

CIÊNCIAS JURÍDICAS e DIREITO



Abordagens e Estudos

Jader Silveira (Org.)


Editora
REALCONHECER

2
2023

CIÊNCIAS JURÍDICAS e DIREITO



Abordagens e Estudos

Jader Silveira (Org.)


Editora
REALCONHECER

2
2023

© 2023 – Editora Real Conhecer

editora.realconhecer.com.br

realconhecer@gmail.com

Organizadores

Jader Luís da Silveira

Resiane Paula da Silveira

Editor Chefe: Jader Luís da Silveira

Editoração e Arte: Resiane Paula da Silveira

Capa: Freepik/Real Conhecer

Revisão: Respectiveos autores dos artigos

Conselho Editorial

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF
Ma. Jaciara Pinheiro de Souza, Universidade do Estado da Bahia, UNEB
Dra. Náyra de Oliveira Frederico Pinto, Universidade Federal do Ceará, UFC
Ma. Emile Ivana Fernandes Santos Costa, Universidade do Estado da Bahia, UNEB
Me. Rudvan Cicotti Alves de Jesus, Universidade Federal de Sergipe, UFS
Me. Heder Junior dos Santos, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP
Ma. Dayane Cristina Guarnieri, Universidade Estadual de Londrina, UEL
Me. Dirceu Manoel de Almeida Junior, Universidade de Brasília, UnB
Ma. Cinara Rejane Viana Oliveira, Universidade do Estado da Bahia, UNEB
Esp. Jader Luís da Silveira, Grupo MultiAtual Educacional
Esp. Resiane Paula da Silveira, Secretaria Municipal de Educação de Formiga, SMEF
Sr. Victor Matheus Marinho Dutra, Universidade do Estado do Pará, UEPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S5871	Silveira, Jader Luís da Ciências Jurídicas e Direito: Abordagens e Estudos - Volume 2 / Jader Luís da Silveira (organizador). – Formiga (MG): Editora Real Conhecer, 2023. 184 p. : il.
	Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-84525-61-0 DOI: 10.5281/zenodo.7726691
	1. Ciências Jurídicas. 2. Direito. 3. Jurisprudência. 4. Justiça. 5. Constituição. I. Silveira, Jader Luís da. II. Título.
	CDD: 346.012 CDU: 347.96

Os artigos, seus conteúdos, textos e contextos que participam da presente obra apresentam responsabilidade de seus autores.

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora Real Conhecer
CNPJ: 35.335.163/0001-00
Telefone: +55 (37) 99855-6001
editora.realconhecer.com.br
realconhecer@gmail.com
Formiga - MG
Catálogo Geral: <https://editoras.grupomultiatual.com.br/>

Acesse a obra originalmente publicada em:
<https://editora.realconhecer.com.br/2023/03/direito-2.html>



AUTORES

**ALEX ANDRADE ALVES
ALINE FURTADO DA ROSA
ANA CAROLINE NUNES DOS SANTOS GUIMARÃES
ATAIR SILVA DE SOUSA
EDUARDA GONÇALVES BERBIGIER
FLAVIANE DA SILVA ASSOMPÇÃO
JACKSON QUITETE DOS SANTOS
JUSSARA ROMERO SANCHES
LARA CAXICO MARTINS
LETICIA MARIA DE OLIVEIRA BORGES
LETÍCIA PEREIRA DE ALVARENGA TAVARES
LOUISE TIVIROLLI DE PAULA
MICHELE DA SILVA ALVES
MIRIAN SANTOS
TATIANA VIEIRA MACHADO
THAIS CARREIRA
VANESSA SANTOS DO CANTO**

APRESENTAÇÃO

O Direito contribui para fortalecer o entendimento dos valores morais da sociedade, por que é por meio dele, que esses valores morais são detalhados e positivados. O Direito tem influência educativa, moldando as opiniões e as condutas individuais (A Função Social do Direito, por Ana Gláucia Lobato Siqueira Campos Gomes).

Já a Justiça, em todo o mundo, reflete a necessidade dos povos em dar fim aos conflitos de interesses. Por este motivo, se faz de extrema necessidade a criação de normas, regras e meios que possibilitem a concretização dessa Justiça. Oferecer o acesso à Justiça no âmbito das relações não pode ser simplesmente a disponibilidade do Poder Judiciário, mais que isso, é fundamental disponibilizar meios, formas e condições para que se efetive o acesso a ela em todas as suas formas, possibilitar que o titular do Direito tenha o seu bem jurídico, que foi lesado ou ameaçado, satisfeito, inobstante qualquer condição que possa vir a ser um entrave à essa efetivação, como bem ensina Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15-29).

O objeto da Ciência Jurídica é o conhecimento do Direito. O jurista desenvolve o seu estudo em torno do conhecimento do Direito (Maria Helena Diniz, A ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2). A Ciência Jurídica torna o Direito viável, como um fenômeno social, a Ciência Jurídica também tem a sua função social.

A Ciência Jurídica para Maria Helena Diniz exerce funções relevantes não apenas para o estudo do Direito, como também para a aplicação jurídica. Torna o direito viável como elemento de controle do comportamento humano. Permite flexibilidade interpretativa das normas e propicia adequação das normas no momento de sua aplicação. A Ciência do Direito procura auxiliar os aplicadores do Direito procurando enunciar logicamente respostas aptas a solucionar os problemas jurídicos sem causar perturbação social.

A obra apresenta trabalhos com a Temática Ciências Jurídicas e Direito: Abordagens e Estudos, a interação do indivíduo com a sociedade, seus direitos e deveres, bem como nos traz reflexões para pesquisadores, estudantes e a própria comunidade, pensando em diferentes formas de transformar e melhorar a nação.

