desinteressado por suas características, potências, virtudes e vontades, ela tem sido, contudo, a base do pensamento e do programa de ação de nossos quadros dirigentes¹⁴.

A aparente alternativa a esse quadro, no mais das vezes, é encabeçada por gente que não assume qualquer compromisso institucional de fato, a saber: com a criação, a inovação, a promoção, o esboço e a construção de instituições. Trata-se de uma atitude escapista e anti-institucional, que é prestigiada nas Universidades e no jornalismo alternativo. É a atitude da militância autoproclamada progressista ou de esquerda corroborada e reproduzida pelos propagadores da corrente de opinião identitária. Seu *modus operandi* consiste na adoção de métodos do criticismo e do desconstrucionismo, enaltecidos como trunfos empoderadores e emancipatórios, em posse dos quais camufla a completa falta de imaginação criadora face as aporias que a nossa relação histórica com as instituições nos legou.

Consolidou-se no vocabulário desses grupos o pensamento de que as instituições são constructos históricos a serviço e para prestígio das elites políticas e econômicas que as criaram, e que formam um *complô* homogêneo de perpetuação da opressão. A isso acrescentou-se a crença de que tais elites praticam invariável e acintosamente a exclusão social das minorias condenadas às pressões de qualquer ordenamento institucional. Com isso, o êxito do identitarismo no debate público é inversamente proporcional à construção institucional.

Sob o peso dessa premissa, a agenda ativista da elite intelectual progressista encara um dilema: não dá para aceitar essas instituições, mas não é factível que vivamos num mundo sem elas. Logo, a tarefa desconstrucionista e criticista que compete ao identitarismo encontra a sua razão de ser na *crítica* e na *acusação* das instituições que reproduzem vícios históricos, tomando por norte a denúncia dos sofrimentos humanos refletidos nessa institucionalidade, e contentando-se com os resultados barulhentos – ainda que infecundos – dessa performance. A revolta praticada

¹⁴ Esse desligamento fora denunciado desde o início do século passado pelo grande jurista e cientista social Oliveira Vianna: “Certo, os elaboradores do nosso direito escrito – que, nas capitais litorâneas, no Parlamento e nas universidades, organizam e constroem sistemas constitucionais para o nosso povo [...] julgam que estes tipos sociais, estes usos e costumes, estas instituições sociais – que estão aí vivos e atuantes no seio das nossas populações rurais das matas, dos sertões, dos pampas, da orla marinha e formam o substratum vivo e orgânico do nosso Direito Público Costumeiro (do nosso Direito Constitucional e Administrativo não escrito) – são apenas formas aberrantes ou retardadas, ilegais ou deturpadas das suas belas regras, dos seus belos princípios, dos seus belos mandamentos, dos seus belos ideais e “sonhos”: – e, como tais, não merecem ser considerados nem nos seus programas de partidos, nem nas construções jurídicas (Constituições) que elaboram para o nosso povo. Entretanto – frise-se bem esta observação – estes usos, estes costumes, estes tipos, estas instituições, formando o complexo da nossa culturologia política, “penetram” – para empregar a expressão de Frobenius – a psique dos nossos “cidadãos”, principalmente nos campos, e constituem-se em motivos determinantes da sua conduta quotidiana na vida pública, não só no povo-massa, como mesmo nas elites superiores. Não são criações improvisadas e individualizadas, saídas da cabeça de alguns homens, ou sábios, ou corrompidos. Formaram-se lentamente sob a ação dos séculos, têm uma história social e coletiva, uma gênese cientificamente determinável e, na sua maioria, buscam a sua origem num passado remoto: muitos deles vêm do período colonial; mesmo alguns têm uma existência assinalável desde o I século, desde a época dos Donatários” (OLIVEIRA VIANNA, 1999, p. 192).

e promovida por essa militância é eficaz em mobilizar aqueles a quem promete proteção e a seus simpatizantes de causa. Na ausência do que construir, todos vão ao conflito. Esse anti-institucionalismo bem poder ser chamado de pan-conflitivista: o que importa é ter um adversário, não uma ideia nova e o compromisso com uma obra institucional que sintetize os conflitos numa direção transformadora.

Ao desistir do debate institucional, o identitarismo anti-institucional, que se apresenta como consciência alternativa à consciência institucional vigente, subscreve a consciência conservadora ortodoxa e hegemônica. Quem acaba por falar em instituições, pensa sempre e apenas pela abordagem racionalista que exorta a estabilidade. Ao fim do dia, permanece recaído sobre um judiciário empilhado de processos a tarefa de dar amarras ao que a cultura enche de incentivos. O identitarismo ajuda a homologar a ordem vigente emprestando a ela o selo de abertura à criticidade e compensa sua falta de imaginação institucional com o ideal da representatividade: ocupar os espaços de poder constituídos, sem alterá-los, para encher de orgulho um grupo de identidade marginalizado.

3. Um institucionalismo factível e eficaz contra o denunciismo anti-institucional identitário

O traço talvez mais marcante do identitarismo é a dialética infecunda entre, de um lado, a denúncia e o protesto ruidosos contra a ordem classificada como opressora e, de outro, o completo silêncio acerca da institucionalidade alternativa que porá fim à opressão mantenedora da ordem. Eis uma contradição desconcertante, porque a discrepância entre diagnóstico e correção não é sequer percebida como problema, apesar de sê-lo. Com a performance passional um tanto histórica em relação aos males congênitos da modernidade coexiste uma mudez obsequiosa em relação aos meios de providenciar uma nova ordem institucional desprovida dos vícios renhidamente denunciados.

Um exemplo é a resposta ao chamado racismo estrutural, concebido como uma totalidade preñe de todas as artimanhas condenatórias às possibilidades de autoafirmação dos negros, cuja resposta política em par das palavras de ordem com repulsas morais típicas do militantismo são as cotas raciais concebidas dentro da estrutura existente. É ação, portanto, que gera uma compensação retrospectiva que exclui a maioria dos negros de seu benefício. O mesmo raciocínio vale para a argumentação feminista: depois do descortínio de todas as maldades patriarcais opressoras, a

“alternativa” é a defesa da igualdade proposta pelo liberalismo desde o século XVIII, mas que, segundo os identitários, contraditoriamente, sempre foi apenas um artil para a reprodução de relações como as típicas do patriarcado¹⁵.

Uma alternativa teórica à perspectiva identitária anti-institucional, com particular ênfase na organização institucional e em suas variedades de tipos, concebe a política como transformação estrutural rotineira, em oposição tanto ao reformismo da política de ganhos marginais (na lógica do “neoliberalismo progressista” abraçado pelos identitários que se veem diante de obrigações práticas) como a prática revolucionária da sucessão instantânea e explosiva de toda ordem por outra (na lógica da esquerda convencional, sob a influência do marxismo), se baseia numa visão que define a realidade como marcada pela contingência. Nela, a sociedade se constitui como uma espécie de campo de relacionamento entre agregados sociais, sempre mediados por instituições, que têm suas formações garantidas pela regularidade, mas que não existem como entidades constitutivas, no sentido de sua integração a uma formação maior entendida como o sistema social.

A sociedade assim percebida, como expressão de um conjunto de eventos humanos, em permanente formação, capaz tanto de se fossilizar quanto de se abrir a novos experimentos, desperta possibilidade para uma concepção de política como transformação institucional das contradições em que toda sociedade se assenta. Por isso, a ideia de alternativa não é uma palavra solta, um slogan, mas um momento permanente de vivência socioinstitucional, cujo sentido mais profundo é o de suscitar atos reconstrutores. Isso implica um espaço destinado ao pensamento programático que é sonogado na concepção desconstrucionista da política e na fantasia identitária da resistência.

Nesse tipo de atividade intelectual, a ligação entre teoria e prática (ideias e política) cumpre o papel de ajudar a se conhecer as opções institucionais: mapeando extensivamente os problemas, criticando-os através de sua decomposição analítica e propondo alternativas que recombinem as

¹⁵ Isso evidencia déficit sociológico da discussão sobre patriarcado numa sociedade capitalista. Um dos traços mais notáveis da “lógica do capital” é o de sempre reduzir sociologicamente todos os membros da ordem sob o seu controle à exploração no mercado, indistintamente: “Economicamente, os simples mecanismos do processo de valorização do capital e a expansão da forma-mercadoria são cegos ao sexo. A lógica do lucro é indiferente à diversidade sexual. [...] A divisão entre sexos é um fato da natureza: não pode ser abolida, como o pode ser a divisão entre classes, um fato da história. As diferenças biológicas que definem os dois sexos, além do mais, tornam-nos interdependentes, enquanto existir a espécie: se a abolição dos sexos é impossível, sua separação também o é. Essas necessidades recíprocas, que são uma constante na história da humanidade, dentro e através da extensa diversidade de aparências sociais que elas assumiram, sempre asseguraram que as regras e mecanismos da dominação masculina se fizessem acompanhar de formas e graus de compensação feminina, sem nenhum equivalente estrito nas relações econômicas entre os produtores imediatos e os que se apropriam de seus produtos. Sem essa dialética, a maior parte da história dos afetos humanos seria inimaginável.” (ANDERSON, 2004, p. 224-225).

partes decompostas de outra maneira¹⁶. O resultando é a desmistificação do poder e o conhecimento empírico de seus mecanismos colocado à disposição da reorganização dos artefatos institucionais que regulam os interesses e os ideais formadores da estrutura da vida social.

Essa política transformadora supõe também outra forma de relação entre razão e imaginação, apontando para a superação do contexto em que os limites da intervenção política têm sido determinados pelas visões estreitas, que pregam ou que aceitam a revolução e a reforma de ganhos marginais como únicas atividades políticas possíveis. Com isso, queremos apontar para uma noção criadora da imaginação, com a qual o pensamento e a prática política estejam habilitados a ir além da racionalidade repetidora e do exercício imaginativo de cariz meramente utópico ou distópico – como no identitarismo.

O caminho alternativo que queremos propor é articulado com uma ideia de imaginação centrada na criação afirmativa, que emprega a simulação dos mundos possíveis em desenhos detalhados de uma outra forma de vida social a partir do vigente e em diálogo reconstrutivo com ele. A imaginação não é apenas a representação hipotética dos estados de coisas, dos fenômenos, pela reprodução mental de uma imagem, mas sobretudo a performance mais complexa da atividade mental que submete esses fenômenos a uma operação combinatória com variações incontáveis dentro dos limites de um possível intuitivo. Nesse sentido, a imaginação é o que nega o real apenas para afirmá-lo em outros termos, e rejeita o mundo para criá-lo. Também em política, portanto, a imaginação é a faculdade da construção.

4. Conclusão: A reconstrução nacional como superação da mediocridade

O imperativo de superação da mediocridade brasileira se apresenta na rejeição intransigente da ideia de que as soluções para os graves problemas nacionais dispensam inovações institucionais. Em todos os domínios da vida nacional precisamos de novas maneiras de organizar as coisas. Não se pode inferir o conteúdo de tais inovações de abstrações conceituais como

¹⁶ A prática da imaginação institucional é dividida metodologicamente em três momentos: mapeamento, crítica e apresentação de alternativas. Por mapeamento entende ser a tentativa de descrever a microestrutura institucional juridicamente definida, por seus ideais juridicamente enunciados, em detalhe. Já a crítica é a exploração da interação entre as estruturas institucionais detalhadas e os ideais que se tornaram realidade ou foram frustrados. E a alternativa é a proposição de recombinação das partes dessa organização, juridicamente estabelecida, com o propósito de melhor atender aos interesses e ideais em nomes dos quais ela se justifica. (UNGER, 2004b, p. 159-165).

capitalismo, socialismo, democracia, mercado, *welfare state*. As opções institucionais decisivas situam-se num nível de concretude que tais abstrações não alcançam.

A proposta que defendemos é o construtivismo institucional: um programa de ideias que aprecia as proporções do drama institucional no Brasil e prescreve as soluções para seus impasses (TEIXEIRA e MEDEIROS, 2021). Ele sustenta que a combinação entre contingência histórica, política como experimento e plasticidade (conceito modulador) como virtude e performance são componentes inseparáveis de qualquer fenômeno social e institucional sustentável no mundo moderno¹⁷. Não cabe aos construtivistas investir na mera estabilidade, porque estabilidade é o resultado tardio e provisório de processos institucionais e não a matriz criadora de instituições. No mesmo diapasão, a cópia institucional que entusiasma a consciência das elites brasileiras pressupõe haver pacotes prontos de instituições para empreendimentos civilizatórios seguros. Não os há.

Um regime social, econômico e político que nos fizesse grandes de maneira diferente é mais desejado do que um regime que nos fizesse iguais, mas condenados à pequenez. Se as pessoas têm a sua vida ordinária enriquecida material e moralmente, ampliada a sua abrangência, aprofundada a sua experiência cotidiana, instrumentalizadas as suas faculdades e capacitações, diversificadas as suas alternativas e escolhas, intensificados os seus laços e afetos, não há virtude que priorize a igualdade na hierarquia de objetivos da vida coletiva como pressupõe confusamente a porção identitária de nossa mediocridade.

Uma vez que se ponha a grandeza como o valor supremo da política progressista, o problema central da agenda transformadora passa a ser a inibição do acesso a uma vida maior pelas condições institucionais e de consciência que turvam os intelectuais e agentes da política. Essa inibição é o que torna uma sociedade contemporânea como a nossa medíocre. A superação de problemas reais, espinhosos e mortificantes como a desigualdade integra um pacote de atribuições cuja realização não permite conciliação com a mediocridade¹⁸. Portanto, para encarar a

¹⁷ Entre essas categorias, a que devemos destacar é a *plasticidade*. A definição de Unger, que nos parece a mais compatível com os nossos propósitos e horizontes, é oportuna: “Por plasticidade entenda-se a facilidade com que as relações de trabalho entre pessoas – em uma fábrica, em um escritório, em um exército – podem ser constantemente alteradas em resposta a circunstâncias, recursos e propósitos mutáveis. Plasticidade é a oportunidade para inovar nos cenários intermediários da produção, das trocas, da administração ou da guerra e fazê-lo não apenas quando das grandes reformas ocasionais, mas por um fluxo contínuo, cumulativo de inovações em pequena escala. Conforme esta visão de plasticidade, a vantagem do controle rígido ou dos esquemas de extração do excedente superam os benefícios da plasticidade apenas em níveis relativamente baixos de disponibilidade de recursos e de sofisticação tecnológica.” (UNGER, 1987, p. 153/154). Tradução nossa.

¹⁸ Para que não haja dúvidas, todos os partidos políticos que se autointitulam progressistas no Brasil como PT, Psol, PC do B e até o PDT, se conciliaram, às vezes festivamente, com a mediocridade brasileira. O fato de os governos petistas terem presidido a brutal desindustrialização do Brasil, com suas graves consequências socioeconômicas e isso praticamente não ser objeto de grande atenção é, por si só, um elemento chocante da nossa mediocridade. O mesmo

desigualdade de fato, precisamos encarar a mediocridade. O problema, entretanto, é que nem a grandeza tem sido identificada como destino da ação coletiva de nossas elites intelectuais e políticas, nem a mediocridade como o verdadeiro obstáculo. Permanecemos sob o jugo da tese esquerdista clássica de que o mal que assola a vida social nas sociedades contemporâneas é a desigualdade. Definitivamente, é necessário romper com ela.

Enfrentar a mediocridade é recusar o apequenamento que se acumula, de forma desigual, em cada domínio de cada sociedade, renovando a sujeição ao esquema de hierarquias e papéis sociais herdados, o estreitamento das experiências morais e psicológicas, as limitações de alternativas transformadoras no campo político e econômico, a acomodação com a insuficiência tecnológica e educativa, entre outras coisas em relação às quais a pobreza material é efeito, não causa. Sim, é preciso atacar a desigualdade – e todos os seus corolários –, mas cortando as suas raízes profundas. Façamos da imaginação institucional as lâminas para esse empreendimento. E não desperdicemos mais nossas energias intelectuais e políticas em denúncias e protestos estéreis.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo, Pólen Livros, 2019.

ANDERSON, Perry. *Nas Trilhas do Materialismo Histórico*. São Paulo, Boitempo, 2004.

BENJAMIN, César. O Longo Prazo Chegou. O que será do Lulismo quando a bolha estourar? *Revista Piauí*, Edição 83, agosto de 2013.

BOSCO, Francisco. *A Vítima tem sempre razão? Lutas Identitárias e o Novo Espaço Público Brasileiro*. Rio de Janeiro, Todavia, 2017.

CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982.

EISENSTADT, Shmuel. *As grandes revoluções e as civilizações da modernidade*. Lisboa, Ed. 70, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses: une archéologie de las sciences humaines*. Paris, Gallimard, 1966.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris, Gallimard, 1975.

raciocínio vale para as orientações de centro-direita e direita que também governaram o país durante a chamada Nova República, com a única diferença de estes últimos receberem as hostilidades identitárias. Para uma análise sucinta, mas contundente, das abdições petistas à testa do Estado nacional, ver Benjamin (2013).

HINTZE, Hélio. (org.) *Desnaturalização do machismo estrutural na sociedade brasileira*. Epub. Paco Editorial, 2020.

MERQUIOR, José Guilherme. *Foucault ou O Niilismo de cátedra*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985.

MOUFFE, Chantal. *The Return of the Political*. New York, Verso, 1993.

NISBET, Robert. *The Social Philosophers Community & Conflict in Western Thought*. Toronto, Thomas Crowell Company, 1973.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília, Coleção Biblioteca Básica Brasileira do Senado Federal, 1999.

PEDRA, Caio Benevides. *Direitos LGBT: a LGBTfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro*. Curitiba, Appris, 2019.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro, Ed. UFRJ, 1995.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: Formação e Sentido do Brasil*. São Paulo, Cia das Letras, 1995.

RISÉRIO, Antonio. *Sobre o relativismo pós-moderno e a fantasia fascista da esquerda identitária*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

TEIXEIRA, Carlos Sávio e MEDEIROS, Tiago. O Construtivismo Institucional e a Democracia Brasileira. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1-20, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Plasticity Into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*. Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Social theory: Its situation and its task*. New York, Verso, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo, Boitempo, 2004b.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Depois do Colonialismo Mental: Repensar e reorganizar o Brasil*. São Paulo, Autonomia Literária, 2018.

VAN MIDDELLAR, LUUK. *Politicídio. O Assassinato da Política na Filosofia Francesa*. São Paulo, É Realizações, 2015.

Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal

clandestine environmental recording and your dissonance in the box of the electoral contest before the understanding of the Supreme Court

Geovanna Sotero Corcinio*
Alana Maria Passos Barreto**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo promover a análise das relevantes perspectivas que contornam o tema gravações ambientais clandestinas como meio de prova no Processo Penal Eleitoral. Inicialmente, buscar-se-á examinar o tema especificando os meios de prova audiovisuais e suas diferenças, dando ênfase ao procedimento das gravações clandestinas, objeto do trabalho. Ato contínuo, expõe-se a linha de modificações de entendimento de tal temática ao longo dos anos, até a atual consolidação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Logo em seguida, o trabalho toma por foco a oscilação jurisprudencial na seara eleitoral, mesmo diante do posicionamento sedimentado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 583.937/RJ, demonstrando os principais pontos de controvérsia na fundamentação na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Por fim, o último tópico aborda a alteração do posicionamento do TSE, reconhecendo sobre a licitude da gravação ambiental clandestina.

Palavras-chave: Gravação Ambiental; Prova Ilícita; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract: The present work aims to promote the analysis of the main aspects that involve the theme clandestine environmental recordings as a means of proof in the Electoral Criminal Process. Initially, we seek to examine the theme by specifying the audiovisual evidence and their differences, emphasizing the procedure of clandestine recordings, object of the work. A continuous act, the line of changes of understanding of this theme over the years is exposed, until the current jurisprudential consolidation by the Supreme Court. Soon after, the work focuses on the development in the electoral area, especially the jurisprudential oscillation even with the position established by the Supreme Court in Extraordinary Appeal 583,937 Rio de Janeiro, demonstrating the main points of controversy as a basis in the jurisprudence of the Superior Electoral Court. Finally, the last topic addresses the change in the positioning of the TSE, going back on the illegality of clandestine environmental recording.

Keywords: Environmental Recording; Unlawful Proof; Supreme Court; Superior Electoral Court.

Recebido em: 23/01/2023
Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:
CORCINIO, Geovanna Sotero; BARRETO, Alana Maria Passos. Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 53-68.

* Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Advogada

** Mestrado em Direito, (PRODIR/UFS). Advogada.

Considerações iniciais

Em 2019, o Projeto de Lei nº 10.372/2018, oriundo da Câmara de Deputados, transformou-se na Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, dispondo como finalidade aprimorar a legislação penal e processual penal, havendo, de fato, gerado relevante alteração nos dispositivos penais e processuais penais. Dentre tais inserções realizadas pelo pacote anticrime, destaca-se a captação ambiental, em que é subdividida da seguinte forma: Interceptação (telefônica e ambiental), Escuta (telefônica e ambiental) e Gravação Ambiental.

O presente trabalho se propõe a analisar a legalidade do uso de gravação ambiental clandestina como meio de prova, notadamente nos processos penais e eleitorais. Tendo em vista que, a possibilidade da sua utilização foi abordada em inúmeras discussões travadas no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no Supremo Tribunal Federal (STF), sendo apreciada pelo plenário do Pretório Excelso no RE nº 583.937-RG-QO/RJ, declarando a licitude da gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

É certo que os estudos sobre a sua admissibilidade como meio de prova persistem, posto a existência de diversos cenários que não foram submetidos à análise singular, verificando o cabimento da utilização da gravação ambiental clandestina. Nessa esteira, ressalta-se que a matéria se mostrou em evidência na esfera jurídica ao longo dos anos, especialmente no contexto eleitoral.

Conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, o TSE havia consolidado o entendimento sobre o tema entre os anos 2006 e 2010, admitindo de maneira ampla a utilização das gravações como suporte probatório, perante entendimento do STF que considerava a gravação ambiental clandestina de forma excepcional¹. Logo, observa-se nos julgados a preocupação de impedir a relativização aos direitos à intimidade e à privacidade em face do interesse público, guiando o tribunal a modificar seu posicionamento.

À vista disso, o presente trabalho irá analisar a legalidade do uso de gravação ambiental clandestina como meio de prova, posto que se verifica uma oscilação jurisprudencial pelo Tribunal Superior Eleitoral, gerando significativa insegurança jurídica. Será abordada a gravação ambiental enquanto meio de prova e sua alteração, com o advento do pacote anticrime, em seguida propõe-se explorar os critérios de admissibilidade doutrinários para o uso restrito das gravações ambientais

¹ Via de regra, seu uso só poderia acontecer em situações próprias, contanto que envolvesse inclinações e direitos do interlocutor que empreendeu a gravação

clandestina. Por fim, será avaliado os principais fundamentos para a inadmissibilidade da gravação ambiental nos processos eleitorais, tomando-se por base as decisões do TSE.

Para o desenvolvimento do presente estudo qualitativo, utilizou-se o método exploratório e descritivo, visto que a investigação tem como base à análise teórica dos dispositivos legais sobre a gravação ambiental como meio prova e sua legalidade diante do uso processual. Ademais, para a coleta de dados, foi aplicado o levantamento bibliográfico e documental, em que recorreu à doutrina, essencialmente de Renato Brasileiro Lima, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de avaliar o posicionamento jurídico, além do apoio das legislações que norteiam o tema proposto.

1. Do processo penal e suas provas

A prova como atividade probatória consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento (LIMA, 2018). Assim, a prova se conceitua como a produção dos meios e atos inseridos no processo objetivando o conhecimento do juiz sobre a fidedignidade da exposição sobre um fato que interesse à resolução da causa (LIMA, 2018).

Boa parte delas estão regulamentadas dentro do Código de Processo Penal, como o interrogatório do acusado, confissão, busca e apreensão e entre outros. Todavia, o rol não deve ser apreciado de forma taxativa, sendo capaz de surgir outros meios admissíveis, como por exemplo a Interceptação Telefônica e Telemática, regulamentada pela Lei nº 9.296/1996². Devido a sua potencialidade de violação aos direitos fundamentais, assim como sua acessibilidade e frequência, deve-se ater à relevância dos meios eletrônicos de produção de provas no processo penal.

Antes de debater o objeto do trabalho, é fundamental conceituar os meios de obtenção de prova, diante da semelhança temática. De início, conceitua-se o instituto da Interceptação telefônica, de acordo com Renato Brasileiro Lima (2018, p. 748) é a “captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores”.

No plano doutrinário, o conceito da Interceptação é abordado em sentido estrito, visto que no âmbito processual penal não se vincula quando tomada pelo seu sentido lato, referindo-se ao

² BRASIL. Lei Federal nº 9.296, 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

ato de interromper, obstaculizar ou impedir que aconteça, mas sim no sentido de “captar”, tomar ciência do conteúdo da comunicação. No entanto, a Lei nº 9.296/96 regulamenta apenas a interceptação telefônica, criando uma lacuna para as demais modalidades de captação eletrônica de provas.

Dentro do instituto da Interceptação, torna-se necessário o crivo da autoridade judicial para que dê sua execução, seu provimento é revestido de natureza cautelar posto que a regra constitucional é a inviolabilidade do sigilo das comunicações, de acordo com o disposto do art. 5º, XII da CRFB/88³, e a exceção é a quebra. Deve ser somente requerida caso haja demonstração dos requisitos *subtendidos no art. 2º* da Lei nº 9.296/96, dentre os quais são: não ocorrência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; possibilidade da elaboração de prova por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida com ao máximo detenção (BRASIL, 1996).

Por fim, cumpre destacar, que esse meio de obtenção de prova é ato privativo das autoridades públicas, não existindo qualquer valor probatório caso realizada por particulares. Trata-se de medida excepcional, utilizada tão somente quando não houver outro meio de se obter a informação desejada na investigação ou no processo com três protagonistas, sendo dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação sem consentimento daqueles.

No que tange ao instituto da escuta telefônica, considera-se a captação de comunicação telefônica realizada por um terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e o desconhecimento do outro, assim, um dos interlocutores tem a ciência que está sendo ouvido e/ou gravado – dois interlocutores e um interceptador (LIMA, 2018). Apesar de mencionado anteriormente, no tocante que a Lei nº 9.296/96 somente regulamenta as Interceptações Telefônicas, subtede-se, diante dos Tribunais Superiores, que também tutela sobre a escuta telefônica, tendo em vista a similitude no processo de captação.

Sobre a captação ambiental, convém sistematizar três aspectos fundamentais atribuídos por Lima (2018): (i) a interceptação ambiental é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores, não se distinguindo da interceptação *stricto sensu*, no entanto, no caso em questão, a comunicação não é telefônica; (ii) a escuta ambiental, é a captação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores; e (iii) a gravação ambiental é a captação da comunicação ambiental no

³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

ambiente em que um dos comunicadores sem o conhecimento do outro, popularmente conhecida como gravação clandestina, a exemplo das câmeras ocultas.

Para breve consideração, menciona-se Luiz Francisco Torquato Avolio (1996), em que traz um dos perfis caracterizadores dos tipos de gravação comentadas nos institutos anteriores, quer seja a posição subjetiva do agente. Avolio aborda, assim como o doutrinador italiano Francesco Caprioli, que “*il concetto di intercettazione presuppone la terzeità dell’agente*”, entendendo-se que o conceito de interceptação pressupõe a terzeiridade do agente (AVOLIO, 1996). Mesmo mencionando somente a incidência do fator na interceptação, observa-se que também os demais institutos, excetuando a gravação ambiental clandestina, possui o fator *terzeità* como elemento fundamental em seu conceito. Assim, ainda que os tipos de gravações se distinguem, nota-se um ponto de convergência entre eles, à presença do terceiro.

2. Da gravação ambiental clandestina

Compreende-se como a gravação clandestina aquela que é feita pelo próprio interlocutor, sem o conhecimento do outro, podendo se dar do registro da conversa entre presentes, num determinado espaço físico (LIMA, 2018). Destaca-se, que a gravação clandestina se caracteriza pela ausência do fator *terzeità*⁴, não podendo ser enquadrada no conceito de interceptação ou escuta (AVOLIO, 1996).

Nesse íterim, segundo Avolio, é importante não confundir a clandestinidade da gravação com a ilegalidade da prova. O autor argumenta que “qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte do seu interlocutor”. O que a legislação penal proíbe, tornando a prova ilícita, é a divulgação de conversas sigilosas sem justa causa. A justa causa é exatamente o elemento-chave para determinar a legalidade da gravação clandestina. E, considerando as possíveis excludentes, comenta-se o direito à prova.

A doutrina e a jurisprudência no Brasil possuem características distintas no que se refere ao uso de gravação ambiente em processos penais e civis, o que merece destaque. Em relação ao uso desse tipo de prova em processos civis, o Direito brasileiro geralmente entende que a gravação ambiente é uma prova legítima e perfeitamente admissível no processo.

⁴ Protagonismo de um terceiro, estranho ao diálogo, que realiza a ação de gravar ou de simplesmente escutar.

No que se refere à aceitabilidade da gravação ambiental clandestina como meio de prova no processo penal, existe uma significativa controvérsia doutrinária. Para uma parte da doutrina, a gravação ambiental é considerada uma prova ilícita também no âmbito do processo penal. Isso ocorre pois, segundo essa corrente doutrinária, não há qualquer previsão legal que estabeleça a admissibilidade desse meio de prova nos processos criminais. Portanto, diante da inexistência de lei que permita a utilização da gravação ambiental clandestina, não seria possível diminuir os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, que são garantidos constitucionalmente, de acordo com o princípio da legalidade.

Muito antes de ser disciplinada, já se encontrava dentro dos meios de obtenção de prova comumente utilizados. Com a vigência da Lei nº 9.296/96, surgiu um espaço em branco no que se refere a outros meios de captação audiovisuais. Tal modalidade foi inserida pela Lei nº 10.217/2001⁵ na disposição legislativa nº 9.034/95, incluindo o art. 2º, IV⁶. Posteriormente, a Lei nº 12.850/13⁷ veio substituir a Lei nº 9.034/95⁸, que ratificou a captação ambiental como meio de obtenção de provas no combate às organizações criminosas, ampliando para as demais captações ambientais realizadas por meio audiovisual. Contudo, mesmo com a sua previsão, percebe-se a inexistência da abordagem normativa quanto aos tópicos relativos à sua admissibilidade e demais requisitos, o que provocou uma oscilação jurisprudencial até o preenchimento desse espaço pelo pacote anticrime.

De início, expõe-se o desenvolvimento da visão do Judiciário diante da gravação ambiental clandestina, precedendo a Lei nº 13.964/2019⁹. Coadunadas à ordem constitucional vigente, evitando o vilipêndio dos direitos fundamentais, há discussões persistentes entre os tribunais diante da licitude da gravação ambiental clandestina. Assim, de início, predispunha-se que, para ser utilizada como meio de prova, devia ser “temperada” por critérios de ponderação de valores, avaliando-se em cada contexto probatório e fático, em que se balanceava diante da preservação da intimidade e privacidade de cada um. Ou seja, com a ausência de normatização do instituto, o

⁵ BRASIL. Lei Federal nº 10.217, 11 de abril de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

⁶ Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [...] IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. (BRASIL, 2001, s/p).

⁷ BRASIL. Lei Federal nº 12.850, 02 de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

⁸ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...]

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (BRASIL, 2013, s/p).

⁹ BRASIL. Lei Federal nº 13.964, 24 de novembro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

parâmetro operado era o grau de infiltração no perímetro dos direitos mencionados, resultando na relativização do direito à prova em face dos direitos mencionados. Exemplificando, evidencia-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRODUÇÃO DE PROVA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR TERCEIRO E SEM O CONHECIMENTO DA PARTE - INFORMAÇÕES DE CARÁTER ÍNTIMO E PESSOAL - PROVA ILÍCITA - AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE - NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO. A obtenção de prova exige a observância dos requisitos de ordem material e formal; a gravação ambiental, sem o conhecimento da parte envolvida por terceiro é considerada prova ilícita, não se admitindo como meio de prova, consoante a jurisprudência das Cortes Superiores. A ilicitude só será afastada mediante a justificativa de excludente de ilicitude, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, situação não verificada no presente caso, sendo, consequentemente, devido e legal o desentranhamento das provas carreadas aos autos obtidas ilicitamente. Recurso provido. (BRASIL, 2005, n.p).

Em seguida, convém dar ênfase a Repercussão Geral n.º 583.937 QO-RG/RJ, apreciada pelo Plenário do Pretório Excelso acerca do tema, no ano de 2009, desdobrou-se em face do indeferimento do pedido da juntada de degravação de material produzido pelo réu e da gravação ambiental feita na audiência em que se desenvolveu os fatos, argumentando a violação aos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana); 5º, X (intimidade e vida privada), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) da Constituição Federal de 1988. Assim, expõe-se a ementa do julgado:

Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (BRASIL, 2009, s/p).

Incumbe destacar, que a referida Repercussão Geral reside, precisamente, na exigência de que, para a divulgação da gravação executada e a sua aplicação no processo, somente resta aplicável quando houver hipótese de justa causa e se a prova captada for do interesse direto de quem realizou a gravação, porém, mesmo com a sua admissão como meio de obtenção de prova, não eliminou a necessidade da temática de se submeter à regulamentação quanto ao seu uso. Muito embora o tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, a questão em si ainda gera inconsistências nos julgados brasileiros, a depender do caso concreto.

É comumente visto o não seguimento do entendimento do Excelso Pretório dentro dos precedentes julgados pelos Tribunais Eleitorais, dando ênfase a proteção à intimidade, contudo, diante das peculiaridades de cada caso, observa-se uma assimetria nos julgamentos, que promoveu uma instabilidade jurisprudencial, tornando-se labiríntico encontrar o ponto de convergência sobre a temática. Até o “pacote anticrime”, esta classificação não era acobertada pela Lei nº 9.296/96, pois não continham como objeto da conversação realizada por meio telefônico. Assim, não estava regulamentada no ordenamento jurídico nacional, existindo controvérsias quanto seu tratamento dentro do âmbito dos tribunais, pois se a investigação não versasse sobre organização criminosa, a captação ambiental não possuía previsão, de modo que se submetia à disciplina constitucional de proteção à intimidade, bem como era analisada como um meio de prova “atípico”, uma vez que seu procedimento não havia sido regulamentado/previsto em lei.

Por meio da alteração legislativa, foi introduzido os artigos 8º-A e 10º-A na Lei nº 9.296/96, tratando-se especificamente sobre a captação ambiental, agora de forma expressa, dentro de um normativo que só regulamentava as interceptações telefônicas (BRASIL, 1996). O art. 8º¹⁰ da referida lei expõe os critérios para sua admissibilidade no processo. Além do mais, foi inserido o art. 10-A¹¹ na referida lei, que finalmente aborda em seu parágrafo a gravação ambiental clandestina.

Observa-se que, dentre anos de conturbação jurisprudencial, o pacote anticrime finalmente dispôs sobre a gravação ambiental de forma expressa, reafirmando no normativo a posição já pacificada nos tribunais, concluindo-se sobre a sua licitude. Já adentrando na parte fundamental, no tocante ao suporte probatório derivado diretamente da gravação ambiental clandestina dentro do contencioso eleitoral, encerra-se o presente capítulo, a fim de desenvolvê-lo a seguir.

¹⁰ Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática (BRASIL, 1996, s/p).

¹¹ Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida (BRASIL, 1996, s/p).

3. Admissibilidade das gravações ambientais no processo penal eleitoral

Embora existam no Direito Eleitoral diversos tipos criminais, não há no Direito Penal Eleitoral uma teoria própria do crime, tampouco “um arcabouço de 4 regras gerais e princípios que permita dar concretude a tais tipos” (GOMES, 2022, p. 3). Por essa razão, aplicam-se aos fatos incriminados no Código Eleitoral todas as regras gerais do Código Penal, conforme preceitua o art. 287, caput, do Código Eleitoral (BRASIL, 1965). Nota-se, portanto, que o “Direito Penal empresta ao Eleitoral toda sua teoria do crime, além de institutos versados na Parte Geral do Código Penal, tais como lugar e tempo do delito, consumação e tentativa, pena e sua aplicação” (GOMES, 2022, p. 3).

Após entrelaçar todas as ponderações teóricas oportunas ao tema, concentra-se no aspecto que motivou o presente trabalho, em que se verifica a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral que se posiciona perante a (i)licitude da gravação clandestina. Assim, inicia-se mencionando que antes mesmo de direcionar o seu posicionamento pela ilicitude da gravação ambiental clandestina, bem como antes do julgamento da RE 583.937 QO-RG/RJ, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando o Supremo Tribunal Justiça quanto ao HC nº 36.545/SP¹², em 2006, considerou lícita a gravação clandestina, podendo ser utilizada como suporte probatório. Transcreve-se, assim, o conteúdo do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. OFENSA A LEI E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AFASTADOS. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO. [...] III - A gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos que, em tese, são tidos como criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. [...] V - Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2006, s/p).

¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARESPE 25.214/SP. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 07 de março de 2006. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. DJe: 11/09/2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/18984806>. Acesso em: 23 de set. 2022.

Tal pensamento subsistiu até 2012, com a realização do julgamento do AgR-REspe nº 36.359/MS¹³, tendo como relator o Min. Gilson Dipp, promovendo veementemente o reconhecimento da ilicitude do meio probatório, argumentando que a utilização das gravações clandestinas não coadunaria com fulcro de proteger o interesse público, e sim vulnerabilizar a disputa eleitoral, mesmo não sendo considerada como medida ilícita. Porém, a Min. Carmen Lúcia considerou adequado dar ensejo à suspensão do julgamento do referido Recurso Especial.

Todavia, no mesmo ano, houve a necessidade do retorno a temática, diante da RESPE nº 344-26¹⁴, possuindo como relator o Min. Marco Aurélio, na qual a prova utilizada como fundamento da propositura da Ação de Impugnação de Mandado Eletivo foi uma gravação feita por telefone celular, sem o conhecimento dos demais interlocutores, captando suposto crime de captação ilícita de sufrágio.

Cuida-se da interposição de Recurso Especial, a parte autora recorreu da decisão do Tribunal Regional Eleitoral que foi julgada improcedente em razão da ilicitude da gravação ambiental, ulteriormente foi desprovido por maioria pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme ponderação feita pela defesa, em que foi sedimentado na ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO. A matéria versada no recurso especial há de ter sido objeto de debate e decisão prévios na origem, ante a necessidade de prequestionamento.

PRIVACIDADE - DADOS - GRAVAÇÃO AMBIENTE. A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial. (BRASIL, 2012, s/p)

Perante essa mudança de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, a divergência não só restou configurada, como iniciou uma ressonância em julgados nos Tribunais Eleitorais. Daí em diante, o momento jurisprudencial do referido tribunal passou a ser desequilibrado no que diz respeito a essa matéria. Variados precedentes, em claro desrespeito à segurança jurídica processual, consideraram, ou não, a gravação em concordância com a pessoal concepção dos julgadores.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AGR-RESPE 36.359/MS. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 01 de julho de 2011. Relator: Min. Gilson Dipp. DJe: 10/07/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23561754>. Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 34426/BA. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 16 de agosto de 2012. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/08/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23895116>. Acesso em: 23 set. 2022.