SUMÁRIO

Capítulo 1 RESERVA DE VAGAS: A FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA NA PERSPECTIVA DO DIREITO, DA CIDADANIA E DA INCLUSÃO SOCIAL <i>Atair Silva de Sousa</i>	8
Capítulo 2 O TEMPO COMO BEM JURÍDICO PASSÍVEL DE TUTELA E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO <i>Eduarda Gonçalves Berbigier; Mirian Santos</i>	26
Capítulo 3 RACISMO ESTRUTURAL E IDEOLOGIA ENQUANTO PRÁTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS AO DIREITO <i>Vanessa Santos do Canto; Jackson Quitete dos Santos</i>	43
Capítulo 4 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O RECRUDESCIMENTO DA RESPOSTA ESTATAL NA ESFERA CRIMINAL <i>Flaviane da Silva Assompção; Tatiana Vieira Machado</i>	59
Capítulo 5 TRABALHO INFORMAL BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO NO CENÁRIO NACIONAL <i>Lara Caxico Martins; Louise Tivirolli de Paula; Jussara Romero Sanches</i>	73
Capítulo 6 O ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA: AS CONTRIBUIÇÕES DE UMA SOCIEDADE PATRIARCAL PARA ESTA ESTRATÉGIA <i>Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães; Leticia Maria de Oliveira Borges</i>	94
Capítulo 7 EFEITO BACKLASH: UMA ANÁLISE DOS CASOS MAIS EMBLEMÁTICOS À LUZ DE TEORIAS CONSTITUCIONAIS <i>Letícia Pereira de Alvarenga Tavares; Thais Carreira</i>	104
Capítulo 8 ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA: REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO PRESENTES NUM MESMO CASO PRÁTICO <i>Alex Andrade Alves</i>	129
Capítulo 9 SAÚDE DA MULHER: VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL <i>Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães; Aline Furtado da Rosa</i>	144
Capítulo 10 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO CONTEMPORÂNEO: NECESSIDADES DE ADEQUAÇÃO E AJUSTES PARA EFETIVA PUNIBILIDADE <i>Michele da Silva Alves</i>	160
AUTORES	180

Capítulo 1
RESERVA DE VAGAS: A FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA NA
PERSPECTIVA DO DIREITO, DA CIDADANIA E DA
INCLUSÃO SOCIAL
Atair Silva de Sousa

RESERVA DE VAGAS: A FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA NA PERSPECTIVA DO DIREITO, DA CIDADANIA E DA INCLUSÃO SOCIAL

Atair Silva de Sousa

Doutorando em Educação pela Universidade de São Paulo (USP) - <https://orcid.org/0000-0002-1355-8797> - <http://lattes.cnpq.br/2459273724635926>. E-mail: atair.sousa@usp.br

RESUMO

As reformas universitárias ocorridas no Brasil, anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, não atenuaram a dívida histórica que o país acumulou, ao longo das décadas, com a população de estudantes de classes desfavorecidas, em relação ao acesso e permanência na educação superior. As políticas de inclusão, nesse nível de ensino, adotadas na última década do século XX e nas duas primeiras décadas do século XXI, deram propulsão a uma política de atenuação dessa dívida. Embora, ainda persista uma série de dificuldades para que estes estudantes permaneçam nas universidades e sinalizando que ações conjuntas entre essas instituições e o governo são fundamentais. Nesse sentido, seria oportuno avaliar a inserção desses grupos de estudantes que, outrora eram excluídos da educação superior, na perspectiva do direito, da cidadania e da inclusão social. O objetivo central desta pesquisa consistiu em realizar estudos acerca de políticas educacionais voltadas para reservas de vagas na educação superior, no contexto aos Direitos Humanos (DH), na cidadania e na inclusão social. A metodologia utilizada nesta pesquisa possui uma abordagem dual que abrange tanto a análise qualitativa quanto a análise quantitativa. Para além destes fatores, também foi elaborado um acervo de documentação governamental, artigos, livros, teses, dissertações, dentre outros. Resultados e evidências diversas apontam para um avanço da inclusão e da formação universitária de estudantes beneficiários de reservas de vagas no Brasil. Fato que assinala um progresso na luta pelos Direitos Humanos (DH), no exercício da Cidadania e na Inclusão social da educação superior do país.

Palavras-chave: Direitos Humanos e Educação; Educação Superior e Cidadania; Inclusão Social na Educação Superior; Políticas Afirmativas Educacionais.

ABSTRACT

The university reforms that took place in Brazil prior to the promulgation of the Federal Constitution of 1988 did not mitigate the historical debt that the country has accumulated over the decades with the population of students from disadvantaged classes in relation to access and permanence in higher education. The policies of inclusion at this level of education adopted in the last decade of the 20th century and in the first two decades of the 21st century, gave impulse to a policy of alleviation of this debt. Although, a series of difficulties still persist for these students to remain in the universities and signaling that joint actions between these institutions and the government are fundamental. In this sense, it would be opportune to evaluate the insertion of these groups of students who were once excluded from higher education, from the perspective of law, citizenship, and

social inclusion. The central aim of this research was to carry out studies about educational policies aimed at reserving vacancies in higher education, in the context of Human Rights (HR), citizenship, and social inclusion. The methodology used in this research has a dual approach that encompasses both qualitative and quantitative analysis. In addition to these factors, a collection of government documentation, articles, books, theses, and dissertations, among others, was also drawn up. Results and diverse evidence point to an advance in the inclusion and university education of students benefiting from reserved places in Brazil. This fact signals progress in the struggle for Human Rights (HR), in the exercise of citizenship, and in social inclusion in higher education in the country.

Keywords: Affirmative Educational Policies; Higher Education and Citizenship; Human Rights and Education; Social Inclusion in Higher Education.

INTRODUÇÃO

A garantia do acesso à educação superior no Brasil, sofreu transformações nas últimas duas décadas por meio de um conjunto de ações governamentais. Ainda assim, persistem uma série de dificuldades para que os estudantes provenientes de escolas públicas permaneçam nas universidades e sinalizando que ações conjuntas entre essas instituições e o governo são fundamentais (QUEIROZ et al., 2015).

Para estes autores “o uso de políticas afirmativas para socialização do ingresso em instituições de educação superior e as dificuldades enfrentadas pelos discentes para se manterem no ambiente acadêmico não são exclusividades brasileiras.” (QUEIROZ et al., 2015, p. 301). Nesse sentido, seria relevante observar essas políticas, de um ponto focado na origem do Direito, da Cidadania e da Inclusão Social no Brasil.