4. Da tratativa da matéria na seara eleitoral

As controvérsias no estabelecimento dos requisitos de admissibilidade da gravação ambiental, gerou instabilidade do referido campo, maculando diretamente a segurança pública. Percebe-se, que no bojo dos julgados há uma preocupação com a imposição de limitações à produção probatória, a fim de evitar a violação à proteção e à garantia do direito a intimidade e privacidade. Na leva de jurisprudências do Tribunal Superior Eleitoral, nota-se seguimento do entendimento estabelecido no ano de 2012. Vale conferir os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO. CONDUTA VEDADA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. [...] 3. Esta Corte Superior firmou orientação no sentido da ilicitude da prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e em violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores (REspe nº 577-90, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 7.8.2014; AgR-REspe nº 515-51, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe 15.4.2014; AgR-RO nº 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.4.2014). 4. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre quando a mídia registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade (REspe nº 1660-34, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14.5.2015), o que não se aplica ao caso dos autos. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2015, n.p).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO. 1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, fixada para as eleições de 2012, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial, sendo a proteção à privacidade - direito fundamental estabelecido na Constituição Federal - a regra. 2. Entendimento aplicável ao caso concreto, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, por tratar-se de fatos ocorridos no pleito em referência. 3. Ainda em 2012, o TSE, contra o meu voto, excepcionou a regra citada no item 1 desta ementa, para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos. (BRASIL, 2016, s/p).

Observa-se, nos julgados acima expostos, um fator modificador relevante para caracterizar a gravação ambiental clandestina como lícita ou ilícita no âmbito eleitoral, quer seja sua realização em local público ou privado. A partir daí, embarca as hipóteses do grau de violação do direito à privacidade, bem como a necessidade de autorização judicial. Frisa-se, que em matéria eleitoral

todos os interesses em xeque, incluindo-se dos acusados, superam em abismo a órbita do privado, por tratar-se de um lado que atos são realizados “embaixo das cobertas”, a relativização do direito à prova acaba inviabilizando o instituto da gravação ambiental clandestina e sua capacidade como suporte probatório. Dessarte, não acolher tal prova, sob o pretexto de sigilo ou intimidade, seria incongruente, posto que, em muitos casos, é o único meio disponível, ou o mais adequado e robusto, para a demonstração de uma conduta que seja ilícita.

Em razão das repercussões jurídicas, sociais e políticas sobre o tema, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a sua repercussão geral (tema 979)¹⁵. Perante seus votos, foi possível observar que de fato o direito à privacidade não pode se entender de forma absoluta perante o interesse público, contudo, foi exposto a falta de análise do Supremo Tribunal Federal perante a abordagem da temática na visão do processo eleitoral, levando em consideração as especificidades próprias.

Ora, é inegável que sobrevém, dentro da seara eleitoral, peculiaridades específicas em que os interesses e conveniências partidárias e privadas se sobrepõem à pretensão eleitoral, utilizando artifícios como forma de desestabilizar a disputa eleitoral, todavia, mesmo havendo a ascendência de embates diante as disposições constitucionais alinhadas as eleições, não se pode “fechar os olhos” perante àqueles que fazem o possível para tolher o direito ao sufrágio e a lisura do pleito.

Excetuando os casos claros de flagrante preparado, em que se utiliza ardilosamente do meio para indução de uma conduta ilícita, a gravação ambiental clandestina utilizada como meio de obtenção de prova é de grande relevância, tendo em vista que traz um elemento da realidade que será levado ao processo no intuito de demonstrar a existência de determinado fato.

O âmbito eleitoral é naturalmente contaminado com os jogos de poder político pelas partes envolvidas no litígio, nada mais justo viabilizar o flagrante do ilícito que contribui para evitar a tangência do objetivo do pleito eleitoral e o vilipêndio de um dos direitos mais importantes para a democracia, o voto.

Ao ponto que, o direito à intimidade é utilizado como limite a gravação ambiental clandestina, cabe dar ênfase ao doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 208) ao colocar que “a vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto

¹⁵ Direito constitucional. Direito Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da ilicitude dessa prova, sob o fundamento de que há a necessidade de proteção da privacidade e da honra. Gravação ambiental que somente seria legítima se utilizada em defesa do candidato, nunca para o acusar da prática de um ilícito eleitoral. Suportes jurídicos e fáticos diversos que afastariam a aplicação da tese de repercussão geral fixada, para as ações penais, no RE nº 583.937. A temática controvertida é apta a replicar-se em diversos processos, atingindo candidatos em todas as fases das eleições e até mesmo aqueles já eleitos. Implicações para a normalidade institucional, política e administrativa de todas as unidades da Federação. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2017, s/p).

das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública”. Por sua vez, “a vida anterior que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros da família, sobre seus amigos, é que a integra o conceito de vida privada inviolável nos termos da constituição”.

Assim, como a disputa eleitoral se debruça na publicidade, aquele que se direciona ao público, seja em qualquer ambiente, sem quaisquer receios, nada poderá clamar pela violação à sua privacidade, pois ele se colocou em determinada situação. Mesmo diante das batalhas travadas no Judiciário, tornando cada vez mais distante a consolidação sobre tal tema, em 2017 houve o julgamento do Recurso Especial de nº 2973¹⁶ pelo Tribunal Superior Eleitoral, retomando seu entendimento do ano de 2012 e de 2016, relativo à licitude da gravação ambiental clandestina.

A decisão ocorreu no julgamento de recurso interposto pelo vereador de Guaporé (RS) Ademir Damo, contra acórdão do Tribunal Eleitoral gaúcho (TRE-RS), que cassou o diploma do candidato por compra de votos. Se extrai da moldura fática, situação de captação ilícita de sufrágio, o qual fundamentou-se em duas gravações realizadas por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, a primeira foi realizada no comitê eleitoral dos investigados, local de aproximação dos candidatos com os cidadãos do município, local público. A segunda gravação foi realizada em uma residência particular.

A corte argumentou que, apesar de ser residência particular, é possível relativizar essa premissa a depender da destinação em que se dá. Assim, foi firmado, e ratificado em 2021, que a gravação ambiental realizada em ambiente público ou privado por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, pode ser admitida como prova para a verificação da captação ilícita de sufrágio.

5. Considerações finais

O presente estudo buscou apontar a assimetria dos julgados eleitorais diante o entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito a admissibilidade das gravações clandestinas. Observa-se, que os julgados analisados demonstram o intuito de explorar as tratativas específicas sobre a gravação clandestina no âmbito do processo penal eleitoral. As discussões perpetuaram por anos no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e nota-

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 29.873/RS. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 20 de setembro de 2017. Relator: Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin DJe: 09/10/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/507943347/inteiro-teor-507943350>. Acesso em: 23 de set. 2022.

se que está longe de terminar, tendo em vista que não há um entendimento pátrio consolidado que abarca todos os cenários possíveis da utilização da gravação ambiental clandestina, especificamente na seara eleitoral. Compreende-se, conforme casos estudados no presente trabalho, que houve mudanças no entendimento do TSE, confirmando a insegurança jurídica.

Sobrevém no bojo dos julgados eleitorais, empecilhos para a admissibilidade das gravações ambientais clandestinas como meio de obtenção probatória, em razão das peculiaridades próprias do âmbito, no tocante aos jogos políticos que surgem na disputa eleitoral com o intuito de conturbá-la, não havendo qualquer orientação normativa ou jurisprudencial. A análise sobre a legalidade das gravações clandestinas é feita de acordo com o caso concreto pelos tribunais eleitorais, existindo um empenho para garantir a proteção à privacidade do indivíduo. Todavia, a violação da segurança jurídica persiste, de modo que sustenta a invalidade e a validade da prova para cada situação.

Tendo em vista que o cenário eleitoral está à mercê de práticas partidárias que deturpam a lisura do pleito, observa-se um ambiente de desrespeito ao sufrágio e que muitas vezes não há como provar a prática de ilícitos eleitorais. De modo que, impossibilitar a inserção da gravação ambiental clandestina enquanto meio de obtenção de é incabível, logo, é certo que, assim como todos os direitos não são absolutos, o direito à intimidade não deveria se sobrepor ao interesse público e social.

Referências

AVOLIO, L. F. T. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.296, 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.034, 03 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.850, 02 de agosto de 2013*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.964, 24 de novembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.217, 11 de abril de 2001*. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE 25.214/SP*. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 07 de março de 2006. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. DJe: 11/09/2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/18984806>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGR-RESPE 36.359/MS*. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 01 de julho de 2011. Relator: Min. Gilson Dipp. DJe: 10/07/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23561754>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 36.359/MS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 24 de março de 2010. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DJe: 05/04/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/8547667>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Terceira Turma Cível. *AGV 4228 MS 2005.004228-5*. Acórdão publicado no dia 31 de outubro de 2005. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJe: 28/11/2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/3991234>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 34426/BA*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 16 de agosto de 2012. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/08/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23895116>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 100611/MS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 06 de setembro de 2016. Relator: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJe: 21/09/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/386557653>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 29.873/RS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 20 de setembro de 2017. Relator: Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin. DJe: 09/10/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/507943347/inteiro-teor-507943350>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 9826/DF*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 30 de junho de 2015. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. DJe: 09/10/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/348592296>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.040.515/SE*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Acórdão publicado no dia 11 de novembro de 2017. Relator Dias Toffoli. DJe: 11/12/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861472274>. Acesso em: 25 de set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 36545/SP*. Habeas Corpus. Acórdão publicado no dia 29 de agosto de 2005. Relator: Min. Laurita Vaz. DJe: 29/08/2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/71417>. Acesso em: 25 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 583.937/RJ*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Acórdão publicado no dia 19 de novembro de 2009. Relator: Min. Cesar Peluzo. DJe: 18/12/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 06 de set. 2022.

GOMES, J.J. da. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2022.

GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, R. B. de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed., Salvador: Juspodvim, 2018.

MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, 2022, p. 967-1005. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>. Acesso em: 13 set. 2022.

OLIVEIRA, B.A.N. *Da (In)Admissibilidade da Gravação Ambiental como meio de prova para crimes eleitorais: Da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nos últimos quatro anos*. 2018. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, M. A. M. da; FURTADO, R. M. O direito a intimidade como limite à admissibilidade das gravações clandestinas: reflexões acerca da posição do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, v. 26, n. 10, 2020, p. 365-386. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6814>. Acesso em: 25 out. 2022.

A constitucionalidade do benefício previdenciário proporcional para migrantes à luz do tema 262 da TNU

The constitutionality of the proportional social security benefit for migrants based on TNU topic 262

Janice Scheila Kieling*

Resumo: Um dos pontos de grande controvérsia no tocante aos acordos internacionais de seguridade social é a possibilidade de pagamento de benefícios previdenciários em valor inferior ao salário mínimo nacional. A partir dessa problemática, o presente estudo tem por objetivo examinar a constitucionalidade do benefício previdenciário proporcional concedido a migrantes, a partir da análise da decisão do Tema 262 da TNU (Turma Nacional de Uniformização), envolvendo o Acordo de Seguridade Social entre Brasil e Portugal. Para tanto, serão abordados a origem e os principais instrumentos de proteção jurídica dedicados aos migrantes, bem como o tratamento conferido pela Constituição Federal aos tratados internacionais, incluindo o seu processo de formação e incorporação. Em seguida, serão analisados os acordos internacionais de seguridade social no Brasil, destacando os princípios aplicáveis e os acordos atualmente em vigor, devido à sua importância no contexto migratório. Por meio de um enfoque prático, será examinada a decisão do Tema 262, que foi objeto de uniformização pela TNU em 27 de maio de 2021, destacando-se o contexto fático e os fundamentos que levaram ao entendimento firmado. Considerando que o trabalho é de caráter exploratório, a pesquisa adotou uma abordagem qualitativa, sendo desenvolvida com pesquisas bibliográficas e documentais, com foco no estudo de caso do Tema 262 da TNU e interpretada com a técnica de análise de conteúdo. Ao final, constatou-se que a decisão proferida pela TNU está em conformidade com a previsão constitucional e infraconstitucional sobre a matéria, e observou os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, garantindo a justiça social em relação aos demais segurados. Ademais, o pagamento proporcional aos recolhimentos realizados nos países em que o trabalhador contribuiu ocorre somente nas hipóteses em que também exista pagamento de benefício previdenciário nesses países, bem como que eles sejam integrantes de acordo internacional de seguridade social com o Brasil. Palavras-chave: Migração. Acordos internacionais. Seguridade social. Pagamento proporcional. Constituição Federal.

Abstract: One of the points of great controversy regarding international social security agreements is the possibility of paying benefits worth less than the national minimum wage. Based on this issue, the present study aims to examine the constitutionality of the proportional social security benefit granted to migrants, based on the analysis of the decision in Theme 262 of the TNU (National Uniformity Panel), involving the Social Security Agreement between Brazil and Portugal. To this end, the origin and main instruments of legal protection dedicated to migrants will be addressed, as well as the treatment given by the Federal Constitution to international treaties, including their formation and incorporation process. Next, international social security agreements in Brazil will be analyzed, highlighting the applicable principles and agreements currently in force, due to their importance in the migration context. Through a practical approach, the decision on Topic 262, which was standardized by the TNU on May 27, 2021, will be examined, highlighting the factual context and the foundations that led to the agreement reached. Considering that the work is exploratory in nature, the research adopted a qualitative approach, being developed with bibliographic and documentary research, focusing on the case study of TNU Theme 262 and interpreted using the content analysis technique. In the end, it was found that the decision made by the TNU is in accordance with the constitutional and infra-constitutional provisions on the matter, and observed the criteria of reasonableness and proportionality, guaranteeing social justice in relation to other insured people. Furthermore, payment proportional to payments made in the countries in which the worker contributed occurs only in cases where there is also payment of social security benefits in these countries, as well as in which they are members of an international social security agreement with Brazil.

Keywords: Migration. International agreements. Social Security. Proportional payment. Federal Constitution.

Recebido em: 02/05/2023

Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:
KIELING, Janice Scheila. A constitucionalidade do benefício previdenciário proporcional à luz do tema 262 da TNU. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 69-91.

* Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA)/CEI. Advogada.

Introdução

A globalização promoveu significativas mudanças no mundo moderno, incluindo transformações tecnológicas, intercâmbio cultural e ampliação do acesso à informação, gerando uma sensação de diminuição das fronteiras. Nesse sentido, observam-se alterações substanciais nas economias dos países, o que impacta na livre circulação de tecnologia, de capital e dos trabalhadores que acabam se deslocando de um país para o outro, seja na chamada “fuga de cérebros” ou na busca por melhores condições de trabalho. As mudanças aceleradas nas esferas geopolítica, ambiental e tecnológica, impulsionadas principalmente pela denominada “Quarta Revolução Industrial”, também afetam o campo das migrações de maneira inédita.

A partir dessa realidade, as migrações contemporâneas escancararam a necessidade de políticas migratórias eficazes tanto no âmbito interno dos países quanto na comunidade internacional. Sob a ótica da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos humanos, o Estado possui papel fundamental na acolhida aos migrantes, pois deve oferecer os meios necessários para que eles tenham acesso às condições básicas de sobrevivência. É nesse contexto que os acordos internacionais de seguridade social ganham protagonismo, porque são essenciais para a implementação de políticas aptas a concretizar os direitos fundamentais.

Com efeito, muitos migrantes contribuem significativamente para a economia dos países de destino, trabalhando, gerando riquezas e pagando impostos ao longo de suas vidas profissionais. Entretanto, ao buscar a cobertura previdenciária para eventuais riscos sociais, podem deparar-se com certa complexidade na concessão dos benefícios, especialmente quando exerceram sua atividade laboral em diferentes nações.

No Brasil, em matéria previdenciária, existem dois acordos internacionais multilaterais e vários acordos internacionais bilaterais em vigência, garantindo a cobertura dos principais riscos sociais: idade avançada, incapacidade laborativa e morte. Pela relevância do assunto, surgem variados questionamentos acerca dos direitos abrangidos e a forma como eles se concretizam na esfera interna, entres os quais a constitucionalidade ou não da concessão de benefício previdenciário proporcional aos migrantes.

Dessa forma, é fundamental compreender o surgimento dos primeiros passos em direção à proteção dos migrantes e refugiados, além de destacar os principais instrumentos de proteção jurídica existentes no cenário internacional e no âmbito doméstico, como a Convenção de 1951, que foi a primeira normativa de salvaguarda dos refugiados. Em seguida, é necessário analisar o

tratamento conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) aos tratados internacionais, incluindo o seu processo de formação e incorporação, diferenciando os tratados de direitos humanos dos demais, para verificar a situação dos acordos internacionais de seguridade social.

Com vistas à garantia do direito social à previdência social, o Brasil adota uma série de princípios a serem seguidos em relação aos acordos internacionais de seguridade social, em especial o princípio da reciprocidade, segundo o qual os direitos estabelecidos no acordo devem ser aplicados em ambos os países acordantes. Aliás, devido à sua importância no contexto migratório, é necessário destacar que há vários acordos atualmente em vigor no país, celebrados com diversos países, entre os quais está o acordo com Portugal (firmado pela primeira vez em 1969).

Nesse sentido, a decisão proferida pela TNU no Tema 262 buscou uniformizar o entendimento jurisprudencial em relação ao acordo bilateral entre Brasil e Portugal, porquanto existiam demandas que questionavam a legalidade e a constitucionalidade do sistema de totalização previsto no acordo, segundo o qual o benefício previdenciário pode ser pago proporcionalmente às contribuições recolhidas pelo segurado em cada país, atingindo, ao final, a integralidade do benefício. Portanto, analisou-se os fundamentos da decisão da TNU que levaram ao entendimento de que o pagamento proporcional de benefícios previdenciários para migrantes é compatível com o texto constitucional, a legislação, e os princípios constitucionais e previdenciários.

No tocante à metodologia, a pesquisa adotou uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, sendo desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, que serviram como fontes valiosas para a investigação relacionada ao estudo de caso do Tema 262 da TNU. Adicionalmente, a interpretação dos dados coletados foi realizada através da técnica de análise de conteúdo, buscando identificar os elementos que fundamentam a tese da constitucionalidade da decisão da TNU sobre o Tema 262.

1. Os migrantes e a sua proteção jurídica: principais instrumentos normativos

A migração é um fenômeno global que desafia fronteiras nacionais ao longo dos séculos e transcende barreiras geográficas, culturais e políticas. Pode-se dizer que migrar significa estar em movimento, deslocar-se sem saber com precisão o destino e o que encontrar no momento da

chegada, como um contínuo ato de “debruçar-se para fora, que corresponde ao próprio compasso da existência, à sua inerente excentricidade” (Di Cesare, 2020, p. 231).

Desde os períodos mais remotos, os povos se deslocavam por variados motivos, como fugir de guerras e da escravidão, buscar terras para subsistência e colonizar novas regiões. Entretanto, sempre esteve presente a busca por sobrevivência, razão pela qual a migração é considerada a “mais antiga ação contra a pobreza” (Galbraith, 1979), uma vez que as pessoas se movem para regiões e países que apresentem mais oportunidades em relação aos de origem.

Até meados do século XIX, a maioria dos países não adotava nenhuma diferença entre os direitos dos nacionais e dos estrangeiros, permitindo a livre circulação entre os países. Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a imposição de restrições à liberdade de residência e as diferenciações entre os direitos de nacionais e de estrangeiros passaram a ser mais frequentes (Jubilut, 2007, p. 24). Na tentativa de proteger as pessoas deslocadas, surgiram os passos iniciais do direito internacional dos refugiados, a formação da Liga das Nações, cuja atuação, apesar de não conseguir evitar uma próxima guerra, trouxe vários direitos para os refugiados, propiciando proteção e assistência econômica (Arruda, 1977, p. 274).

Posteriormente, a Segunda Guerra Mundial originou um fluxo de pessoas deslocadas e apátridas sem precedentes, que ficaram sem condições de retornar ao seu local de origem. Além disso, o nazismo infligiu uma política de supressão da nacionalidade alemã aos grupos minoritários, principalmente aos judeus¹, excluindo estas pessoas de qualquer espécie de proteção jurídica (Comparato, 2015, p. 245).

Depois da barbárie causada pelo nazismo e outros regimes totalitários, a sociedade internacional iniciou um processo salvaguarda da dignidade humana, buscando conferir proteção inclusive aos refugiados e aos apátridas. Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu o direito de migrar em sentido amplo, ao dispor que todo homem possui o direito de deixar qualquer país, até mesmo o próprio, e a este regressar (art. 13.2). No mesmo sentido, reconheceu o direito de procurar e de gozar asilo em outros países à toda pessoa vítima de perseguição (Jubilut; Apolinário, 2010).

¹ Em toda a Europa, as maiores vítimas do nazismo foram os judeus. Os nazistas ficaram frustrados com a derrota na Primeira Guerra Mundial e se consideravam humilhados pelo Tratado de Versalhes. A Alemanha vivia um caos político, econômico e social, que levou os nazistas a procurar um bode expiatório, para atribuir-lhe todo o mal que afligia o país e garantir o sucesso do regime. Para tanto, Hitler escolheu os judeus e, estando há menos de um mês no poder, começou uma perseguição, decretando o boicote compulsório das lojas judaicas. “Em seguida, não havendo reação, passou a decretar leis anti-semíticas (sic) cada vez mais drásticas: os judeus foram excluídos do funcionalismo civil e das profissões liberais, e em, 1935, expulsos da comunidade alemã” (Arruda, 1977, p. 356-357).

A partir das normativas da DUDH, houve o estabelecimento do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a adoção de tratados sobre o *status* de refugiado (Convenção de 1951 e Protocolo de 1967), além das Convenções internacionais de 1954 e 1961, que abordam especificamente a apatridia (Comparato, 2015, p. 246). No campo da proteção dos trabalhadores migrantes e de seus familiares, destaca-se a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos membros de suas Famílias (Resolução nº 45/158 da Assembleia Geral da ONU, de 18/12/1990), um dos mais importantes tratados internacionais atualmente vigentes (Portela, 2017, p. 913).

No mesmo sentido, vários outros tratados e acordos internacionais sobre governança migratória foram firmados ao longo dos anos, como a mais recente Declaração de Nova Iorque para Migrantes e Refugiados (2016), que elaborou o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular e o Pacto Global para Refugiados (Baeninger, 2021, p. 157-159). Essa Declaração consiste em um acordo internacional intergovernamental para a governança da migração internacional e das crises migratórias no mundo e foi adotada por 193 (cento e noventa e três) países-membros.

No âmbito interno, o Brasil promulgou a Convenção de 1951 através do Decreto nº 50.215, de 1961, cuja redação foi alterada pelo Decreto nº 98.602, de 1989. Em seguida, foi editado o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9474/1997), que ampliou o conceito de refugiado, refletindo os termos da Declaração de Cartagena, de 1984. Desse modo, estendeu a proteção aos apátridas e às hipóteses de refúgio quando a vida, a segurança ou a liberdade da pessoa estejam sendo ameaçadas por “grave e generalizada violação de direitos humanos” (Brasil, 1997, Art. 1º, inciso III).

Por conseguinte, considerando a existência de situações de vulnerabilidade de migrantes que não estavam protegidas pelo ordenamento jurídico vigente, foi editada a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017). Dentre outras hipóteses de amparo, a lei prevê o visto de acolhida humanitária, no artigo 14, § 3º, que pode ser concedido a pessoas provenientes de países com “grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses” (Brasil, 2017, Art. 14, § 3º).

Em relação aos princípios norteadores da política migratória brasileira, a Lei de Migração enfatizou a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos (art. 3º, I). Também compõem o rol de princípios o repúdio à xenofobia e ao racismo (art. 3º, II); a não criminalização e não discriminação a pretexto da migração (art. 3º III e IV); a inclusão social e laboral através de políticas públicas (art. 3º, X); o acesso a bens e programas públicos nas áreas de

educação, moradia, trabalho, seguridade social e serviços bancários e jurídicos (art. 3º, XI); entre outros (Brasil, 2017, Art. 3º). Já o artigo 4º garante expressamente os direitos de primeira geração, como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 4º, *caput*) e dos direitos de segunda geração – educação pública, saúde, assistência social, previdência social, trabalho, acesso à justiça – (art. 4º, VIII, IX; X e XI) (Brasil, 2017, Art. 4º).

Ademais, como consequência do marco legal fixado pela Lei de Migração, foram ampliadas as hipóteses de salvaguarda dos grupos vulneráveis. Assim sendo, aos migrantes que não se enquadram na situação de refúgio, mas sofrem com circunstâncias de desamparo, foram criadas outras opções de regularização migratória, como a acolhida humanitária e a autorização de residência (arts. 14, § 3º e 30, II).

Destarte, é possível inferir que os acordos internacionais de seguridade social estão em harmonia com todo esse arcabouço normativo e com a atual política migratória brasileira, cujo objetivo principal é garantir condições de vida digna aos migrantes nos países em que venham a residir e trabalhar, impedindo que fiquem desamparados diante dos mais diversos riscos sociais.

2. A constituição de 1988 e sua relação com os tratados internacionais

A CRFB/88 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III), o que ratifica a posição de destaque dos direitos humanos na ordem constitucional, em conformidade com os valores pós-positivistas (reaproximação entre direito e moral), perfilhados pela filosofia política após as barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial (Sarmiento; Souza Neto, 2014, p. 90-92). De tal modo, a premissa em que se alicerça a CRFB/88 é profundamente humanista, fazendo da pessoa o fundamento e o fim do Estado (Sarmiento, 2016, p. 70).

Influenciado pelo contexto internacional, mormente pela DUDH, o texto constitucional promoveu uma ampliação no conjunto de direitos e garantias, incluindo no rol dos direitos fundamentais os direitos civis, políticos e sociais, bem como os direitos e interesses coletivos e difusos. Contudo, o catálogo de direitos fundamentais da CRFB/88 não é exaustivo, pois o artigo 5º, § 2º, consagra uma espécie de cláusula de abertura ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”,

possibilitando que sejam agregados outros direitos decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte (Portela, 2017, p. 132-133).

Os tratados são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, compondo a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Nos termos do art. 2º, 1, “a”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ratificada e incorporada internamente pelo Brasil em 2009, através do Decreto nº 7.030, de 14/12/2009, “a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (Brasil, 2009).

A expressão “tratado” é considerada uma “expressão-gênero”, motivo pelo qual dentro do direito internacional é comum aparecerem outras terminologias, como convenção, acordo, pacto, protocolo, ajuste complementar, carta, declaração, entre outros. Contudo, a denominação adotada não influencia o caráter jurídico do instrumento, uma vez que a própria Convenção de Viena estabelece que estes documentos são vinculantes “qualquer que seja sua denominação específica” (Portela, 2017, p. 83-87).

Na seara do direito previdenciário, por dispor de um assunto que também possui natureza econômica, é usual o emprego da nomenclatura “acordo”:

Acordo. Comumente emprega-se a expressão para designar tratados de natureza econômica, financeira, comercial ou cultural, podendo, contudo, dispor sobre segurança recíproca, projetos de desarmamento, questões sobre fronteiras, arbitragem, questões de ordem política etc. Entende-se por acordo, assim, os atos bilaterais ou multilaterais – muitas vezes com reduzido número de participantes e de relativa importância – cuja natureza pode ser política, econômica, comercial, cultural ou científica (Mazzuoli, 2019, p. 262).

Em relação ao processo de formação e incorporação², a CRFB/88 determina a aplicação do ‘modelo tradicional’³, cuja tramitação envolve quatro fases: 1) fase da assinatura (iniciada com

² Trata-se de um ato complexo, pois é necessária a junção de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, consoante preveem os artigos 84, VIII e 49, I, da CRFB/88: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

³ Cabe destacar que “o modelo mais novo de incorporação é o da ‘introdução automática’, ou da ‘aplicabilidade imediata’, pelo qual o tratado tem força vinculante internamente tão logo entre em vigor no universo das relações internacionais, sem necessidade de outras medidas que não as necessárias para a ratificação e a publicação do ato. É o modelo adotado na União Europeia, no tocante aos tratados de Direito Comunitário”. O Brasil, entretanto, “não adota nenhuma das premissas do modelo de introdução automática, no caso o princípio do efeito direto (possibilidade de que os particulares invoquem, desde logo, as normas consagradas no tratado) e o postulado da aplicabilidade

as negociações); 2) fase da aprovação do tratado no Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo; 3) fase da ratificação do ato internacional pela Presidência; e 4) fase de incorporação, isto é, da promulgação, formalizada por meio de Decreto Presidencial, responsável pela validade, execução e força obrigatória do tratado no plano interno (Ramos, 2015, p. 380-384).

Assim, observa-se que é de competência da União a participação na formação dos documentos internacionais (art. 21, I, CRFB/88). Portanto, “a União possui um papel dúplice em nosso Federalismo: é ente federado (arts. 1º e 18), de igual hierarquia com os demais entes (Estados, Municípios e Distrito Federal) e, ainda, representa o Estado Federal nas relações internacionais” (Ramos, 2015, p. 380).

Com efeito, os tratados internacionais firmados pelo Brasil seguem o rito de incorporação acima descrito, com exceção dos tratados de direitos humanos⁴, que podem ser aprovados no Congresso Nacional de acordo com um procedimento especial, previsto no artigo 5º, § 3º, da CRFB/88: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. No tocante aos tratados de direitos humanos, pode haver controle de constitucionalidade, com base na concepção de bloco de constitucionalidade amplo, oriunda do direito francês (Ramos, 2015, p. 402-403). Quanto aos demais tratados internacionais, a sua natureza supralegal demanda controle de convencionalidade, que pode ser realizado em primeira instância.

Atualmente, existem 18 (dezoito) acordos internacionais de previdência social em vigência no Brasil (dois multilaterais e dezesseis bilaterais), além de 6 (seis) que estão aguardando o processo de aprovação pelo Congresso Nacional. Ademais, entre os motivos preponderantes para a celebração de acordos internacionais em matéria previdenciária podem ser citados: a) as relações especiais de amizade entre os países envolvidos; b) o histórico de acolhimento de fluxo migratório intenso em tempos remotos; c) expressividade do comércio exterior; d) investimentos externos significativos no Brasil (Brasil, M.T.P.S., 2022).

imediata (capacidade de o tratado ter execução na esfera doméstica do Estado assim que seja ratificado)” (Portela, 2017, p. 123 e 124).

⁴ Dentre os primeiros tratados de direitos humanos internalizados no Brasil com natureza constitucional está a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque) e seu Protocolo Facultativo, cuja aprovação congressional ocorreu através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008.

3. Acordos internacionais de seguridade social no direito previdenciário brasileiro

A proteção previdenciária, nos primórdios da organização social, era realizada pelas pessoas integrantes do grupo familiar, pelos vizinhos, por instituições religiosas, por associações profissionais (como foram as caixas de assistência), pela assistência social dos municípios. Com o tempo, principalmente depois da Revolução Industrial, observou-se que isso era insuficiente, sendo necessária a intervenção do Estado na prestação dos direitos sociais (Horvath Júnior, 2020, p. 05).

No início, os riscos eram impostos essencialmente pela natureza (em maior parte, associados a aspectos climáticos), eventualmente com ligeira coparticipação do próprio ser humano, mas eles vão se diversificando com o passar do tempo – à medida que aumenta também o contributo humano em criá-los ou potencializá-los –, o que ganha enorme fôlego a partir da era industrial (Horvath Júnior, 2020, p. 08).

A partir disso, o Estado passou a garantir a proteção da população através de políticas públicas voltadas à seguridade social, principalmente nas hipóteses de supressão ou arrefecimento da subsistência, implicações diretas da ocorrência dos riscos sociais (acidente do trabalho ou doença profissional, desemprego, maternidade, invalidez, idade avançada, doença, morte).

A previdência social está inserida no rol de direitos sociais⁵ previstos no artigo 6º da CRFB/88, considerados direitos de segunda dimensão, pois dependem da intervenção estatal para que sejam garantidos às pessoas que não possuem condições de fazê-lo sozinhas, por se encontrarem menos favorecidas economicamente ou por outros fatores (Wickert; Kieling; Trindade, 2021). É exatamente nessa situação de vulnerabilidade que se encontram os trabalhadores migrantes quando buscam benefícios previdenciários no Brasil, motivo pelo qual os acordos internacionais de seguridade social possuem tanta relevância.

Com efeito, os fluxos migratórios intensos, ocorridos principalmente no período que se seguiu após a primeira Constituição da República (1891), quando surgiu a concepção do estrangeiro visto como imigrante, acentuaram a importância dos acordos internacionais na área de

⁵ Os direitos sociais são considerados direitos de segunda dimensão, advindos das conquistas do Estado Social, notadamente com as Constituições alemã (de Weimar, 1919) e mexicana (1917), que representaram um avanço em relação aos direitos negativos provenientes do Estado Liberal a partir da Revolução Francesa. (Sarmento; Souza Neto, 2014, p. 84-85).

previdência social. Esta forma de regulamentação dos direitos dos trabalhadores que migram e prestam serviços fora do seu país de origem sempre foi uma preocupação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que se intensificou a partir do fenômeno da globalização da economia e da internacionalização da seguridade social (Horvat Júnior, 2006, p. 91).

No Brasil, vários acordos internacionais de seguridade social estão vigentes, garantindo o direito a prestações previdenciárias para aqueles que preenchem os requisitos previstos nestes documentos, conforme dispõe o artigo 393 da Instrução Normativa nº 128/2022, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS):

Art. 393. Os Acordos internacionais em matéria de Previdência Social têm como objetivo a coordenação das legislações nacionais de países signatários do Acordo para a aplicação da norma internacional, garantindo o direito aos benefícios previstos no campo material de cada Acordo Internacional, com previsão de deslocamento temporário de trabalhadores (Brasil, 2022, Art. 393).

Esses acordos visam a assegurar aos trabalhadores migrantes (residentes ou em trânsito) e a seus dependentes legais os mesmos direitos sociais previstos nas legislações dos países contratantes, regulando as relações jurídicas necessárias para a aquisição de direitos ou decorrentes de direitos adquiridos do trabalhador quando ele deixa um território e passa a trabalhar em outro. Dessa forma, para fins de concessão e manutenção de benefícios ou recuperação de direitos, os períodos de contribuição que foram cumpridos nos países acordantes serão considerados como períodos cumpridos no Brasil (e vice-versa), sendo que cada Estado irá arcar de maneira proporcional à contribuição recebida (Silva, 2011).

No que diz respeito à cobertura, geralmente os termos são estabelecidos no tratado de seguridade social firmado entre os países. Assim, existem acordos que concedem tratamento recíproco somente entre os cidadãos oriundos dos países contratantes, enquanto outros possuem cláusulas abertas, dependendo do ordenamento jurídico de cada país a extensão ou não aos estrangeiros ali residentes.

No Brasil, o artigo 5º da CRFB/88 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁶ asseguram a condição dos estrangeiros como titulares de direitos fundamentais,

⁶ “A garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, salvo as exceções de ordem constitucional, se estende também aos estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil. O caráter universal dos direitos do homem não se compatibiliza com estatutos que os ignorem. A expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro” (HC 74.051, voto do Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 18.06.1996).

independentemente do seu status migratório, confirmando o caráter universal dos direitos do homem, segundo o qual “todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018, p. 361). Por sua vez, as Leis nº 8.212 e nº 8.213/1991 não trazem nenhuma exigência em relação à nacionalidade brasileira como requisito, apenas dispõem que a regra é o trabalho em território nacional (Castro; Lazzari, 2020, local. 147).

Além disso, os acordos internacionais em matéria de previdência social devem orientar-se por alguns princípios, cuja observância é necessária para a celebração e fiel execução do pactuado. Considerando a condição de vulnerabilidade dos migrantes, o principal deles é o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas provenientes dos países contratantes, com fundamento na Convenção nº 118 da OIT sobre a igualdade de tratamento em matéria de seguridade social e na Constituição Federal brasileira. Seguindo essa linha, o princípio da eliminação de dupla cobertura, orienta que não pode haver o cômputo do tempo de contribuição em dois países ao mesmo tempo, evitando a oportunidade de fruição em duplicidade (Castro; Lazzari, 2020, local. 147-148). De acordo com o princípio da internacionalidade ou solidariedade internacional, os benefícios não podem ser limitados às fronteiras de um país; o princípio da reciprocidade determina que a regra aplicável deve ser aquela estabelecida no acordo internacional, ou seja, os direitos acordados valem em todos os países acordantes (Mazzuoli, 2019, p. 414-415).

Quanto ao princípio do pagamento de prestações no exterior, verifica-se que o Brasil continua realizando o pagamento das prestações, mesmo que o migrante ou beneficiado saia do país, enquanto alguns países estipulam prazos; já no princípio da divisão dos encargos, tem-se o estabelecimento de uma fórmula entre os países acordantes para que eles se reembolsem, sendo tradicionalmente utilizada uma relação proporcional em que cada país é responsável pelo período correspondente às contribuições realizadas pelo trabalhador em seu território (Jales, 2017). Aplicam-se, ainda, outros princípios gerais do direito, como a expectativa de direito e o direito adquirido, além dos princípios previdenciários, como a contributividade (a CRFB/88 estabelece que a Previdência Social terá caráter contributivo – art. 201, *caput*).

Com efeito, o primeiro acordo multilateral firmado pelo Brasil, o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul (Mercosul), abrangendo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, assinado em 15 de dezembro de 1997, aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 451 (em 14/11/2001) e promulgado pelo Decreto nº 5.722/06. O artigo 4º do acordo prevê, como regra geral, a observância da legislação previdenciária do país em que o trabalhador exerce a atividade laboral (Brasil, 2006, Art. 4º).

O outro acordo multilateral em vigência foi assinado pelo Brasil em 10 de novembro de 2007, conhecido como Convenção Multilateral Ibero-americana de Segurança Social, passando a vigorar no Brasil em maio de 2011, e envolve Bolívia, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Portugal e Uruguai. Fixa regras muito parecidas com acordo do Mercosul, inclusive quanto à legislação aplicável como sendo aquela do local em que a atividade é desenvolvida, independentemente da nacionalidade do trabalhador (artigo 9º) (Brasil, M.T.P.S., 2022).

No que tange aos acordos bilaterais de cooperação previdenciária, o Brasil possui pactos em vigor com Alemanha, Bélgica, Cabo Verde, Canadá, Chile, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, Portugal, Quebec e Suíça, conforme demonstra a tabela a seguir:

Tabela 1 – Demonstra os acordos bilaterais existentes e sua data de vigência.

País acordante	Acordo vigente (ano de início)	Primeiro acordo
Alemanha	2013	
Bélgica	2014	
Cabo Verde	1979	
Canadá	2014	
Chile	2009	1993
Coréia do Sul	2015	
Espanha	2018	1995
Estados Unidos	2018	
França	2014	
Grécia	1990	
Itália	1977	
Japão	2012	
Luxemburgo	2018	1967
Portugal	2013	1969
Quebec	2016	
Suíça	2019	

Fonte: Brasil, M.T.P.S., 2022.

Existem ainda acordos que foram assinados, mas estão em processo de ratificação pelo Congresso Nacional, como os acordos bilaterais com Áustria; Bulgária; Índia; Israel; Moçambique⁷ e República Tcheca, e o acordo multilateral da CPLP (Comunidade de Língua Portuguesa). Também há acordos previdenciários em processo de negociação com Polônia,

⁷ O Acordo bilateral firmado entre Brasil e Moçambique já foi aprovado pela Comissão de relações exteriores e de defesa nacional do Congresso Nacional e está aguardando a ratificação do parlamento. (Brasil, C. D., 2021).

Senegal, Suécia e Noruega, fase em que ocorre a discussão sobre quais benefícios são similares entre os países e passíveis de serem incluídos nos acordos (Brasil, M.T.P.S., 2023).

Após a fase de assinatura, para que entrem em vigor no Brasil, é preciso que os acordos sejam ratificados pelo Congresso Nacional, e que ocorra a publicação do Decreto Presidencial de Promulgação do Acordo pelo Presidente da República. É importante destacar que a maioria dos acordos internacionais de cooperação previdenciária centra sua proteção no benefício programável de aposentadoria por idade e nos benefícios relacionados com a perda da capacidade laborativa (não programáveis ou de risco), ou seja, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente (Tavares; Martins, 2020).

4. A controvérsia sobre o pagamento de benefícios inferiores ao salário mínimo nacional: análise do tema 262 da TNU

A maioria das pessoas não pensa em um planejamento previdenciário ou não possui condições para fazê-lo, preocupando-se com a cobertura dos riscos sociais somente quando eles acontecem. É nesse contexto que o Estado, “como expressão unificada da vontade individual e da vontade social”, possui o dever de atuar na implementação de políticas e serviços públicos que garantam a proteção social aos mais necessitados, pois “o fim do Estado é o interesse coletivo” (Bonavides, 1995 *apud* Castro; Lazzari, 2020, local. 1808).

Os acordos internacionais de seguridade social atuam justamente na proteção social das pessoas que iniciaram sua vida laboral em um país, recolhendo contribuições naquele local, e pretendem computar este tempo trabalhado em outro (geralmente no país de destino), buscando alguma espécie de benefício previdenciário. A propósito, os benefícios previdenciários internacionais podem ser conceituados como “aqueles que conferem qualquer tipo de direito de contagem de tempo de contribuição ou carência mediante computo de períodos de contribuição vertidos para regimes previdenciários de outros países” (Koetz, 2016, p.1, cap.13).

Um dos pontos de grande controvérsia quando se fala em acordos internacionais de seguridade social é a possibilidade de pagamento dos benefícios em valor inferior ao salário mínimo nacional. Isso ocorre por força do § 1º do artigo 35 do Decreto nº 3.048/1999 (redação alterada pelo Decreto nº 10.410/20), o qual prevê que “a renda mensal inicial *pro rata* dos benefícios por totalização, concedidos com base em acordos internacionais, será proporcional ao

tempo de contribuição para previdência social brasileira e poderá ter valor inferior ao do salário-mínimo” (Brasil, 1999, Art. 35).

O tema foi objeto de pedido de uniformização de jurisprudência (processo nº 0057384-11.2014.4.01.3800), requerido pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor de uma segurada que obteve a concessão do benefício de aposentadoria por idade com base no Acordo Internacional firmado entre Brasil e Portugal. No caso concreto, a segurada trabalhou como empregada doméstica em Portugal, oportunidade em que efetuou cerca de 70 (setenta) contribuições para a previdência social portuguesa, além de ter contribuído por 13 (treze) anos para a previdência social brasileira (Brasil, TNU, 2021).

Após requerimento administrativo em que houve o reconhecimento do tempo de contribuição trabalhado em Portugal, em meados de 2013 foi concedido o benefício de aposentadoria por idade, porém, a renda mensal inicial foi fixada em valor inferior ao salário mínimo nacional vigente na época da concessão. A tese defendida pela DPU, em ação revisional de benefício, buscava a complementação do valor do benefício até o correspondente ao salário mínimo vigente, sob o fundamento de desrespeito ao artigo 201, § 2º, da CRFB/88 e ao artigo 33 da Lei nº 8.213/91, que apontam a impossibilidade de pagamento de valor inferior ao salário mínimo na hipótese de benefício que substitua o salário de contribuição (rendimento do trabalho), como ocorre nas aposentadorias.

A autarquia previdenciária, em sua defesa, destacou que a renda mensal do benefício concedido por totalização (soma dos períodos de contribuição em países diferentes) pode ser inferior ao salário mínimo, porque existe o cômputo do tempo de serviço laborado em países diferentes, sendo que cada país deve pagar valor proporcional ao tempo totalizado no âmbito de sua legislação e regime previdenciário, de acordo com a previsão do acordo internacional. Assim, considerando que os benefícios decorrentes de acordos internacionais têm natureza de benefícios complementares (aqueles que podem ser cumulados com outros benefícios), é possível que o segurado receba benefício da previdência social de outro país e o valor das prestações, somado ao benefício recebido no Brasil, ultrapasse o teto mínimo arbitrado no país de residência do segurado, nos termos do artigo 632 da Instrução Normativa nº 77/2015 do INSS⁸:

⁸ A nova Instrução Normativa do INSS, nº 128, de 28 de março de 2022, não alterou substancialmente os dispositivos atinentes à matéria: “Art. 403. Os Acordos Internacionais de Previdência Social preveem o cômputo do tempo de contribuição ou seguro cumprido em países signatários para aquisição de direito a benefícios, aplicando-se a regra da totalização. Art. 404. A regra da totalização prevê o cômputo dos tempos de contribuição ou seguro dos países acordantes para fins da elegibilidade do benefício, com pagamento proporcional ao tempo de contribuição vertido para cada país, se alcançados todos os requisitos necessários ao reconhecimento do direito. § 1º Com a aplicação da regra da proporcionalidade, o valor do benefício poderá ser inferior ao salário mínimo, salvo regra expressa do Acordo

Art. 632. Os Acordos de Previdência Social preveem a totalização do tempo de contribuição ou período de seguro cumprido no país acordante para garantia do direito, não considerando os valores contribuídos nesse país. Parágrafo único. O pagamento dos benefícios ocorrerá de forma proporcional ao tempo e ao valor contribuído para os regimes de previdência, resultando na garantia de benefícios em dois ou mais países acordantes, desde que atendidas as condições necessárias previstas na legislação previdenciária de cada país e conforme cada Acordo (Brasil, 2015, Art. 632).

Em sede de sentença, o pedido de revisão da DPU foi julgado improcedente com base no § 1º do artigo 35 do Regulamento da Previdência Social (RPS), entendendo que o benefício por totalização comporta renda mensal inferior ao salário-mínimo, decisão que foi mantida pela 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso inominado interposto. Por conseguinte, a DPU protocolou pedido de uniformização contra aludido acórdão, demonstrando a necessidade de unificação da jurisprudência, tendo em vista o entendimento da 8ª Turma Recursal de São Paulo, que sempre exigia a complementação do benefício concedido por totalização.

Diante do impasse jurídico e da relevância do assunto, o processo foi escolhido como representativo da controvérsia (Tema 262). Em julgamento realizado no dia 27 de maio de 2021, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) fixou tese concernente à possibilidade do pagamento de benefícios previdenciários, concedidos com base em acordos internacionais, em valor inferior ao salário mínimo nacional, desde que a soma dos benefícios previdenciários devidos por cada Estado ao segurado seja igual ou superior a esse piso:

Assim, para a uniformização nacional da interpretação das normas em questão, entendo que deva ser fixada a seguinte tese:

- 1) Nos casos de benefícios por totalização concedidos na forma do Acordo de Seguridade Social celebrado entre Brasil e Portugal (Decreto nº 1.457/1995), o valor pago pelo INSS poderá ser inferior ao salário-mínimo nacional, desde que a soma dos benefícios previdenciários devidos por cada Estado ao segurado seja igual ou superior a esse piso;
- 2) Enquanto não adquirido o direito ao benefício devido por Portugal ou se o somatório dos benefícios devidos por ambos os Estados não atingir o valor do salário-mínimo no Brasil, a diferença até esse piso deverá ser custeada pelo INSS para beneficiários residentes no Brasil (Brasil, TNU, 2021).

dispondo em sentido contrário. § 2º O valor da prestação teórica não poderá ser inferior ao salário mínimo” (Brasil, 2022).

Com efeito, a TNU entendeu que não existe violação à CRFB/88 ou à Lei nº 8.213/91 quando o benefício previdenciário é pago no Brasil em valor inferior ao salário-mínimo, desde que esse pagamento seja somente relativo à sua quota-parte. Isto é, tanto no Brasil quanto em Portugal (ou outro país signatário de acordo) pode ser pago um valor inferior ao mínimo local, visto que a prestação total consistirá no somatório dos dois benefícios (da quota-parte brasileira e da quota-parte portuguesa). Consequentemente, uma vez que os benefícios decorrentes de acordo internacional são pagos em duas etapas (uma parte paga pelo Brasil e uma parte paga pelo outro país), essa soma muitas vezes supera o valor do salário mínimo nacional (Brasil, TNU, 2021).⁹

A tese fixada pela TNU pautou-se em uma interpretação sistemática dos artigos 9º, 10, 11 e 12 do Decreto nº 1.457/1995 – que promulgou o Acordo de Seguridade Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa¹⁰ – e do artigo 35, § 1º, do Decreto nº 3.048/1999. Além disso, aplicou o princípio da divisão dos encargos, segundo o qual cada país arca com a sua quota-parte, de acordo com as contribuições vertidas para o seu regime previdenciário.

Dessa maneira, a complementação ocorre apenas na hipótese de não ser atingido o salário mínimo fixado no país onde o beneficiário reside se somados os valores das aposentadorias devidas pelos Estados Acordantes, situação em que a diferença será devida pela entidade gestora do país de residência do segurado (art. 12, Decreto nº 1.457/1995). Quanto ao caso analisado, considerando que não foi apresentada nos autos do processo nenhuma prova acerca da inexistência ou não de pagamento da quota-parte portuguesa, a TNU manteve a decisão de improcedência do pedido.

De tal sorte, conforme a tese fixada pela TNU no Tema 262, resta assegurado que o valor da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários devidos em virtude do Acordo de

⁹ A decisão ainda traz um exemplo para esclarecer como funciona o cálculo do valor do benefício nos termos do acordo internacional: “São exigidos 15 anos civis de registo de remunerações para o direito a uma pensão de velhice, nos termos da lei portuguesa; logo, esse período poderá ser cumprido pela soma das contribuições recolhidas em Portugal e no Brasil. De igual maneira, no Brasil são exigidas 180 contribuições, que podem ter sido vertidas parcialmente em cada país, desde que a soma atinja o período mínimo. - O valor do benefício será calculado, por cada Estado-parte, proporcionalmente ao período recolhido em seu próprio território. - Assim, se uma pessoa contribuiu 10 anos em Portugal e 5 anos no Brasil, o salário-de-benefício será pago 2/3 por Portugal, segundo a sua legislação, e 1/3 pelo Brasil, também segundo suas normas internas” (Brasil, TNU, 2021).

¹⁰ Por oportuno, destaca-se o teor dos artigos 11 e 12 do Acordo: “Artigo 11. As prestações a que as pessoas referidas nos artigos 9 e 10 do presente Acordo ou seus dependentes têm direito em virtude da legislação de cada um dos Estados Contratantes, em consequência (sic) ou não da totalização dos períodos de seguro, serão liquidadas nos termos da sua própria legislação, tomando em conta, exclusivamente, os períodos de seguro cumpridos ao abrigo da legislação desse Estado. Artigo 12. Quando os montantes das pensões ou aposentadorias devidos pelas entidades gestoras dos Estados Contratantes não alcançarem, somados, o mínimo fixado no Estado Contratante em que o beneficiário reside, a diferença até esse mínimo correrá por conta da entidade gestora deste último Estado” (Brasil, 1995a).

Seguridade Social celebrado entre Brasil e Portugal sempre corresponderá, pelo menos, ao salário-mínimo em vigor no Brasil, respeitando o disposto no artigo 201, §2º, da CRFB/88.

Nessa perspectiva, salienta-se que a regra nos acordos internacionais de seguridade social é justamente a previsão do pagamento de benefício proporcional às contribuições vertidas em cada país, permitindo que a renda mensal inicial tenha valor inferior ao salário mínimo vigente. A exceção fica por conta da possibilidade de o pagamento ser realizado exclusivamente pelo país que concedeu o benefício, como ocorre no acordo entre Brasil e Espanha.¹¹ Para isso, o país concedente deve reconhecer e considerar as contribuições previdenciárias recolhidas no outro país ao determinar o valor do benefício que será concedido ao migrante, respeitando o salário mínimo nacional (Castro, 2014, p. 109).

5. Considerações finais

O Brasil, como signatário de tratados internacionais que repudiam qualquer discriminação pautada na origem do indivíduo e que exigem a adoção de medidas que assegurem a efetividade dos direitos econômicos e sociais, não pode assumir um compromisso de solidariedade internacional para, em seguida, conferir tratamento diferenciado aos migrantes ou deixar de atender às suas necessidades básicas. Sob essa ótica, os acordos internacionais de seguridade social e a proteção previdenciária que eles oferecem são primordiais para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

A proteção jurídica conferida aos migrantes, tanto no plano interno quanto no âmbito internacional, oscilou muito ao longo das décadas, passando por momentos em que eles eram invisíveis aos olhos da sociedade do país de destino. Atualmente, diante do número cada vez mais expressivo de deslocamento populacional, aliado à intensa globalização, a agenda internacional tem buscado mecanismos de inclusão e garantia de direitos a essas pessoas. O Brasil, por sua vez, editou a Lei de Migração, que trouxe um extenso rol de direitos aos migrantes.

¹¹ No Brasil, o único acordo de seguridade social que adota esse sistema é o Convênio de Seguridade Social firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 1.689/1995, e que teve um Acordo Complementar de Revisão promulgado pelo Decreto nº 9.567/2018. A previsão consta no artigo 18, 2 e 3 do Convênio: “Artigo 18 (...) 2 – Os períodos mencionados no parágrafo anterior serão levados em conta pela Instituição da outra Parte para a aplicação do disposto no parágrafo 2. a) do Artigo 16, considerando como próprios os períodos mencionados para efeitos de cálculo e pagamento das prestações. 3 – Não obstante o disposto no parágrafo anterior, se tiverem sido cumpridos em cada uma das Partes períodos de seguro ou de trabalho inferiores a um ano que, por si mesmos, não dão direito a prestações, serão totalizados de acordo com o parágrafo 2 do Artigo 16, sempre que com essa totalização se adquira o direito a ela em uma ou em ambas as Partes” (Brasil, 1995b).

Não obstante o arcabouço legal que vem sendo desenvolvido para ampliar a proteção dos migrantes, não se pode olvidar que os acordos internacionais de seguridade social ocupam uma posição de destaque nesse contexto, porquanto existem acordos que são mais antigos do que algumas das legislações brasileiras e convenções internacionais em matéria de migração, correspondendo, por vezes, à única hipótese de efetivação de direitos sociais (previdência social e saúde) dessa população. Por mais que exista o objetivo econômico de compensação entre os países acordantes para os quais foram vertidas contribuições previdenciárias, há também a preocupação com os riscos sociais e o amparo das pessoas que buscam melhores condições de vida e trabalho em países diferentes.

Diante do mundo globalizado, onde a mobilidade humana é cada vez maior, proteger os direitos previdenciários dos migrantes é uma função essencial dos Estados, visto que a gama de vulnerabilidades a que eles estão submetidos é muito grande. Os acordos internacionais de seguridade social são demonstrações de cooperação internacional, refletindo o compromisso dos países com a igualdade e dignidade da pessoa humana, independentemente da sua origem.

Atualmente, existem 18 (dezoito) acordos internacionais de seguridade social em vigência no Brasil e vários outros aguardando ratificação, o que comprova o aumento do contingente migratório e a necessidade de relações cada vez mais estreitas entre os países. Cumpre salientar que o acesso do migrante aos benefícios ocorre com o preenchimento dos requisitos exigidos no respectivo acordo.

Dentro desse panorama, uma das discussões que surgiu foi a constitucionalidade ou não do pagamento de benefício, no Brasil, em valor inferior ao salário mínimo nacional. A DPU levou o tema à TNU, através de um pedido de uniformização de jurisprudência, que foi afetado como representativo da controvérsia (Tema 262) e julgado em maio de 2021. Apesar da tese defendida pela DPU, de que era necessária a complementação do valor, a TNU entendeu que não existia desrespeito à CRFB/88, visto que os acordos internacionais preveem o pagamento dos benefícios em duas etapas (uma parte paga pelo Brasil e uma parte paga pelo outro país).

Os princípios aplicáveis aos acordos internacionais, que funcionam como linha mestra na interpretação dos pactos, preveem o dever de reciprocidade entre os países acordantes, que devem arcar com os respectivos encargos oriundos das prestações previdenciárias estipuladas nos acordos. Assim, na análise do caso concreto, é fundamental avaliar a possibilidade de pagamento proporcional ou a necessidade de complementação pela unidade gestora brasileira. O entendimento da TNU, conforme estabelecido no Tema 262, tem como objetivo evitar pagamentos em duplicidade e, assim, garantir justiça social para os demais segurados da previdência social.

Dessa forma, considerando que estes benefícios são concedidos por totalização, somando-se as contribuições vertidas nos países envolvidos e que pode existir o pagamento proporcional em ambos os países, não afronta a CRFB/88 o pagamento da quota-parte brasileira em valor inferior ao salário mínimo nacional, visto que o valor total do benefício respeitará a previsão do artigo 201, § 2º. É importante frisar que os benefícios decorrentes do acordo Brasil/Portugal são complementares, porque podem ser cumulados pelo beneficiário. Inclusive, há outros benefícios que também são pagos em valor inferior ao salário mínimo e possuem natureza complementar, como o auxílio-acidente e o salário família.

Por certo, a partir da análise dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, verifica-se a adequação da medida, uma vez que ela busca reconhecer e recompensar os períodos de contribuição recolhidos pelo migrante em outros países sem prejudicar os demais segurados brasileiros. Essa abordagem também respeita os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da contributividade, pois garante a justiça social ao impedir a criação de uma distinção entre migrantes e cidadãos nacionais.

Com efeito, o dever de solidariedade social transcende a nacionalidade e as fronteiras territoriais, porém, os países ainda estão adstritos ao ordenamento jurídico interno e às normas que orientam as relações externas, devendo respeitar as cláusulas previstas nos acordos firmados, como o pagamento proporcional estabelecido no acordo entre Brasil e Portugal. Assim, nas hipóteses em que os migrantes e refugiados não conseguem atender aos requisitos fixados no respectivo acordo de seguridade social, impossibilitando que ele alcance a proteção social a que se destina, no Brasil, é possível buscar a percepção de Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), no valor de um salário-mínimo.

Aliás, é comum que os migrantes e refugiados acabem trabalhando de maneira informal por longos períodos, o que prejudica o acesso a prestações previdenciárias. Nesse contexto, a existência de uma alternativa de proteção social àqueles que não se enquadram nos critérios prescritos nos acordos internacionais de seguridade social reflete o compromisso do Brasil com o sistema internacional de direitos humanos.

Referências

ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História moderna e contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1977.

BAENINGER, Rosana. Pacto Global da Migração e Direitos Humanos. In: ALMEIDA, Néri de Barros (org.). *Os direitos humanos à prova do tempo: reflexões breves sobre o presente e o futuro da humanidade*. Campinas, SP: BCCL/UNICAMP, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Aprovado o Acordo de Segurança Social entre Brasil e Moçambique*. Comissão de relações exteriores e de defesa nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/noticias/aprovado-o-acordo-de-seguranca-social-entre-brasil-e-mocambique>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 1.457, de 17 de abril de 1995*. Promulga o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 7 de maio de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1457.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. *Decreto n.º 1.689, de 07 de novembro de 1995*. Promulga o Convênio de Seguridade Social, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Espanha, de 16 de maio de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 1995b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1689.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. *Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n.º 5.722, de 13 de março de 2006*. Promulga o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul e seu Regulamento Administrativo, de 15 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5722.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa 77, de 21 de janeiro de 2015*. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Brasília, DF: Presidência da República, 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. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. *Instrução Normativa 128, de 28 de março de 2022*. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Acordos Internacionais de Previdência Social*. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e da Previdência Social, atualizado em 14/12/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/acordos-internacionais/acordos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues>. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Brasil e Polônia negociam acordo previdenciário*. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e da Previdência Social, atualizado em 03/01/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/institucionais/2022/dezembro/brasil-e-polonia-negociam-acordo-previdenciario>. Acesso em 05 jan. 2023.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *TEMA 262. Renda mensal do benefício previdenciário. Acordo internacional entre Brasil e Portugal. Valor inferior ao salário mínimo nacional*. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 0057384-11.2014.4.01.3800, Relator Paulo Cezar Neves Junior. Turma Nacional de Uniformização. Julgado em 27.05.2021. Publicado em 28.05.2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. *Direitos humanos de seguridade social: uma garantia ao estrangeiro*. São Paulo: LTr, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

CHIARETTI, Daniel; SEVERO, Fabiana Galera. *Comentários ao Estatuto dos Refugiados*. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

DI CESARE, Donatella. *Estrangeiros residentes*. Uma filosofia da migração. Tradução de César Tridapalli. Belo Horizonte: Ed. Âyiné, 2020.

GALBRAITH, John Kenneth. *A natureza da pobreza das massas*. Tradução de Oswaldo Barreto e Silva. Nova Fronteira, 1979.

HALIK, Aline Roberta; LIMA, Diana Vaz de. A sistemática das concessões e pagamentos dos acordos internacionais de previdência social firmados pelo Brasil. *Revista Brasileira de Previdência*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 45-59, jan/jun. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/4493>. Acesso em: 13 jan. 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

JALES, Lycia Cibely Porto. A situação do estrangeiro no Brasil face aos acordos internacionais de previdência social firmados pelo estado brasileiro. *Revista Direito e Liberdade (RDL)*. Revista Jurídica da Escola da Magistratura do RN (ESMARN). Rio Grande do Norte, v. 19, n. 1, p. 191-225, jan./abr. 2017. Disponível em:

http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1082. Acesso em: 22 jan. 2022.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*. FGV. São Paulo, n. 11, p. 275-294, jan/jun 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24228/22991>. Acesso em: 13 ago. 2021.

KOETZ, Eduardo. *Direito Previdenciário Internacional na era pós globalização*. Porto Alegre: Simplíssimo, 2016. E-book.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 9. ed. rev., atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Leandro Madureira. A internacionalização da previdência social e os trabalhadores migrantes. IN: *30º Congresso Brasileiro de Previdência Social - Básica e Complementar*. Jornal do Congresso. São Paulo: LTr, p. 75-76, 27 a 29 jun. 2011. Caderno de Teses. Disponível em: http://fapmg.org.br/uploads/noticias/anexo/30_Congresso_LTr_de_Previdencia_Social.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

SILVA, Thiago Perez Rodrigues da. Acordos internacionais de previdência social firmados pelos Brasil: um enfoque nas regras de aplicação da legislação no que tange aos interesses das pessoas jurídicas de direito privado. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-25, jul./dez., 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/5186>. Acesso em: 25 jan. 2022.

TAVARES, Marcelo Leonardo; MARTINS, Luis Lopes. Proteção previdenciária de imigrantes no Brasil: a cobertura dos acordos internacionais de cooperação previdenciária. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 61-82, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p61. Acesso em: 22 jan. 2022.

WICKERT, Lisiane Beatriz; KIELING, Janice Scheila; TRINDADE, Diego Luiz. O acesso à internet em tempos de Covid-19: garantia da igualdade material no direito à educação básica.

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 3, n. 2, 2021, p. 49-68. Disponível em: <http://revista.defensoria.df.gov.br/revista/index.php/revista/article/view/134>. Acesso em: 13 jan. 2022.

Responsabilidade civil no contexto de pandemia: uma análise da compensação financeira em favor dos profissionais de saúde

Civil responsibility in the pandemic context: an analysis of financial compensation in favor of health professionals

Edith Maria Barbosa Ramos^{*}

David Elias Cardoso Câmara^{**}

Gilmara de Jesus Azevedo Martins^{***}

Resumo: O presente trabalho visou realizar uma análise crítica de natureza sociojurídica da Lei nº 14.128/2021, que estabelece a compensação pecuniária aos profissionais da área da saúde que sofreram alguma incapacidade permanente ou, no caso de morte, aos seus dependentes, metodologicamente adotou-se o método de abordagem indutivo aliado à revisão bibliográfica e jurisprudencial. Concluiu-se que a previsão de indenização especificamente para os profissionais de saúde é um reconhecimento dos esforços e dedicação daqueles que estavam constantemente expostos aos riscos de contaminação, que se avolumaram com a Covid-19.

Palavras-chave: Lei 14.128/2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6970; profissionais de saúde; pandemia; COVID-19.

Abstract: The present work aimed to conduct a socio-legal critical analysis of Law No. 14,128/2021, which establishes pecuniary compensation for healthcare professionals who have suffered any permanent disability or, in the case of death, for their dependents. Methodologically, an inductive approach was adopted, combined with bibliographic and jurisprudential review. It was concluded that the provision of specific compensation for healthcare professionals is a recognition of the efforts and dedication of those who were constantly exposed to the risks of contamination, which were exacerbated by Covid-19.

Keywords: Law 14.128/2021; Direct action unconstitutionality nº 6970; Health professionals; pandemic; COVID-19.

Recebido em: 25/06/2023
Aprovado em: 05/09/2023

Como citar este artigo:

RAMOS, Edith Maria Barbosa; CÂMARA, David Elias Cardoso; MARTINS, Gilmara de Jesus Azevedo. Responsabilidade civil no contexto de pandemia: uma análise da compensação financeira em favor dos profissionais de saúde. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 93-111.

^{*} Doutora em Políticas Públicas (UFMA). Professora graduação e pós-graduação em Direito e Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito (UFMA).

^{**} Mestre em Direito (PPGDIR/UFMA).

^{***} Mestre em Direito (PPGDIR/UFMA).

Introdução

A complexidade imposta pela pandemia da Covid-19 para as diversas instituições da sociedade agravaram ainda mais o sentimento de insegurança em relação ao futuro. Se as doenças como câncer, diabetes, *Alzheimer*, ansiedade, entre outras ainda desafiam a ciência, o surgimento e a expansão de um vírus até então desconhecido só aumentou o medo e evidenciou o risco no qual a contemporaneidade está mergulhada.

A Covid-19 é uma doença ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2, o qual foi transmitido aos humanos por morcegos, inicialmente em um mercado local de animais vivos em Wuhan, na China no final de 2019 (OMS, 2020). Ocorre que pouco se conhecia sobre o tratamento que deveria ser ministrado aos pacientes para controle da doença. Tal conhecimento só foi adquirido após muitos testes e com muitas vidas perdidas. Idosos, jovens, crianças, homens, mulheres, negros e brancos, a doença atingiu a todos.

Entre as medidas sanitárias sugeridas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) estava o isolamento no caso de suspeita de contágio, o uso de máscaras em locais fechados, a restrição de locomoção, entre outras. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou que os governos federal, estados e municípios pudessem impor medidas de enfrentamento à Covid-19 dentro de suas respectivas competências constitucionais.

Nesse sentido, exigiu-se que os órgãos governamentais trabalhassem em conjunto para formular e gerir recursos que pudessem fazer frente à crescente expansão do vírus e suas consequências sociais e econômicas. Visto que, para as pessoas mais vulneráveis, o isolamento não era uma opção o fechamento dos estabelecimentos comerciais resultou em demissões e encolhimento da economia e no consequente agravamento da situação financeira de muitas famílias.

Em meio ao crescente número de contaminados, os hospitais receberam muitos doentes que demandavam tratamento intensivo para sobreviver. Dessa forma, a superlotação de hospitais era o padrão em todos os países do mundo. Os profissionais de saúde foram submetidos a escalas longas de trabalho, sob forte estresse e sem poder abandonar suas funções. Médicos, enfermeiros, anestesistas, apoio administrativo, pessoal da limpeza, todos esses profissionais se empenharam na guerra contra a Covid-19.

O resultado foi a recuperação dos doentes e a gradual redução do número de internações. No entanto, diversos profissionais morreram por estarem expostos diretamente ao contato com o

vírus ou ficaram com algum tipo de incapacidade decorrente de sua contaminação. Considerando o contexto singular no qual se encontra o país, parlamentares da Câmara dos Deputados propuseram o Projeto de Lei nº 1.826/2020, o qual visava instituir o pagamento de compensação pecuniária em favor dos profissionais da saúde que foram acometidos pela doença. Importa destacar que tal proposição foi convertida na Lei nº 14.128/2021.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo é realizar uma análise crítica de natureza sociojurídica da Lei nº 14.128, de 2021, de modo a compreender seu funcionamento e particularidades. Para isso, adotou-se o método de abordagem indutivo aliado à revisão bibliográfica e jurisprudencial.

O presente artigo está dividido em cinco seções: inicialmente, confeccionou-se a introdução do assunto, na qual foi apresentado o objeto e os problemas de pesquisa. Em seguida, discutiu-se o contrato civil brasileiro, de modo a compreender a sua base conceitual e jurídica. O terceiro tópico discorreu-se sobre os institutos da responsabilidade civil, do caso fortuito e de força maior. O quarto capítulo tratou da responsabilidade civil do Estado e da compensação com nova abordagem a partir do contexto da Covid-19. No quinto item foi abordada objetivamente a Lei nº 14.128/2021, de modo a compreender a justificativa e as discussões em volta de sua constitucionalidade. E, por último, as considerações finais, nas quais discorreu-se sobre as conclusões desta pesquisa com a demonstração da importância da Lei nº 14.128/2021 enquanto instrumento de valorização dos profissionais de saúde.

1. Os pilares do ordenamento jurídico civilista brasileiro: análise do contrato civil e suas implicações na esfera das relações patrimoniais

Conceitualmente o contrato civil é um instrumento jurídico que busca garantir um equilíbrio de interesses entre os sujeitos, isto é, contratante e contratado, ou seja, é um ato jurídico que requer a vontade humana com o propósito de garantir um benefício econômico. Para Tartuce (2023, p. 1) “O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

No Brasil, coexistem diversas espécies de contrato, por exemplo, o contrato de compra e venda, locação e de trabalho, tornando a tarefa difícil do legislador do Código Civil de 2002 em conceituar explicitamente este instituto¹.

Civilistas como Maria Helena Diniz (2023) e Flávio Tartuce (2023) informam que o contrato civil é considerado fonte do direito das obrigações. Em uma abordagem clássica, ele é definido como o “(...) ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes. Nesse sentido, dispõe o art. 1.134 do Código francês [1808]: As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei” (VENOSA, 2023, p. 23). Porém, em uma concepção mais atual, o contrato civil é entendido como uma “o contrato desviado de sua função social não ficará livre de uma sanção jurídica, pois sua prática incursiona pelo terreno da ilicitude” (THEODORO JR, 2014, p. 23).

Os efeitos do contrato civil são analisados posteriormente à sua celebração, uma vez que as consequências jurídicas são aplicadas em um momento futuro após o aceite entre os indivíduos. Tal cenário destaca a relativização do *pacta sunt servanda*, dispondo que em um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes de forma restrita, ou seja, aquilo que foi estabelecido pelas partes tem a mesma força jurídica de uma lei.

Com a obrigatoriedade contratual firmada pelo *pacta sunt servanda* não poderiam as partes contratantes de se eximir as cláusulas dispostas, quer dizer as obrigações firmadas entre os sujeitos são vinculativas e devem ser cumpridas, independentemente das circunstâncias. Em síntese, uma vez estabelecidos os direitos e obrigações, o que foi acordado é irrevogável e não podendo ser resolvido ou extinto.

Na contemporaneidade, a força obrigatória do contrato é mitigada pelos princípios da boa-fé e da função social, especialmente diante da valorização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, “a força obrigatória constitui exceção à regra geral da socialidade, secundária à função social do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo” (TARTUCE, 2023, p. 106).

Para garantir a incidência da boa-fé e da função social, é preciso que o contrato civil seja formado de forma isonômica por ambas as partes, isto é, que não seja prejudicial ou excessivamente oneroso para uma das partes a ponto de desequilibrar a relação contratual. Caso

¹ O Código Civil de 2002 prevê as seguintes espécies de contratos: contratos unilaterais e bilaterais; contratos gratuitos e onerosos; contratos comutativos e aleatórios; contratos paritários e de adesão; contratos solenes e não solenes; e contratos preliminares. Além disso, o Código Civil brasileiro também reconhece outras modalidades contratuais, tais como o contrato de compra e venda, o contrato de locação, o contrato de prestação de serviços, o contrato de mútuo, o contrato de fiança, entre outros.

essa relação seja quebrada devido aos prejuízos causados a um dos indivíduos, é possível a revisão de alguma das cláusulas ou de todo o instrumento contratual com base nos princípios da boa-fé e a função social do contrato².

O Enunciado nº 23 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, diz que: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

O instituto do contrato civil no Brasil vem conquistando novos contornos e indo ao oposto da teoria clássica da obrigatoriedade contratual. Esse fenômeno é perceptível pela incidência da relatividade do contrato, que indica que o contrato pode alterar suas cláusulas e os objetos de acordo com o contexto econômico e social que está inserido.

Por essa razão, o contrato é constituído por uma soma de fatores, e não mais pela vontade pura dos contratantes, reduzindo ainda mais a aplicação do *pacta de sunt servanda*, pois outros elementos de axiológicos irão influenciar o conteúdo do negócio jurídico, por ilustrativo, a dignidade da pessoa humana, os princípios da boa-fé e da função social do contrato. Tartuce (2023, p. 63) conceitua o princípio da função social como:

(...) um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

O contrato civil tem como finalidade atender aos interesses individuais, mas é influenciado pelas circunstâncias do espaço e tempo em que é elaborado, finalizado e executado. Isso se deve ao fato de que o contrato não existe isolado do contexto social que lhe confere significado e define suas regras, sendo inseparável da ordem econômica e da sociedade que o sustenta.

A força obrigatória ou *pacta sunt servanda* é vista com relatividade, não traduzindo que tenha sido retirado do ordenamento jurídico brasileiro, mas reduzindo ou mitigando sua aplicabilidade (DINIZ, 2023). É nesse âmbito que se insere o princípio da conservação do contrato,

² Importante deixar claro que a função social não elimina totalmente a autonomia privada ou a liberdade contratual, mas apenas atenua ou reduz o alcance destes princípios.

que ao verificar lesão, o magistrado deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação.

Seguindo as ideias expostas, pode-se afirmar que o contrato civil possui um ciclo de existência e validade (TARTUCE, 2023), que se inicia com o consentimento mútuo entre contratante e contratado, passa pela execução, finaliza com o cumprimento da obrigação e podendo ainda, ser modificado pelas partes ou por decisão judicial.

Todavia, ocorrem situações em que o cumprimento da obrigação contratual se torna inviável devido a fatores externos ao contrato ou por culpa das partes. Nessas circunstâncias, o instituto da responsabilidade civil contratual é acionado para solucionar os efeitos jurídicos decorrentes dessa situação.

2. Responsabilidade civil contratual e os efeitos do caso fortuito e da força maior no Brasil: um breve esboço teórico e jurídico

No contexto da responsabilidade civil no Brasil, é notório a utilização da doutrina alemã, a partir do estudo dos dois institutos elementares da obrigação: i) o débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), os quais a obrigação se encontra estruturada.

Schuld se refere à obrigação de cumprimento de uma conduta prevista em lei ou contrato. Havendo o adimplemento da obrigação, existirá somente o débito. Por sua vez, se a obrigação não for cumprida gera, consequentemente, a responsabilidade, ou seja, *Haftung*. Para Gonçalves (2023, p. 10):

A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (*Schuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*Haftung*), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida.

Ocorre que nem sempre a obrigação é devidamente cumprida, surgindo, nesse contexto, a incidência da responsabilidade civil (*Haftung*). O inadimplemento da obrigação pode ocorrer tanto

na sua inexecução quanto no seu descumprimento, conforme previsto nos artigos 389 a 391 do Código Civil brasileiro de 2002³.

Em termos gerais, a responsabilidade civil surge quando há o descumprimento de uma obrigação, seja por não cumprir um contrato ou por não seguir uma norma que regula a vida de terceiros. “É nesse momento que se tem a cisão em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, esta também denominada aquiliana” (FOGAÇA; VIEIRA; 2022, p. 3).

Tartuce (2023, p. 119) conceitua a obrigação “como a relação jurídica transitória, existente entre um credor e o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa.

A responsabilidade civil contratual é uma espécie do gênero *Haftung* que surge em decorrência do descumprimento de uma obrigação originada em um negócio jurídico pactuado entre credor e devedor. Em síntese, trata-se da obrigação de cumprir as cláusulas de um contrato. Nesse contexto, a responsabilidade civil contratual é caracterizada pela violação de uma obrigação previamente acordada.

Em contraponto à responsabilidade civil contratual, encontra-se a responsabilidade civil extracontratual, a qual aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil, “todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo”. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.

O ato ilícito, para fins de responsabilização civil, “O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão.” (DINIZ, 2023, p. 21). As disposições sobre a responsabilidade civil extracontratual podem ser encontradas nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil brasileiro de 2002.

Os elementos essenciais da responsabilidade civil contratual são o descumprimento da obrigação, a culpa e o dano efetivo. Na análise do descumprimento, é necessário levar em conta a relação obrigacional entre os indivíduos como um processo, levando em consideração os deveres

³ Tais dispositivos estabelecem os parâmetros jurídicos a serem observados em casos de inadimplemento, de modo a garantir a reparação dos danos causados em decorrência do descumprimento da obrigação. Nesse sentido, a compreensão da relação entre débito e responsabilidade civil é fundamental para uma análise precisa e justa das questões que envolvem o tema.

de prestação quanto deveres de conduta, adotando-se, porquanto, “cada vez mais um caráter normativo, como um déficit entre a conduta efetivada e a conduta devida” (LOBO, 2022, p. 138).

Por tais considerações, os doutrinadores civilistas brasileiros, construíram, como espécies, a culpa *in vigilando*, trata-se de culpa pela falta ou deficiência de vigilância ou guarda de outra pessoa, presente principalmente em casos de cuidados de pessoas incapazes, ou de coisas), a culpa *in eligendo*, aplicável pela má escolha do empregado, do preposto ou de outrem, existindo vínculo de subordinação) e o Direito Civil brasileiro, prevê hipótese de presunção de culpa, para poder atribuir a responsabilidade civil a alguém (vide artigos, 186, 927, 932, 933, 934 e 936 do Código Civil de 2002).

O principal objetivo da responsabilidade civil é estabelecer, diante dos diversos eventos danosos que ocorrem diariamente, quais deles devem ser atribuídos ao autor do dano em conformidade com as ideias de justiça e equidade prevalentes na sociedade.

Além do inadimplemento total da obrigação, é possível ocorrer o inadimplemento relativo é a situação em que há apenas um descumprimento parcial da obrigação, temporal ou por outro critério, que ainda pode ser cumprida pelo devedor. Já o inadimplemento absoluto ocorre quando a obrigação não pode ser cumprida, tornando-se inútil ao credor.

Conforme alerta Tartuce (2020, p. 116), há ainda a possibilidade de inadimplemento defeituoso do contrato nas hipóteses envolvendo os “vícios estruturais que atingem a coisa adquirida em contratos de consumo (vícios do produto, tratados no CDC) ou em contratos civis (vícios redibitórios, com previsão entre os artigos 441 a 446 do CC/2002)”.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador elaborou hipótese em que a responsabilidade não será aplicada ao devedor, as excludentes da *Haftung* são conhecidas pelo caso fortuito ou de força maior. O caso fortuito e força maior são fatos de ocorrência necessária, cujos efeitos não poderiam ser evitados ou impedidos. De modo geral, eximem o devedor de prestar da obrigação.

Coube a doutrina civilista a elaborar as distinções entre os institutos. O caso fortuito é o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Por seu turno, a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível (TARTUCE, 2023, p. 313).

Nesse sentido, qualquer indivíduo que se encontre impossibilitado de cumprir com suas obrigações em decorrência de um evento externo e alheio à sua vontade pode invocar a figura do

caso fortuito ou da força maior⁴. Em relação à excludente de caso fortuito e força maior, Lobo (2022, p. 105), considera que:

Como regra geral, o caso fortuito e a força maior liberam o devedor dos prejuízos causados, e até mesmo de toda a obrigação quando ela foi inteiramente afetada. Contudo, em várias situações, a lei prevê que a responsabilidade do devedor permanece, como nas hipóteses de impossibilidade da prestação ocorrida quando em mora ou da perda da coisa, antes da escolha pelo devedor, nas obrigações de dar coisa incerta. O contrato pode também prever expressamente a responsabilidade do devedor, ainda que tenha havido caso fortuito ou força maior.