Os Direitos Humanos (DH), historicamente, são construídos em uma perspectiva em que “o sujeito humano posiciona sobre a dignidade humana e, sobretudo, sobre a ordem jurídica, política e justa, constituindo-se, portanto, como um conceito análogo, a partir do qual é possível dialogar com outras culturas, em busca de padrões comuns para além das diferenças.” (DIEHL, 2015, p. 134). A construção dos DH se dá de forma dinâmica, contínua e sob um clima de tensões entres os grupos de interessados.

Os DH têm sido a base das conquistas sociais, dentre elas, o acesso, a permanência e a conclusão de cursos de graduação e pós-graduação no país, por estudantes historicamente pertencentes a classes desfavorecidas. Oliveira; Brackem e Nakano (2021) defendem que o paradigma “[...] Educação Inclusiva ganhou relevância nas últimas décadas em movimentos internacionais movidos pelo direito fundamental que todos têm

à educação, em todos os seus níveis e fases de escolaridade.” (OLIVEIRA; BRACKEM; NAKANO, p. 372).

Como se sabe, no Brasil, pretos e pardos correspondem a 56,2% da população, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021). O sistema de política de cotas tem suas origens no estado do Rio de Janeiro, mais precisamente na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) nos anos 2000. Com a proliferação desse programa, a adesão de programas semelhantes em outras Instituições de Educação Superior (IES), a aprovação da Lei nº 12.711/2012 (BRASIL, 2012) foi um marco fundamental, pois instituiu em âmbito nacional a políticas de cotas.

Esta lei impôs “um programa crescente de cotas em todas as universidades e institutos federais até atingir, em 2016, o patamar de 50% das vagas de todos os cursos dedicadas a cotas, uniformizando os critérios para sua distribuição.” (WAINER; MELGUIZO, 2018, p.3). É importante ressaltar que ao se efetivar os princípios estabelecidos pela legislação, há o beneficiamento de toda a sociedade brasileira, pois não inclui somente a população negra e parda, mas também os estudantes brancos egressos da escola pública. Entretanto, a ação afirmativa não incluiu estudantes negros provenientes de estabelecimentos de ensino particulares, pois, infere-se que esse público tenha uma melhor formação, se comparados aos estudantes de escolas públicas.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciências e a Cultura (Unesco) reconheceu a diversidade cultural como um patrimônio comum da humanidade e deve ser valorizado e preservado em benefício de todos. A “‘Interculturalidade’ refere-se à existência e à interação equitativa de diversas culturas e à possibilidade de gerar expressões culturais compartilhadas por intermédio do diálogo e do respeito mútuo.” (UNESCO, 2005). Contudo, os processos de privatização, a despublicização, a mercantilização da educação superior e as políticas de estímulo à competição perturbam, as estratégias da educação superior, afetando a disputa correta, as relações justas, a cooperação e o respeito às regras (AZEVEDO, 2015).

No que tange ao direito à educação, no caso brasileiro, de acordo Sguissardi (2019, p 54) “o que determina a Constituição Federal de 1988, a educação é direito social e dever do Estado [...] entretanto, na prática, esse direito é revertido em mercadoria ou serviço comercial em mais de 80% das instituições e em mais de 75% das matrículas.”. Tendo em vista a realocação das lutas sociais, é oportuno assinalar as contribuições de que “a

reconstrução da lógica dessas experiências do desrespeito e do desencadeamento da luta em sua diversidade se articula por meio da análise da formação da identidade prática do indivíduo num contexto prévio de relações de reconhecimento.” (HONNETH, 2003, p. 18).

Por outro lado Amorim; Antunes e Santiago (2021) defendem que seria necessário política de financiamento próprio para atendimento aos estudantes que demanda a democratização do acesso e permanência na educação superior do país. Para estas autoras:

A recente legislação sobre a reserva de vagas tem implicado em muitas mudanças nas IES atingindo desde questões relacionadas à infraestrutura física, que ampliam acessibilidade arquitetônica, perpassando pelas mudanças que promovam inclusão por meio de atitudes, assim como mudanças em veículos e canais de comunicação e a reflexão sobre a constituição dos currículos dos cursos de graduação e, quiçá, de pós-graduação. Entre tantas transformações que vêm ao encontro da necessidade de garantir o ingresso e a permanência das pessoas com deficiência no ambiente universitário, não podemos deixar de mencionar a necessidade de discussão de um financiamento próprio para o trabalho com estudantes de reservas de vagas nas instituições federais de Ensino Superior (IFES), em virtude das especificidades apresentadas por esse grupo no que tange à permanência nesse nível de ensino. (AMORIM; ANTUNES; SANTIAGO; 2021, p. 11)

Nesses termos e diante do exposto, este estudo busca responder a seguinte questão: que implicações da observância das políticas de cotas universitárias no âmbito das IES, têm se encontrado na implementação dessas políticas na educação superior no contexto dos DH e da cidadania? É nesta conjuntura relacionada às rotinas da IES que este trabalho foi desenvolvido.

O objetivo central desta pesquisa consistiu em realizar estudos acerca de políticas educacionais voltadas para reservas de vagas para na educação superior, relacionadas aos Direitos Humanos (DH), a cidadania e a inclusão social. Não obstante, seria extensivo a este objetivo, observar a qualificação das IES como protagonistas da construção e do compartilhamento de conhecimentos por meio da Pesquisa, do Ensino e da Extensão.

Para tanto, este trabalho ficou assim organizado: além desta introdução, foram elaboradas mais 4 seções, sendo que, na segunda seção são apresentados os procedimentos metodológicos; na terceira seção está registrado o referencial teórico; na quarta seção, as análises e discussões dos resultados; na quinta seção são apresentadas as considerações finais fazendo uma síntese deste trabalho e; por fim, as referências bibliográficas.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia utilizada neste estudo possui uma abordagem dual que abrange tanto a análise qualitativa quanto a análise quantitativa. Para além destes fatores, também foi elaborado um acervo de documentação governamental, artigos, livros, teses, dissertações, dentre outros. Para fins exploratórios, relatórios de Instituições oficiais foram consultados e interpretados, como, por exemplo, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – Anísio Teixeira (Inep) representando o Ministério da Educação (MEC).