Em algumas situações, é comum a inserção de cláusulas de não indenização nos contratos, considerado por parte da doutrina como uma excludente de responsabilidade, a cláusula de não indenizar constitui a previsão contratual pela qual a parte exclui a presença de pressupostos do dever de reparar o dano (TARTUCE, 2023. 1287).

No entanto, frise-se que o contrato não pode ser alterado pela simples impossibilidade de adimplir por caso fortuito e força maior. Isso porque a Covid-19 não é capaz de ilidir todas as relações obrigacionais no mesmo nível. A pandemia deve ser analisada conforme o caso em apreço, até porque nas obrigações que fossem de impossibilidade relativa, o caso fortuito e a força maior estariam pondo em xeque a boa-fé nos contratos. Assim, “não se pode olvidar que os efeitos da pandemia não alcançaram de forma igual cada relação contratual, [sendo] imprescindível que haja o exame caso a caso, para se verificar os efeitos do fato superveniente sofridos por cada parte” (BAPTISTA, 2022, p. 35).

De outro modo, há possibilidades em que a cláusula de não indenizar terá incidência, como por exemplo, em negociações paritárias em que todas as cláusulas foram debatidas entre o

⁴ Na seara jurídica, o caso fortuito e a força maior são situações excepcionais que podem isentar uma pessoa de cumprir uma obrigação em decorrência de um evento imprevisível, irresistível e alheio à sua vontade. O caso fortuito, também chamado de caso fortuito externo, consiste em um acontecimento imprevisível e inevitável, que não pode ser previsto nem evitado, e que não pode ser atribuído a qualquer das partes envolvidas na relação contratual (DINIZ, 2019). Em outras palavras, o caso fortuito é um evento imprevisível, que não pode ser controlado pelas partes, e que torna impossível o cumprimento da obrigação contratual. Já a força maior, também chamada de caso fortuito interno, consiste em um acontecimento imprevisível, irresistível e inevitável, que pode ser previsto, mas que não pode ser evitado ou contido, e que não pode ser atribuído a qualquer das partes envolvidas na relação contratual. A força maior é um evento que escapa ao controle das partes envolvidas na relação jurídica, tornando impossível o cumprimento da obrigação contratual. A principal diferença entre caso fortuito e força maior é que, enquanto o caso fortuito é imprevisível e inevitável, a força maior é previsível, mas não pode ser evitada ou controlada. Além disso, a jurisprudência tem reconhecido que a força maior tem um caráter mais grave do que o caso fortuito, sendo, portanto, mais difícil de ser alegada e comprovada.

contratante e o contrato, este é o que dispõe o Enunciado 631 da VIII Jornada de Direito Civil aprovou essa possibilidade, afirmando que:

como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar) (CJF, não paginado).

Conforme Stolze e Pamplona Filho (2018, p. 675) as excludentes da responsabilidade civil contratual são “situações que devem ser analisadas em concreto, caso a caso, e não é possível que se coloque todos os fatos em um padrão, devendo o órgão judicante e o operador do direito se atentar a isso”.

Portanto, é totalmente justificável a falta de apreço parcial pela referida cláusula nos casos descritos. Como se sabe, as situações envolvendo as excludentes de responsabilidade devem ser analisadas caso a caso, com atenção pelo julgador e pelo aplicador do Direito. Não há como colocar a questão dentro de um padrão, em regra, o que visa a cláusula de não indenizar ou de irresponsabilidade.

3. O direito à compensação por danos decorrentes da pandemia de Covid-19 no Brasil

A tecnologia e a ciência favorecem a formação de uma “sociedade de risco”, conforme apontado por Beck (2010), pois elas demandam um elevado grau de testes e investimentos cujos resultados nem sempre estão sob controle dos pesquisadores. Nesse cenário é compreensível que a responsabilidade civil também receba novos contornos, visto que o progresso das economias mundiais está intrinsecamente relacionado à produção de riquezas, e este ao risco do empreendimento.

Examinando o Código Civil de 2002 percebe-se que o termo responsabilidade é entendido com o dever de indenizar seja por culpa ou por previsão legal. É o que demonstra exame do *caput* e parágrafo único do artigo 927 do referido código. Pois, em sociedade plural é necessário que o direito esteja aberto a uma nova concepção de responsabilidade, conforme aponta Rosenvald (2017) ao registrar que:

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. "Responsabilizar" já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, "responsabilizar" se converteu em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos (ROSENVALD, 2017, p. 34).

Assim, o direito à compensação prevista na Lei 14.128/2021 não advém necessariamente do dever de indenizar do Estado decorrente da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. Ao contrário, ela é fruto da compreensão de que o risco está impregnado nas atividades da sociedade contemporânea. Logo, se a situação é excepcional, cabe também a tomada de medidas legislativas e jurídicas especiais para fazer frente às novas exigências.

Nas palavras de Rosenvald (2017), "o sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em dado momento histórico e social". Nessa tessitura percebe-se que na área da saúde o risco é um elemento sempre presente para os profissionais de saúde. Estão sujeitos ao risco em menor ou maior grau todos os envolvidos na prestação do serviço de saúde. E em momentos de pandemias esse risco é exponencialmente aumentado, tendo em vista o número de pessoas atingidas.

A responsabilidade por risco está presente no ordenamento jurídico de diversos estados soberanos, a exemplo de Portugal, conforme apontam Fonseca e Câmara (2013) ao registrarem que responsabilidade civil pública é regulamentada por meio da Lei nº 67/2007 que contém nos seus artigos 11 e 16 a previsão da responsabilidade pelo risco da administração e por facto lícito (ou pelo sacrifício) respectivamente.

A responsabilidade por risco está relacionada a situações na quais a atividade, bem ou serviço desenvolvidos no âmbito da administração sejam potencialmente lesivos e prejudiciais a bens jurídicos tutelados pelo direito. Ou seja, trata-se de atividades que podem gerar danos anormais para a vida social. Por isso o dever de indenizar a inerente a elas.

Do mesmo modo, os autores apontam que a responsabilidade por sacrifício é caracterizada quando ao Estado é atribuído o dever de indenizar em decorrência de danos especiais e anormais ou por encargos causados em nome do interesse público. Fundamenta-se essa responsabilidade nos princípios do Estado de direito e igualdade. Uma vez que os encargos públicos devem ser justamente distribuídos a todos os atores sociais. Assim aquele que teve seu direito lesado em nome do bem comum poderá requerer reparação junto ao Estado.

Assim a responsabilidade do Estado diante dos cidadãos é uma forma de proteção constitucional e garantia institucional da tutela dos direitos fundamentais. Revelando-se como um mecanismo de exigência de concretização de direitos.

Segundo Araújo (2010), as primeiras leis voltadas para a proteção da saúde física dos trabalhadores são do início do século XX, pois as doenças eram substancialmente percebidas por meio da degradação do corpo humano, causadas por ausência de equipamentos de proteção, excesso de jornada de trabalho e falta de segurança. As normas procuravam responsabilizar o empregador quando do acidente de trabalho mediante a constatação de dolo e culpa. Posteriormente a saúde mental também foi inserida no rol de proteções que o Estado deve assegurar.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 6º, o direito à vida e a proteção da integridade física. Trata-se de direitos fundamentais de primeira geração, que devem gozar de ampla concretude. Além disso, o artigo 7º, XXII, do referido dispositivo normativo, garante ao trabalhador a proteção contra os danos inerentes da atividade laboral. Neste sentido, Araújo (2010, p. 89) aponta que o sistema de proteção à saúde do trabalhador “é formado por um misto com normas de obrigação pública e normas de obrigação privada, que dão uma razoável proteção no que diz respeito a benefícios de natureza previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade laboral”.

Sendo assim, os acidentes de trabalho decorrentes da Covid-19 que atingiram os profissionais de saúde deixando-os incapacitados ou que ocasionaram suas mortes são danos que estão inseridos dentro da responsabilidade civil do Estado, ainda que este não tenha necessariamente agido com dolo ou culpa. Segundo a Organização Mundial da Saúde, entre janeiro de 2020 e maio de 2021 morreram de 80 a 180 mil profissionais do setor de saúde e estima-se ainda que este número seja 60% inferior ao número de mortes reais (WHO, 2021).

Estes profissionais, no desempenho de serviços essenciais em hospitais, estavam diariamente expostos aos riscos advindos do vírus, sujeitando-se a prejuízos financeiros, sociais, afetivos e mentais decorrentes dessa exposição. Desse modo, a previsão de reparação contida na Lei nº 14.128 de 2021 é apenas um reconhecimento da relevância dos serviços prestados em favor da sociedade e do Poder Público durante o período pandêmico.

4. Análise crítica da Lei nº 14.128/2021: o direito à compensação pecuniária aos profissionais da saúde acometidos pela Covid-19

No atual cenário mundial de pandemia causada pelo Covid-19, o Brasil tem enfrentado grandes desafios em diversas áreas, especialmente na saúde. Nesse contexto, a Câmara dos Deputados apresentou o Projeto de Lei nº 1.826/2020, com o intuito de garantir o pagamento de compensação financeira aos profissionais da saúde que foram afetados pela doença, bem como aos seus familiares em caso de falecimento decorrente da Covid-19. É importante destacar que essa proposta foi convertida na Lei nº 14.128/2021, que reconhece a natureza ocupacional da Covid-19 para fins trabalhistas e previdenciários e prevê medidas de proteção aos profissionais da saúde que estão na linha de frente no combate à pandemia.

A Lei n. 14.128/2021 é uma lei com abrangência nacional, editada pelo Congresso Nacional sob a justificativa de que os profissionais de saúde estavam consideravelmente mais expostos ao vírus da covid-19, logo eles mereceriam ser amparados pelo Estado e pela sociedade, não somente com palmas, mas com a oferta de um certo grau de segurança financeira (BRASIL, 2020).

A lei atinge todos os profissionais e trabalhadores de saúde que durante o período de emergência de saúde pública de abrangência mundial decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-Cov-2) tenha trabalhado no atendimento direto de pacientes acometidos pela Covid-19, inclusive aqueles profissionais que realizaram visitas domiciliares neste período, conforme se depreende do art. 1º, parágrafo único.

Desse modo, são destinatários da compensação financeira os profissionais que atuavam tanto nas instituições públicas pertencentes à União, estados e municípios quanto na rede privada. A responsabilidade pelo pagamento da indenização fica a cargo da União⁵.

Caberá o pagamento de indenização aos profissionais que trabalharam direta ou indiretamente no atendimento de pacientes contaminados pela covid-19 e que em decorrência disso foram acometidos também pela covid-19, vindo à óbito ou à incapacidade permanente para o desempenho das atividades laborais. A lei protege os casos diagnosticados a contar de 03/02/2020,

⁵ Lei 14.128/2021 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2), por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, ou realizado visitas domiciliares em determinado período de tempo, no caso de agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito.

tendo em vista a portaria 188 do Ministério da Saúde, que declarou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus. Além disso, casos de doenças pré-existentes agravadas pela covid também estão incluídos entre as hipóteses previstas no referido instrumento normativo (BRASIL, 2021).

A indenização deverá ser paga preferencialmente em parcela única no limite de até o valor R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para as vítimas ou seus herdeiros, dependentes e sucessores. No caso de filhos menores de 21 anos, caberá o pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ano até que ele complete os 21, limitado também a R\$ 50.000,00. Neste ponto, ressalta-se que fixar um valor único de indenização não é razoável, visto que ele deveria ser calculado de acordo com o caso concreto. Não se pode atribuir um mesmo valor indenizatório para situações completamente distintas. “Há que se considerar os níveis de exposição ao risco a que cada profissional estava submetido, assim como as consequências decorrentes disso” (MOREIRA, DE LUCA, 2021).

A norma sofreu forte resistência por parte do poder executivo que impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 6970, na qual o Presidente da República alegou i) violação do art. 8º da Lei Complementar nº 173, de 2020, por se estar prevendo benefício indenizatório para agentes públicos e criando despesa continuada em período de calamidade no qual tais medidas estão vedadas; ii) falta de apresentação de estimativa do impacto orçamentário e financeiro; iii) inconstitucionalidade formal, por se criar benefício destinado a outros agentes públicos federais e a agentes públicos de outros entes federados por norma de iniciativa de parlamentar federal, a teor do art. 1º e art. 61 § 1º da Constituição.

Todas essas alegações foram julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, que em 16/08/2022 julgou a lei nº 14.128 constitucional. A Ministra Carmem Lúcia, relatora da ação, assim se pronunciou:

É dever estatal promover políticas e programas de proteção e defesa da saúde, no contexto pandêmico experimentado com a Covid-19, buscando-se mitigar os prejuízos dos profissionais de saúde incapacitados para o trabalho ou indenizar os dependentes daqueles que, na atuação direta no combate à pandemia no Brasil, morreram em razão da doença. (STF, 2022, p.33)

Contudo, poderiam ser suscitados alguns outros argumentos em desfavor da lei. O primeiro diz respeito ao fato de que não se considera o princípio da isonomia ao prever indenização apenas para os profissionais de saúde e outros profissionais que estavam na linha de frente de combate à

pandemia da Covid-19. Neste sentido, tal contestação pode ser rebatida quando se observa que não é de hoje que as leis e os atos administrativos tratam diferentemente pessoas físicas e jurídicas, a exemplo da indenização prevista na Lei nº 12.663/2012 para jogadores de futebol da seleção de 1958, 1962 e 1970 ou a Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional). Assim, não há qualquer novidade no fato de o Congresso Nacional elaborar uma lei que beneficia um grupo específico da sociedade, visto que no cenário de pandemia eles foram demasiadamente exigidos.

Nessa tessitura, o Ministro Ricardo Lewandowski, no âmbito do julgamento da ADI 6970, ressalta que em determinadas situações existe a necessidade de não só resguardar, mas também de fornecer compensação financeira. Como é o caso do período gravoso da pandemia do Covid-19, no qual os profissionais e trabalhadores da saúde atuaram de forma dedicada e com muito empenho para salvar a vida de outras pessoas.

Assim, apesar da resistência oferecida pela União quando da edição da lei, é preciso dizer que a indenização ali prevista está alinhada com os valores fundamentais da Constituição brasileira, em especial com a dignidade da pessoa humana, assim como com o Código Civil brasileiro, que também prevê a reparação no caso de danos.

Um segundo argumento contrário à lei é que o Estado não tem responsabilidade com relação às mortes ocasionadas pela Covid-19, tendo em vista que as medidas de contenção foram tomadas no âmbito federal, estadual e municipal e que na ausência de culpa ou nexo causal entre as mortes e ação estatal não caberia à União indenizar os sujeitos elencados na Lei nº 14.128/2021.

No entanto, neste caso chama-se atenção para a previsão do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro que assegura que caberá indenização nos casos previstos em lei. Sendo assim, uma vez que a lei mencionada foi formalmente promulgada pelo Congresso Nacional, apesar da resistência oferecida pelo executivo, mas afastada pelo poder judiciário ao declarar sua constitucionalidade, não há o que se falar em ausência do dever de indenizar. Entendimento corroborado por Diniz que assegura que:

A obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito. A ação consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada. (DINIZ, 2013 p.53)

Pois, conforme apontam Ramos, Rosário e Vale (2020) o Poder Judiciário, quando provocado, não poderia se manter apático à alta complexidade do contexto trazido pela pandemia.

Assim, de forma equilibrada e dentro dos limites constitucionais, julgou improcedente o pedido da União que requereu a declaração de inconstitucionalidade da lei por meio da ADI nº 6970.

O Supremo Tribunal Federal agiu no sentido de concretizar o artigo 196 da Constituição, o qual assegura que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Logo, ainda que não tenha contribuído diretamente para a contaminação dos profissionais pelo vírus, o Estado não pode negar que a atividade tem riscos e que estes estão sujeitos à responsabilidade objetiva.

Nesse contexto, a indenização a ser paga aos profissionais de saúde busca apenas minimizar os impactos negativos causados pela Covid-19, de modo a restabelecer o equilíbrio violado pelo dano. Trata-se de um mecanismo de compensação. É importante dizer que a referida lei não exclui o pagamento de outras verbas decorrentes de danos devidamente comprovados.

5. Considerações finais

Em síntese, é possível afirmar que a resolução contratual não é a única opção para solucionar a responsabilidade civil em casos de inadimplemento. O contrato pode ser suspenso ou renegociado, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, destaca-se a relevância da Lei nº 14.128/2021, que reconheceu a natureza ocupacional da Covid-19 para fins trabalhistas e previdenciários e estabeleceu medidas de proteção aos profissionais da saúde que estão na linha de frente no combate à pandemia. Tal norma representa um avanço na proteção desses trabalhadores e demonstra a preocupação do legislador em garantir condições dignas de trabalho e saúde em tempos de crise.

Além disso, foi possível perceber que as medidas de enfrentamento da Covid-19 são de responsabilidade da União no que diz respeito à organização e à administração das ações de alcance nacional, enquanto os estados membros preocupavam-se com o desenvolvimento de medidas de abrangência regional e os municípios, por sua vez, com as medidas de controle local. De modo que todas as instituições tinham que trabalhar em regime de cooperação para aumentar a efetividade das medidas de controle e minimizar os impactos negativos decorrentes da pandemia.

Nesse cenário, a edição da Lei nº 14.128/2021 pelo Congresso Nacional é um importante mecanismo de reconhecimento do empenho dos profissionais de saúde que ficaram permanentemente incapacitados de exercer a profissão ou que vieram a óbito no período mais grave da pandemia, embora a fixação de um valor único para as indenizações não leve em conta

as particularidades de cada caso. Ainda assim, o recebimento dessas compensações, em certa medida, pode reduzir as consequências sociais e econômicas que afetaram a vida desses profissionais uma vez que lhes oferecem segurança financeira.

Corroborando, desse modo, os valores centrais da Constituição Federal brasileira e a dignidade da pessoa humana, que pressupõe que, na medida do possível, as pessoas gozarão de uma vida saudável e equilibrada, com renda para aquisição dos recursos necessários para manutenção do seu bem-estar. Assim a indenização permite que as famílias possam se reestruturar, uma vez que em muitos casos, o profissional que foi a óbito ou ficou incapaz de trabalhar era o provedor da família, logo sua ausência representa fundamentalmente menos recursos.

Além disso, verifica-se que a União, apesar de toda resistência, deve acatar os pedidos de indenização pleiteados na justiça, visto que é inegável o grande sacrifício que estes profissionais empregaram na condução de seus trabalhos. Além disso, quando analisado sob o ponto de vista de concentração de rendas, a União é privilegiada em relação aos demais entes federativos. A concentração de recursos públicos também é acompanhada de maiores responsabilidades.

Assim a Lei nº 14.128, de 2021, está em plena consonância com os valores constitucionais, visto que ela busca o reconhecimento e proteção de cidadãos por meio da indenização nas hipóteses de incapacidade permanente e óbito como forma de assegurar a cidadania e inclusão desses profissionais que enfrentaram de frente os desafios decorrentes da pandemia do COVID-19. Os trabalhadores de saúde devem continuar a gozar do seu direito a condições de trabalho dignas, saudáveis e seguras.

Referências

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região (on line)*, Caderno, v. 14, p. 2-11, 2013.

BAPTISTA, Isabela Anzanello Silva. Teorias revisionais e responsabilidade civil dos contratos de consumo frente à pandemia do Covid-19. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – *Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31927]. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. *Lei 14.128 de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14128.htm. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 1826.2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247980>. Acesso em: 05 out 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 631. *III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1205> >. Acesso em: 21 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais* - v. 3. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil* - v. 7. 37. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; VIEIRA, Mateus Andei dos Santos. *Pandemia da Covid-19 e Responsabilidade Contratual*. In: *Revista dos Tribunais*. Vol 1.036/2022. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MOREIRA, José Cláudio Domingues; DE LUCA, Bruno. A INDENIZAÇÃO AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL E PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE NO CONTEXTO DA COVID-19. In: *Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra*. 2021.

OMS. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19* - 11 March 2020. Genebra, 11 mar. 2020. Disponível em . Acesso em 22 abr. 2023.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; ROSARIO, P. T.; VALE, K. C. P. Judicialização Da Política E Ativismo Judicial No Brasil E Nos Estados Unidos: Uma Análise Do Controle Jurisdicional Brasileiro E Americano. *Revista Jurídica*, V. 7, P. 91-104, 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6970/DF*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. disponível em: [//portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6242600](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6242600). Acesso em 05 out. 2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Transparência*. 2020. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 07 dez. 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 18. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 23. ed. vol. 3 Barueri [SP]: Atlas, 2023.

WHO. World Health Organization. *The impact of COVID-19 on health and care workers: a closer look at deaths*. 2021. disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/345300/WHO-HWF-WorkingPaper-2021.1-eng.pdf>. Acesso em 05 out 2023.

O julgamento do *habeas corpus* nº. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça: pode o princípio da bagatela imprópria ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), caso ocorra a reconciliação posterior do casal?

The habeas corpus judgment no. 333.195/ms by the superior court of justice: the principle of improper bagatela may be applied to criminal offenses committed under law no. 11.340/06 (maria da penha law), if the couple later reconciles occurs?

Elenita Araújo e Silva Neta*

Resumo: O trabalho tem como problemática central a identificação se o princípio da bagatela imprópria pode ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei nº. 11.340/06, caso ocorra a reconciliação posterior do casal, de acordo com o julgamento do HC nº. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça. Logo, o objetivo do artigo é analisar se a reconciliação do casal seria requisito autorizativo que permite a incidência do referido princípio ou não. Assim, foi utilizado um método dedutivo (partindo-se de uma análise geral da temática, com o estudo da Lei Maria da Penha para, posteriormente, tratar sobre o julgamento do citado habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do estado de Mato Grosso do Sul) e as principais obras dos autores que tratam sobre a temática, como Luigi Ferrajoli e Roberto Barroso.
Palavras-chave: Lei nº. 11.340/06, intervenção mínima, bagatela imprópria, HC nº. 333.195/MS, relevância penal.

Abstract: The work has as its central problem the identification if the principle of improper bagatela can be applied to criminal offenses committed under Law No. 11.340/06, if the subsequent reconciliation of the couple occurs, according to the judgment of HC No. 333.195/MS by the Superior Court of Justice. Therefore, the objective of the article is to analyze whether the reconciliation of the couple would be an authorizing requirement that allows the incidence of this principle or not. Thus, a deductive method was used (starting from a general analysis of the theme, with the study of the Maria da Penha Law to later deal with the judgment of the aforementioned habeas corpus filed by the Public Defender's Office of the state of Mato Grosso do Sul) and the main works of the authors who deal with the theme, such as Luigi Ferrajoli and Roberto Barroso.

Keywords: Law No. 11.340/06, minimal intervention, improper bagatela, HC nº. 333.195/MS, criminal relevance.

Recebido em: 08/08/2023
Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:
SILVA NETA, Elenita Araújo
e. O julgamento do habeas
corpus n. 333.195/MS pelo
Superior Tribunal de
Justiça. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 5, n. 2, 2023, p. 113-133.

* Mestranda em Direito
Público (UFAL). Advogada.

Introdução

A Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) corresponde a um verdadeiro marco na proteção da integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial da mulher – tanto em um ponto de vista nacional, quanto internacional –, sendo o resultado de um histórico constante de lutas (principalmente de mulheres) para que estas pudessem ser vistas como sujeitos de direitos e entes ativos na participação das decisões do Estado. Com isso, a referida Lei trouxe todo um mecanismo – em seu bojo normativo – para garantir a efetivação da proteção do gênero feminino no contexto de violência doméstica ou familiar. Assim, um desses mecanismos – como veremos adiante – são as denominadas medidas protetivas (que podem ser deferidas, inclusive, em caráter de urgência pelo magistrado).

Contudo, como o direito penal deve ser utilizado para prevenir e reprimir condutas que possam ferir gravemente os bens jurídicos mais relevantes para o corpo social – e consequentemente abalar a paz contratual entre os indivíduos –, o seu manuseio requer a observância de algumas normas essenciais, dentre elas o denominado princípio da intervenção mínima. Logo, sendo resultado direto da intervenção mínima do Estado, o princípio da bagatela corresponde a uma ferramenta capaz de excluir a tipicidade material da conduta delituosa e, de forma consequente, excluir o crime; sob a justificativa de que tal ação ou omissão foi tão insignificante que não autorizaria a intervenção do direito penal como *ultima ratio* da máquina estatal.

Além da bagatela, também existe o denominado princípio da irrelevância penal do fato (ou da bagatela imprópria), o qual determina que em alguns casos criminais, ao magistrado é permitido não aplicar a pena do ilícito, tendo em vista a sua desnecessidade por alguma circunstância que gravitou (ou gravita) a situação delitiva. Nesse sentido, o referido princípio da bagatela imprópria acabou sendo invocado em sede do HC nº. 333.195/MS – perante o Superior Tribunal de Justiça – como tentativa de aplicá-lo nos casos em que haja reconciliação da mulher vítima de violência doméstica ou familiar (e que esteja sob o manto da Lei nº. 11.340/06) com o seu agressor, tendo em vista a desnecessidade de imposição da pena contra este.

Portanto, o presente trabalho tem como problemática central: o princípio da bagatela imprópria pode ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei nº. 11.340/06, caso ocorra a reconciliação do casal, de acordo com o julgamento do HC nº. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça?

Nesse sentido, o objetivo do artigo é analisar se a reconciliação do casal seria requisito autorizativo que permite a incidência do referido princípio ou não.

Para se atingir tal objetivo, foi utilizado um método dedutivo (partindo-se da análise geral da temática - inicialmente, com o estudo da Lei nº. 11.340/06 e depois, com os principais preceitos normativos do princípio da bagatela e do princípio da irrelevância penal do fato, através de jurisprudências pontuais, como o AgRg no HC nº. 764.554/SP do Supremo Tribunal Federal – para se chegar, ao final da confecção do artigo, à análise minuciosa do julgamento do referido HC nº. 333.195/MS pelo Superior Tribunal de Justiça).

É válido frisar - também - que foram usadas as principais obras dos autores que tratam sobre a presente temática, como Luigi Ferrajoli, Roberto Barroso e Adrualdo de Lima Catão.

1. Breves comentários sobre a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06) para compreender a problemática posta

A Constituição Federal de 1988, em seu Art.5º, Inciso I; procurou garantir a igualdade formal entre os homens e mulheres, no sentido de direitos e obrigações. Para olhos pouco atentos, parece uma disposição constitucional sem muita relevância hermenêutica, tendo em vista que não se há espaço – em pleno Estado Democrático de Direito no Brasil, conforme Art.1º, *caput*, também da referida Constituição – de se pensar que homens e mulheres são desiguais em obrigações e direitos no Brasil atual; assim:

A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas (BARROSO, 2019, p.298).

Contudo, tal realidade tipificada pelo citado Art.5º da Constituição Federal de 1988 – na verdade – retrata uma luta histórica das mulheres para o seu reconhecimento enquanto sujeito de direito ativo nas transformações sociais, políticas e jurídicas do seu país (o Brasil); pois:

A Constituição Federal, corroborando com a ideia proposta de igualdade entre os gêneros, agregou a mudança radical da situação jurídica das mulheres após a sua promulgação. Além da consagração de igualdade entre gêneros, destituiu o pátrio

poder, o qual dava ao homem o poder das decisões familiares, característica principal do modelo patriarcal, que tornava a mulher submissa em relação ao gênero masculino. A partir disso, proporcionou-se uma nova formulação na relação conjugal, consagrando a igualdade de gênero em tais relações, redação esta especificamente presente no artigo 226, §5º, da Constituição Federal [...]. (SANTOS; BRUTTI; 2019, p.04).

Pode-se observar, dessa forma, que o surgimento da referida disposição de igualdade formal entre a figura masculina e feminina - e os mais diplomas legais que buscam garantir tal tratamento isonômico e protetivo à mulher - como a própria Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06), são resultado de uma luta histórica das mulheres no anseio de reconhecimento dos seus direitos políticos (possibilidade de voto e participação na vida pública), sociais (trabalho, moradia, lazer, por exemplo); sexuais (direitos reprodutivos e de arranjo familiar) e jurídicos (acesso à justiça e proteção da figura feminina).

Quem explicitada muito bem tal contexto – e de forma bastante didática – são as denominadas ondas feministas, as quais correspondem à divisão das conquistas femininas (e por mulheres) das referidas demandas políticas, sociais, sexuais e jurídicas. De forma bastante sucinta, haverá o tratamento de cada uma das quatro ondas, com foco nesta última (jurídica), uma vez que a formulação e consolidação da Lei nº. 11.340/06 representa uma consequência direta de tal fenômeno na realidade brasileira (além de outras discussões de pauta jurídica, como o deslocamento do crime de estupro [hoje, previsto no Art.213 do Código Penal] para o Título I [Dos Crimes Contra a Pessoa] do mesmo diploma legal).

Assim, é válido alertar que o surgimento de uma nova onda não foi capaz de anular os efeitos trazidos pela anterior, isto é, as quatro ondas feministas possuem efeitos cumulativos ao longo do tempo, de tal forma que as citadas conquistas das mulheres devem ser encaradas como um evento cumulativo (e não, excludente); já que:

O feminismo emerge em múltiplas lutas por meio do trabalho de mulheres e homens feministas atuantes nas movimentações das ruas, nas organizações não-governamentais, nos setores acadêmicos, nos governos, nos movimentos sociais (BARROS; ALVES, 2022, p.117)

Inicialmente, analisaremos a primeira onda feminista. É preciso, nesta oportunidade, ressaltar que graças ao pensamento iluminista¹ desenvolvido entre os séculos XVII e XVIII, a concepção moderna de Estado foi construída de acordo com a necessidade de conferir segurança jurídica nas decisões emanadas pelo ente estatal e que, de alguma maneira, viessem a afetar direta e indiretamente a relação entre os particulares e a relação destes para com o próprio Estado. Diante disso, encontrou-se na consolidação de um documento escrito (e que refletisse a vontade do povo) a ferramenta hábil e viável para garantir tal segurança, tendo em vista que:

[...] cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, no lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas forem as vozes da assembleia, corpo que recebe por esse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa comum assim formada pela união de todas as outras tinha o nome de Cidade e tem agora o nome de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros Estado, quando passivo, Soberano, quando ativo, Potência, quando comparado a seus semelhantes (ROSSEAU, 2009, p. 34-35).

O documento a que me refiro, com isso, é a Constituição. Apesar de suas mudanças gradativas e adaptativas das necessidades de cada povo e do seu sistema de governo, as Constituições formuladas com os anseios dos ideais iluministas acabaram prevendo um rol de direitos e garantias fundamentais que deviam ser conferidas aos indivíduos particulares, como a proteção à propriedade, à vida, à integridade corporal, entre outros.

Nesta seara, apesar de representar uma forma de conferir segurança (principalmente jurídica) para tais relações, as Constituições não abarcavam as mulheres como sujeito de direitos e pessoas ativas na vida política e pública do Estado. Porém, isso não é de hoje, pois – a título de exemplo – quando a própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi promulgada em 1789 na França, Olympe de Gouges elaborou uma própria Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã (em 1791), como forma de demonstrar a não inclusão das mulheres como indivíduos ativos nas transformações sociais e políticas do país (E SILVA NETA; CATÃO, 2020, p.15):

¹ O iluminismo correspondeu a um movimento de consolidação do pensamento contratualista, principalmente na Inglaterra e na França do século XVII e XVIII, o qual acabou contribuindo para a construção da justificativa e legitimação do Estado, enquanto um ser necessário e regulador da paz social entre os indivíduos. Alguns dos autores iluministas que construíram tal cenário foram, por exemplo, Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke.

Mães, filhas, irmãs, mulheres representantes da nação reivindicam constituir-se em uma assembleia nacional. Considerando que a ignorância, o menosprezo e a ofensa aos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo, resolvem expor em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados da mulher. Assim, que esta declaração possa lembrar sempre, a todos os membros do corpo social seus direitos e seus deveres; que, para gozar de confiança, ao ser comparado com o fim de toda e qualquer instituição política, os atos de poder de homens e de mulheres devem ser inteiramente respeitados; e, que, para serem fundamentadas, doravante, em princípios simples e incontestáveis, as reivindicações das cidadãs devem sempre respeitar a constituição, os bons costumes e o bem estar geral. (GOUGES, 1791, p.01).

E o que ocorreu no século XIX - principalmente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos da América - foi reflexo direto da exclusão da casta feminina na participação ativa dos caminhos políticos e públicos que o ente estatal poderia tomar. Diante desse cenário, eclodiu a denominada “primeira onda feminista”, com o intuito de conquistar direitos políticos, sociais e da vida pública das mulheres, como a possibilidade do voto igualitário. Importante frisar que tal onda foi constituída essencialmente por mulheres de classe média e branca e serviu também, na terceira onda (como veremos), de justificação para o desmembramento do movimento feminista.

Inclusive, no Brasil e a título exemplificativo, a própria Constituição Federal de 1988 garante aos homens e mulheres o poder ao voto (Art.14, *caput*, da referida Constituição), tendo a Emenda Constituição nº. 117/2022 conferido – também – a obrigação dos partidos políticos a destinar, no mínimo, 30% dos recursos públicos para a campanha eleitoral das candidaturas femininas.

Tal contexto nas palavras de Glauciany de Assunção:

Apesar de serem novas as práticas de lazer e socialização na cidade reformada, não era nada novo observar a presença masculina no espaço público, afinal, esse sempre foi o espaço legítimo da sua atuação. O que realmente impactou os conservadores da época foi a presença das mulheres da elite social nesse espaço. No entanto, as mulheres pobres, que na maioria dos casos tinham a responsabilidade do sustento da casa, sempre circularam pela cidade em busca de trabalho e do que fosse preciso para a provisão material de suas famílias. Por isso, foi a presença das mulheres desacompanhadas, pertencentes às famílias ricas e de classe média, que surgiu como algo inédito nas ruas [...] e incomodou os olhos do mais conservadores (DE ASSUMÇÃO, 2022, p.86-87).

Com a conquista gradativa dos referidos direitos políticos, sociais e da vida pública, as mulheres passaram a reivindicar também a necessidade de proteção do sexo feminino no âmbito

dos direitos sociais, como no trabalho e no lar. Nos Estados Unidos da América, as estadunidenses precisavam conciliar o desempenho do seu trabalho fora do ambiente doméstico e dentro do próprio lar, o que acabava acarretando a sobrecarga da própria mulher no desempenho de suas funções enquanto trabalhadora (“extramuros”) e mãe (“intramuros”). Diante disso, mostrou-se a necessidade de conquistas gradativas dos referidos direitos sociais, como forma de melhorar e igualar a condição da mulher enquanto trabalhadora e mãe, concomitantemente, logo a:

[...] Segunda Onda, início da década de 1940, com reflexões e lutas sobre questões do âmbito doméstico e social, esfera pública e privada, opressões de gênero, sexualidade e corpo, marcada pelas obras de Simone de Beauvoir (1967; 1970), *O Segundo Sexo*, e de Betty Friedan (1971), *A Mística Feminina* (MORESCO, 2022, p.07).

Um dos reflexos dessa segunda onda feminista pode ser vislumbrado, por exemplo, na consolidação da licença-maternidade para as mulheres (e que possui também previsão em solo brasileiro, no Art.7º, Inciso XVIII, da Carta Magna de 1988) e na proibição de discriminação sexual no recebimento de salário advindo do trabalho, conforme o que dispõe o Art.7º, Inciso XXX da referida Constituição.

Adiante, a terceira onda acabou tendo como principal pauta a luta do gênero feminino pelos seus direitos sexuais e reprodutivos. A citada onda também foi bastante forte nos Estados Unidos da América, principalmente no tocante à vedação do uso de contraceptivos pelas mulheres e na possibilidade de organização (arranjo) familiar. Apesar das referidas reivindicações, a terceira onda feminista também é lembrada por corresponder a um “divisor de águas” dentro do movimento, uma vez que as mulheres negras passaram a não ser vistas como representadas pelas mulheres brancas feministas, criando-se o movimento feminista negro (*Black Moviment Feminist*).

Além das mulheres negras, as transexuais e lésbicas também acabaram não vendo na figura da mulher branca e heterossexual a representação dos seus anseios, originando-se o *Movimento Queer* dentro do feminismo. Na própria América Latina, inclusive, criou-se um movimento próprio das mulheres latino-americanas, pois a luta iniciada em palco estadunidense normalmente abrangia mulheres pertencentes à classe média e alta da sociedade, o que não fazia parte da realidade das mulheres pobres da América Latina; assim:

É comum descrever a nova fase, pelo menos nos EUA, como marcada por discussões e disputas internas, contrastando com as décadas anteriores, que

teriam agrupado diferentes grupos de mulheres em torno de uma identidade comum (de mulher). No entanto, essa narrativa simplifica as discussões e os debates que acompanham a história do feminismo, ao mesmo tempo que fixa a crítica racial e sexual protagonizada por inúmeras mulheres em uma década específica (ZIERBEL, s.d., p.05).

Com a divisão no interior do movimento, a quarta onda – muito ligada ao desenvolvimento tecnológico e da *internet* – fez gerar discussões, principalmente jurídicas, na necessidade de motivar o Estado a proteger a mulher enquanto sujeito vulnerável nas suas relações domésticas e familiares. Esse momento, inclusive, é denominado de pós-modernismo feminista e abrangeu outras discussões de sexo e gênero, como o deslocamento do crime de estupro (hoje, previsto no Art.213 do Código Penal) para o Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) do mesmo diploma legal, bem como a possível descriminalização do infanticídio (Art.123 do Código Penal) e do aborto (Art.124 do mesmo diploma legal) em solo tupiniquim.

Nesse sentido, Adrualdo de Lima Catão e Elenita Araújo e Silva Neta prelecionam que: “o pós-modernismo feminista pode ser compreendido como o resultado de todo um período histórico de luta pelas mulheres para que estas fossem vistas, perante a sociedade, sem um estereótipo de gênero e definições” (E SILVA NETA; CATÃO, 2020, p.20).

É aqui que se insere a criação da Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06) como um mecanismo essencial para a busca por essa necessidade de proteção da mulher – em suas relações domésticas e familiares – enquanto vulnerável. Assim, a finalidade basilar da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Art.1º, *caput*, da Lei), tendo influência direta da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (1979) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994.

As formas de violência contra o gênero feminino são previstas ao longo do Art.7º da referida Lei, sendo elas a física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. Em relação à primeira modalidade de violência – ou seja, a física -, esta corresponde a qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher. Por outro lado, a psicológica e a moral correspondem aos danos emocionais que acabam sendo praticados pelo agressor contra a vítima do sexo feminino, englobando também a possibilidade de prática de ilícitos, como calúnia e difamação (também previstos nos Arts.138 e 139 do Código Penal). Diante disso:

[...] a Lei Maria da Penha dispõe sobre tratamento relevante sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher estabelecendo em uma legislação específica para mulheres as diretrizes para o combate desta violência, rompendo com os padrões fixados pelo Direito em legislar e ser legislado pelos homens. Destaca-se que a Lei Maria da Penha ao tratar do sexo da vítima, isto é, a mulher, não se limita ao conceito biológico da pessoa que possui genitália feminina, referindo-se também àquelas pessoas que se identificam com o gênero feminino de modo a não haver na legislação a distinção da orientação da vítima amparada pela Lei, assegurando a proteção de lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina [...] (CUPOLILLO; DE AMORIM; FONTENELE JÚNIOR, BILEGO, 2023, p.84).

Além das referidas modalidades, a violência sexual contra a mulher – no contexto de violência doméstica e familiar – pode ser vislumbrada em qualquer conduta que a constranja a realizar, presenciar ou manter relação sexual não desejada por ela. Por fim, a violência patrimonial praticada em desfavor da mulher, neste contexto, corresponde a qualquer conduta que configure a retenção, a subtração ou a destruição de valores ou objetos econômicos, destinados a satisfazer as necessidades básicas da mulher, enquanto um ser humano.

Nesse sentido, o legislador ordinário procurou garantir a efetividade da proteção do sexo feminino, contra as citadas violências, através das denominadas “medidas protetivas” (que, inclusive, podem ser determinadas em caráter de urgência a depender do contexto em que as citadas violências são praticadas contra a mulher). Assim, a determinação da fixação das protetivas é prevista no Art.19, §1º da Lei nº. 11.340/06, devendo haver requerimento da ofendida ou do Ministério Público para que haja a sua concessão pelo magistrado. Nesse sentido, o próprio §6º do Art.19 também determina que as medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir os riscos à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendidas (e dos seus dependentes); dessa forma:

As medidas de proteção possuem procedimento diferenciado, objetivando a celeridade na decisão do juiz, tendo em vista, que o afastamento do autor do lar é um pedido de extrema importância e urgência. Além do encaminhamento da vítima para os órgãos de assistência, o que leva as mulheres a possuírem mais informação acerca de sua situação e possibilidades de solução que levem o afastamento do agressor (SILVESTRE; QUEIROZ, 2023, p.08).

Uma novidade que ocorreu na Lei Maria da Penha – no ano de 2018 - foi a criação do único crime previsto em seu corpo textual, sendo ele o de descumprimento de medida protetiva de urgência imposta, conforme o Art.24-A da Lei nº. 11.340/06. Com a tipificação de tal descumprimento, caso o agressor não venha a respeitar a ordem judicial – por exemplo – que

arbitrou as medidas protetivas de urgência em favor da mulher, poderá ele receber uma pena de detenção de três a dois anos.

Vale ressaltar, nesta oportunidade, que o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula nº. 536² e consolidou o entendimento de que os benefícios que gravitam a Lei nº. 9.099/95 não podem ser aplicados em caso de prática de alguma infração de menor potencial ofensivo – ou seja, com pena máxima de até dois anos – contra a mulher no âmbito da Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06). Isso acaba corroborando com a preocupação do legislador em conferir máxima proteção ao sujeito feminino nessas relações, enquanto vulnerável em relação ao seu agressor.

Após a superação de tais preceitos normativos e dogmáticos, torna-se necessário – agora – o aprofundamento do estudo em relação ao princípio da bagatela imprópria e como este vem sendo interpretado e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal princípio se refere a um dos nortes para a solução da problemática do presente trabalho.

2. O princípio da bagatela imprópria e a sua utilização na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro

Como bem pontuado anteriormente, o Estado acabou surgindo como um ente necessário para a manutenção da paz social entre os indivíduos, através do contrato social, o qual todos os seres humanos renunciariam a parcela da sua liberdade em prol da construção do ente estatal. Contudo, um dos meios necessários para a manutenção do referido contexto de proteger a paz social entre os seres humanos é o uso do direito penal como ferramenta de prevenir e reprimir condutas consideradas ilícitas para a sociedade, pois:

[...] os significados hauridos dos enunciados pelos juízes devem, necessariamente, conter afirmações relativas à dignidade constitucional do bem jurídico, a intolerável forma de ofensa e ao fato de enxergar a resposta penal como a última possibilidade do ordenamento jurídico. (LIMA, 2012, p.77).

Assim, o direito penal – enquanto *ultima ratio* – tem como finalidade proteger os principais bens jurídicos (e mais caros) para todo o corpo social, inclusive, para fins de preservação da própria

² A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

paz social entre as pessoas. Dessa forma, para se chegar a tal finalidade, por exemplo; a própria Constituição Federal de 1988 - através do Art.5º, Inciso XLIII - determina que o legislador ordinário tipifique os crimes considerados como hediondos (tipificação esta que veio mais tarde, com a Lei nº. 8.072/90), bem como estes devem ser considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia ou indulto. Além de tais disposições, o mandamento de criminalização constante no referido Inciso XLIII também determina que todos os envolvidos na prática de tais crimes classificados como hediondos devem responder por eles.

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 também preleciona no Art.5º, Inciso XLII; outro mandamento constitucional de criminalização envolvendo, agora, a criminalização do racismo: este deve ser tipificado como um ilícito imprescritível, inafiançável e que submeta quem o pratica a uma pena de reclusão. É evidente, diante disso, que o constituinte acabou depositando em alguns crimes – como os hediondos e os equiparados (racismo) – a sua preocupação em criminalizá-los com o objetivo de manter a referida paz social entre os indivíduos, através do uso do direito penal enquanto ferramenta para tal fim, já que “[...] o Estado passou a ser visto sobretudo em seu aspecto de associação voluntária para a defesa da vida, da propriedade, da liberdade.” (BOBBIO, 2012, p.50).

Todavia, o uso do direito penal não deve ser encarado como algo absoluto, isto é, que não obedece a um corpo de regras e princípios – normas, em sentido amplo. Todo o manuseio do direito penal, enquanto *ultima ratio* do aplicador do direito, acaba por obedecer a uma série de regras e princípios dispostos na referida Constituição Federal (por exemplo, nos já citados mandamentos de criminalização do legislador) e no próprio Código Penal, pois:

Pensava-se em se livrar do subjetivismo, tal como da influência religiosa e dos acidentes históricos. Interesse e razão se combinavam e o ponto arquimediano (de equilíbrio) estaria na própria natureza: o princípio da utilidade (YABIKU, 2011, p.01).

Ao folhear e interpretar o Código Penal, torna-se possível encarar a existência de regras e princípios que norteiam o seu uso. Como regra, é possível vislumbrar os preceitos normativos constantes ao longo do Art.59 do citado Código, o qual elenca uma série de fases (no total, três) que o magistrado deve observar no momento da fixação da pena do condenado. Além de tal regra, pode-se ver também a fixação de preceitos que prelecionam a determinação do regime de cumprimento de pena, através do Art.33 também do Código Penal, tendo como base a reincidência

(ou não) da pessoa, bem como a quantidade de pena final definida pelo juiz em sede de sentença no processo.

Sobre os princípios, também é de fácil percepção a sua existência ao longo do diploma infraconstitucional. Logo no corpo do Art.1º, *caput* do Código Penal, pode-se extrair o princípio da legalidade penal e o princípio da reserva penal, os quais definem que toda infração penal deve ser tipificada mediante lei ordinária, bem como ter – alicerçado a ela – a cominação prévia de uma pena que corresponda a prática daquela ação ou omissão relevante aos olhos do direito penal.

Além dos princípios tipificados no corpo dos textos legais (aqui, citou-se tanto a Constituição Cidadã, quanto o próprio Código Penal), também é possível encontrar a presença de princípios norteadores do direito penal em várias fases de sua aplicação. A título exemplificativo, pode-se citar o denominado princípio da intervenção mínima (considerado pedra basilar para a construção do, também, princípio da bagatela; objeto do presente estudo).

Assim, a intervenção mínima – enquanto princípio – corresponde a um comando dado ao tipificador e ao aplicador do direito para observar a necessidade de aplicação do direito penal sem interferir – em demasia – contra a esfera de liberdade do indivíduo, pois:

O princípio constitucional da intervenção mínima, decorrente de Constituições como a nossa, que estabelece uma quantidade considerável de valores firmados no pacto constituinte, vincula o Direito Penal à Constituição, obrigando o legislador, como se verá adiante, a criminalizar comportamentos somente quando sejam ofendidos bens jurídicos de relevância constitucional, sejam eles individuais ou coletivos e difusos. (LIMA, 2012, p.72).

Bom, quem conceitua e trata muito bem do princípio da intervenção mínima é o próprio Luigi Ferrajoli, o qual preleciona que a intervenção mínima do Estado – ao usar o direito penal – deve corresponder ao equilíbrio entre o respeito à liberdade do indivíduo, enquanto esfera intangível do direito, bem como a utilização pelo ente estatal das ferramentas necessárias – lei, pena, crime, entre outros – para intervir em tal liberdade da pessoa, com os menores danos e custos para o próprio Estado (FERRAJOLI, 2010, p.643).

Segundo o próprio Ferrajoli: “[...] os custos penais em termos de privação de liberdade devem ser, portanto, um mal menor em relação aos males maiores representados pelas ofensas que devem prevenir” (FERRAJOLI, 2010, p.643).

Arelado diretamente ao princípio da intervenção mínima, podemos reconhecer a existência do intitulado “princípio da bagatela”. É necessário pontuar que a bagatela pode ser

considerada uma manifestação da intervenção mínima por que tal princípio – da bagatela – busca excluir um dos elementos caracterizadores do crime, ou seja, a tipicidade (a qual encontra apoio no fato típico do ilícito penal) e – de forma consequente – a exclusão daquela ação ou omissão (que constitui uma infração penal) com base na ofensa irrelevante ao bem jurídico protegido pelo manto do direito penal. Logo:

[...] o princípio da bagatela no Direito penal para tipicidade penal exige lesão ao bem jurídico protegido, de tal forma que, o Direito penal não deve se ocupar como tipos incriminadores que não são capazes de uma lesividade mínima possível ao bem jurídico tutelado resguardado, não devendo a lei se atentar com infrações de pouca lesividade ou gravidade menos perceptível que não causa dano à coletividade (MÂCEDO, 2022, p.05).

Apesar da sua existência na seara criminal, o princípio da bagatela não encontra respaldo legislativo com um rol taxativo dos requisitos (e das hipóteses) que autorizam a sua aplicação pelo magistrado (lembrando que a autoridade policial não pode aplicar o princípio da bagatela, mas apenas o juiz, tendo em vista a necessidade de verificação da existência dos seus requisitos no caso em concreto e que fundamentam a sua adoção pelo Poder Judiciário).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) – através do Ag no HC nº. 188.494/SP – já pacificou o entendimento, inclusive, sobre a aplicação do princípio da insignificância da bagatela na seara penal, consolidando a existência de requisitos mínimos para a sua aplicação (BRASIL, 2022, p.01).

Segundo o próprio Supremo, para que haja o uso da bagatela em alguma infração penal, torna-se necessário a existência dos seguintes requisitos no caso em concreto: (i) valor irrisório do bem; (ii) ausência de violência ou de grave ameaça no momento da prática do ilícito; (iii) consideração dos aspectos relevantes da conduta praticada (ação ou omissão); e (iv) a configuração de primariedade ou reincidência do acusado não constitui óbice, inclusive, para o reconhecimento da atipicidade material do crime ou da contravenção (BRASIL, 2022, p.01). Nesse sentido, o próprio STF preleciona que a aplicação do princípio da bagatela busca:

[...] desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. Daí a importância da atuação do juiz da causa que, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, deverá estabelecer a justa medida na dosagem da pena, tendo em conta, inclusive, heterogeneidades sociais,

econômicas e culturais. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta (BRASIL, 2022, p.08).

Além do mencionado julgamento do Ag no HC nº. 188.494/SP, o Supremo Tribunal Federal também consolidou o entendimento – através do HC nº. 138.134/SP – que a aplicação do princípio da bagatela também deve observar a mínima ofensividade da conduta do agente, a periculosidade social da ação, o grau de reprovabilidade desta e, por fim, a inexpressividade da lesão jurídica que foi provocada no contexto (BRASIL, 2017, p.01).

Tal cenário nas palavras do Supremo:

Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhes são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isso significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta (BRASIL, 2017, p.07).

Porém, além do STF, o Superior Tribunal de Justiça – com o AgRg no HC nº. 764.554/SP – também definiu que para haver a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela) pelo magistrado, deve o valor total do objeto subtraído (no crime de furto, por exemplo) não ultrapassar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos (BRASIL, 2022, p.01).

Apesar da constante atividade da jurisprudência pátria em determinar as balizas certas para a aplicação da bagatela na seara do direito penal, é válido mencionar que o referido princípio da insignificância acaba tendo um desdobramento, mas que buscava excluir não a tipicidade da conduta criminosa, mas sim a sua culpabilidade na constituição do ilícito. Assim, estamos falando do chamado “princípio da bagatela imprópria” (ou da irrelevância penal do fato):

Contudo, o princípio da insignificância baseia-se unicamente nesse critério, de maneira que, não havendo desvalor do resultado, ou seja, não tendo sido causada considerável lesão ao patrimônio jurídico protegido, não há que se falar em crime; contudo, isso não quer dizer que o autor do fato insignificante fique impune, sobre ele devem recair todas as sanções civis, trabalhistas e dos demais ramos do Direito, o que não se justifica é a aplicação do Direito Penal, [...]. Por seu turno, o princípio da irrelevância penal do fato vai além e considera, ainda, o desvalor da ação e o desvalor da culpabilidade. Assim, presente qualquer deles o fato torna-se penalmente relevante, devendo o agente ser sancionado (DE OLIVEIRA, 2011, p.227-228).

Logo, enquanto a bagatela procura considerar a conduta (ação ou omissão) praticada pelo agente como um irrelevante penal, no tocante às circunstâncias que foram praticadas; o princípio da bagatela imprópria tem como principal finalidade a exclusão do elemento da culpabilidade na constituição do crime ou da contravenção, sob a justificativa da desnecessidade de aplicação da pena, de acordo com as circunstâncias também existentes no caso analisado pelo juiz.

Tal princípio também mereceu os olhos da jurisprudência dos tribunais pátrios, que puxaram para si a necessidade de consolidar balizas de aplicação do princípio da bagatela imprópria. Nesta seara, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) acabou julgando a Apelação criminal de nº. 0042331-40.2011.4.01.3300 para autorizar a aplicação do princípio da bagatela imprópria nos casos em que “[...] a atual condição do réu não é favorável a cometimentos de novos delitos, afastando qualquer hipótese de castigo, intimidação ou ressocialização” (BRASIL, 2019, p.01).

Isso significa que conforme o TRF-1, o princípio da irrelevância penal do fato pode ser aplicado no contexto em que a condição do acusado não aponta que este vai vim a cometer novos crimes ou contravenções.

Um dos julgados interessantes sobre tal princípio foi o confeccionado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ-PE), o qual com a Apelação criminal de nº. 0000727-57.2009.8.17.0110 determinou que pode haver a aplicação do princípio da bagatela imprópria nos casos em que haja estupro com violência presumida, a depender do contexto fático e social presentes. Segundo o Relator do julgado:

O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria significa que o magistrado, mesmo diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária. Difere da bagatela comum ou do princípio da insignificância porquanto a tipicidade material está presente, ou seja, há o reconhecimento de relevante desvalor da ação, porém a aplicação da pena se mostra desnecessária, desarrazoada, sendo, por isso, dispensada (BRASIL, 2018, p.01).

Ainda sobre o julgamento:

Não está presente o dolo de se aproveitar da vulnerabilidade da vítima, sequer de prejudicá-la. Se assim não fosse, não teriam os pais permitido o namoro, não teriam réu e vítima ido morar juntos, e não teria o apelado continuado a prestar assistência ao filho que possuem, mesmo após o fim da relação amorosa, tendo a vítima já constituído nova família. É neste aspecto que reside o ínfimo desvalor

da culpabilidade, incidindo a bagatela imprópria. [...] Não se pode desconsiderar também a realidade social e a transformação dos comportamentos na sociedade contemporânea [...] (BRASIL, 2018, p.01).

Além de tal contexto, o Superior Tribunal de Justiça – com o julgamento do AgInt no AREsp 1.541.400/SP – não vem admitindo, desde o ano de 2019, a aplicação pelo magistrado do referido princípio da irrelevância penal do fato nos crimes que possuam violência física apta a caracterização de roubo, uma vez que “não se aplica o princípio da bagatela imprópria quando há relevância penal da conduta imputada” (BRASIL, 2019, p.01).

Todavia, apesar de já ter tratado sobre a possibilidade de aplicação do princípio ora em tela nas condutas que venham a caracterizar o ilícito penal de roubo, o Superior Tribunal de Justiça precisou enfrentar a também possibilidade de permitir o uso da bagatela imprópria nos crimes ou contravenções praticadas sob o manto da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) no contexto de reconciliação do casal, após o fato criminoso. Tal discussão foi gerada através da impetração do HC de nº. 333.195/MS, o qual será estudado logo a seguir com a finalidade precípua de responder a problemática central do presente artigo.

3. O julgamento do *habeas corpus* nº. 333.195/MS: pode o princípio da bagatela imprópria ser aplicado às infrações penais cometidas no âmbito da Lei nº. 11.340/06, nos casos em que ocorra a reconciliação posterior do casal?

Chegou no ano de 2016, na quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, a impetração do *habeas corpus* de nº. 333.195/MS pela Defensoria Pública do estado de Mato Grosso do Sul, o qual trouxe à baila a seguinte discussão: pode o princípio da bagatela imprópria ser aplicado aos crimes ou contravenções cometidas contra a mulher – no âmbito da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) – e que, após a prática da ação ou omissão criminosa pelo agressor, haja a reconciliação do casal?

Em linhas gerais, o paciente do citado *habeas corpus* acabou sendo condenado à pena de dois anos de detenção e quinze dias de prisão simples, pela prática do crime de ameaça (Art.147 do Código Penal, por duas vezes) e de vias de fato, nos termos do Art.21 da Lei nº. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) (STJ, 2016, p.01). Após a negativa de provimento da sua apelação, em sede de tribunal de justiça, o paciente impetrou o remédio constitucional com a intenção de conseguir a liminar, sob a justificativa de que estaria sofrendo constrangimento ilegal diante de tal

condenação, uma vez que havia se reconciliado com a companheira após os fatos referidos (BRASIL, 2016, p.02-03).

Nesta seara, a defesa do paciente sustentou que:

[...] a) "o que está em questão quando da discussão da incidência da infração bagatela imprópria é a desnecessidade da pena, embora o fato seja formal e substancialmente típico"; b) "o direito penal não se presta a resolver pequenos suplantados desentendimentos. O Poder Judiciário não pode ser usado para punir/prejudicar cidadãos em razão de brigas superadas de casais"; c) se deve "respeitar o princípio da intervenção mínima"; d) "inegavelmente, a aplicação da reprimenda ao Paciente caracteriza constrangimento ilegal sendo passível de ser sanado através do presente procedimento, uma vez que a vítima reatou com o ora Paciente após o incidente e tem convivido com o mesmo em harmonia" (BRASIL, 2016, p.02-03).

Dessa forma, torna-se evidente que o Superior Tribunal de Justiça precisou enfrentar se o princípio da irrelevância penal do fato seria autorizado a incidir sob os ilícitos penais abrangidos pelo âmbito da Lei nº. 11.340/06.

Logo, de um lado estaria a necessidade de proteção da mulher, enquanto ser vulnerável em suas relações domésticas e familiares e a qual, conforme os preceitos normativos da Lei Maria da Penha, precisa ser protegida sob todas as formas de violência (física, patrimonial, sexual, moral e psicológica).

Além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça também precisou levar à ponderação o entendimento de que os ilícitos penais praticados sob o contexto da Lei nº. 11.340/06 são tão relevantes socialmente que nem os benefícios da Lei nº. 9.099/95 podem ser cogitados para a aplicação na Lei Maria da Penha.

Agora, por outro lado, o STJ também precisou enfrentar se a reconciliação do casal – enquanto sujeitos envolvidos na violência doméstica e familiar – seria capaz de afastar a necessidade de imposição da pena em relação ao agressor ou, na verdade, a reconciliação do agressor e da mulher vítima da violência seria capaz de excluir a aplicação da penalidade com base na retirada da culpabilidade da infração penal. Lembrando que a própria Defensoria Pública do estado de Mato Grosso do Sul invocou o princípio da intervenção mínima para afastar a relevância penal da conduta do paciente.

Torna-se evidente, dessa forma, que o Superior Tribunal de Justiça necessitou ponderar qual dos dois lados ia prevalecer: os preceitos normativos da Lei nº. 11.340/06 ou a aplicação do

princípio da bagatela imprópria (atrelado à intervenção mínima estatal). Desta feita, inicialmente, o STJ afirmou que “[...] a jurisprudência desta Corte Superior está consolidada no sentido de não admitir a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas” (BRASIL, 2016, p.04).

Contudo, como o presente caso trouxe para a discussão a reconciliação do casal como uma justificativa de aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, o STJ prelecionou que tal justificação não teria o condão de afastar a relevância penal da conduta praticada pelo paciente do *habeas corpus*, “[...] não implicando a reconciliação do casal atipicidade material da conduta ou a desnecessidade de pena” (BRASIL, 2016, p.04).

Assim sendo, para o Superior Tribunal de Justiça – conforme o julgamento do HC de nº. 333.195/MS – a reconciliação da vítima e do agressor, após o crime ou a contravenção penal praticada no contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não é requisito autorizativo para a incidência do princípio da bagatela imprópria no caso, uma vez que a relevância penal da conduta é a que deve prevalecer em tais situações, devido ao contexto de vulnerabilidade da mulher.

4. Considerações finais

Ao final da pesquisa, foi possível perceber que a Lei nº. 11.340/06 é resultado de conquistas – ao longo da história – de movimentos de cunho feminista, sendo o último deles o denominado pós-modernismo feminista. Assim, a referida Lei tem como finalidade principal a proteção da mulher que sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar, seja ela de natureza física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral. Além disso, o próprio legislador ordinário trouxe a figura das medidas protetivas como um mecanismo para efetivar a proteção da figura feminina que venha a sofrer tais tipos de violência.

No mesmo sentido, também foi perceptível que o direito penal é utilizado pelo ente estatal com base no preceito da *ultima ratio*, onde a sua aplicação depende da observância de uma série de regras e princípios – ou seja, normas. Um desses princípios, como bem estudado anteriormente, foi o da intervenção mínima – o qual defende que o Estado é autorizado a interferir na liberdade do indivíduo, porém da forma menos drástica possível – que tem relação direta com o então princípio da bagatela (ou da insignificância). Porém, enquanto que a insignificância busca exclui

da tipicidade material da conduta criminosa, o princípio da bagatela imprópria (ou da irrelevância penal) possui como principal objetivo a exclusão da culpabilidade da infração penal e, consequentemente, a desnecessidade de aplicação da pena pelo magistrado no caso em concreto.

Nesse contexto, da análise do HC de nº. 333.195/MS, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que a reconciliação do casal após o crime ou a contravenção penal praticada no contexto de violência doméstica ou familiar – contra a mulher – não é requisito autorizativo para a incidência do princípio da bagatela imprópria, tendo em vista que a relevância penal da conduta é a que deve prevalecer em tais situações, devido ao contexto de vulnerabilidade da mulher.

Referências

BARROS, Aparecida da Silva Xavier; ALVES, Thelma Panerai. Lutas feministas e enfrentamento às desigualdades e às violências sofridas pelas mulheres no Brasil. *Ciências & Trópico*, [s. l.], v. 46, n. 1, 2022. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/2065>. Acesso em: 29 maio 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*/ Luís Roberto Barroso. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto, 1990. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*/ Norberto Bobbio; tradução Marco Aurélio Nogueira. – Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987. (Coleção Pensamento Crítico, v.69).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no *habeas corpus*, Ag no HC nº. 188.494/SP. Julgadora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 08/02/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1391102264>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas corpus*, HC nº. 138.134/BA. Julgador: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 07/02/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769650497>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo regimental no *habeas corpus*, AgRg no HC nº. 764.554/SP. Julgador: Joel Paciornik. Julgamento: 14/11/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1687365205>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Agravo interno no agravo em recurso especial*, AgInt no AREsp nº. 1.541.400/SP. Julgador: Rogério Cruz. Julgamento: 17/12/2020. Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/858000455>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas corpus*, HC nº. 333.195/MS. Julgador: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento: 12/04/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/340002667>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região (3ª Turma). *Apelação criminal*, APR nº. 0042331-40.2011.4.01.3300. Julgadora: Monica Sifuentes. Julgamento: 19/11/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/898317211>. Acesso em 29 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco (2ª Câmara extraordinária criminal). *Apelação criminal*, APR nº. 0000727-57.2009.8.17.0110. Julgador: Fábio Eugênio Lima. Julgamento: 27/10/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/634050612>. Acesso em 29 maio 2023.

CUPOLILLO, Catarini Vezetiv; DE AMORIM, Dandara Christiane Alves; FONTENELE JÚNIOR, Herôdoto Souza; BILEGO, Arthur Arantes. Igualdade de gênero e a Lei Maria da Penha: análise da ação declaratória de constitucionalidade nº. 19 e os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Eletrônica Interdisciplinar*, Barra do Garças, v. 15, n. 1, 2023. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/312/303>. Acesso em: 29 maio 2023.

DE ASSUMÇÃO, Glauciany Barbosa. Primeira onda feminista brasileira e a luta pelo sufrágio. *Revista Jurídica do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro*, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/view/108/84>. Acesso em: 29 maio 2023.

DE OLIVEIRA, Thiago Barbosa. Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato no contexto da teoria do direito penal do mínimo. *Anais - artigos completos*, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: https://d1wqttxs1xzle7.cloudfront.net/38530101/Anais1.pdf?1440125023=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DAnais_do_I_Congresso_da_AMPD_v_1.pdf&Expires=1685405559&Signature=RyI~qUHdenVgiNK05Jaa5OA2JFnNlmncRQ1cIsKCy4Nb~IW82bGDdKRPFxr5iNZmACcHrEW2l~zQUnfjA6-LmqUWKog6FHiL30xCZ5hPiifonN-yZgjuY2X44cZZTP-N5HsFV77HRoEvMyt2G44jWWIRkxMLJPeyfz~D-RyRVEhvIoUXil06yFltZkEljz9ULRxQzDBW8RCPusAZ5eG3Rg5Axfm8C7XVNwRejZS5LU RiEAZfzHqCKUMRfelkrdEi6Ar93SgGy6GGaYT0GyR7ae1ecQKrhaIPQycXbKLM8M0kQmA LTr4vteFYVjdVHZm25XCBI5fulsAX2-6TFAXYJQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=221. Acesso em: 29 maio 2023.

E SILVA NETA, Elenita Araújo; CATÃO, Adrualdo de Lima. O pós-modernismo feminista: os possíveis efeitos advindos da criminologia feminista no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Mundi Sociais e Humanidades*, Paranaguá, v. 5, n. 2, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*/ Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOUGES, Olympe de. *Declaração dos Direitos das Mulheres e da Cidadã*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/mulher/declar_dir_mulher.pdf. acessado em 26 de março de 2020. Acesso em 29 maio 2023.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*/ Alberto Jorge C. de Barros Lima. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MACÊDO, Valéria Pereira. A natureza do princípio da insignificância no direito penal. *Revista Multidisciplinar do Amapá (REMAP)*, [s. l.], v. 2, n. 1, 2022. Disponível em: <http://periodicos.ifap.edu.br/index.php/REMAP/article/view/375/311>. Acesso em: 29 maio 2023.

MORESCO, Marcielly Cristina. Primavera secundarista: uma convivência feminista. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/BvSqJfsBKCCjxnYfJS5cMSq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 maio 2023.

ROSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social*/ J. J. Rousseau; [apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves]. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2009.

SANTOS, Ananda Rodrigues; BRUTTI, Tiago Anderson. O feminismo e a luta pela desconstrução de estereótipos: uma busca pela efetivação da igualdade à luz da Constituição Federal de 1988. *Revista do Programa de Pós-graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social*. v.08, n.01, jan./abr., 2019.

SILVESTRE, Geovanna Siqueira; QUEIROZ, Carla Figueiredo Garcia. A ineficácia das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. *Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro-Oeste (UNIDESC)*, [s. l.], v. 1, n. 1, 2022. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/Real/article/view/3946/1973>. Acesso em: 29 maio 2023.

YABIKU, Roger Moko. *Ética e direito no utilitarismo de Betham*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20642/etica-e-direito-no-utilitarismo-de-jeremy-bentham>. Acesso em: 29 maio 2023.

ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/ondas-do-feminismo/>. Acesso em: 29 maio 2023.

Benefícios assistenciais e o critério de renda: um estudo sobre a necessidade de flexibilização das exigências legais para concessão

Assistance benefits and the income criterion: a study about the necessity for flexibilization of legal exigency for concession

Ana Paula dos Santos Ferreira^{*}

Resumo: O elevado contingente populacional, que não garante ou tem garantida sua própria subsistência, seria um dos fatores para o surgimento das políticas e benefícios assistenciais, não sendo possível a disponibilidade destes a todos os requerentes. Por conta disto, critérios passaram a ser desenvolvidos, visando a concessão dos referidos benefícios aqueles que se encontram em situação de miserabilidade. No entanto, estes caracterizam-se como demasiadamente rigorosos, restringindo a maioria dos requerentes a alcançar a concessão, ainda que de fato possuam direito a este. Desta forma, o presente artigo se propõe a analisar a questão da necessidade da flexibilização das exigências legais para concessão do mencionado benefício assistencial, utilizando-se de abordagem qualitativa e levantamento bibliográfico, ao analisar os institutos: da seguridade social, benefícios assistenciais, critérios e flexibilização, com base em análises legislativas e doutrinárias.

Palavras-chave: Benefício assistencial. Critérios. Renda per capita. Flexibilidade. Seguridade social.

Abstract: The large population, which does not guarantee or have its own subsistence guaranteed, would be one of the factors for the emergence of assistance policies and benefits, being not possible de disponibility for all the claimants. Because of this, criterion began to be developed aiming the concession of this benefits for them wich stayed in situation of misery. However, these are characterized as too strict restricting the majority of claimants to achieve the concession of benefits, even they in fact had entitled to that. In this way, the present article means to propose and analyse the question for necessity of flexibilization by the legal exigency for concession of the assistencial benefits, using a qualitative approach and bibliographical survey, to analyzing the institutes: social security, assistance benefits, criteria and flexibility, based on legislative and doctrinal analyses.

Keywords: Assistance benefit. Criteria. Per capita income. Flexibility. Social Security.

Recebido em: 31/08/2023
Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:

FERREIRA, Ana Paula dos Santos. Benefícios assistenciais e o critério de renda: um estudo sobre a necessidade de flexibilização das exigências legais para concessão. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 135-153.

^{*} Escola Superior de Advocacia.

Introdução

A assistência social é caracterizada como um instituto presente em múltiplas sociedades, arrastando-se por um longo período, fosse na antiguidade greco-romana, com a distribuição de trigo à população, ou mesmo na Idade Média, com influência da igreja e religião sobre o tema (Carvalho, 2006). Portanto, é perceptível que esta tem bases históricas de longa data, tendo se instaurado também no Brasil, primeiramente na Constituição Federal de 1934 e desenvolvendo-se em múltiplas legislações posteriormente (Ferreira; Reis, 2020).

Na legislação brasileira, esta emerge por meio da Constituição Federal de 1988, a qual descreve os princípios voltados à seguridade social, abrangendo a ideia de: previdência social, saúde e assistência social. Esta última, se caracteriza como prestações mínimas e gratuitas admitidas aqueles que não podem prover a própria subsistência e garantir condições dignas de vida (Tavares, 2008), seguindo, portanto, o princípio da solidariedade.

Com isso, o objetivo primordial da assistência social seria reservar uma vida minimamente digna aqueles que não são amparados pela previdência social e não possuem fonte de renda para manter-se ou ser mantido pela família, surgindo o benefício de prestação continuada, por meio da Lei nº 8.742/93 (Castro, 2008).

O referido benefício garante a renda de um salário mínimo mensal a pessoas portadoras de deficiência e idosos com 65 anos ou mais, que não possam prover a própria subsistência, sendo necessário comprovar a ausência de recursos para garantir sua manutenção ou tê-la garantida pela família (Brasil, 1993).

Contudo, um dos critérios do referido benefício, o qual seja a aferição de renda, é forte ensejador para a negatória do mesmo, ainda que se trate de indivíduos considerados como baixa renda. Além de questões derivadas, como por exemplo, o fato de que mesmo se tratando de um benefício concedido exclusivamente ao idoso ou portador de deficiência, todo o grupo familiar deve manter-se em situação de miserabilidade (Barros; Silva, 2020).

Neste ínterim, a concessão do benefício assistencial acaba por, ao invés de cumprir sua finalidade e abranger o maior contingente populacional, restringir e excluir pessoas as quais mesmo encontrando-se miseráveis, são apontadas como não preenchedoras dos requisitos em questão e lhes é negada a concessão do benefício.

Desta forma, a análise destes elementos é de suma importância, pois demonstra que diversos requerentes não são abrangidos pelo benefício assistencial, ainda que façam jus a este.

Contudo, pela rigidez dos citados requisitos, principalmente quanto a renda, este tem seus pleitos constantemente negados (Calixto, 2019).

É relevante tratar do tema em questão, buscando a explicitação quanto a realidade de grande parte da população, a qual necessita da concessão do benefício assistencial. No entanto, não consegue alcançá-lo, ainda que se encontre em situação de miséria, por conta dos critérios extremamente rígidos para a concessão do citado benefício.

Neste sentido, o artigo está estruturado utilizando-se de abordagem qualitativa estudando-se conceitos e definições buscando defender e fortalecer a teoria apresentada, para tal foi utilizado os procedimentos de: pesquisa e levantamento bibliográfico, com enfoque em análises legislativas e doutrinárias. Também se baseou para alcançar tal objetivo em pesquisas realizadas pela internet e revistas com caráter jurídico (Consalter; Mej, 2011). Outrossim, é elaborado em cinco tópicos: (i) o desenvolvimento do benefício assistencial no decorrer histórico; (ii) estrutura da seguridade social e dos benefícios assistenciais no Brasil; (iii) definição dos benefícios assistenciais e critérios para sua concessão; (iv) importância do benefício para os beneficiários; (v) da subjetividade quanto ao critério de miserabilidade dos benefícios assistenciais.

1. O desenvolvimento do benefício assistencial no decorrer histórico

A ideia da prestação de assistência remete a períodos da antiguidade greco-romana, quando o Estado realizava a distribuição de trigo aqueles que eram considerados economicamente vulneráveis. Além de que, a prestação de auxílio aos que não podiam garantir a própria subsistência muito estava ligado às ideias propostas pela religião, a qual indicava que quem realizava tais ações teria reservado seu local no “paraíso” (Ferreira; Reis, 2020).

Na Idade Média, houve uma expansão quanto a associações e irmandades, as quais possuíam como objetivo prestar assistência social, principalmente a determinados grupos como: viúvas, idosos, órfãos e deficientes (Carvalho, 2006).

A primeira política assistencial a qual se tem conhecimento foi elaborada por Juan Luis Vivés, em 1526, na Espanha, este buscou em sua obra o combate à esmola indiscriminada e prezar pelo controle civil das instituições de assistência. Com o decurso do tempo, movimentos inspirados em Marx e Engels, com o objetivo de estabelecer políticas que pudessem assegurar a todos os indivíduos o básico para a sobrevivência digna, foram sendo estabelecidos (Suplicy, 2002).

Posteriormente, o aprimoramento da ideia se deu na obra de Joseph Charlier (1848), o qual apresentou a possibilidade de concessão a todos os indivíduos de uma renda básica e o direito a esta, instaurando-se a ideia de cessão de certo valor como forma de benefício assistencial. Assim, intitulado que os indivíduos que não possuísem terras deveriam ter garantido pelo estado uma subsistência trimestral mínima, portanto, se tendo o mínimo necessário para garantir a sobrevivência do ser humano.

Outras discussões quanto ao tema se desenvolveram no início do século XX, principalmente realizadas por Russel e Shaw (1918), estes analisam certos institutos na sociedade europeia antes da Primeira Guerra Mundial, e indicam que suas propostas seriam quanto a possibilidade de concessão de certa renda garantida a todos os indivíduos, trabalhem estes ou não, e que uma renda com valor maior deveria ser atribuída aqueles que pudessem se dedicar a algum trabalho reconhecido pela comunidade.

Outrossim, diversas propostas quanto a possibilidade de uma renda mínima a todos os indivíduos continuou sendo debatida e houve o surgimento de múltiplas vertentes, tais quais as visões: liberal, que preceitua a renda mínima como mecanismo de combate ao desemprego e a pobreza; distributiva, na qual a referida renda seria uma forma de redistribuição de riqueza existente na sociedade; inserção, preceituando que a renda seria uma forma de inserção social e profissional dos indivíduos em um cenário de pobreza e desemprego (Barbosa; Silva, 2002).

Quando se aborda tal temática no cenário brasileiro, é possível perceber que este aderiu desde o período colonial à ideia de assistencial social, por forte influência da religião predominante, que seria o catolicismo, porém o primeiro regulamento brasileiro o qual efetivamente tratou desta questão foi a Constituição de 1934, a qual realizou a criação da competência para saúde, amparo aos desvalidos, à maternidade e infância, dentre outros aspectos (Sposati, 2007). Se destaca trecho deste regulamento:

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; (Brasil, 1934)

Posteriormente, houve tratamento quanto ao tema na Constituição de 1937, a qual previu direitos aos idosos e inválidos além da criação do Conselho Nacional da Seguridade Social (Brasil,

1937). Consecutivamente, ocorreu a criação da Constituição Cidadão, de 1988, a qual proporcionou ainda mais enfoque à assistência social, trazendo a ideia de seguridade social acrescida de saúde e previdência, também havendo dois anos depois a criação da Lei Orgânica da Assistência Social, sancionada em 1993 a qual aborda todas as diretrizes quanto assistência social adotadas no Brasil tanto na época até os dias atuais (Ferreira; Reis, 2020).

Houve também o tratamento de rendas assistenciais por meio do Projeto de Lei nº 80/91, o qual garantia o Programa de Renda Mínima; posteriormente, a implementação em 1995 do sistema brasileiro de proteção social, versando sobre a transferência de uma renda básica a famílias que tivessem crianças e adolescentes devidamente matriculados em escolas públicas; por fim, a partir de 2001 ocorreu o crescimento destes tipos de políticas, com ações como: criação do benefício de prestação continuada, bolsa escola, bolsa alimentação, dentre outros (Barbosa; Silva, 2002).

Assim, é possível perceber como a visão de assistência social já existe desde os primórdios da humanidade, sendo percebida na antiguidade greco-romana e estendendo-se pela Idade Média. Posteriormente, houve o surgimento das primeiras políticas assistenciais objetivando estabelecer o básico aos indivíduos. Também ocorreu o tratamento quanto a forma que a legislação brasileira aderiu a tal ideia com o decorrer do tempo, passando pelas Constituições de 1934, 1937 até os projetos de lei e programas de renda mínima atuais.

2. Estrutura da Seguridade Social e dos benefícios assistenciais no Brasil

A Constituição Federal é um dos principais instrumentos na defesa dos direitos e deveres individuais, sendo alguns destes considerados como fundamentais e consequentemente devem obter aplicação imediata. Assim, os direitos sociais, por sua vez, caracterizam-se como fundamentais, abrangendo o direito à seguridade social, a qual é regida por princípios como: solidariedade, igualdade e bem estar social (Mattjie, 2007).

Ademais, tratando especificamente dos princípios voltados à seguridade social, de acordo com a Constituição Federal, 1988, em seu artigo 194, parágrafo único, se tem: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (Brasil, 1988).