Exploração e busca em banco de dados

A fim de melhorar a qualidade da revisão sistemática de documentos e minimizar os possíveis viesamentos, a pesquisa bibliográfica foi orientada por um fluxo que levasse em conta a ordem cronológica e o seu grau de importância. A partir dessa orientação procurou-se dar uma sequência lógica na descrição e nas narrativas dos métodos realizados neste estudo.

Com o propósito de identificar resultados de leituras relevantes relacionados às políticas educacionais, educação superior e qualidade da educação superior, foi utilizada uma combinação de estratégias de pesquisa. Estas incluíram: exploração e pesquisa por meio de bases de obras relevantes; verificação da lista de referência; pesquisa de citações e; outras fontes.

Quatro bancos de dados foram selecionados: Scielo; portal de periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes); Elsevier e *Science Direct*, *Education Resources Information Center* (Eric). No Quadro 1 estão apresentados os critérios dos artigos.

Quadro 1 – Critérios de inclusão e exclusão dos artigos selecionados.

CRITÉRIO – FOCO		
Políticas Públicas Educacionais	População de Interesse	Idioma/Língua
Políticas Educacionais Afirmativas.	Estudantes participantes de políticas afirmativas.	Língua portuguesa.
Políticas de Cotas Universitárias.	Acesso e premência na Educação Superior.	Língua espanhola.

Educação Superior e Cidadania.	Direitos Humanos e Educação Superior.	Língua inglesa.
Inclusão Social na Educação Superior.	Grupos de estudantes inseridos em políticas afirmativas participantes de pesquisa, ensino e extensão.	

Fonte: elaborado pelos autores (2021).

Critérios de elegibilidade e lógica

Os critérios a seguir de inclusão e exclusão foram estabelecidos para garantir certo grau de qualidade e relevância dos artigos selecionados. Os artigos foram incluídos nas análises caso seu foco fosse em: Educação Superior; Direitos Humanos; Políticas Educacionais; Inclusão Social; população de interesse eram assuntos relacionados à Inclusão na Educação Superior, Cidadania e Reservas de Vagas na Educação Superior, como, por exemplo, matrículas de estudantes na Educação Superior, grupos de estudantes inseridos em políticas afirmativas e em educação especial. Foram analisados artigos publicados em língua inglesa, portuguesa e espanhola.

REFERENCIAL TEÓRICO

Ao retomar a contextualização dos DH, a Cidadania e a Inclusão Social e às políticas de ações afirmativas, das quais se originam as reservas de vagas na educação superior, é fundamental acenar para as colaborações de Silva Filho e Cunha (2014):

Os Direitos Humanos vêm se constituindo como campo de realização da justiça social, sem distinção de nação, raça, Estado, gênero, orientação sexual, etnia, condição física ou idade. Esse “patrimônio” da Humanidade foi construído ao longo da História, através de movimentos sociais, reivindicações e lutas que fizeram avançar legislações, compreensões culturais sobre o que a sociedade considera justo, levando em consideração as configurações econômicas e territoriais dos povos. Os avanços político-culturais que incrementaram mudanças econômicas, jurídicas e institucionais se inscrevem cada vez mais na concepção de que os Direitos Humanos devem se concretizar no campo da igualdade material, vista como campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, e não, restritivamente, no campo da igualdade formal, de inspiração liberal das revoluções burguesas Silva Filho e Cunha (2014, p. 3).

No Brasil, processos de expansão da educação superior ocorreram, principalmente, nos anos 1960 e 1990. Entretanto, o crescimento no número de matrícula de estudantes da educação superior no país, tanto nos anos 1960 quanto nos anos 1990,

foi predominante no setor privado. A partir dos 1980 e 1990, foram criados diversos tipos de Instituições de Educação Superior (IES) tanto públicas quanto privadas, sendo que, dentro do grupo das privadas, se enquadram, por exemplo: as sem fins lucrativos e com fins lucrativos. Essas últimas crescerem em maior número, principalmente, na tentativa de atender à demanda do mercado, enquanto as públicas crescerem em menor número.

As políticas de ações afirmativas contribuíram de forma significativa para a democratização do acesso e permanência na educação superior. Seria importante contextualizar e potencializar as políticas de ações afirmativas em função de seu relevo na história da educação superior brasileira. Na Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988) em seu artigo 206, inciso I e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 20 de dezembro de 1996 (LDB/96) (BRASIL, 1996), em seu artigo 3º, inciso I estabelecem que o ensino seja ministrado respeitando-se o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Nesses termos, que foram inseridas as políticas de ações afirmativas e, são entendidas como iniciativas para promover a igualdade, reduzindo as injustiças sociais e escolares (BAYMA, 2012).

Foi a partir do tema relacionado à ação afirmativa contido na CF/88 que se observou uma repercussão nacional sobre o assunto. Nesse sentido, as políticas inclusivas, em forma de cotas sociais e raciais nas IES públicas, passaram a ser intensificadas nas lutas antirracistas e contra a exclusão social. Cotas são entendidas como tipo de ação afirmativa que reserva percentual de vagas a certos grupos sociais (negros, indígenas, escolas públicas, baixa renda, deficiência...) (CAREGNATO; OLIVEN, 2017).

No Brasil, as políticas de ações afirmativas, no âmbito da educação, estão amparadas nas legislações a seguir: Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003 (BRASIL, 2003); Lei nº 11. 645, de 10 de março de 2008 (BRASIL, 2008); Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 (BRASIL, 2010), do estatuto da igualdade racial; e Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012 (BRASIL, 2012), que trata de reservas de vagas em IES pública e nos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnológica. O estabelecimento de políticas de ações afirmativas na educação superior pública brasileira no início da década dos anos 2000, por meio da Lei n. 12.711/2012, também chamada de Lei de Cotas, foi um importante marco político para a história da ampliação do acesso ao ensino superior por negros e indígenas no Brasil (ARAÚJO, 2019). Nestes termos, é importante registrar que:

[...] há três famílias de ações de inclusão no ensino superior. A primeira é a política de cotas, ou política de ação afirmativa, que reserva vagas de

IES para estudantes de grupos desprivilegiados (seja por critério de raça ou social). A segunda é uma política de bolsas para estudantes de grupos desprivilegiados, e a terceira, uma política de empréstimo para o pagamento das mensalidades em IES pagas. (WAINER; MELGUIZO, 2018, p.3).

Conforme assinalado na introdução deste trabalho, o sistema de política de cotas tem suas origens no estado do Rio de Janeiro, mais precisamente nas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) nos anos 2000. Estas iniciativas “chamaram a atenção quando reservaram 40% das vagas para a população negra e parda, nos termos da Lei Estadual nº 3.708, de 9 de novembro de 2001, apesar da Lei Estadual nº 3.524, já ter instituído 50% das vagas nas universidades estaduais.” (FERREIRA, 2019, p.489).

Entretanto, somente em 2012, um marco fundamental foi instituído para as políticas de cotas por meio da aprovação da Lei nº 12.711/2012. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012 (BRASIL, 2012b), que definiu as condições de reservas de vagas e estabeleceu a transição das reservas de vagas nas IES públicas. A partir da Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012, foi estabelecido o conceito básico para a aplicação da Lei (CAVALCANTI, 2019).

Ela foi finalmente julgada constitucionalmente, por unanimidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em 26 de abril de 2012. Bayama (2012, p. 331) argumenta que a CF/88, “ao mesmo tempo em que consigna a meritocracia para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística, efetivados segundo a capacidade de cada um; também acolhe a igualdade de acesso e o pluralismo de ideias.”.

A realidade dos estudantes no contexto da educação superior está inserida em um sistema heterogêneo, complexo, em expansão, segmentado socialmente e com alta demanda social. Com isso, o acesso se torna pauta inicial de uma discussão que se estende aos aspectos da permanência neste nível de ensino. Isto conduz a busca de informações que contribua a compreender a realidade dos estudantes no contexto emergente da educação superior (FELICETTI; SANTOS, 2019).

Para as autoras “no âmbito da educação superior brasileira, outrora destinada somente à elite da sociedade [...] visto que ela é apenas um grau de todo o processo educacional, logo, também está em contínua transformação.” (FELICETTI; SANTOS, 2019, p. 211). Com a implementação das políticas de inclusão na educação superior, houve um aumento significativo nos incentivos para estudantes não pertencentes a uma classe

social elitizada. Portanto, essa mudança implicou numa transformação do perfil dos estudantes que frequentam a educação superior brasileira.

De acordo com essas autoras:

Ao mesmo tempo, os próprios estudantes quando chegam à educação superior vêm de universos heterogêneos, com grande diversidade psicossocial e socioeconômica que precisa ser abarcada em suas especificidades, mas sem afastar-se demasiadamente do ponto de vista coletivo do nível superior. [...] Devido ao novo perfil estudantil, quer seja ele inserido no grupo de primeira geração, com necessidades especiais ou desprovidos de capital econômico ou cultural, o processo de ensino e aprendizagem na educação superior demanda novas práticas capazes de atender o novo emergente já instaurado nas IES. Assim, cabe às instituições, desenvolver políticas de permanência que permitam a essa diversidade de estudantes darem continuidade e concluir a sua formação profissional (FELICETTI; SANTOS, 2019, p. 219-221).

Considerando esse processo de democratização do acesso e da permanência, empreendida especialmente nas últimas décadas, o perfil do estudante ingressante nas IES brasileiras já não pode ser associado apenas às classes sociais ou econômicas mais favorecidas (PATARO, 2019). Outro fator é a existência de estudantes de primeira geração cujos pais e familiares não possuem escolarização, “[...] indica também o resultado de algumas das políticas de universalização da educação superior que estão em movimento no Brasil nas últimas décadas.” (PATARO, 2019, p. 85).

Os estudantes de primeira geração, de um modo geral, relatam o fato de não terem aprendido os conteúdos abordados nos exames de seleção, o que evidencia a existência de lacunas na aprendizagem. Essas falhas nos processos de ensino e da aprendizagem, que de acordo com Pataro (2019, p. 87), “são uma característica predominante em estudantes de primeira geração, elemento que deve ser levado em consideração ao pensarmos políticas de permanência.”. Para esse autor, a democratização da educação superior não pode prescindir de políticas públicas de ampliação do acesso e da permanência.

De acordo com Moura e Gonçalves (2020):

Estudantes de primeira geração acabam por serem contemplados por essas políticas governamentais, pois muitas vezes, [...] suas famílias não cursaram os estudos superiores por dificuldades de acesso às instituições públicas – concentradas em cidades de médio e grande porte – ou por restrição do acesso às instituições privadas devido às dificuldades econômicas (MOURA; GONÇALVES, 2020, p. 5).

De um modo geral o perfil dos estudantes de primeira geração é constituído de poder socioeconômico baixo, que estudaram em escolas públicas, com idade acima da média de concluintes da educação superior, trabalham e estudam e são beneficiários de ações afirmativas governamentais. São estudantes que apresentam disposição e o sentimento de conquista pessoal e a sua família é um agente agregador para a conclusão da educação superior.

Em seu trabalho Alfinito (2009, p. 11) aponta que “quando comparado aos estudantes das demais gerações, os de primeira geração consideraram não possuir um ambiente de estudo adequado durante o período de curso do ensino médio.”. A autora complementa que estes estudantes de primeira geração “[...] anseiam por estabilidade, pretendendo passar em concurso público depois da graduação; declararam não estarem matriculados no curso superior que realmente gostariam de fazer.” (ALFINITO, 2009, p.11). Conforme já assinalado, de um modo geral, estes estudantes não tiveram seus pais ou familiares com nenhum tipo de vivência acadêmica ao longo de suas vidas. Além disso, enquanto cursavam o ensino médio, já pensavam em cursar a educação superior.