O primeiro destes, abrange a ideia de igualdade material, buscando socorrer as eventualidades sociais, ou melhor, pessoas em estado de necessidade, seja de maneira temporária ou permanente; já quanto ao segundo princípio, aponta que as prestações fornecidas pela seguridade social devem ser idênticas para toda a população nacional, sem distinção por território ou meio de trabalho, seja este urbano ou rural; e por fim, o princípio da seletividade e distributividade, trata-se tanto da organização quanto as leis elaboradas no âmbito da seguridade social e de onde as prestações destas derivam, quanto a possibilidade destas normas atingirem o máximo número de pessoas quanto for possível (Torres, 2012)

Assim, a seguridade social, a qual se caracteriza como direito de todos resguardado pela Constituição Federal, garante também o direito à saúde, sendo universal e dever do Estado (Brasil, 1990). A própria previdência, regulamentada pela Constituição e outros regulamentos, como a Lei nº 8.212/91 e 8.213/91 as quais tratam quanto ao Regime Geral de Previdência (Brasil, 1991). E por fim, a assistência social, a qual se encontra também descrita na Constituição Federal, em seu artigo 203, que preceitua como sendo dever do Estado garantir assistência ao desassistido que não seja segurado pela seguridade social, não levando em consideração contribuições ou tempo, pois independente destes a concessão do benefício estaria garantida a esta categoria (Brasil, 1988)

Ademais, também é instruído na Constituição Federal, em seu artigo 195, que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, seja de maneira direta ou indireta. Quando se trata das fontes diretas, refere-se as contribuições previstas e cobradas ao empregador e trabalhador, já as indiretas incidem por meio de impostos (Brasil, 1988).

Além de que, existem receitas específicas voltadas à saúde e previdência social, no entanto, não se percebe o mesmo quanto a assistência, a qual não possui receita própria, desta forma, a assistência social é concedida apenas aqueles que efetivamente necessitem dela, contrariamente dos requisitos da previdência social, na qual se terá a concessão para todos que vieram a contribuir com esta (Rocha, 2009).

Ademais, não apenas na Constituição, mas outros institutos legais, também preceituam quanto ao que viria a se caracterizar como assistência social, como por exemplo a Lei nº 8.742/93, baseando-se em tais preceitos, se destaca definição doutrinária quanto ao tema: “A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida” (Tavares, 2008).

Assim, a assistência social e a concessão de benefícios sociais se apresentam como uma forma de “cota social”, agindo com solidariedade a quem realmente precisa, buscando a proteção da família, velhice, infância, maternidade, dentre outros. Por conta disto, há a fiscalização para

que sua concessão seja realizada efetivamente de acordo com as previsões legais para tal. Além de ser uma forma de evitar a marginalização de determinados grupos e distribuição de renda, seguindo uma das previsões dos direitos fundamentais descritos na Constituição da República, que seria a erradicação da pobreza (Mattjie, 2007).

Portanto, se destacou como a Constituição Federal brasileira garante os direitos e deveres individuais resguardando o direito à seguridade social, o qual é regido por diversos princípios. Também se demonstra a definição desta por legislação e as formas como se financia a referida seguridade. Além de que, a descrição destes está presente não apenas na constituição, mas também em diversas outras legislações, que tratam de tal assunto e definem seus objetivos.

3. Definição dos benefícios assistenciais e critérios para sua concessão

A atuação do Estado quanto as prestações assistenciais são voltadas ao indivíduo que não consegue produzir, atuando também como complemento ao auxílio prestado pela família, além de se tratar de pessoas que não possuem qualquer tipo de proteção previdenciária (Fortes, 2009).

Martins (2010), preceitua que a assistência social diria respeito a um conjunto de princípios e regras visando o estabelecimento de políticas sociais aos hipossuficientes, buscando conceder benefícios e serviços que atendam as necessidades básicas dos mais necessitados, principalmente em situações como: maternidade, infância, velhice, dentre outros.

Assim, este passa a ter previsão constitucional, e, portanto, cláusula pétrea, sendo também uma forma de busca por certa justiça social, e para mais, este estipulou critérios visando a concessão do citado benefício, sendo no geral renda e necessidade, além de que, para um destes benefícios também é cobrado o requisito da idade, o qual à priori era de 70 anos de idade, sendo alterado para 67 em 1998 e posteriormente para 65 em 200 (Mattjie, 2007).

Neste íterim, a assistência social abrange aqueles que não são amparados pela previdência social e nem tenham nenhuma outra forma de renda para manutenção própria ou tê-lo mantido pela própria família, neste sentido, o conceito de família seria o conjunto de pessoas que residem no mesmo local, não necessariamente obtendo vínculo familiar, mas tendo dependência econômica (Castro, 2008).

Assim, o benefício assistencial de prestação continuada surgiu, primordialmente, na Lei nº 8.742/93, em decorrência da previsão no artigo 203, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e por meio desta primeira foram estabelecidos os requisitos necessários, supramencionados, para a concessão do citado benefício (Brasil, 1993).

Desta forma, o artigo 20 da citada Lei havia sido o primeiro a definir sobre o que se trataria o benefício assistencial e a quem este seria concedido, portanto, preceituava que seria um benefício que asseguraria um salário mínimo mensal, a pessoas portadoras de deficiência e idosos com 65 anos ou mais que não pudessem prover a própria subsistência, devendo ambos haver a comprovação de que não possuem recursos para garantir sua manutenção e nem tê-la garantida pela família (Brasil, 1993). Quanto a isto, Gilmar Mendes preceitua:

A assistência social destina-se a garantir o sustento, provisório ou permanente dos que não têm condições para tanto. Sua obtenção caracteriza-se pelo estado de necessidade de seu destinatário e pela gratuidade do benefício, uma vez que, para seu recebimento, é indiferente que a pessoa contribua ou não com a seguridade social. [...] Não se trata de conceder boas condições de vida aos seus destinatários, mas o suficiente para manutenção de sua dignidade. (Mendes, 2018, p. 663)

Neste ínterim, os critérios avaliados para a concessão do citado benefício seriam: a idade, deficiência e renda per capita, sendo estes requisitos fiscalizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, com a finalidade de perceber e analisar se os requerentes do citado benefício efetivamente podem ser agraciados com a concessão dele. Não há a exigência de contribuições prévias ao seguro social, buscando amparar tais pessoas em situação de miserabilidade, além de tratar-se de benefício personalíssimo, dizendo respeito apenas ao agente o qual é concedido, não podendo ser repassado a outrem. (Ferreira; Reis, 2020).

Ademais, para aqueles que realizam requerimento buscando a concessão do benefício assistencial ao deficiente, devem ser submetidos à avaliação pericial, com fase de avaliação médica e posteriormente social realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, a qual deve ser repetida a cada dois anos para verificação das condições que ensejaram o benefício (Brasil, 1993). Portanto, os critérios avaliados para a concessão do benefício de prestação continuada são distintos dos utilizados para a verificação de outros benefícios, como o auxílio doença, haja vista no primeiro são levados em consideração elementos como o desenvolvimento daquele indivíduo na sociedade e sua condição econômica- financeira (Merlo; Milan, 2020)

Desta forma, é possível perceber como o benefício assistencial não se trata de uma renda mínima universal, principalmente ao levar-se em consideração a qual parte da população este se destina, além da avaliação de se esta parcela abrange os requisitos necessários para tal, caracterizando-se, como um benefício de certa forma restrito, até mesmo para algumas pessoas que preenchem os requisitos, quanto a isto, destaca-se o trecho de Rocha:

Este benefício contradiz o aspecto de um programa de renda mínima que deve ser universal e, neste caso específico, nem todos os idosos e pessoas portadoras de deficiência tem direito a receber este benefício, pois ao determinar limite para idade (acima de 67 anos o idoso) e condições de incapacidade (para o trabalho e a vida independente), exclui parcela considerável deste grupo de pessoas (Rocha, 2002, p. 4)

Como mencionado, o referido benefício foi estipulado pela Lei Orgânica de Assistência Social em 1993, e por meio de seu artigo 21, esta estipulou que a pessoa portadora de deficiência seria aquela incapacitada para a vida independente para o trabalho, contudo, a partir de 1999, por meio do Decreto de nº 3.298, foi atribuído um critério mais restritivo, no qual a pessoa portadora de deficiência seria aquela que apresenta um caráter permanente de perdas e anormalidades, de sua estrutura ou função fisiológica, psicológica ou anatômica, de modo que gere incapacidade para o desempenho de atividades dentro do que seria considerado normal para o ser humano (Brasil, 1999).

Ademais, para realizar o requerimento do benefício, o indivíduo o qual se julga enquadrar nos requisitos necessários para tal, deve apresentar múltiplas documentações, no caso do idoso seria: certidão de nascimento ou documento que comprove a idade requerida, atestado que comprove a renda familiar; enquanto o portador de deficiência, além destes citados, deve apresentar laudos e exames médicos os quase atestem suas enfermidades e submeter-se a realização de perícia médica (Barbosa; Silva, 2002).

Além de que, o referido benefício não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social, a não ser que se trate de assistência médica, fora caracterizar-se por ter um caráter principal e não complementar, ou seja, o beneficiário está fadado a viver única e exclusivamente de tal renda, não podendo favorecer-se por qualquer outra renda, haja vista perderia o direito ao benefício (Rocha, 2002).

Desta forma, o beneficiário para manutenção do benefício está fadado a manter-se em situação de pobreza e miserabilidade. Gomes (2004) preceitua que, por mais que seja intitulado

como direito solidário, acaba por comprometer a autonomia dos beneficiários, aprisionando tanto o indivíduo quanto o grupo familiar em situação de miséria, sem possibilidade de ascensão.

Assim, ocorre certa forma de desestímulo para o beneficiário em relação a sua autonomia, estabelecendo uma relação de dependência, pois caso contrário este perderá o direito ao benefício como fonte de renda.

Outrossim, tal benefício não se caracteriza como perpétuo ou vitalício, podendo ser cessado em situações em que o indivíduo não possua mais as mesmas condições as quais ensejaram a concessão, como por exemplo falecimento do beneficiário e falta de apresentação do idoso para declaração da composição familiar ou não apresentação em perícia médica (Brasil, 1993).

Se buscou expor quanto ao público atingido pelas prestações assistenciais. Também se preceituou que a assistência social seria um conjunto de normas e princípios que buscam atender as necessidades básicas dos mais necessitados, sendo atribuído aqueles que se enquadrarem nos requisitos previstos em lei, não amparados pela previdência social. Houve o detalhamento quanto ao surgimento do citado direito na Lei nº 8742/93, onde se estabeleceu os requisitos necessários para a concessão dos benefícios, também houve a descrição quanto a estes requisitos e as características e trâmites referentes.

4. Importância do benefício para os beneficiários

Se destaca quem seriam os indivíduos que usufruem e se tornam beneficiários dos benefícios assistenciais. Em pesquisa realizada por Barbosa e Silva (2003) no Estado do Maranhão, o qual é caracterizado como um dos locais com maior índice de exclusão social do Brasil (Pochman; Amorim, 2003), foram obtidos resultados ao entrevistar 7 pessoas beneficiárias.

Dentre estes, apenas um não reside em casa própria, contudo, todos os demais participantes, ainda que obtenham sua própria moradia, estas são extremamente pequenas, com poucos cômodos e comportam uma quantidade exuberante de moradores, por se tratar de área reduzida possuem condições mínimas de higiene.

Outro aspecto também destacado na citada pesquisa, seria quanto a escolaridade dos entrevistados, a maioria se classificava como analfabetos, enquanto outros concluíram apenas o ensino fundamental, é perceptível tal alegação também por meio da pesquisa de Zanella (2021, p.127), a qual destaca: “O perfil das pessoas que buscaram a concessão do benefício assistencial

de prestação continuada, acima examinado, como visto, apresentaram o ensino fundamental incompleto como nível de escolaridade predominante”.

Já quanto a realização de empregos, majoritariamente os labores exercidos pelos beneficiários, antes de serem agraciados pelo benefício, se tratava de empregos informais, funções como: empregada doméstica, pedreiros, lavradores, dentre outros. Sendo raro entre estes a percepção de empregos formais, por conta disto, tais beneficiário passam a encarar o benefício como uma forma de “melhoria de vida” e das condições sociais. A maioria dos entrevistados da citada pesquisa se trata de pessoas que trabalham desde a infância, fosse nas denominadas “casas de família” ou em lavouras e levaram a vida desta forma, com muito sofrimento e dificuldades financeiras (Barbosa; Silva, 2003).

Portanto, se caracterizam como indivíduos que sempre enfrentaram dificuldades, principalmente no âmbito econômico-financeiro, e conseqüentemente se mantiveram às margens dos direitos considerados básicos aos indivíduos, sendo estes o resultado de uma segregação econômica e social. Por conta disto, encaram o benefício como certa forma de melhoria em sua condição, a qual se arrasta por toda vida como difícil, Bauman preceitua: “às dificuldades materiais que ela pode provocar se somam a degradação e a humilhação de se ver na extremidade receptora da privação um pesado golpe na autoestima e uma ameaça ao reconhecimento social” (2009, p. 62).

Assim, o fato de os beneficiários não terem normalmente, no decorrer de sua vida, usufruído de direitos assegurados a trabalhadores formais, visualizam a concessão do benefício como uma garantia que lhes protege de incertezas e poderá lhe garantir uma vida mais tranquila, por possuir tal renda fixa resguardada todos os meses, para que possam garantir uma vida mais confortável, apenas com o mínimo para sua subsistência, se aborda tal questão no contexto:

A carência dos mínimos sociais impede, por exemplo, o deslocamento da pessoa para locais e espaços de deliberação. Mais grave e intenso, porém, é a ordem de prioridades para esta parcela da população. Antes de (pre)ocupar-se em comparecer a um espaço de deliberação, como uma assembleia local ou na Câmara Municipal para o exercício da participação popular, para esta parcela vulnerável da sociedade a urgência é obter alimentos para si e seu grupo familiar. (Zanella, 2021, p. 160)

Portanto, é notável como os citados beneficiários acabam por possuir uma vida penosa e com grandes dificuldades, desde a infância, tendo a visão de que o benefício irá lhe trazer

estabilidade. Ação que não conseguiram alcançar no decorrer de sua existência laboral, já que se ocupavam primordialmente com a garantia do mínimo, para si e para seu grupo familiar, não tendo a possibilidade de buscar a ascensão social ou o cumprimento de seus direitos básicos como indivíduo.

Ademais, o benefício é concedido em valor extremamente baixo para cumprir a finalidade a qual se propõe, que seria de garantir uma vida digna ao beneficiário, contudo, por tratar-se de população em situação adversa, sem qualquer tipo de renda ou possibilidade de tê-la provida, acaba por se caracterizar como uma maior segurança, ainda que garantindo apenas o mínimo social, contudo com grande significado para quem o recebe (Barbosa; Silva, 2020).

Por conseguinte, é possível notar com a análise realizada em decorrência das pesquisas em questão, que os beneficiários se utilizam do valor do benefício para garantir elementos básicos, como : medicamentos, alimentação, dentre outras necessidades primordiais, Zanella (2021) trata desta questão ao citar a pirâmide de Maslow, na qual as necessidades são organizadas prioritariamente, onde dificilmente as pessoas buscarão satisfazer as demais necessidades, enquanto aquelas que forem consideradas básicas não tiverem sido satisfeitas.

Outrossim, como preceituou o deputado Ulysses Guimarães “O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.” (*apud* Mendes, 2009, p. 202). Com fulcro em tal observação, é possível notar como a maior parte dos beneficiários, antes de assumirem tal posicionamento, não podem ao menos ser considerados cidadãos, em decorrência da desigualdade social e pobreza as quais afetam do país.

Portanto, neste trecho se buscou tratar de como o benefício é aceito e utilizado por aqueles que podem usufruir destes, percebendo-se a real situação em que os beneficiários se encontram de extrema pobreza, baixa escolaridade, realização de empregos informais e as dificuldades que todos estes aspectos acarretam. Além de que, também se destacou o fato de tal benefício ser concedido em valor baixo para atender ao seu objetivo, o qual seja garantir uma vida digna ao beneficiário.

5. Da subjetividade quanto ao critério de miserabilidade dos benefícios assistenciais

Com base no exposto, é notável que o benefício em questão necessita de dois critérios primordiais para sua concessão, sendo um destes a aferição de renda daqueles que o requerem. Quando se trata do critério da renda é perceptível a constante alteração quanto a este referente aos

benefícios assistenciais, muitas vezes sendo justificado como uma forma de “aperfeiçoamento” para o processo de concessão, como preceitua Barbosa e Silva (2020).

Contudo, o que se pode notar é que este critério é forte ensejador para a negatória do benefício, ainda que os indivíduos estejam classificados como baixa renda, portanto efetivamente pobres.

Além de que, é notável certa contrariedade quanto a questão de que o benefício é concedido apenas ao idoso ou portador de deficiência, no entanto, para tal, é analisado todo o grupo familiar, conseqüentemente, não somente o beneficiário deve manter-se em situação de miserabilidade, para ter seu benefício concedido, mas também todo o seu grupo familiar, ou caso contrário, ocorre a cessação da concessão do benefício que em muito auxilia a garantir ao menos os elementos básicos para subsistência. (Barros; Silva, 2020).

Assim, é possível inferir que, ainda que o benefício de prestação continuada seja o benefício de transferência de renda com o valor mais elevando, comparado com os demais, este também possui mais regras e critérios a serem seguidos para possível elegibilidade, além de impor que o beneficiário e seu grupo familiar sobrevivam exclusivamente com tal valor, sem possibilidade de inserção destes no mercado de trabalho formal, sob pena de cessação do benefício para aquele que efetivamente necessita e não pode laborar. (Araújo; Bussinguer, 2020)

Neste ínterim, ocorre o evento descrito por Gomes (2004), no qual o recebimento do citado benefício acaba por comprometer a autonomia não só do beneficiário, mas também de todo seu grupo familiar os “aprisionando” em situação de miséria e informalidade.

Outrossim, o fato de ser exigido o cumprimento do critério de $\frac{1}{4}$ da renda per capita como requisito de comprovação para efetiva baixa renda acaba apresentando-se como prejudicial e subjetivo. Prejudicial, pois por mais que se trate de benefício individual é necessário comprovar que todo o grupo familiar se encontra em situação de miserabilidade (Araújo; Bussinguer, 2020)

Quando se refere a subjetividade, esta persiste haja vista um dos principais requisitos seria quanto ao teto de renda per capita para a concessão do referido benefício em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Contudo, ocorre que boa parte da população ainda que se enquadre nos requisitos etário e de deficiência, e mesmo que não possuam renda, não preenchem o critério de, com seu grupo familiar, sobreviverem com renda per capita correspondente à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, haja vista corresponder a valor extremamente baixo, no qual o beneficiário teria de permanecer em situação de elevada vulnerabilidade (Penalva; Diniz; Medeiros, 2018).

Com isso, majoritária parcela da população se encontra restrita, sem acesso ao benefício, ainda que se enquadrem como idosos e deficientes, além de possuir renda extremamente baixa, porém não alcançando o mínimo correspondente a $\frac{1}{4}$ da renda per capita.

Portanto, é perceptível que esta objetividade por parte da Autarquia concessora do benefício acaba por vezes demonstrando-se prejudicial, sendo necessária a adoção de critério subjetivo, haja vista mesmo que os requerentes de benefícios assistenciais muitas vezes não possuam a referida renda per capita igual ou inferior à $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, ainda assim, se encontram em situação de miséria, a qual deve ser analisada de maneira subjetiva por meio da condição a qual o indivíduo apresenta, quanto a isto, destaca-se trecho de Ferreira e Reis sobre o tema:

A autarquia responsável em verificar as condições necessárias para a concessão do BPC, utilizando de critérios puramente objetivos, no que tange a renda per capita, negando a concessão do benefício a quem não preenche tal requisito. Com isso, pessoas que vivem em estado de miséria, mas que iguala ou ultrapassa um pouco o limite previsto pela lei orgânica, enfrenta dificuldades de usufruir seu direito fundamental de viver dignamente, conforme prevê a Constituição Federal (Ferreira; Reis, 2020, p.115)

Por conta disto, existem debates quanto à flexibilização de tal requisito, de acordo com múltiplas interpretações, como da inconstitucionalidade do artigo 20, § 3 da Lei nº 8.742/93, o qual define quais os requisitos e a elegibilidade para o recebimento do benefício assistencial.

Assim, a crítica a tal previsão seria que por demonstrar-se taxativo acaba por excluir pessoas que se encontram em miserabilidade, consequentemente atingindo o princípio da dignidade humana, haja vista a realidade social não é atendida, excluindo indivíduos que também necessitam da percepção do benefício para manter sua dignidade. (Calixto Júnior, 2008).

Tal situação já foi debatida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232, na qual se tratava da inconstitucionalidade do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo exigido para a concessão do BPC. Esta apontava que tal restringia o direito garantido pela Constituição Federal, porém a mesma foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual indicou que tal critério não realizava afronta à legislação em debate (Araújo; Bussinguer, 2020).

Posteriormente, tal posicionamento tornou a ser alterado no julgamento da Reclamação nº 4374, na qual o tribunal levou em consideração mudanças de cunho político, econômico e social, e acabou por considerar como inconstitucional. Com isso, estipulou que os magistrados poderiam

verificar a existência ou não do requisito de miserabilidade com o intuito de concessão do benefício. (Brasil, 2013). Contudo, ainda que tal decisão tenha sido tomada, não houve qualquer edição de norma substitutiva e consequentemente a não estipulação de demais critério para aferição de renda.

Assim, ainda que haja a referida inconstitucionalidade, não há aferição de outro critério, permanecendo a utilização de $\frac{1}{4}$ e consequentemente, derivando em diversos indeferimentos o que traz consequências gravosas como o aumento de ingressos no judiciário requerendo o citado benefício, e indivíduos os quais efetivamente necessitam, dependendo dos trâmites judiciais e da possibilidade de judicialização para terem seu direito resguardado.

Nesta diapasão, outros elementos também acabam sendo debatidos sobre a questão, como por exemplo a transgressão ao princípio da igualdade. Isto se dá pois a legislação preceitua que os programas de garantia para famílias carentes e consideradas hipossuficientes devem determinar a renda per capita como de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, contudo, ao abordar-se o benefício assistencial, esta renda é alterada para $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e portanto, havendo a transgressão de tal princípio, haja vista para alcançar a concessão dos benefícios assistenciais os beneficiários seriam tratados com maior rigor ao comparados com beneficiários de demais programas sociais (Ferreira; Reis, 2020).

Ademais, há alguns projetos de lei quanto ao assunto, por exemplo o Projeto de Lei nº 4161/21, o qual modifica alguns critérios para a elegibilidade ao benefício assistencial, como a renda mensal per capita igual ou inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, alterando a previsão de $\frac{1}{4}$. Além de estipular a renda mensal do requerente e de seu grupo familiar em até dois salários mínimos, este foi aprovado pela Comissão de Defesa dos Direitos da pessoa idosa da Câmara dos Deputados e permanece em trâmite até o momento. (Brasil, 2022).

O Projeto de Lei nº 254/23 também se encontra tramitando, este possui o objetivo de acabar com o parâmetro de renda para a concessão do citado benefício assistencial, assim, o mesmo poderia ser concedido a todas as pessoas com deficiência independente da renda própria e do grupo familiar, a concepção de tal projeto seria que ao se impor um limite de renda para a concessão do citado benefício estaria se incorrendo em inconstitucionalidade (Brasil, 2023).

Neste íterim, algumas alterações as quais aparentam necessárias e são exigidas por parte da doutrina e jurisprudência seria quanto ao direito do julgador em auferir a condição de hipossuficiência do requerente por outros meios de prova.

Por exemplo, se destaca o julgamento do recurso especial representativo de controvérsia de nº1.112.557/ MG, julgado pelo STJ, no qual houve o estabelecimento a flexibilização do critério

de hipossuficiência para a concessão do benefício de prestação continuada, permitindo que pudessem ser analisados outros meios de prova para a concessão do mesmo. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal aceitou que houvesse tal flexibilização, por meio da declaração de inconstitucionalidade parcial da previsão legal quanto ao benefício, como supracitado.

Outrossim, se destaca a necessidade, a qual pode ser utilizada como alternativa, da análise de renda formal por meio da realização de perícia social, não apenas em fase judicial, mas também administrativa. Assim, se teria uma melhor avaliação da condição social e de como é atribuída a renda dos requerentes.

Por fim, se buscou abordar os critérios primordiais para a concessão do benefício. Quando se trata do critério de renda é perceptível como este acaba sendo forte ensejador para a negatória do benefício. Além de que, se demonstrou que ao exigir que o critério de $\frac{1}{4}$ da renda per capita e este ser tão rigoroso há uma restrição ainda maior da população a qual seria abrangida, enquanto a parte majoritária se mantém restrita e prejudicada pela falta de flexibilização do referido critério.

6. Considerações finais

Com base na análise inferida, é possível alcançar que a visão de assistência social não é recente, surgiu primeiramente no exterior e se desenvolveu, sendo adotada e implementada na legislação brasileira apenas a partir da Constituição Federal de 1934, aperfeiçoada por meio de leis e programas de renda mínima posteriores.

Ademais, também foi abordado como a Constituição Federal brasileira possui a capacidade de garantir os direitos e deveres de todo indivíduo, portanto, resguarda a seguridade social, amparado como direito de todos e dever do Estado. Além da exposição de tais institutos não apenas na referida constituição, mas também em múltiplas legislações que tratam do assunto.

Se destacou também quanto a população, a qual é atendida pelos benefícios assistenciais, e como a assistência social procura atender as necessidades básicas dos mais necessitados, contanto que se enquadrem nos requisitos legais, previstos tanto na Constituição Federal quanto em legislação complementar, os quais foram descritos e especificados.

Outrossim, também se buscou demonstrar como o benefício é utilizado pelos beneficiários, e a situação em que estes se encontram, enfrentando dificuldades no decurso de toda vida laboral,

além de que, houve a análise de como o valor do referido benefício seria consideravelmente abaixo do valor adequado para garantir uma vida digna a seus beneficiários.

Posteriormente, se indicou como o critério de renda é um dos primordiais causadores para o indeferimento do benefício assistencial, e que a exigência de ¼ de renda per capita faz com que os requisitos para a concessão se tornem extremamente rígidos, restringindo ainda mais a já pequena parcela da população a qual teria direito ao recebimento, apresentando-se, portanto, necessária maior flexibilização do referido critério e consequente amparo maior aos efetivamente necessitados.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Hellen Nicácio; Bussinger, Elda Coelho de Azevedo. Benefício de prestação continuada temporário para crianças acometidas pela síndrome congênita do zika vírus: uma análise crítica sobre seu potencial de ampliação da proteção social. Revista Novos estudos jurídicos - vol.25 – n.1. 2020

BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA, Maria Ozanira da Silva. O benefício de prestação continuada- BPC: desvendando suas contradições e significados. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwWij0P60wuSAAxWNu5UCHV08DtUQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.unb.br%2Findex.php%2FSEER_Social%2Farticle%2Fview%2F12933&usg=AOvVaw31GFMHNqJVXNYPZQjW3fdb&opi=89978449> Acesso em: agosto de 2023

BAUMAN, Zygmunt. A arte da vida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BRASIL. Comissão aprova novo critério de renda para solicitação de Benefício de Prestação Continuada. Agência Câmara de notícias. 2022. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/896402-comissao-aprova-novo-criterio-de-renda-para-solicitacao-de-beneficio-de-prestacao-continuada/>> . Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm > Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Lei nº 8213 de 24 de julho de 1991. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. PL 254/2023; 2023. Disponível em<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2347052>> Acesso em: agosto de 2023

BRASIL. Reclamação 4.374 Pernambuco. 2013. Disponível em<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24806757>> Acesso em: agosto de 2023

CALIXTO JUNIOR, Jeferson. O benefício assistencial como instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana. BuscaLegis. Acesso em : agosto de 2023

CARVALHO, Rogério Tobias de. Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Alexandre Samy. JESUS, Leonardo Araújo. Judicialização de pedidos de benefício de prestação continuada e aposentadoria rural - TRF-1. Instituto de Pesquisa Economica Aplicada – IPEA. Nota técnica Nº9. 2018

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

CHARLIER, J. La question sociale résolve précédée du Testament philosophique d'u penseur. Bruxelas: Weissenbruch, 1893.

FERREIRA, Icaro. REIS, Jaqueline. A flexibilização do critério de hipossuficiência na concessão do benefício de prestação continuada. Revista Ciências Humanas. V. 13, n 3, edição 28. São Paulo, 2020

FORTES, Simone Barbisan. Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis. Conceito, 2009

GOMES, Ana Lígia. O Benefício de Prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e Limites- construindo possibilidade de Avanços. São Paulo: Cortez, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 13ª ed. Saraiva Educação: São Paulo, 2018.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo. Atlas da exclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez, 2003.

ROCHA, C. R. Política de renda mínima no Brasil: um estudo preliminar sobre o benefício de prestação continuada. Disponível em<<http://www.ufsc.br/neta>>. Acesso em: agosto de 2023

ROCHA, Daniel Machado da. Resolvendo questões difíceis que envolvem o exame da qualidade de segurado e da carência. Florianópolis: Conceito, 2009

RUSSEL, Bertrand. Caminhos para a liberdade. São Paulo: Martins Fontes. 2005

SPOSATI, Aldaíza. A menina LOAS: um processo de construção da assistência social. 3º ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. Renda de cidadania: a saída é pela porta. São Paulo: Cortez, Fundação Perseu Abramo, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, F. CAMACHO D. A. Princípios da seguridade social. 2012. Disponível em<<https://jus.com.br/artigos/95889/principios-de-direito-previdenciario-1>> Acesso em: agosto de 2023

ZANELLA, José Caetano. Benefício assistencial de prestação continuada e a escolaridade como fator para avaliação da deficiência na perspectiva da inclusão social. Universidade Feevale, 2021.

Teorias legitimadoras da pena: ciência ou ideologia? Uma análise crítica dos discursos penais dominantes à luz do conceito de ideologia em Marx e Engels

Legitimizing theories of punishment: science or ideology? A critical analysis of dominant penal discourses in light of the concept of ideology in Marx and Engels

Paulo Márcio de Nápolis*
Jefferson Carús Guedes**

Resumo: O escopo desta análise é passar em revista os grandes discursos teóricos de legitimação da pena e do Direito Penal e a sua inaptidão para concretizarem-se no plano da realidade. Diante do grande hiato existente entre a programação normativa que inspiram e a sua efetivação, é descortinada a possibilidade de que são destituídos de cientificidade, enquanto discurso racional orientado para a compreensão de um determinado conjunto de fenômenos evidenciáveis, degenerando em expedientes ideológicos de legitimação de uma forma de controle social através da expressão do poder de aplicar sanções penais. Para a interpretação do fenômeno verificado, são revisitadas algumas das teses principais de Marx e Engels, tal qual expostas em *A Ideologia Alemã*, e a sua forma peculiar de definir o conceito da ideologia. Percorrendo, no essencial, os caracteres gerais de cada uma das teorias analisadas, ao invés de entendê-las por si próprias, são interpretadas, segundo o método histórico-dialético, como expressões da hegemonia da classe que emerge como dominante a partir da consolidação do modo de produção capitalista. Evidenciando-se, assim, a essência ideológica de tais discursos, permite-se que sejam reavaliados em seu alcance e fins, propiciando uma prática que, sem lhes pretender a abolição ou superação imediatas, permita o seu exercício em termos menos refratários à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: teorias da pena; ideologia; materialismo histórico-dialético; *Ideologia Alemã*.

Abstract: The scope of this analysis is to review the great theoretical discourses on the legitimation of punishment and Criminal Law and their inability to materialize in terms of reality. Faced with the large gap between the normative programming they inspire and its effectiveness, the possibility is revealed that they are devoid of scientificity, as a rational discourse oriented towards the understanding of a certain set of evident phenomena, degenerating into ideological expedients of legitimizing a form of social control through the expression of the power to apply penal sanctions. For the interpretation of the verified phenomenon, some of the main theses of Marx and Engels are revisited, as exposed in *The German Ideology*, and their peculiar way of defining the concept of ideology. Going through, in essence, the general characteristics of each of the analyzed theories, instead of understanding them by themselves, they are interpreted, according to the historical-dialectical method, as expressions of the hegemony of the class that emerges as dominant from the consolidation of the capitalist mode of production. Evidencing, thus, the ideological essence of such discourses, it is allowed that they be reassessed in their scope and purposes, providing a practice that, without intending their immediate abolition or overcoming, allows their exercise in terms less refractory to the dignity of the human person.

Keywords: theories of punishment; ideology; historical-dialectical materialism; *German Ideology*.

Recebido em: 30/10/2023
Aprovado em: 10/11/2023

Como citar este artigo:

NÁPOLIS, Paulo Márcio de;
GUEDES, Jefferson Carús.
Teorias legitimadoras da
pena: ciência ou ideologia?
Uma análise crítica dos
discursos penais
dominantes à luz do
conceito de ideologia em
Marx e Engels. *Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal*, Brasília,
vol. 5, n. 2, 2023, p. 155-176.

* Mestrando em Direito
(CEUB). Defensor Público
do Distrito Federal.

** Professor da Graduação,
Mestrado e Doutorado
(CEUB). Doutor e Mestre em
Direito Processual Civil
(PUC-SP). Advogado e
Consultor Jurídico.

1. Introdução

Chegamos ao interior da Penitenciária do Distrito Federal II para o atendimento semanal. São oito horas. Ao longe, no horizonte, o céu, do azul inconfundível do Planalto Central, parece fundir-se com a vegetação ressequida do cerrado, criando uma atmosfera bucólica. Não nos permitimos demorar muito na contemplação. Transpostos os robustos portões de ferro em que se incrustam pesadas grades, logo percorremos a via principal que nos conduz aos pátios de atendimento, fronteiros aos blocos interiores que guardam as pessoas em cumprimento de pena. Conduzidos em filas, roupas alvas a contrastar com as tezes escuras - Caetano Veloso e Gilberto Gil não se enganaram ao sinalar que “são quase todos pretos” (Haiti, 1993). Cabeças baixas, permitindo divisar as maçãs do rosto amolecidas e murchas, que ganham realce com os cabelos cortados rente. Braços para trás, algemas grossas contrastando com os pulsos finos. Não podem caminhar ou falar sem autorização. Dirigem-se aos policiais penais e a todos os demais como senhores e senhoras (mesmo que, em alguns casos, tenham idade superior a eles). Terminado o atendimento, o mesmo ritual. São conduzidos em fila, mãos algemadas, olhos vazios a fitar o chão. Passando pela revista, são postos de joelhos, cabeças baixas, bem próximo à parede, aguardando a ordem para serem conduzidos de volta ao cubículo que lhes serve de expiação e lar. Nada ali lhes pertence, senão a obediência. São os “donos de nada”, de que fala Eduardo Galeano (2010): dependem daquilo que se convencionou chamar Estado para alimentarem-se, satisfazerem as necessidades fisiológicas, terem ou não um leito para dispensar o corpo após mais um dia, higienizarem-se, não serem torturados, agredidos ou violentados. Podem ser privados, de um jato, de todo e qualquer contato com o mundo exterior. Algo mais que o tempo existencial foi-lhes subtraído com o escarmento, ou a pretexto deste. Quem ali ingressa, na condição de carcereiro ou encarcerado, jamais será o mesmo, a menos que não se cuide de um ser humano¹.

¹ O parágrafo introdutório é narrado a partir de uma das tantas incursões de um dos autores no interior do Complexo Penitenciário da Papuda no Distrito Federal, no cumprimento de seu dever de Defensor Público, com exercício de atribuições no Núcleo de Execuções do Distrito Federal. A Penitenciária do Distrito Federal II é uma das unidades destinadas ao cumprimento da pena em regime fechado, ao lado da unidade homônima que se singulariza pelo algarismo romano I. No mesmo espaço, situam-se o Centro de Internamento e Reeducação, destinado às pessoas em cumprimento de pena no regime semiaberto, sem o trabalho externo concretizado e os Centros de Detenção Provisória, I e II, devotados aos presos provisórios, ainda sem uma condenação definitiva. Não se descurou, aqui, de apresentar as circunstâncias de que se partiu para a análise, por um pretenso escrúpulo de neutralidade. Com efeito, de há muito, as próprias ciências naturais perderam a sua presunção de assepsia e distanciamento do observador. As suas experiências e formação, tais quais adquiridas e moldadas ao longo de sua existência biológica, psíquica e social, repercutem, também, no resultado de suas análises. Se é assim, o único compromisso possível não é com a adoção de uma (im)possível relação de alheamento e alteridade com o objeto, mas de compromisso em demonstrar a metodologia e o itinerário intelectual que levaram às conclusões adotadas, permitindo-lhes o controle e a crítica. No limite, no âmbito das ciências do espírito, não se descrevem fenômenos com pretensão à objetividade, mas se lhes busca uma compreensão dentro de possíveis sentidos e valores, sendo inevitável a opção por uma interpretação possível – posto

O Distrito Federal contempla, atualmente, no respectivo sistema penitenciário, 16.814 pessoas encarceradas². Nacionalmente, ainda no ano de 2022, esta população atingira a cifra de 832.295, com o cômputo das pessoas custodiadas pela Polícia³. Com tal contingente, em números absolutos, a população brasileira privada de sua liberdade em estabelecimentos oficiais tornara-se a terceira maior do mundo⁴, atrás, apenas, dos Estados Unidos e da China, conquanto detenha, tão-somente, a sétima população absoluta global. Compõe-se aquela, em sua expressiva maioria, de homens e mulheres jovens e com baixo grau de escolaridade, com índice de analfabetismo superior à média nacional. Em sua composição, 68,2% são pessoas negras, o que contrasta com as frações percentuais do total de pessoas que se autodeclararam pretos e pardos no Brasil, que correspondem, respectivamente, a 10,6% e 45,3%⁵.

Em sua evidência mais elementar, a execução de uma pena privativa de liberdade, envolve o exercício do poder de um grupo de pessoas sobre outro, previamente selecionado, com o intuito de causar-lhe sofrimento⁶. Mas a sua singularidade reside em plasmar uma forma de violência exercida com o apanágio do consentimento, ainda que tácito, da comunidade que o presencia e realizada por pessoas especialmente investidas deste poder, segundo um procedimento previamente regulado abstratamente⁷. Cuida-se, pois, de um fenômeno essencialmente político, posto que não exclusivamente, na medida em que envolve uma das manifestações mais típicas e expressivas do poder do Estado, enquanto titular do poder de impor a sua vontade coativamente, inclusive com o recurso à violência física.

Mas, evidência que acompanha toda a análise do fenômeno político, nenhum poder com tal compostura e magnitude pode ter aspiração a conservar-se como fato, caso não tenha alguma

que não exclusiva, excludente ou absoluta. A proposta hermenêutica de Gadamer (2021) é, aqui, uma proposta fecunda e alvissareira.

² DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, 2023. Sistema prisional em números. Disponível em: <<https://seape.df.gov.br/painel/>>. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

³ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>, p. 276 da versão em PDF. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

⁴ WORLD PRISION BRIEF. World Prision Population List, 13th. ed, 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf>. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

⁵ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. de 2023. Segundo o aludido estudo, à página 285 da versão em PDF, 77,8% dos presos informaram a sua cor/raça.

⁶ É certo que, como demonstra Foucault (1987), a privação da liberdade, enquanto modalidade específica de punição institucionalizada, nem sempre existiu. Foi o importante momento de um processo de formação histórica e atendeu a imperativos particulares. Mas isso não lhe subtrai o caráter de infligir dor, seja nos seus efeitos programados, seja naquilo que não se explica pelos últimos, embora correlacionado.

⁷ É certo que nem sempre foi assim. A assunção do monopólio do magistério repressivo e do uso da violência pelo Estado foi um processo histórico lento e gradual que, quanto às penas privativas de liberdade, somente se completou com a formação dos Estados Nacionais na modernidade (Barros, 2001).

medida de sustentação ou legitimidade, forcejando o nascimento de arranjos normativos que compõem os mais diversos sistemas de direito positivo existentes (Bobbio, 2005). Para além das explicações puramente fundadas na necessidade material, que, na realidade, seriam uma recusa a qualquer fundamentação⁸, coube à Filosofia Política desfilar um elenco significativo de teorias que pudessem alicerçar e embasar o poder punitivo da comunidade politicamente erigida sob a forma de Estado, indicando-lhe sentidos e diretrizes⁹. De um modo geral, estas teorias podem ser alinhadas em duas grandes classes: absolutas e relativas, ou, respectivamente, retribucionistas e prevencionistas, com as suas próprias diferenciações internas em subdivisões. Reprimir o prevenir o crime, ora ambos, partindo do fato praticado ou de seu autor: estas as matrizes lapidares que, ganhando densidade política, têm inspirado o modelamento, o delineamento, a morfologia, transformação e, ao menos em tese, a fisiologia dos sistemas de controle social de pessoas e comportamentos que viriam a desaguar, em sua forma mais aprimorada, em sistemas normativos com a pretensão de autonomia, autorreferenciabilidade e autorregulação (Jakobs, 2012), que constituem a marca das sociedades contemporâneas.