Diante desses apontamentos, seria possível compreender que as políticas de ações afirmativas são imprescindíveis, embora não sejam suficientes para corrigir as mazelas da produção de desigualdade e atender por completo as deficiências da educação pública, evitando a evasão de estudantes da educação superior, principalmente daqueles utilitários destas políticas afirmativas. É importante ressaltar que no Brasil, o sistema educacional foi estruturado e expandido pela classe dominante, de cor branca e de elite, que se apoiou na questão da meritocracia para o controle do acesso à educação, como se a meritocracia consistisse em aferição do desempenho dos estudantes neutra e cega à sua cor, à sua classe social e econômica. Sublinha-se que a expansão e a democratização do acesso à educação superior impactam não apenas na estrutura produtiva do país, mas no próprio desenvolvimento do setor educacional como um todo (FERREIRA, 2019).

ANÁLISE E DISCUSSÕES DOS RESULTADOS

As discussões a respeito dos DH mundo a fora, na atualidade, necessitam de uma visão mais completa que, corroborando a Flores (2009), “[...] no ensino dos direitos humanos, não devemos nos conformar em saber quais foram os resultados normativos

dos processos sociais, mas sim em saber delimitar e conhecer esses mesmos processos em toda sua dimensão e complexidade [...]” (FLORES, 2009, p. 134).

No contexto dos programas de reservas de vagas na educação superior brasileira “se inserem causas e mobilizações, debates e ações do Estado em favor de políticas de promoção da efetiva igualdade, perspectivas que vão em direção àquelas definidas nos DH.” (SILVA FILHO; CUNHA, 2014, p. 11). Para além destes fatos, estes autores defendem ainda a ideia de “discutir a implementação de políticas de ações afirmativas requer a compreensão de seus efeitos com vistas à análise da efetivação do princípio da equidade.” (SILVA FILHO; CUNHA, 2014, p. 11).

Diante das evidências apontadas, os resultados mostram que no Brasil, tem-se debatido e avançado em adotar políticas públicas educacionais no âmbito das políticas afirmativas de acesso e permanência na educação superior. Entretanto, especialistas na área têm chamado a atenção para algumas lacunas criadas nos trâmites da política governamental.

De acordo com Furlan et al. (2020) “o Brasil vem seguindo a tendência mundial de criar sistemas educacionais inclusivos e pretensamente menos restritivos à participação de pessoas com deficiência e/ou Necessidades Educativas Especiais (NEE).” A recente expansão da educação superior, “proporcionou uma gama de políticas inclusivas que deslocaram o debate em torno do direito à educação superior para outro patamar, agora atento à representatividade de segmentos específicos da sociedade.” (SENKEVIC, 2015, p. 206).

Senkevic (2015) sugere também que, “de acordo com a ampliação da democratização da oferta trazendo para o primeiro plano a diversificação do corpo discente e suas condições de permanência no sistema.” (SENKEVIC, 2015, p. 206). Por outro lado, no que tange aos processos de inclusão, estudantes que utilizam Língua Brasileira de Sinais (Libras), têm enfrentado desafios linguísticos no processo de escolarização e todos eles envolvem um grande problema cultural: a Libras não é respeitada ao longo desse processo. Portanto, geram dificuldades em relação à sua aquisição e desenvolvimento linguístico.

Além disso, há “[...] importantes dificuldades em relação ao processo de escolarização inicial, tais como questões de alfabetização. Estes são sérios obstáculos, responsáveis por danos ao longo do desenvolvimento destes temas.” (OLIVEIRA; BRACKEM e NAKANO, 2021, p. 383). Outro desafio está na dificuldade em minimizar a

evasão daqueles que têm suas demandas não atendidas. Entretanto, Coimbra; Silva; Costa (2021) alertam que “não há como definir evasão sem que fique claro de qual referencial partimos. Assim, estabelecemos isto como o segundo marco regulatório em que nos apropriaremos de determinados princípios [...]”. (COIMBRA; SILVA e COSTA, 2021, p. 5).

Os autores supracitados se referem à responsabilidade social, aos valores democráticos, ao respeito à diferença e diversidade, para que se possa visar uma sociedade mais justa. As evidências apontaram para uma expectativa inicial de que, esses dados e informações, retratassem os preâmbulos dos processos de inclusão na educação superior. Com isso, ao efetuar as análises dos dados e informações, foi possível identificar a relevância das políticas em que os DH demandam para a educação superior.

Apenas com o propósito de exemplificação e averiguação da aplicação da política de reserva de vagas, por meio do censo da educação superior disponibilizado pelo Inep, foi escolhido, de forma aleatória, um Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia para análise de seu sistema de matrícula de reservas de vagas na educação superior. Deste Instituto, foi escolhido, também de forma aleatória, um *Campus* que tivesse as três modalidades de cursos de graduação: licenciatura, bacharelado e tecnólogo.

O instituto selecionado é o Instituto Federal de Brasília e o *Campus* é o situado na região administrativa de Taguatinga, localizada a 20 quilômetros da capital federal. No que se refere ao *Campus* Taguatinga, a resolução de autorização de cursos de graduação ocorreu em 2013 e, já em 2016, havia 79 matrículas na licenciatura, 139 matrículas no bacharelado e 142 matrículas no tecnólogo. Em 2020 esses números já eram 165 na licenciatura, 321 no bacharelado e 306 no bacharelado. Assinalando um aumento significativo no número de matrículas, tanto em cada modalidade quanto no total, ou seja, um aumento médio de 30% ao ano no número de matrículas (IFB, 2021).

Na Tabela 2 estão apresentados os dados de reservas de vagas no *Campus* Taguatinga do IFB, de acordo com o censo da educação superior de 2020.

Tabela 2 – Matrícula em 2020 – *Campus* Taguatinga – reserva de vagas

RESERVA DE VAGAS - CAMPUS TAGUATINGA (IFB) 2020									
Rede Pública		Étnico		Pessoa com necessidades especiais		Social/Renda familiar		Outros	
Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.
87	174	45	96	2	13	31	85	2	0
261		141		15		116		2	

Fonte: Inep (2020).

Percebe-se, portanto, que 67,6% dos estudantes do *Campus* Taguatinga são ingressantes por reservas de vagas. Deste percentual, 21,1% são do sexo feminino e 46,5% são do sexo masculino.

Evangelista e Maciel (2019), salientam que:

O estudante que ingressa pela política de reservas de vagas participa de todo o processo seletivo, assim como os candidatos das vagas de ampla concorrência. O diferencial é que, a partir do momento em que o estudante decide optar pelas linhas disponibilizadas pelas cotas, ele concorre com outros estudantes que tiveram as mesmas condições socioeconômicas e culturais que ele, e, portanto, o processo tem por finalidade se tornar mais democrático. Com relação à competência do profissional, relacionada ao fato de ele ser cotista ou não, essa asserção nada mais é do que uma forma de demonstrar o preconceito existente na sociedade, uma vez que a qualificação profissional está relacionada com a relação do indivíduo com a escolha da profissão e o meio como ele se prepara para assumi-la, independentemente de seu fenótipo (EVANGELISTA; MACIEL, 2019, p. 121).

Ao longo deste estudo buscou apresentar evidências de que o acesso à educação superior no Brasil esteve sempre destinado a estudantes de um poder aquisitivo elevado, o que demandava políticas que permitissem o acesso mais democrático. Ainda assim, há elementos que trazem a afirmação da existência do racismo, sendo, portanto, reconhecer a importância das políticas raciais para fomentar o diálogo constante sobre as diferenças em suas diversas formas raciais, gêneros e culturas como meio de combater o racismo e outras formas de discriminação nos processos educativos (EVANGELISTA; MACIEL, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o contexto apresentado e questionamentos: que implicações da observância das políticas de cotas universitárias no âmbito das IES, têm se encontrado na implementação dessas políticas na educação superior no contexto dos DH e da cidadania? Tem-se como resposta, a partir da pesquisa bibliográfica e documental realizada nos quatro bancos de dados, que desafios e dificuldades têm se encontrado na implementação dessas políticas na educação superior no contexto dos DH e da cidadania.

Dentro dessa problemática, foi possível atingir o principal objetivo desse estudo: apresentar aspectos da formação universitária na perspectiva dos DH, da cidadania e da inclusão social, ou seja, realizar estudos acerca de políticas educacionais voltadas para

reservas de vagas para na educação superior, relacionadas aos DH, a cidadania e a inclusão social. Além disso, observar a qualificação das IES como executoras protagonistas da construção e do compartilhamento de conhecimentos por meio da Pesquisa, do Ensino e da Extensão.

Por fim, considera-se que este estudo apresentou sua linha de contorno nos limites de dados apresentados e nas variáveis ora utilizadas. Nesse sentido, dificuldades na comparação com outras fontes de dados nos períodos pertinentes podem ocorrer.

As variáveis ora analisadas não têm as mesmas conotações, sendo arbitrárias a este estudo. Assim, estudos futuros poderiam aprofundar ou mesmo dar novas dimensões de análises pertinentes sobre os DH vinculados à educação superior; evolução do capital social destes estudantes em função dos processos da inclusão acadêmica e, assim, estender o entendimento da problemática dos processos das políticas afirmativas designadas à educação superior.

REFERÊNCIAS

ALFINITO, Solange. A educação superior no Brasil percebida por não estudantes e estudantes de primeira geração. **Revista Tempo Brasileiro**. v. 178. Rio de Janeiro, 2009. p. 1-18.

AMORIM, Cassiano Caon; ANTUNES, Katiúscia Vargas; SANTIAGO, Mylene Cristina. Da educação básica ao ensino superior: desafios à construção do processo de inclusão em educação **Revista Acessibilidade e Inclusão no Ensino Superior**. v.1, n.1. Pelotas, 2021. p. 1-17

ARAÚJO, Danielle Pereira. “Inclusão com mérito” e as facetas do racismo institucional nas universidades estaduais de São Paulo. **Revista Direito Práxis**. v. 10, n.03. Rio de Janeiro, 2019. p. 2182–2213.

AZEVEDO, Mário Luiz Neves. Internacionalização ou transnacionalização da Educação Superior: entre a formação de um campo social global e um mercado de ensino mundializado. **Crítica Educativa**. v.1, n.1. Sorocaba/SP, jan./jun., 2015. p. 56–79

BAYMA, Fátima. Reflexões sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação**. v. 20, n.75. Rio de Janeiro, abr./jun. 2012. p. 325–346

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 96. p.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 15 mar., 2021.

BRASIL. Planalto. Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 11.645, de 10 março de 2008. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena".** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

CAREGNATO, Célia Elizabete; OLIVEN, Arabela Campos. Educação superior e políticas de ação afirmativa no Rio Grande do Sul: desigualdades e equidade. **Educar em Revista**. n. 64. Curitiba, abr./jun. 2017. p. 171-187

COIMBRA, Camila Lima; SILVA, Leonardo Barbosa e COSTA, Natália Cristina Dreossi. Evasion in higher education: definitions and trajectories **Educação e Pesquisa**, v. 47, e228764, São Paulo, 2021. p. 1-18

DIEHL, Diego Augusto. **A re-invenção dos direitos humanos pelos povos da América latina: para uma nova história decolonial desde a práxis de libertação dos movimentos sociais**. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2019. 392. p.

DUSSEL, Enrique. Direitos humanos e ética da libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. **Revista InSURgência**. v.1. n.1. Brasília, jan./jun 2015. p. 121-136

EVANGELISTA, Joelma Inês; MACIEL, Carina Elisabeth. Política de cotas na educação superior: lutas e desafios no combate à pobreza e desigualdade de estudantes negros. **Inter-Ação**. v.44, n.1, , Goiânia, jan./abr. 2019. p. 111-127

FELICETTI, Vera Lucia; SANTOS, Bettina Steren dos. **Estudante da educação superior em contextos emergentes**. In FRANCO, Sérgio Roberto Kieling; FRANCO, Maria Estela Dal Pai; LEITE Denise Balarine Cavalheiro. (Orgs.) Educação superior e conhecimento no centenário da reforma de Córdoba: novos olhares em contextos emergentes. Porto Alegre: ediPUCRS, 2019. 302 p.