Não obstante, a análise das condições e circunstâncias reais que presidem à imposição e execução das penas privativas de liberdade traz à tona as contradições entre as motivações ideais que imantam os sistemas penais e o seu funcionamento. Sob o pálio dos discursos legitimadores, a pena deveria albergar, com um preço e sacrifício mínimos de valores vitais da coexistência, uma promessa de paz, segurança e justiça. Não obstante, o mínimo contato com a realidade, a que se quer furtar com a assepsia das técnicas abstratizantes, demonstra que aquilo com o que se busca assegurar tais valores transmuda-se, ele próprio, em um instrumento proliferador de violência, insegurança e reprodutor de mecanismos de exclusão e injustiça. A seletividade e as cifras ocultas, os abusos e desvios das autoridades públicas, a expansão dos índices de criminalidade e a reincidência tornam-se indícios de que a prática não reflete o discurso (Zaffaroni, 2001). Quando se aprofunda, um pouco mais, o processo de percepção desta realidade subjacente, principia-se a perceber que, ao menos como hipótese, as disfunções da pena privativa de liberdade e do cárcere que lhe serve de cenário não seriam apenas um efeito marginal, mas um elemento estruturante e essencial à sua própria tessitura: talvez o problema do cárcere, seja o próprio cárcere (Baratta,

⁸ São as que justificam o poder pelo poder. Na realidade, partem de uma explicação tautológica: em sendo poder, prescinde de justificar-se e, se o precisa, já deixou de sê-lo. Pode-se, aqui, opor a esta premissa a refutação de Hannah Arendt: “o poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que realmente precisa é legitimidade” (Arendt, 2013). Não se trata, pois, de justificar o poder, mas a sua legitimidade.

⁹ Já Platão defende um fundamento e uma justificativa para o exercício da punição institucionalizada, ao pronunciar-se pela boca de Protágoras: “*Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por el injusto ya cometido... sino com la voluntad futura de que ni el autor mismo vuelva a cometer tal injusto, ni tampoco los demás que vem como aquél es castigado*” (Platão apud Jescheck, 2014).

2011). Ora, o objetivo de toda teoria com pretensão à racionalidade e à correção é a explicação de um determinado setor da realidade. Mas, quando os seus postulados e leis são sistematicamente desmentidos pela observação acurada desta mesma realidade, devem perder a sua aptidão e confiabilidade, inspirando a suspeita de que possam ser falsas. No âmbito do discurso formalizado das diversas teorias penais, uma das formas de enfrentar tal desarmonia é a recusa sistemática de contato com a realidade e a sua própria negação, situando-a em um nível próprio de abstração e esvaziamento de quaisquer dados empíricos (Zaffaroni, 2001)¹⁰. Esta atitude, porém, não é indene de consequências deletérias, porque, aqui, a consequência não é apenas o sacrifício da verdade, mas a legitimação de uma forma de exercício do poder político de controle social que é, em si mesma, violenta, dispendiosa e, potencialmente, aniquiladora da liberdade individual. Mas, quando este exercício apresenta o apanágio das teorias justificadoras, torna-se ainda mais lesivo e difícil de ser confrontado.

O escopo do presente trabalho é analisar a questão do confronto entre as grandes matrizes teóricas que sustentam, grosso modo, a pena privativa de liberdade e o próprio Direito Penal e a sua inaptidão para dar conta das disfunções estruturais que se generalizam e que se difundem em todo o seu mecanismo real, esgarçando-lhe o tecido que serve de envoltório. Parte-se da hipótese de que as teorias de fundamentação do poder punitivo, ao despirem-se da aptidão para explicar o que se passa no plano das relações reais, esvaziaram-se da essencialidade de qualquer construção científica que é a aspiração a serem verificadas e evidenciadas em fenômenos observáveis e suas correlações ou de servirem de instrumento idôneo à sua compreensão. Diante deste descompasso entre a realidade, a programação normativa e as suas matrizes teóricas inspiradoras, estar-se-ia, assim, não diante de um exercício de cientificidade, mas de pura ideologia, como singela técnica e instrumento de sustentação do poder exercido pelo grupo hegemônico no corpo social?

Para fins de que se possa analisar e propor uma resposta a semelhante problema, ele será escrutinado a partir da contribuição singular de Marx e Engels, sobretudo através da invocação das pedras angulares de *A Ideologia Alemã*, que determinou uma forma de conceber o fenômeno ideológico que, a despeito de tudo em que foi confrontada ou refutada, ainda é encarecida por um profundo senso de coerência e atualidade. Para tal fim, após expostos os caracteres centrais das grandes matrizes teóricas de justificação da pena – retribucionistas e prevencionista, serão

¹⁰ É o caso típico das teorias jurídicas formalistas e de matiz idealizante, segundo a qual a ciência jurídica teria o condão de construir o seu próprio objeto, ao invés de interpretar e disciplinar a realidade existente. Não sem razão, como adverte Zaffaroni (1997), o idealismo e a recusa de contato com a realidade têm sido a marca de sistemas penais autoritários.

revisitadas, no essencial, as premissas e conclusões centrais daquela obra¹¹, no que possam substanciar uma lente teórica hábil à interpretação e crítica destas finalidades. Ato contínuo, com o recurso a expoentes da ciência jurídico-penal que guardam, em maior ou menor medida, fidelidade à tradição do materialismo histórico-dialético, serão confrontadas as principais teorias de justificação das penas, em suas grandes matrizes teóricas, com as teses da obra dos grandes autores germânicos, diminuídas em sua abstração e generalidade, para abarcar, com especificidade, o problema da pena e do próprio Direito Penal.

Em sede das considerações finais, serão congregadas, sistematicamente, as conclusões principais da análise, a partir dos eixos mencionados, observando-se a metodologia dedutiva.

2. Retribuir e prevenir, a partir do fato ou de seu autor. Os dois grandes eixos de sustentação do discurso mobilizado pelo Direito Penal

Com variações mais ou menos proeminentes, desde quando se procurou esboçar uma justificativa para o exercício do poder punitivo empunhado por um Estado suficientemente consolidado a tomar a si o correspondente monopólio de reprimir os fatos delituosos, duas ordens de considerações disputam a primazia de tal fundamentação: as teorias absolutas, ditas retribucionistas, e as relativas, com considerações de ordem prevencionista e utilitária (Queiroz, 2005). Embora, de um modo geral, tentativas de justificação da punição sempre tenham existido, pretende-se analisar estas duas vertentes a partir do Iluminismo europeu que se potencializa no século XVIII, quando tais teorias começam a ganhar corpo no interior de sistemas bem delimitados e em circunstâncias específicas¹².

A partir dos subtópicos seguintes, serão delineadas as propostas centrais de cada uma destas grandes matrizes, a partir de seus corifeus filosóficos.

¹¹ Tendo em vista o caráter de elevada abstração e abrangência da obra, além de impossível, um tratamento mais denso furtar-se-ia ao que se faz necessário para a resposta ao problema de pesquisa delineado.

¹² Isso não quer dizer que tais teorias chegaram a ser incrementadas, em suas formas puras, por algum sistema específico. A análise, aqui, gravita em torno da elevada abstração dos sistemas de justificação ideal, os quais, sob o influxo da sua aplicação à experiência, através dos diversos sistemas de direito positivo ganharam o contorno de formas híbridas, onde, invariavelmente, coexistem o elemento retributivo e preventivo (Roxin, 2000). Todo modo, compreende-se que a análise, a partir das formas puras, aproveita-se às teorias mistas ou híbridas que mais não fazem que as combinar, pretendendo extrair o essencial de uma e outra.

2.1 As teorias absolutas ou retribucionistas da pena

Sob o pálio de tais teorias, agrupam-se aqueles que compreendem a sanção penal e, por conseguinte, a pena privativa de liberdade como forma de punir um determinado comportamento, retribuindo-se, com a punição, uma certa conduta, em determinadas condições – *punitur quia peccatum est* (Queiroz, 2005, p. 9). São consideradas como absolutas, na medida em que, essencialmente, a pena é uma resposta necessária e suficiente em si, como retribuição de um mal, prescindindo-se da demonstração de quaisquer outros efeitos externos a ela.

Este é, por exemplo, o escólio de Kant, tal qual se pode extrair da *Metafísica dos Costumes* (2008). Como se sabe, o mestre de Königsberg partira da diferenciação entre dois horizontes essenciais e inconfundíveis, abarcáveis pelos dois conceitos fundamentais de natureza e liberdade, como explicitado na introdução da *Crítica da Faculdade do Juízo* (2016, p. 1 e 2):

Todavia, existem somente duas espécies de conceitos que precisamente permitem outros tantos princípios da possibilidade dos seus objetos. Referimo-nos aos conceitos de natureza e ao de liberdade. Ora, como os primeiros tornam possível um conhecimento teórico segundo princípios a priori, e o segundo com relação a estes comporta já em si mesmo somente um princípio negativo (de simples oposição) e todavia em contrapartida institui para a determinação da vontade princípios que lhe conferem uma maior extensão, então a Filosofia é corretamente dividida em duas partes completamente diferentes segundo os princípios, isto é, em teórica, como filosofia da natureza, e, em prática, como filosofia da moral (na verdade é assim que se designa a legislação prática da razão segundo o conceito de liberdade.

Destarte, no sistema kantiano, divisa-se um mundo dividido entre a liberdade e a natureza, com os seus domínios e legislação próprias. Enquanto os objetos do mundo natural regem-se por uma relação de causalidade, o ser humano, dotado da capacidade de agir segundo fins¹³, pode, à mercê da ideia de liberdade, forrar-se à inexorabilidade causal que rege os fenômenos naturais, tornando-se, ele próprio, a origem de sua própria causalidade – embora em um sentido diverso da causalidade meramente natural. Assim, dotado de uma razão prática e de uma vontade capaz de determinar, a partir daquela, os seus próprios objetos e de ser a causa deles, a consequência é que os seus feitos, sendo reconhecidos assim como obra sua, podem-lhe ser imputados e gerar consequências.

¹³ Segundo Kant, na *Crítica da Faculdade do Juízo*, a finalidade é uma forma específica de causalidade intelectual, ou seja, a partir de conceitos (2016, p. 235).

Nesta dimensão, seja perante a legislação interna posta pela sua própria razão, seja perante a legislação externa¹⁴ posta por uma autoridade pública investida e suscetível de impor sanções ao descumprimento, o homem será sempre visto como uma pessoa, enquanto suscetível de escolher e determinar-se por leis morais, o que lhe confere uma dimensão de autonomia e dignidade, por ser, dentre tudo o que existe, capaz de conduzir a sua própria vida por escolhas não imputáveis senão a ele próprio. Assim, é a circunstância de apresentar moralidade, enquanto a possibilidade de guiar-se e orientar-se por uma legislação que ele mesmo produz, que discerne a pessoa humana, conferindo-lhe dignidade e centralidade em toda a criação:

Ora, somente temos uma única espécie de ser no mundo, cuja causalidade é dirigida teleologicamente, isto é, para fins, e, todavia, de tal modo constituída que a lei, segundo a qual ela determina a si própria fins, é representada por eles próprios com incondicionada e independente das condições naturais, mas como necessária em si mesma. Esse ser é o homem, mas considerado como *numeno*; o único ser da natureza, no qual podemos reconhecer, a partir da sua própria constituição, uma faculdade suprassensível (a liberdade) e até mesmo a lei da causalidade como objeto da mesma, que ele pode propor a si mesmo como o fim mais elevado (o bem mais elevado do mundo) (Kant, 2016, p. 311-312).

Destarte, para Kant, independentemente das suas singularidades próprias, o homem, todos eles, salvante as hipóteses de patologias mentais ou de imaturidade em razão da idade, por ser livre, deve ser reconhecido, essencialmente, como autor de suas próprias condutas, as quais lhe devem ser imputadas, carregando-lhe responsabilidade. Logo, toda legislação que se pretenda legítima, deve partir desta ideia essencial, de sorte que toda consequência punitiva somente se pode suceder ao reconhecimento de um comportamento oriundo da vontade que a faz imputável a uma pessoa. Além disso, a própria ideia de punição exaure-se na retribuição do comportamento assim verificado, não se lhe podendo agregar qualquer outro móvel ou finalidade exterior. Com efeito, a conduta voluntariamente praticada a partir de uma escolha livre é o único fundamento para a punição, erigindo-se, outrossim, no limite intransponível da mesma, porque infligir um mal, sob qualquer outro fundamento e, para além dos limites do mal ocasionado pela conduta, ainda que por objetivos externos outros valiosos à comunidade, significaria mediatizar o homem, ou seja, torná-lo como singelo instrumento de consecução de outras finalidades, quando, segundo o imperativo categórico¹⁵, deve erigir-se em fim em si mesmo. Destarte, o único fundamento capaz

¹⁴Em Kant (2008), as leis éticas, em sentido estrito, e as leis jurídicas não se discernem pelo seu conteúdo, mas pela origem de sua imposição: interna e externa, respectivamente.

¹⁵Em Kant (2008), o imperativo categórico é aquela norma da razão que deve ser observada em si mesma e por si mesma, independentemente das consequências que se lhe podem suceder. São oponíveis aos imperativos hipotéticos

de substanciar o poder de punir é a retribuição ao mal ocasionado, sem qualquer outro móvel ou finalidade possível e o seu limite é disciplinado pelo Talião: mais seria mediatizar o homem e, menos, significaria condescendência, como sublinha, expressivamente, o próprio Kant:

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja atrás de tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro”. Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra.

Também Hegel, no interior de seu próprio sistema filosófico, projeta a pena, com caráter retributivo, negando-lhe finalidades outras, além das que decorrem de si própria. Entretanto, para sustentá-lo, não adota as mesmas premissas de que parte Kant. O seu ponto de partida e parâmetro é o próprio Direito. Com efeito, consente com que é a liberdade o valor que confere singularidade e dignidade ao ser humano. Mas, de acordo com o pensamento hegeliano a liberdade somente se possibilita e substancializa no âmbito do Direito. Conforme se extrai dos Princípios da Filosofia do Direito (1997, p. 12):

O domínio do direito é o espírito em geral; aí a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.

Se, em Kant, o delito é concebido como um mau exercício do livre arbítrio, resultando em uma conduta exterior que não se pode compatibilizar com o arbítrio alheio, segundo uma lei universal, em Hegel, torna-se uma forma de exercício da liberdade¹⁶. Assim, embora subjetiva ou empiricamente, o delito represente um mal, isso não lhe desvenda a verdadeira essência. Apenas no âmbito do Direito e de sua ideia, recebe a sua significação, enquanto ato livre e gerador de efeitos jurídicos. Destarte, a pena surge não como um fator de retribuição de um mal moral ou

que não se observam em si mesmos e por si próprios, mas, apenas, na medida em que valiosos para um determinado resultado exterior.

¹⁶ Hegel, aqui, critica a ideia de Direito em Kant, tal qual extraída da Doutrina do Direito, por compreender que ela somente contempla uma definição negativa da liberdade, como limitação do arbítrio ou da escolha. Para o primeiro, esta definição seria insuficiente e limitada, pois não daria conta da liberdade como fruto de “uma vontade existente e racional em si e para si” (1997, p. 31).

como fator de intimidação (o que, a toda evidência, atentaria contra a dignidade do ser humano, transformando-o em um objeto destituído de liberdade, impelido por instintos). É a resposta contemplada no próprio Direito à sua negação que, em um momento de objetivação do espírito, afirmá-lo-ia, exaltando, portanto, a liberdade, inclusive na pessoa de quem o conspurca. Por via de consequência, através da pena, o próprio infrator possui a sua liberdade respeitada, pois recebe a resposta que lhe é devida de acordo com o Direito que, sobre reafirmar a própria existência, ressalta a liberdade do agente. Ao receber a pena retributiva e justa, proporcional ao delito, para além de qualquer outra função preventiva que possa possuir, o autor tem a sua liberdade respeitada e o Direito, a sua devida afirmação.

De um modo geral, embora tenham resultado em uma evolução importante no processo de contenção do poder punitivo, ao delinearem exigências e limites ao seu exercício, na medida em que pressupõem um ato imputável à vontade de um sujeito, não podendo ir além da extensão da magnitude do mal que dele resulta¹⁷, as teorias absolutas foram preteridas por aquelas de viés relativo ou prevencionista, as quais, conquanto assimilando alguns efeitos do retribucionismo, passam a perseguir finalidades específicas para além da simples necessidade de punir como imperativo de justiça categórico, tal qual se passa a expor no tópico seguinte.

2.2 As teorias relativas ou prevencionistas da pena

Para logo, verificou-se que as teorias calcadas no retribucionismo revelavam-se impróprias às necessidades do poder punitivo. Com efeito, dotadas de um cariz metafísico, invocavam para o Estado um papel de dispensador de uma justiça absoluta. Não obstante, se isso era curial a um estado de coisas em que o soberano terreno era não mais que um representante da divindade cristã encarregado, ele próprio, de punir as condutas contrárias aos valores por ele encarnados, torna-se refratário a um novo estado de coisas onde, sob uma ótica laica de liberdade e tolerância religiosa e moral, o Estado somente se deve ocupar de coisas e assuntos humanos e terrenos. Como resultante desta guinada de orientação, mais acorde com o estado de coisas que emergiu das revoluções burguesas que puseram em derrocada os últimos redutos do Antigo Regime, os esforços

¹⁷ A seu tempo, as teorias retribucionistas serviram e ainda servem de contenção ao exercício do poder punitivo, proibindo que alguém seja punido por qualquer estado ou situação que não seja emanado e alicerçado na emanção de uma vontade livre e consciente. Além disso, a extensão da pena não pode, segundo esta perspectiva, ser superior aos limites do mal ocasionado pelo próprio crime. Com isso, foram coarctados excessos que eram praticados sob o pálio do absolutismo monárquico, consolidando uma importante conquista liberal no processo de subversão do anterior modelo punitivo, os quais, não raro, atribuíam a delitos menos graves sanções severas e desproporcionais. (Queiroz, 2005, p. 23).

de fundamentação do poder punitivo logo se voltaram para a exigência, não tanto de responder ao mal causado pelo delito, mas para a finalidade de evitá-los – *punitur ut ne peccetur* (Queiroz, 2005, p. 09).

No seu primeiro estágio, através da construção teórica edificada por Feuerbach, adotou-se a perspectiva de que a ameaça de pena, previamente cominada e legalmente prevista¹⁸, funcionaria como um contraestímulo psicológico que, contrabalançando os impulsos que poderiam conduzir ao crime, impedi-los-ia. Partia-se, pois, de uma concepção antropológica vazada na compreensão de um sujeito livre e racional, suscetível de calcular, previamente, as possíveis vantagens e desvantagens de sua conduta, inibindo as pressões antissociais pelo temor de sofrer um malefício superior às vantagens que poderiam advir de sua conduta. Tratar-se-ia de realizar a prevenção geral (porque voltada à generalidade das pessoas, através da cominação abstrata da pena) negativa (pois se visa a evitar a prática de delitos).

Em um estágio posterior, a influência exercida pela expansão das ciências biológicas, a partir do século XIX, colocou em xeque este paradigma. *Ad instar* do evolucionismo de Darwin, os privilégios que se faziam atribuir ao homem como sujeito racional e livre, absolutamente inconfundível com os demais, foram sendo paulatinamente questionados e depauperados: o homem não era senão um animal singularizado por um processo de seleção natural específico. A partir da difusão da pena privativa de liberdade, proliferando-se os estabelecimentos destinados ao encarceramento coletivo, acentuou-se uma tendência à pesquisa em torno das causas do delito e estas passaram-se a ver albergadas não mais em um ato de escolha livre de uma consciência autônoma e distinta, mas em fatores biológicos e psicológicos. Aprofundando esta fratura com as concepções metafísicas anteriores, a nascente sociologia, em sua matriz positivista, passa a buscar a explicação do delito em fatores e circunstâncias sociais, incontroláveis pela consciência. Destarte, o nascente positivismo, com a sua perspectiva extraída do modelo das ciências naturais, baseadas na experimentação e na demonstração de relações de causalidade irrefragáveis, alicerçando-se, primeiro nos aspectos biopsicológicos e, posteriormente, sociais, investem contra a concepção do delito como derivado de um ato de vontade de um sujeito consciente, passando a buscar a sua causa em fatores diversos e incontroláveis pelo arbítrio humano (Baratta, 2011).

Destarte, não se podendo explicar o delito pela autonomia do sujeito ativo, natural que o vértice da pena, ao invés de voltar-se, abstrata e indefinidamente, para a generalidade dos sujeitos humanos, fosse voltada para o próprio sujeito infrator ou potencialmente infrator (daí o seu caráter

¹⁸ No que se contemplavam os princípios da reserva e da anterioridade legais.

de prevenção especial), com o fito de neutralizar as possíveis causas precipitadoras do delito (advindo o seu matiz negativo). Assim, muito mais que a retribuição por um ato supostamente livre de um sujeito capaz de nortear as suas escolhas racionalmente, a pena torna-se um ato de “engenharia social”, visando, segundo a explicitação de Von Liszt, no seu Programa de Marburgo, adequar-se à figura do próprio infrator, intimidando os que o pudessem ser, corrigindo os que se afigurassem hábeis a sê-lo, mas neutralizando os que não fossem intimidáveis ou corrigíveis (Zaffaroni, 1997, p. 305). O propósito de reabilitação, outrossim, foi amplamente utilizado como modo de propiciar a reintegração social das pessoas condenadas (Anjos, 2009).

Mais próximo a nós, a partir do último quartel do século XX, passou-se a falar, em detrimento de uma ideia de prevenção geral negativa tendente à evitação da prática delituosa através da coerção psicológica, em favor de uma prevenção geral positiva. É a ideia que imanta a proposta teórica de Günther Jakobs, segundo a qual a sanção penal não teria o condão de evitar a prática de delitos – pelo contrário, quando ela é aplicada, o seu pressuposto já se teria aperfeiçoado, esvaziando-se tal significado. A aplicação da pena seria uma providência adotada, sob tal perspectiva, visando a cristalizar na consciência dos demais a noção de que a norma violada permanece atuante, confirmando-lhe a vigência. A resposta penal, destarte, confirmaria as expectativas sociais em torno da observância da norma, carreando estabilidade e segurança (Jakobs, 2003).¹⁹

No momento de crise do paradigma do Estado Social e diante da propalada debilidade do cárcere em reabilitar as pessoas em cumprimento de pena, voltou-se, a partir das décadas finais do século XX, sob a égide do ideário neoliberal, a invocar a teoria retribucionista, sob a perspectiva de os homens calculariam riscos e, portanto, a pena deveria ser uma resposta que demonstrasse a inconveniência do delito – o neoretribucionismo.

3. Apreciação crítica das teorias legitimadoras da sanção penal a partir das teses centrais de A Ideologia Alemã

¹⁹ Como o presente estudo não possui por âmagio o estudo das diversas teorias que legitimam a resposta penal, são expostas as suas premissas básicas e conclusões, tanto quanto bastem para a sua finalidade nevrálgica, ou seja, a sua clivagem crítica à luz da teoria de Marx e Engels, como exposta na Ideologia Alemã. Para um maior aprofundamento sobre a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs, consultar a obra “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal” (2003).

As diversas matrizes teóricas trazidas à colação nos tópicos antecedentes enunciam uma tentativa de fundar uma justificação para um fato: a violência monopolizada, institucionalizada, ritualizada e imposta pelo Estado através das mais diversas manifestações do seu magistério repressivo exteriorizado sob a forma de pena e, especialmente, pena privativa de liberdade (que ainda constitui a centralidade dos sistemas repressivos). Vagueando entre a expressão de um ideal de justiça retributiva pura contra um mal conscientemente praticado por um sujeito livre e a expressão dos anseios de um instrumento de evitação de condutas injurídicas através da cominação e execução de penas, seja pela intimidação psicológica de possíveis infratores, seja pela incidência concreta de possíveis móveis criminógenos atuantes sobre um agente específico, tratando-o ou neutralizando-o, seja pela afirmação de valores socialmente relevantes, confirmando, contrafaticamente, a vigência da norma violada, o que se visa, em última análise, é fundamentar, racionalmente, o exercício de um poder, legitimando-o.

Entretanto, quando se deixa a esfera das abstrações teóricas, descendo-se ao plano da realidade, o que se vislumbra é a negação da própria idealidade da programação finalística presente naquelas matrizes filosóficas. O exercício do poder punitivo mais parece o sortilégio de uma prática arbitrária que, em lugar de punir todos os que se afastam do cumprimento da norma jurídico-penal, parece satisfazer-se em punir, apenas, uma pequena camada daqueles, segundo um especial critério de seleção. E existe um padrão de seleção mais ou menos evidente: são sempre determinados tipos de delitos e, principalmente, de atores sociais que se perseguem: estar investido em determinados estratos sociais, sob determinadas condições ou circunstâncias, mais do que, propriamente, um imperativo de justiça, parece ser o fator decisivo na opção sobre o que ou quem punir (Zaffaroni, 2001). Outrossim, as supostas finalidades preventivas, gerais ou especiais, não se coadunam com os índices de expansão da prática de delitos: por mais que se criem novas infrações penais ou se lhes recrudesça a resposta, não se observa qualquer tendência séria e sustentável de decréscimo. Estas vicissitudes, por seu turno, subtrai a seriedade de qualquer projeto teórico em torno de uma função promocional da pena no sentido de robustecer as expectativas sociais, quando se sabe que as mais lúdimas expectativas sociais em torno dos pressupostos legitimadores da pena, como a prevenção, a igualdade, a ressocialização ou a preservação da dignidade humana não se confirmam.

Uma das respostas possíveis a estas contradições seria, pura e simplesmente, refugiar-se no campo das abstrações normativas e da diferenciação ontológica entre as esferas possíveis do “ser” e do “dever-ser”, como postulado pelo funcionalismo sistêmico de cunho normatizante de Jakobs (2003) ou as construções do neokantismo: a ausência de efetividade das normas não diz

nada além de que o que deveria ser não se converteu em ser²⁰, o que seria natural em termos de normas e valores. Entretanto, é necessário verificar-se que, aqui, está-se diante de uma legitimação que, potencialmente, permite o aniquilamento e o garroteamento de liberdade individuais. Quando se permite que o instrumental do poder punitivo seja, sistematicamente, exercido em dissonância com as finalidades que, em tese, devê-lo-iam orientar, não obtendo os resultados colimados, o que se tem, na realidade, é a legitimação da imposição de um mal destituído de justificação racional, que se converte em pura e simples inflição de dor e violência²¹.

Aos que não desejam enveredar pelo caminho cômodo, posto que preche de contradições, das reduções formalistas e relegitimadoras, sacrificando o homem e sua dignidade real ao altar de uma programação normativa que nunca se verifica, há o legado valioso de Marx e Engels, a partir da obra *A Ideologia Alemã*, a inspirar, como fonte perene e lúcida de pensamento, reflexão e crítica – que são o fermento de qualquer transformação. No conjunto de textos e ensaios que substanciam e corporificam a obra em questão, os autores consolidam a transição que os carrearia do idealismo ao materialismo histórico-dialético, em moldes que é preciso revisitar.

Adotam, a título de ponto de partida, o método dialético. Para eles, Hegel detinha razão contra Aristóteles em sua percepção da realidade. Contra a concepção aristotélica imperante até o surgimento da filosofia hegeliana, o processo de apreensão da essência da realidade consiste não em apreender um objeto na singeleza de sua significação isolada, afastando as negações dos predicados que se lhe pudessem atribuir. A realidade é um fluxo perene que não pode afastar as suas próprias contradições e negações, sob pena de não poder ser compreendida em sua completude e essência. A concepção hegeliana também marcaria profundamente os jovens Marx e Engels, ao contrapor, à ideia de um sujeito e um objeto absolutamente divorciados e inconfundíveis, através da categoria do trabalho, a constatação de que o sujeito interage com o meio que o circunda, transformando-o, na mesma medida em que é transformado por ele.

Não obstante, diversamente do idealismo que viceja em toda a extensão da obra do filósofo de Stuttgart, é à esfera dos fenômenos reais, dos fatos materialmente palpáveis e empiricamente constatáveis, que Marx e Engels recorrem para a compreensão dialética da verdade. Com efeito,

²⁰ Já, aqui, o próprio Kelsen (1994), no auge do seu formalismo, é mais reticente quanto a esta afirmação, porque, embora discernindo entre as esferas da validade e da eficácia da norma, irredutíveis, assenta que a validade da norma fundamental (*Grundnorm*) é condição necessária, mas não suficiente, de possibilidade de uma ordem jurídica globalmente válida, sendo imperioso que ela possua um mínimo de eficácia (social) para a subsistência desta mesma validade.

²¹ Valendo-se da prestigiosa expressão cunhada por Louk Hulsman, Zaffaroni denomina este fenômeno de sistemático exercício do poder punitivo divorciado das razões que o fundamentam como “as penas perdidas”, ou, no limite, como mero exercício da violência a pretexto de punir. Daí o sugestivo título de sua obra “Em busca das penas perdidas” (2001).

as sociedades são erigidas sobre indivíduos reais e não sobre abstrações metafísicas, os quais apresentam necessidades a serem satisfeitas, como alimento, bebida, vestuário, abrigo e que, para satisfazê-las, possuem a capacidade de incidir as suas forças produtivas sobre a natureza, através do trabalho, gerando, assim, as próprias condições necessárias à vida e à reprodução dela. Travando relações com outros homens, imbuídos das mesmas necessidades, estabelecem relações sociais, com trocas e cooperação recíprocas. Assim, diversamente do que preconizavam os tributários da filosofia idealista, a consciência, para Marx e Engels, não é algo que preexista e direcione a sua vida social, mas, antes, é resultado dela, algo que somente existe na e para as condições materiais de existência socialmente dadas. Dirão, em trecho célebre das Teses sobre Feuerbach: “não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência” (2007). Como consectário, diversamente do que postulam os idealistas, as noções morais, as crenças e os valores não existem como fruto de uma consciência isolada e autônoma, mas são construções elaboradas a partir de relações sociais enraizadas a partir de como os homens organizam-se para sobreviverem e satisfazerem às próprias necessidades. Não há, portanto, conceitos ou juízos definitivos em torno de cada uma daquelas noções, mas eles variam de acordo com a própria variabilidade e mutação das formas e estruturas em torno das quais os homens organizam e erigem a própria vida social.

Outra evocação constante da obra é a de que, ao longo da história, o intercâmbio social em torno do resultado do trabalho sempre se registrara desigual. Esta desigualdade geraria o domínio de uma classe social sobre outra. Para a manutenção e estabilização deste domínio, far-se-ia necessária a produção de crenças e ideias que o justificassem, dissimulando as contradições existentes. Também em passagem consagrada do texto, concluem os autores que as ideias dominantes seriam sempre a expressão hegemônica da classe dominante (2006). Se é assim, elas persistem até que as contradições irrefreáveis gerem a erosão do sistema e a substituição do poder de uma classe por outra, que, por seu turno, deverá engendrar os seus próprios mecanismos de justificação. É a este conjunto de crenças, valores e noções, sedimentadas, em sistemas mais complexos, no âmbito do direito, da política, da religião e da moral, que os autores concebem como ideologia. Logo, diversamente do que se pode pretender, não haveria noções definitivas ou a-históricas em torno de semelhantes temas, sendo todas, invariavelmente, um instrumento de legitimação e sustentação da hegemonia de uma classe sobre outra.

Escrutinando as diversas teorias que alicerçam o exercício do poder punitivo à luz das noções revisitadas, pode-se perceber que fornecem um campo fértil à testagem das últimas. Com efeito, todas as teorias ditas absolutas ou relativas da pena partem de uma noção a-histórica e

isolada de delito e ordem jurídica, como se fossem dados de modo apriorístico e natural. O homem infrator, com algumas singularidades entre uma e outra, é sempre aquele que está em confronto com uma ordem perpetuamente estabelecida, uma anormalidade que ameaça a generalidade dos demais membros da sociedade, em sua maior parte, constituída de pessoas reverentes aos dizeres e preceitos normativos. Quando são submetidas à abordagem de cunho materialista, que torna inócuas e imprestáveis as suas abstrações e o seu realismo, verifica-se que não se cuida senão de uma ficção. Não há um conceito único e invariável de crime ou de criminoso, sequer no mesmo período histórico, o que demonstra a impossibilidade de afirmação de um conceito ontológico de delito (Baratta, 2011). O que existem são construções sociais, mais ou menos sofisticadas, que encobrem o exercício do poder político dominante em cada época e lugar – que nada mais é que a expressão do poder da classe dominante. Logo, elas variam, igualmente, de acordo com as necessidades expressas pela própria manutenção do modo de produção subjacente, não de uma maior ou menor consciência isolada de quem quer que seja. Existe uma profunda conexão e dependência deste assoalho de relações e forças produtivas em sua feição social e histórica concreta e a superestrutura de poder que lhes confere expressão e permanência.

Sob tal prisma, cada uma das construções do retribucionismo ou prevencionismo não parte de uma concepção ontológica de crime ou pena, mas de construções sociais e ideologizantes, engendradas por necessidades ínsitas ao controle social. Prova disso é que, como se passa a expor, apresentam-se profundamente díspares entre si.

Assim, é que, primeiro, o paradigma retribucionista revisita uma noção de homem abstrata, dissociada da sua individualidade histórica e de suas singularidades existenciais. Trata-se do homem que, “nascido livre e igual” aos demais, é concebido como dotado de razão e autonomia. Nesta justificação, é possível intuir o mesmo processo de abstração que engendra o conceito de “contrato social”, forjado por homens livre e iguais. Independentemente das desigualdades reais que lhes separem, são todos gasalhados sob a fronte do mesmo gênero humano. Assim, é curial que o controle social seja visto como compensatório: se todos são livres e iguais e assumiram para si as obrigações decorrentes do contrato que reconhece direitos e deveres recíprocos, natural que respondam à violação da norma com as consequências previstas e ajustadas naquilo que se convencionou. Este expediente foi útil e relevante para, superando as formas de controle social vicejantes no Antigo Regime, pautadas na desigualdade e na arbitrariedade, a nova ordem burguesa ascendente dos movimentos revolucionários do século XVIII, pusesse amarras e controle àquilo que se lhe contrapunha. Contra as desigualdades e privilégios feudais, esgrime com a ideia de uma igualdade formal; contra os excessos e desmedidas do poder absolutista, esgrime com os

limites de uma pena que respeite a autonomia da vontade e o direito de liberdade. Mas, como não lhes interessava, a dimensão concreta da igualdade consistente em abarcar as profundas desigualdades realmente existentes foram abstraídas.

Não obstante, de modo diametralmente oposto, a partir do século XIX, irrompem as concepções de pena como prevencionistas. Paulatinamente, o aspecto ideal e metafísico que inspirava as teorias absolutas da pena cede aos apelos de um exercício mais pragmático e voltado para objetivos específicos. Em lugar da concepção de homem, como dotado de autonomia e liberdade de arbítrio, surge a noção de periculosidade. Em detrimento de um contrato celebrado por pessoas livres e iguais, o empreendimento social passa a ser visto a símile de um organismo vivo que, como tal, detém algumas células nocivas e potencialmente perigosas que devem ser constringidas, intimidadas e, quando isso não se faz possível, tratadas ou, no limite, simplesmente, neutralizadas, a bem da saciedade e da higidez do todo. Relacionando tal paradigma com o substrato real subjacente, não é difícil ver aqui a expressão de um controle social próprio de uma ordem burguesa que, já instalada no poder, não mais se precisava opor aos aniquilados restolhos da ordem feudal superada, mas que, às voltas com as massas que se avolumavam nos grandes conglomerados urbanos e que, famintas e destituídas das condições de sobrevivência, precisavam ser, preparadas e disciplinadas para atender às necessidades da indústria em expansão por mão-de-obra barata²² ou simplesmente neutralizadas.

Sucessivamente, no estágio de consolidação do *Welfare State*, a partir da segunda metade do século XX, como, em meio a um período de prosperidade econômica, a miserabilidade não mais poderia justificar o delito, ao menos em tese, a questão passaria para a égide de que a delinquência passa a ser vista como um sintoma de um distúrbio individual, demandante de tratamento para propiciar a reintegração, vazando as teorias da pena alicerçadas sobre o escopo de tratamento.

Exaurido, contudo, o ciclo de prosperidade econômica do Estado de Bem-Estar-Social, conseqüência direta das sucessivas crises financeiras que permearam o último quartel do século XX, a justificativa da pena é deslocada para as teorias da prevenção geral positiva fundamentadora, legitimada pela necessidade de reafirmação da vigência do Direito e confirmadora de expectativas sociais reputadas legítimas, em uma ordem social cada vez mais complexa e caótica. Em outra importante vertente, o ideário neoliberal revisita, novamente, o retribucionismo, que, em sua forma revista de neoretribucionismo busca a revalidar a pena como singela resposta ao delito, sem

²² Foucault (1987) relaciona a difusão dos estabelecimentos coletivos de encarceramento e cumprimento de pena ao imperativo de disciplinarização e preparação da mão-de-obra para as fábricas nascentes.

qualquer outra consideração no sentido de uma reintegração social ou tratamento – que se revelaram dispendiosos e mobilizadores de recursos financeiros que não se pretende mobilizar desta forma.

É certo que estas relações não se podem interpretar sob a lente de um determinismo absoluto – o que seria, em certa medida, trair o legado marxiano. Mas elas oferecem subsídios e um ponto de partida para uma reflexão crítica acerca das teorias e de seus pressupostos. Reconhecer, ao menos em parte, que uma fração substancial das teorias desagua em ideologia, no sentido muito próprio e específico com que definem Marx e Engels, não significa desconstruí-las ou torná-las imprestáveis, porque muitas delas, em diversos aspectos, também servem para o controle real da arbitrariedade, da violência e da irracionalidade do poder²³, não podendo ser renunciadas, ao menos até que se chegue a um estágio de profunda transformação das bases produtivas e de uma distribuição mais igualitária do produto do trabalho social. Todavia, ao fazê-lo, denunciando-lhes as contradições mais agudas e os aspectos ideologizantes e não fundados de muitas de suas construções, permitir-se-á um exercício mais consciente de suas limitações e menos ofensivo à liberdade individual. Não se trata, pois, de destruir ou prescindir-se da pena – o que seria, ao menos por ora, ingênuo e utópico, no sentido negativo dos termos, mas, compreendendo as suas contradições essenciais e os interesses reais a quem ela serve, promover-lhe o controle e a minoração de seus malefícios evitáveis ou a minimização daqueles não evitáveis.

4. Considerações finais

Evocada e revolvida, no essencial, as principais teorizações vicejantes no campo da justificação do poder punitivo e reveladas contradições essenciais com a crônica inaptidão das estruturas reais de poder em efetivá-las, emergiu a intuição essencial do presente trabalho: a possibilidade de que as diversas edificações teóricas, conquanto majestosas, não tivesse condições para obter os fins para os quais foram, em tese, programadas.

Alternativas são possíveis diante desta disfuncionalidade. A primeira seria o caminho do absenteísmo e da negação dos dados da realidade, como se o Direito e sua programação existissem

²³Aqui, é muito importante a admoestação de Alessandro Baratta (2011), no sentido de que, até a transformação profunda das bases materiais da sociedade e uma redistribuição mais igualitária do produto do trabalho social, renunciar às garantias do Estado Liberal, como legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, devido processo legal, igualdade, dentre outros, significaria deixar desprotegidos e desabrigados de qualquer proteção justamente aqueles mais vulneráveis.

em si e para si próprios e esta vicissitude seria apenas um efeito colateral natural aos fenômenos do “dever-ser”. Embora bastante cômoda, os que aceitam tal possibilidade culminar por tomar para si a responsabilidade ética de estar justificando um conjunto de meios altamente dispendiosos de infringir sofrimento, violência e privação de direitos (que é o que consiste, na realidade, a pena privativa de liberdade) por fins que jamais se evidenciam.

A presente análise trilhou por uma outra via, que se tornou possível através da contribuição de Marx e Engels na obra *A Ideologia Alemã*, que serviu de norte teórico à interpretação do fenômeno estudado. Ao invés de analisar a cabal inaptidão do Estado e do Direito Penal de darem conta da contradição com as finalidades da programação normativa como secundárias e, até conaturais ao funcionamento de ambos, procurou-se, na esteira propugnada pelos autores, tomá-las como um fenômeno relevante e nevrálgico a qualquer conclusão que se pretenda sobre a questão. Seguindo o fio condutor do materialismo histórico-dialético ali consagrado, as teorias não foram tomadas como fim em si mesmas, mas como frutos e expressão de uma determinada ordem de relações de poder e hegemonia que não nascem de uma consciência autônoma através das ordens moral, jurídica ou política, mas da base material em que ocorrem as relações econômicas do modo de produção capitalista. Assim concebido, verificou-se que estas teorias, em certa medida, têm uma capacidade limitada de explicar ou fundamentar a realidade, porque partem de um conceito de crime absolutamente a-histórico, de caráter ontologizante, como se fosse um dado da natureza. Adversamente, verificou-se que as diferenças que possuem não são fruto de uma evolução da consciência, um salto do espírito, mas formas de acomodação levadas a efeito a partir das necessidades da classe dominante em formatar o controle social de acordo com a alteração das circunstâncias históricas. Isso foi particularmente relevante e evidente no giro do retribucionismo puro que matizou os movimentos revolucionários iluministas e que permitiram a derrocada dos últimos escombros do modo de produção feudal para um prevencionismo mais pragmático ditado pelas necessidades de uma burguesia que, agora instaurada no poder, não mais rivalizava com a antiga nobreza, mas que devia conter um proletariado que, despojado dos meios de sobrevivência e alojado, aos borbotões, nas periferias das nascentes metrópoles industriais, tornava-se perigoso e precisava ser contido e neutralizado, até que pudesse, se viável, ser adestrado na disciplina da produção das fábricas.

Também elucidativa foi a gradativa substituição do discurso de reabilitação e tratamento, fartamente empregado nos anos de prosperidade do Estado de Bem-Estar Social pelo neoretribucionismo, gestado no seio de um Estado Neoliberal, onde não mais se queria mobilizar

recursos com tais encargos: quem delinque assume um risco racionalmente calculado e deve ser pura e simplesmente punido, sem nenhuma outra preocupação.

Tais constatações demonstram o caráter ainda presente e atual do conceito marxiano de ideologia: enquanto a mobilização de teorias e crenças que, sob aparência científica, operam no plano da justificação do poder exercido pela classe dominante, para legitimar e secundar uma forma de exercício do poder que, não se podendo manter pela mera força, torar-se-ia ameaçado se fosse exposto nas suas contradições reais.

Evidenciar e demonstrar o matiz ideológico dos vários discursos mobilizados para sustentar o Direito Penal e a pena não significa pugnar por sua abolição imediata.²⁴ Esta seria uma atitude ingênua, voluntarista e sem consequências, porque os próprios Marx e Engels acentuam que a superação de uma determinada ordem política não se fará apenas operando no nível da superestrutura, exigindo a transformação pela própria base econômica, alterando, integralmente, as estruturas capitalistas de produção, com a divisão do trabalho e distribuição desigual de seus produtos correlatos. Uma pura e simples abolição das normas penais, sem a modificação correlata da sociedade, conduziria a formas muito mais letais e violentas de controle social contra os mais débeis, porque desenroladas fora do marco das garantias, mesmo que formais, de uma ordem de Direito erigida sobre um marco humanista e de salvaguarda da liberdade.

Não obstante, ainda que guardado um tal limite e uma tal reserva, é possível que a desmistificação do cariz ideológico de que se revestem estas justificações, possa contribuir para que se obtenha, por tantos quantos trilhem tal caminho, um exercício de poder mais crítico de si, porque conhecedor de suas próprias limitações. Em reconhecendo que as finalidades que lhe são decantadas não são verdadeiramente factíveis ou reais, poder-se-á buscar, ao menos, a sua racionalização, a contenção da sua violência e de seus excessos. No limite, escancarar o caráter ideológico de muito dos discursos sobre o poder punitivo do Estado, a partir da contribuição dos autores analisados, poderá permitir um sentido mais reverente ao fim maior a ser perseguido por toda e qualquer modalidade de ordem política: a dignidade da pessoa humana.

Referências

²⁴ As propostas abolicionistas possuem razões diversas e discursos diversos, como pode ser visto em obra recente, resultante de tese de doutoramento defendida no Centro universitário de Brasília (CEUB), de autoria de Lucas Villa, sob o título *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>

CACICEDO, Patrick Lemos. *Ideologia e Direito Penal*. Tese – mimeografada. USP: São Paulo, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, 2023. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <<https://seape.df.gov.br/painel/>>.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20. ed. Traduzido por Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Traduzido por Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM, 2010.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. 1. ed, 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. 1. ed. Madri: Civitas, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. Preparação do original Márcio Della Rosa. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito em Hegel*. Lisboa: Presença, s/d. Traduzido por Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Baeur e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. Traduzido por Luciano Cavini Martorano; Nélio Schneider e Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte Geral*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução da segunda edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madri: 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VELOSO, Caetano. Gil, Gilberto. *Haiti*. Polygram: 1993. CD. 4 minutos e 17 segundos.

VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. RIO DE Janeiro: Lumen Juris, 2020.

WORLD PRISION BRIEF. *World Prision Population List*, 13th. ed, 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema pena*. Traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O populismo como democracia-limite a partir da obra “O século do populismo: história, teoria e crítica” de Pierre Rosanvallon

Populism as limit-democracy from the book “The populismo century: history, theory and critique” by Pierre Rosanvallon

Gabriela Felden Scheuermann^{*}
Noli Bernardo Hahn^{**}

Resumo: O século XXI pode ser considerado o século da ascensão do populismo, um fenômeno político e social que fragiliza e destrói instituições e sistemas democráticos em nome do poder político. Nesse sentido, em 2020, um dos mais importantes teóricos da democracia, Pierre Rosanvallon, publicou a obra O século do populismo com o objetivo de compreender, de forma complexa e sistêmica, as características e riscos de líderes populistas. Assim, a partir de uma visão profunda que perpassa por um olhar sociológico, histórico e crítico, a teoria apresentada neste livro está ligada a indeterminação democrática, ou seja, na ideia de que a democracia possui paradoxos e ambiguidades, abrindo espaços para que o populismo nasça dentro dela mesma.

Palavras-chave: Populismo; democracia; fragilidade; crise.

Abstract: The 21st century can be considered the century of the rise of populism, a political and social phenomenon that destroys democratic institutions and systems in the name of political power. In this regard, in 2020, one of the most important theorists of democracy, Pierre Rosanvallon, published the work The Century of Populism with the aim of understanding, in a complex and systemic way, the characteristics and risks of populist leaders. Thus, from a deep vision that goes through a sociological, historical, and critical look, the theory presented in this book is linked to democratic indeterminacy, that is, the idea that democracy has paradoxes and ambiguities, opening spaces for populism to be born within itself.

Keywords: populism; democracy; fragility; crisis.

Recebido em: 09/06/2023
Aprovado em: 02/09/2023

Como citar este artigo:

SCHEUERMANN, Gabriela Felden; HAHN, Noli Bernardo. O populismo como democracia-limite a partir da obra “O século do populismo: história, teoria e crítica” de Pierre Rosanvallon. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 177-187.

^{*} Doutoranda e Mestra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI); Coordenadora do Curso de Direito (URI Campus Cerro Largo).

^{**} Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo.

Introdução

Pierre Rosanvallon é considerado um dos mais importantes teóricos da democracia atualmente. Nascido em Blois, na França, é historiador, sociólogo e professor da Cátedra de história moderna e contemporânea do *Collège de France* e Diretor de Estudos da *École des hautes études en sciences sociales*. Suas pesquisas centram-se, principalmente, na história da democracia, no papel do Estado e na justiça social nas sociedades contemporâneas.

Integrante da chamada “Escola Francesa do Político”, a trajetória de Rosanvallon, é bastante complexa e extensa. Há anos dedica-se à temática central do pensamento político democrático do século XXI, tendo publicado diversos livros antes do *O Século do Populismo: história, teoria e crítica* (2020). Dentre os livros, destaca-se a tetralogia que será publicada, no Brasil, pelo Ateliê de Humanidades Editorial: *A contra-democracia* (2006), *A legitimidade democrática* (2008), *A sociedade dos iguais* (2011) e *O bom governo* (2015).

Considerando, portanto, um autor importante no pensamento da democracia do século XXI, este trabalho tem como objetivo central compreender o fenômeno do populismo a partir da sua obra *O século do populismo: história, teoria e crítica* (2020). Para Rosanvallon, o populismo é o mal do século XXI e, para conseguir enfrentá-lo, é necessário compreendê-lo como parte da democracia. Logo, a teoria apresentada neste livro é abrangente e está ligada a ideia de indeterminação democracia, ou seja, na ideia de que a democracia possui paradoxos, ambiguidades, assimetrias que abrem espaços e margens para que o populismo nasça dentro dela mesma.

Desse modo, *O Século do populismo* apresenta uma teoria crítica e abrangente do populismo de forma complexa e sistêmica a partir de três dimensões: sociológica, histórica e crítica. Segundo Rosanvallon, é preciso esboçar uma teoria democrática do populismo, pois ele só existe na democracia, ou seja, o populismo é uma derivação da forma democrática. Para tanto, o livro divide-se em três partes. A primeira parte é intitulada de *Anatomia*, em busca da reconstrução do ideal-tipo do populismo. A segunda é intitulada de *História*, que busca identificar regimes (França, Estados Unidos e América Latina) onde o ideal-tipo do populismo já se manifestou. Por fim, a terceira parte é intitulada de *Crítica*, momento no qual Rosanvallon aponta as principais críticas ao populismo a partir da teoria (parte 01) e da experiência concreta (parte 2).

Em linhas gerais, para Rosanvallon, combater o populismo não é apenas criticá-lo; é preciso teorizá-lo de forma profunda e complexa, compreendo os sentimentos e as paixões dos

eleitores. O fenômeno do populismo vai muito além das eleições em líderes carismáticos. Perpassa, sobretudo, o plano das ideias. Por isso, em relação aos estudos já existentes sobre populismo, faz a seguinte crítica: “se a palavra [populismo] está em todo lugar, a teoria do fenômeno está em lugar nenhum” (2021, p. 41).

Desse modo, conforme se verá no decorrer do trabalho, “o ponto importante a ser lembrado não é apenas a constatação alarmante das vitórias eleitorais do populismo no mundo [...]. O fato é a persistência das ideias populistas em todo mundo” (ROSANVALLON, 2021, p. 36). Populismo, portanto, não são apenas reações momentâneas. São ideias. Populismo não é uma demagogia ou uma forma política deturpada. É uma visão de sociedade, de funcionamento democrático que surge como respostas a crise da democracia. Falar, estudar e compreender sobre o populismo é, antes de tudo, uma batalha intelectual.

1. Crítica rosanvalloniana ao populismo

Na primeira parte do livro, Rosanvallon reconstrói o ideal-tipo do populismo a partir de cinco elementos: (1) concepção de povo como povo-Uno; (2) teoria da democracia como democracia direta, polarizada e imediata; (3) modalidade de representação por meio do homem-povo; (4) política e filosofia da economia em busca o nacional-protecionismo; (5) papel das paixões e emoções. Em relação a ideia de um povo-Uno, Rosanvallon (2021, p. 63) afirma que “os movimentos populistas têm em comum erigir o povo como figura central da democracia”. Mas esse povo é um povo-Uno inalcançável, que forja a existência de um inimigo comum. Por isso, na política populista há a construção da relação amigo/inimigo, nós/eles, em que ou você faz parte ou não faz. Não há meio termo, não há diferenças, não há diálogos nem debates. Existe somente um povo “sem rosto”, unido em nome do mesmo objetivo: salvar a sociedade e combater o inimigo.

Em relação a ideia da democracia direta, polarizada e imediata, Rosanvallon destaca que esta democracia deve ser compreendida como uma democracia-limite, que minimiza a complexidade da democracia, da multiplicidade e do pluralismo em respostas curtas, objetivas e sem argumentos, baseados somente em dois lados: nós e eles. Em relação a representação na figura de um homem-povo, Rosanvallon destaca que os populistas transpassam a ideia de que existe uma pessoa capaz de representar a todos, como se fosse um homem-espelho. Em exemplos citados pelo

autor, está Jorge Gaitán da Colômbia, que afirmava: *Eu não sou um homem, eu sou um povo*. É como um Messias salvador, que encarna a vontade do povo para salvá-lo.

Em relação à política e filosofia da economia, os populistas tentam proteger o país de avanços globais e transnacionais em nome da soberania, ou seja, rompe relações internacionais em nome de seu poder interno. Por fim, o elemento das paixões e emoções diz respeito ao sentimento que populistas despertam em seus “seguidores”, de apoio incontestável, ao mesmo tempo que cria sentimentos de raiva, ressentimento e esquecimento por parte dos outros que não são vistos nem ouvidos pelo governo.

A partir desses elementos, Rosanvallon passa a narrar momentos da história em que esse ideal-tipo apareceu em regimes políticos. Ele cita três momentos: (1) Segundo Império Francês; (2) movimentos políticos na França e nos Estados Unidos; (3) América Latina. Somente depois que Rosanvallon dedica espaço para tecer críticas ao populismo. Percebe-se, portanto, que as críticas feitas não são críticas vazias ou superficiais. Pelo contrário, elas são complexas e sistêmicas, uma vez que unem, como mencionado, a dimensão sociológica e a dimensão histórica. A crítica é feita, desse modo, a partir de dois eixos: do teórico (anatomia) e da experiência concreta (história).

Assim, “essa crítica deve ser feita em dois planos: em termos teóricos, para tratar da visão populista, e em termos históricos, para analisar o populismo em atos tal como ele pode ser apreendido a partir das práticas dos regimes populistas existentes” (ROSANVALLON, 2021, p.238). A principal crítica feita, e que se relaciona diretamente com a democracia, é os caminhos que levam à democratura, conforme demonstrado a seguir.

2. O horizonte da democratura

Talvez a parte mais relevante da crítica feita por Rosanvallon é esta: a questão de compreender como democracias transformam-se em democraturas e o perigo da irreversibilidade. Noutras palavras, Rosanvallon tenta compreender a justificação democrática de práticas autoritárias e a passagem progressiva dos países para regimes autoritários no próprio seio de um quadro institucional democrático.

Antes, importante expor o que se entende pelo termo “democratura”. Democratura tem origem na fusão de duas outras palavras: democracia e ditadura, de modo que designa “um tipo de

regime fundamentalmente iliberal que conserva formalmente a roupagem de uma democracia” (ROSANVALLON, 2021, p. 308), ou seja, que fundamenta a legitimação do seu poder (mesmo que autoritário) na escolha feita pelas urnas, dentro de um processo eleitoral democrático. Portanto, segundo Rosanvallon, a democratura ocorre dentro da própria democracia (fragilizada), sem que seja precedida de uma ruptura aparente e visível, como nos casos de golpes de Estado. Democratura é, então, uma forma de democracia-limite onde situa-se o populismo, conforme será exposto ainda nas páginas seguintes.

Exposto o significado de democratura, Rosanvallon aponta três fatores que podem levar um governo populista a transformar uma democracia em uma democratura. São eles: (1) Irreversibilidade, (2) Polarização institucional e radicalização da política e (3) Epistemologia e moral da radicalização.

2.1 A questão da irreversibilidade

Um regime populista considera que a vitória nas urnas é mais que uma simples alternância de representante. Na verdade, marca o início de uma nova era da política. Por isso, o discurso usado é da urgente necessidade de romper com a política antiga (a da corrupção) em busca de um novo país: um país governado pelo povo. A irreversibilidade, nesse sentido, organiza-se a partir de dois instrumentos: do recurso a assembleias constituintes e da abertura de uma possibilidade de reeleição dos dirigentes no poder.

Em relação ao recurso das assembleias legislativas, os populistas tentam remodelar a Constituição de modo a favorecer o seu próprio governo, ou seja, buscam apoio legislativo, inclusive por meio de compra de votos (corrupção) e de ameaças, para que a Constituição e as leis sejam reformadas a favor do governo. Na verdade, buscam não só alterar a Constituição como, inclusive, refazê-la novamente “em nome da voz do povo”. Segundo Rosanvallon (2021, p. 310),

“o estabelecimento de assembleias constituintes na sequência de vitórias ou de procedimentos de reforma constitucional é um dos traços mais característicos dos regimes populistas”.^{1 2 3}

Muitas vezes essas alterações constitucionais alteram toda formação institucional e organizacional do poder. Um dos exemplos citados por Rosanvallon é o caso das cortes constitucionais, que podem passar a ser preenchidas por magistrados fiéis ao novo regime em nome da supremacia absoluta do poder popular oriundo das urnas. Além disso, as regras do processo eleitoral também podem sofrer alterações, chegando à questão da irreversibilidade do mandato.

Desse modo, Rosanvallon destaca a questão das mudanças constitucionais e eleitorais que tem como ponto central a reeleição do chefe do poder executivo. Na América Latina, por exemplo, para consolidar democracias e criar rupturas com o passado ditatorial e autoritário, as Constituições latino-americanas, a exemplo da Argentina, Brasil e Uruguai, proibiam a reeleição para presidente. No entanto, o cenário começa a mudar a partir de 1990, prevendo alterações constitucionais que autorizam a reeleição e até mesmo reeleições ilimitadas.

No Brasil, o exemplo clássico é de Fernando Henrique Cardoso. A Constituição Federal de 1988, como dito, após sair de um período longo de Ditadura Militar, vedava a reeleição para o chefe do poder executivo. Contudo, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, foi proposta uma Emenda Constitucional (EC nº 16 de 1997) para alterar a Constituição e permitir uma reeleição consecutiva. A PEC foi aprovada e, depois, houve denúncias e escândalos de que Fernando Henrique Cardoso teria pago até R\$200 mil para deputados votarem a favor. Tendo sido aprovada, o então presidente que, pela regra original, poderia ficar somente um mandato como presidente, foi reeleito para ficar mais quatro.

Outro populista central na América Latina que também modificou a Constituição em favor do próprio governo foi Hugo Chávez na Venezuela. Hugo Chávez tornou-se presidente em 1998, período em que havia uma forte descrença na política e o país estava assolado pela desigualdade social. A solução de Chávez foi direta: refundar o país, onde pobres, indígenas e camponeses

¹ “Líder de Bolsonaro promete plebiscito por nova constituinte em breve”. Congresso em Foco (2021). Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/lider-de-bolsonaro-promete-plebiscito-por-nova-constituente-em-breve/>

² “Senado vota PEC que amplia poder de Bolsonaro: há riscos contra a liberdade? Uol (2022). Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2022/06/30/senado-vota-pec-que-amplia-poder-de-bolsonaro-ha-riscos-contra-liberdade.htm>

³ “General Mourão, vice de Bolsonaro, propõe nova Constituição sem Assembleia Constituinte. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/noticias/625502881/debate-general-mourao-vice-de-bolsonaro-propoe-nova-constituicao-sem-assembleia-constituente>

teriam voz. O povo teria voz, especialmente por meio de referendos e plebiscitos. Para isso, seria necessária uma nova Constituição⁴.

A nova Constituição de 1999 aumentava em um ano o mandato presidencial: de cinco para seis anos. Para beneficiar-se, novas eleições foram convocadas e Chávez foi eleito para o novo mandato em 2000. Em 2006 ele é reeleito para mais seis anos, ou seja, pela regra constitucional, que permitia apenas uma reeleição, ficaria no poder até 2012. No entanto, como estratégia do seu governo populista, em 2009, foi convocado um referendo para decidir sobre reformas constitucionais e eleitorais. Dentre as propostas, estava a possibilidade de pôr fim ao limite no número de vezes que o presidente poderia ser reeleito, ou seja, tornava a reeleição ilimitada. Com 54,36% o referendo foi aprovado, possibilitando, portanto, que Hugo Chávez disputar o terceiro mandato consecutivo em 2012⁵.

Brasil e Venezuela não são os únicos exemplos na América Latina. É possível citar também a Bolívia de Evo Morales e o Equador de Rafael Correa. Segundo Rosanvallon (2021, p. 314), “ela [a reeleição ilimitada] é uma das modalidades-chaves da instauração de uma dimensão de irreversibilidade desses regimes, com as manipulações eleitorais [...]”. Desse modo, percebe-se que o exemplo latino-americano é emblemático do processo de mudança progressiva de democracias para democraturas (ROSANVALLON, 2021, p. 315).

A questão das reeleições está relacionada com o povo-Uno, exposto na parte inicial do livro, e do poder dado a este povo. Muitos argumentos utilizados para aprovar as reformas constitucionais e eleitorais basearam-se na premissa “seria antidemocrático impedir que o povo decida” (ROSANVALLON, 2021, p. 316). O problema, segundo Rosanvallon, é assimilar novamente a democracia unicamente à eleição, reduzindo a complexidade do povo a uma expressão aritmética momentânea.

2.2 Polarização institucional e radicalização da política

O segundo fator que pode transformar democracias em democraturas é a polarização e politização das instituições. A polarização é a brutalização direta das instituições e estratégias de desvitalização progressiva, domesticando as cortes constitucionais. Rosanvallon destaca como

⁴ Informações retiradas do site BBC. **Entenda o que está em jogo no referendo na Venezuela.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/12/printable/071201_venezuelaentenda_ac

⁵ Informações retiradas do site BBC. **Chávez vende referendo e conquista reeleição** ilimitada. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/02/090216_venezuela_resultado_rc

exemplo da brutalização das instituições a Venezuela de Hugo Chávez e a Hungria de Viktor Orbán. Em ambos os regimes, por meio de reforma constitucionais, eles reduziram atribuições essenciais das cortes constitucionais, limitando suas funções.

A politização das instituições, por sua vez, diz respeito ao afastamento de funcionários públicos, resultado em uma “privatização do Estado”, esvaziando de sua substância a própria noção de serviço público. Com efeito, os funcionários são afastados de diversas maneiras para serem substituídos por fiéis desses regimes (ROSANVALLON, 2021, p. 318). De acordo com Rosanvallon (2021, p. 318), “politização das funções e polarização das instituições se associaram assim para que todos os poderes ficassem nas mãos de um Executivo, tendo além o mais o poder Legislativo às duas ordens”.

2.3 Epistemologia e moral da politização generalizada

O último fator destacado por Rosanvallon é sobre a epistemologia e moral da politização. Os populistas não defendem projetos. Eles se colocam como portadores da verdade e da moral rodeados de inimigos maus e imorais. No discurso populista há um apagamento da troca racional, com o silenciamento de argumentos e fatos. Isso leva a encenar um universo “dominado por potências dissimuladas de manipulação de opinião, apagando-se então os fatos atrás das intenções e das suspeitas” (ROSANVALLON, 2021, p. 322).

A base fundamental utilizada é a linguagem, que engana os cidadãos e lhes esconde as preocupantes realidades. Assim, “os fatos e os argumentos tendem a se apagar atrás da ordem de uma crença organizadora dos julgamentos, dificultando qualquer troca racional. É desse modo que se opera progressivamente uma radicalização da polarização dos afrontamentos na era dos populismos” (ROSANVALLON, 2021, p. 323).

No Brasil, durante a pandemia, o presidente Jair Bolsonaro, por diversas vezes, afrontou a ciência e ignorou os riscos e a gravidade da Covid-19. Uma onda de frases pautadas no negacionismo e na desinformação, como por exemplo, “*a máscara é pouco eficaz*”, “*a hidroxicloroquina não tem efeito colateral*”, “*é só uma gripezinha*”, circularam nas redes sociais e nos meios de comunicação. Nos Estados Unidos, no primeiro mandato, Trump proferiu, segundo pesquisas, mais de 2 mil mentiras ou afirmações enganosas.

Rosanvallon (2021, p. 323) chama de “corrupção cognitiva”, ou seja, informações distorcidas e até mesmo falsas, veiculadas na mídia e redes sociais, que levam a um entendimento

equivocado sobre determinado fato, sem a possibilidade de discussão sobre ele. Não há dúvidas de como isso corrompe a democracia. No livro *O bom governo*, Rosanvallon faz referência a importância da linguagem, pois governar é falar, de modo que “não há vida democrática possível sem que existam elementos de linguagem comuns e a ideia de que possam se opor argumentos fundados numa descrição compartilhada dos fatos” (ROSANVALLON, 2021, p. 324). Portanto, os regimes populistas prosperam numa tendência em dissolver a distinção entre fatos e opiniões.

3. Populismo como uma forma democrática: a democracia-limite

Conforme mencionado no início deste trabalho, o populismo existe dentro da democracia e, portanto, ele pode ser compreendido como uma forma democrática. Nesse contexto, Rosanvallon propõe a tipologia de “democracia-limite”, que seria a ideia de esvaziamento da democracia pelas próprias regras do jogo democrático, criando o risco de uma reviravolta das democracias contra si mesmas. As democracias-limites se dividem em três famílias: (1) as democracias minimalistas, (2) as democracias essencialistas e (3) as democracias polarizadas (ROSANVALLON, 2021, p. 227). Para cada uma dessas, há uma forma deturpada de democracia e, portanto, uma democracia-limite.

A primeira forma, a democracia minimalista, teve como principais teóricos Karl Popper e Joseph Schumpeter. Popper, sublinhando que a democracia tem inicialmente por objetivo impedir a ditadura, apreendia o papel das eleições como um ‘tribunal popular’ e não como o exercício direto de uma vontade. Schumpeter vai no mesmo sentido, ao denunciar como perigosa a ideia de ‘vontade popular’ (ROSANVALLON, 2021, p. 229). Assim, eles conceberão a democracia como um sistema concorrencial no qual empresários políticos operam com votos para obter o poder de decisão. Aqui o cidadão é reduzido tão somente como eleitor. Por isso, a degeneração da democracia minimalista é a sua transformação em uma “oligarquia democrática”.

A democracia essencialista é definida como aquela que se funda na denúncia das mentiras do formalismo democrático e identificam o ideal democrático à realização de uma ordem social comunitária em que a distinção entre sociedade política e sociedade civil é apagada. Noutras palavras, “críticas das visões individualistas-procedurais que colocam o acento na figura do cidadão-eleitor, ela [democracia essencialista] identifica o ideal democrático à realização de uma ordem social comunitária” (ROSANVALLON, 2021, p. 230).

Logo, nessa visão, a democracia é uma forma de sociedade e não um regime político. Ela se funda na ideia de que uma boa organização da sociedade, num mundo livre do reino da mercadoria e da exploração capitalista, poderia eliminar os conflitos e as divisões. Desse modo, “em tal sociedade, o povo formaria um conjunto unido e homogêneo no qual as diferenças seriam puramente funcionais” (ROSANVALLON, 2021, p. 231). A visão essencialista, ao buscar liminar a divisão social, deturpa-se no Totalitarismo. Baseado em Claude Leford, Rosanvallon destaca que o totalitarismo faz a democracia se voltar contra si mesma interditando a expressão da divisão social em nome da necessidade da sua superação. Assim, impõe-se, através da ficção de um povo-Uno, a figura de um representante universal, que fala e governa em nome de todos.

A terceira forma de democracia-limite é baseada na visão polarizada da democracia. Aqui, enfim, reside o populismo como forma deturpada, pois a visão polarizada é aquela que simplifica a complexidade da democracia, por meio de mecanismos aparentemente democráticos. Portanto, é nessa modalidade que o governante recorre ao uso dos referendos como meio de alcançar a “vontade popular” e se isentar de qualquer tipo de responsabilidade dos resultados. É aqui que se encontra a separação do “‘nós e eles”, “amigo e inimigo”, criando dois lados opostos, sem qualquer possibilidade de diálogo e mediação. E é aqui que se encontra a questão central das mudanças constitucionais e das regras eleitorais que podem levar a uma irreversibilidade democrática. Logo, é possível perceber que ao longo do texto, Rosanvallon defende que o populismo é uma forma de democracia-limite baseada, sobretudo, na sua visão polarizada e simplista, que reduz processos complexos a procedimentos simples e superficiais, conservando formalmente uma roupagem de democracia quando, na essência, é um tipo de regime fundamentalmente iliberal.

4. Conclusão

Rosanvallon encerra o livro *O Século do Populismo* com o esboço de uma alternativa que vai na contramão das democracias-limites, ou seja, vai de encontro a ideia de democracias simplistas e reduzidas. Nas palavras dele: “o eixo diretor seria seguir no contrapé dos três tipos de democracia-limites, que têm em comum simplificar/radicalizar o projeto democrático sem levar em conta o fato que seu inacabamento está ligado às contradições internas que lhe são subjacentes” (ROSANVALLON, 2021, p. 328).

O objetivo central deve ser ampliar a democracia, não a reduzir, começando com a ideia de povo. Povo não pode ser compreendido como povo-Uno homogeneizado, capaz de ser

governado por alguém que consiga falar em nome de todos. O conceito de povo é complexo. A sociedade não é mais dividida em classes simplesmente identificáveis, mas em uma diversidade complexa. É preciso, então, desmultiplicar o conceito de povo, em busca de uma sociedade em que o povo seja eleitor, social, participativo e ativo na ação democrática, de forma contínua e regular.

Superada a noção de povo como povo-Uno, a proposta inicial é criar uma “democracia interativa”, em que estariam à disposição do povo mecanismos permanentes de consulta, de informação e de prestação de contas. O povo não teria restrito somente ao papel eleitoral, mas sobretudo de fiscalização contínua. Por isso, outra proposta para ampliar a democracia é passar da “democracia de autorização” para uma “democracia como exercício”. Assim, desdobrar os procedimentos e as instituições democráticas implica em não permanecer numa democracia de autorização, ou seja, na concessão eleitoral. São as condições de exercício do poder que devem obedecer a critérios democráticos.

Segundo Rosanvallon (2021, p. 334), a fraqueza da democracia significa não serem escutados e verem decisões serem tomadas sem consulta; significa constatar que a corrupção reina e ver uma classe política vivendo isolada e não prestando contas suficientemente. Por isso, aproximar o povo da democracia por meio de instrumentos próprios e democráticos permitiria aos cidadãos exercerem mais diretamente funções que foram durante anos apoderadas unicamente pelos poderes do Estado, em especial legislativo e executivo.

Referências

CUNHA, Diogo; LYNCH, Christian. Introdução à obra de Pierre Rosanvallon. In: ROSANVALLON, Pierre. *O século do populismo: história, teoria e crítica*. Rio de Janeiro: Ateliê de Humanidades Editorial, 2021

ROSANVALLON, Pierre. *O século do populismo: história, teoria e crítica*. Rio de Janeiro: Ateliê de Humanidades Editorial, 2021.

Sobre os Autores

Alana Maria Passos Barreto

Advogada (OAB/SE). Mestranda em Direito, com concentração em Constitucionalização do Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Integrante dos Grupos de Pesquisa 'Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social' e 'Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade', cadastrados no diretório do CNPq.

Ana Paula dos Santos Ferreira

Especialização na Escola Superior da Advocacia.

Carlos Sávio Teixeira

Professor Associado do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Estuda o pensamento social e político contemporâneo, dando ênfase no trato da dimensão institucional. E dedica-se também à análise do pensamento especificamente brasileiro e da sociedade.

Cassiane Silva Pereira

Graduanda de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

David Elias Cardoso Câmara

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Edith Maria Barbosa Ramos

Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito na Universidade CEUMA (UniCEUMA).

Elenita Araújo e Silva Neta

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Educacional de Maceió (UNIMA). Graduada em Direito pelo Centro Educacional de Maceió (UNIMA). Membro associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACRIM). Advogada.

Gabriela Felden Scheuermann

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus Santo Ângelo. Mestre em Direitos Especiais pela mesma Universidade. Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus Cerro Largo. E-mail: gabischeuermann.gf@gmail.com

Geovanna Sotero Corcinio

Advogada (OAB/SE). Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE).

Gilmara de Jesus Azevedo Martins: Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Especialista em Planejamento Tributário pela Universidade Mackenzie Rio de Janeiro.

Janice Scheila Kieling

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Possui especialização (lato sensu) em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA)/CEI; além de especializações em Direito Constitucional, Direito da Seguridade Social e Advocacia da Fazenda Pública pela Faculdade Legale.

Jefferson Carús Guedes

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado (CEUB). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Advogado e Consultor Jurídico

Maurilio Casas Maia

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Defensor Público (DPAM). Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB) e Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR). Pós-graduado lato sensu em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Administrativo". Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Noli Bernardo Hahn: Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESS. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito.

Paulo Márcio de Nápolis

Mestrando em Direito (CEUB). Defensor Público do Distrito Federal.

Tiago Medeiros

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Professor do Instituto Federal da Bahia (IFBA).

Regras para envio de textos

A Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal recebe trabalhos inéditos redigidos em português, inglês, espanhol e italiano.

Os artigos devem ter no mínimo 15 (quinze) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas, excluindo as páginas de referências bibliográficas, redigidas conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e as regras de formatação abaixo indicadas. As resenhas devem possuir de 5 (cinco) a 10 (dez) laudas.

Textos mais ou menos extensos poderão ser publicados, a critério do Editor Responsável, caso seu tamanho seja justificável.

Para assegurar a confidencialidade no momento de avaliação da contribuição, preservando o *double blind peer review*, o(s) autor(es) devem evitar realizar qualquer tipo de identificação pessoal durante o corpo do texto.

O texto deve conter:

- a) Título do artigo em português (ou no idioma em que o texto está redigido), guardando pertinência direta com o conteúdo do artigo;
- b) Tradução do título para o inglês ("TITLE")
- c) Resumo em português (ou no idioma em que o texto está redigido) com, no mínimo, 100 (cinquenta) e, no máximo, 250 (duzentos e cinquenta) palavras;
- d) Até 5 (cinco) palavras-chave em português (ou no idioma em que o texto está redigido);
- e) Abstract (tradução do Resumo para o inglês);
- f) Keywords (tradução das palavras-chave para o inglês);
- g) Referências bibliográficas ao final do texto, segundo as regras da ABNT.
- h) As citações devem ser feitas em autor-data. Deve-se utilizar nota de rodapé para informações complementares, porém relevantes, ao artigo, que devem seguir rigorosamente o padrão da ABNT, com fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples, justificado.

Os artigos e resenhas devem observar a seguinte formatação:

tamanho da folha: A4

margens: esquerda = 2 cm, direita = 2 cm, superior = 2 cm e inferior = 2 cm

fonte: Times new roman, tamanho 12

espaço entre linhas: 1,5 (um e meio).

alinhamento: justificado.

não colocar espaço entre os parágrafos ("enter").

Título do artigo/resenha: centralizado, em caixa alta, negrito, fonte com tamanho 14.

Deve-se evitar citações diretas destacadas, apenas quando elas forem essenciais para o conteúdo da contribuição. Deverão ser incorporadas no corpo do texto, com utilização de aspas, quando não ultrapassarem 3 (três) linhas. Se possuírem 4 (quatro) linhas ou

mais, deverão ser destacadas, com recuo de 4cm, à esquerda, justificadas, com espaçamento simples entre linhas e fonte com tamanho 11.

REFERÊNCIAS

Para as referências às obras citadas ou mencionadas no texto, deve-se utilizar o sistema autor-data. A indicação do nome dos autores no texto deve ser feita de modo padronizado, mencionando-se seu SOBRENOME, ano da obra e página (p. ex: SOBRENOME, ANO, p.).

Neste sistema, a indicação da fonte é feita pelo sobrenome de cada autor ou pelo nome de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação, seguido(s) da data de publicação do documento e da(s) página(s), da citação, no caso de citação direta, separadas por vírgula e entre parênteses;

NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As notas de rodapé devem ser feitas no rodapé das páginas, de acordo com as normas da ABNT. As notas de rodapé devem observar a seguinte formatação. Fonte: Times New Roman, Tamanho 10, Espaçamento simples, Justificado.

As referências completas (Referências Bibliográficas) deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, crescente, também de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Para mais informações: <http://revista.defensoria.df.gov.br>
E-mail: revista@defensoria.df.gov.br

Author Guidelines

The *Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship* receives unpublished works written in Portuguese, English, Spanish and Italian.

Articles must have a minimum of fifteen (15) and a maximum of twenty five (25) pages, excluding bibliographical references, in accordance with the ABNT (Brazilian Association of Technical Norms) standards and the formatting rules listed below. Book reviews should be from five (5) to ten (10) pages.

At the discretion of the Editor, longer or shorter texts may be published.

To ensure confidentiality at the time of contribution evaluation, preserving the double-blind review, the author (s) should avoid any type of identification in the body of the text.

The text should contain:

- a) title of the article in Portuguese (or in the language in which the text is written), maintaining direct relevance to the content of the article;
- b) Translation of the title into English;
- c) Abstract in Portuguese (or in the language in which the text is written) with a minimum of 100 and a maximum of 250 words;
- d) Five key words in Portuguese (or in the language in which the text is written);
- e) abstract (translation of the abstract into English);
- f) Five keywords (translation of key words into English);
- g) Bibliographical references at the end of the text, according to ABNT rules.
- h) The citations should be made in the author's data. A footnote should be used for essential information to the article, which must strictly follow the ABNT standard, with font Times New Roman, size 10, single spacing, justified.
- i) citations should be avoided in the body of the text, especially transcriptions.

Articles and revisions should note the following formatting:

- Sheet size: A4
- Margins: left = 2 cm, right = 2 cm, upper = 2 cm and lower = 2 cm
- Source: Times New Roman, size 12
- Line spacing: 1.5 (one and a half).
- Alignment: Justified.
- Do not place spaces between paragraphs.

Title of the article / review: centralized, uppercase, bold, font size 14.

The quotes should be avoided. Use it only when they are essential to the content of the contribution. They should be incorporated in the body of the text, with the use of quotation marks, when they do not exceed 3 (three) lines. If they have 4 (four) lines or more, they should be highlighted, with a 4cm indentation on the left, justified, with single line spacing and font size 11.

REFERENCES

For references to works cited or mentioned in the text, the author-date system (APA) must be used. The name of the authors in the text should be made in a standardized way, mentioning their SURNAME, year of the work and page (eg SURNAME, YEAR, p.).

In this system, the indication of the source is made by the last name of each author or by the name of each responsible entity until the first punctuation mark followed by the publication date of the document and the page (s) of the citation , in the case of direct quotation, separated by commas and in parentheses;

FOOTNOTES AND BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Footnotes should be made at the bottom of the pages, according to ABNT standards. Footnotes should note the following formatting. Source: Times New Roman, Size 10, Simple Spacing, Justified.

The complete references (Bibliographical references) should be presented in alphabetical order at the end of the text, increasing, also according to ABNT norms (NBR-6023).

More information: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

E-mail: revista@defensoria.df.gov.br