FERREIRA, Nara Torrecilha. Como o acesso à educação desmonta o mito da democracia racial. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação**. v.27, n.104. Rio de Janeiro, jul./set. 2019. p. 476-498

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. 232.p

FURLAN, Elaine Gomes Matheus; FARIA, Paulo César; LOZANO, Daniele; BAZON, Fernanda Vilhena Mafra; GOMES, Claudia. Inclusão na educação superior: formação e experiência docente. **Avaliação**. v. 25, n. 02, Campinas; Sorocaba, SP jul. 2020. p.416-438.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. Ed. 34, São Paulo, 2003. 296 p.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012/2021**, Rio de Janeiro, 2021.

IFB. Instituto Federal de Brasília. **Institucional**. Disponível em: <https://www.ifb.edu.br/institucional> Acesso em: 05 dez. 2021.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – Anísio Teixeira. **Censo da Educação Superior**. Inep. Brasília/DF, 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Direitos humanos: uma crítica marxista**. Lua Nova, 101. São Paulo, 2017. p.109-137.

MACAS, Marlon Estuardo Carrión; JIMÉNEZ, Ofelia Carmen Santos. Inclusión educativa de las personas con necesidades educativas especiales permanentes. Universidad técnica de Machala. **Revista Conrado - Revista pedagógica de la Universidad de Cienfuegos**. Volumen 15, Número 68. Lima, Perú Mayo, 2019. p. 195-202.

MOURA, Josiel da Rosa; GONÇALVES, Miúcha Severo. Estudantes de primeira geração do curso de pedagogia do litoral norte, no rio grande do sul. **Cadernos de Estudos Sociais**. v. 35, n. 1, Viamão/RS, 2020. p. 1-24

OLIVEIRA, Jáima Pinheiro, BRACKEN, Seán; NAKANO Natália. Preliminary Indicators of the Use of Lesson Study as a Teaching Practice Capable of Enabling an Inclusive Perspective in Higher Education. **Revista Brasileira de Educação Especial**. v.27, e0161, jan./dez., Bauru/SP, 2021. p. 371-390.

PATARO, Ricardo Fernandes. Democratização da universidade pública e estudantes de primeira geração na UNESPAR. **Revista Contemporânea de Educação**, v. 14, n. 29, jan/abr. 2019. p. 71-95

QUEIROZ, Zandra Cristina Lima Silva; MIRANDA, Gilberto José; TAVARES, Marcelo; FREITAS, Sheizi Calheira. A lei de cotas na perspectiva do desempenho acadêmico na Universidade Federal de Uberlândia. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. v. 96, n. 243. Brasília, maio/ago. 2015. p. 299-320

SENKEVIC, Adriano Souza. A expansão recente do ensino superior: cinco tendências de 1991 a 2020. **Cadernos de Estudos e Pesquisas em Políticas Educacionais**. v. 3. n. 4. Brasília, INEP, 2015. p. 199-246

SGUISSARDI, Valdemar. As missões da universidade, entre as quais a extensão universitária ou a terceira missão, em face dos desafios da mercadização/mercantilização. **Teoria e Prática da Educação**, v. 22, n.3. Maringá, set./dez. 2019. p. 38-56.

SILVA FILHO, Penildon; CUNHA, Eudes O. As políticas de ações afirmativas na educação superior no Brasil sob a ótica da equidade. In: **IV Congresso Ibero-Americano de Política e Administração da Educação/VII Congresso Luso Brasileiro de Política e Administração da Educação**. https://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT2/GT2_Comunicacao/PenildonSilvaFilho_GT2_in_tegral.pdf. 2014.

UNESCO. **United Nations Education, Scientific and Cultural Organization**, 2005

WAINER, Jacques; MELGUIZO, Tatiana. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação do desempenho dos alunos baseado no ENADE de 2012 a 2014. **Educação Pesquisa**. v. 44, e162807, São Paulo, 2018. p.1-15.

Capítulo 2
O TEMPO COMO BEM JURÍDICO PASSÍVEL DE TUTELA E
A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO
Eduarda Gonçalves Berbigier
Mirian Santos

O TEMPO COMO BEM JURÍDICO PASSÍVEL DE TUTELA E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Eduarda Gonçalves Berbigier

Advogada. Graduada em Direito no ano de 2014, pela Faculdade Uniritter Laureate International Universities. Pós-graduada, pela mesma instituição, em Direito Civil com Ênfase em Contratos e Responsabilidade Civil no ano de 2016. E-mail: eduardaegb@gmail.com

Mirian Santos

Advogada. Graduada em Direito no ano de 2014, pela Faculdade Uniritter Laureate International Universities. Pós-graduada, pela mesma instituição, em Direito Penal e Processo Penal com Ênfase em Segurança Pública no ano de 2016 e Direito Cível e Processo Civil no ano de 2019. E-mail: miriansantospoa@gmail.com

RESUMO

O presente artigo científico concerne no estudo sobre a teoria do desvio produtivo, também conhecido como perda do tempo útil. Para tanto, será analisada a possibilidade de se compreender o tempo como um bem jurídico tutelável e, posteriormente, a conceituação do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, visando compreender os pressupostos para sua configuração, bem como sua finalidade. Isso, pois se considerado o tempo um bem jurídico, a sua violação gera o descumprimento de um dever originário, resultando no dever de indenizar aquele que vier a sofrer o dano. Os pressupostos da responsabilidade civil serão analisados em conjunto com a teoria em comento, a qual será explanada na terceira parte do desenvolvimento, com o objetivo de demonstrar que de fato há fundamentos juridicamente relevantes para condenar fornecedores e demais prestadores de serviço por dano temporal, o qual não pode mais ser considerado mero dissabor do cotidiano.

Palavras-chave: Dano temporal; Desvio Produtivo do Consumidor; Perda de Tempo Útil.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais tecnológica e globalizada, a quantidade de afazeres é incompatível com o tempo disponível a cada indivíduo, razão pela qual estes

planejam suas respectivas rotinas, escolhendo quais atividades serão empregadas e quando, otimizando, assim, o tempo da melhor forma que lhes convém.

Nessa senda, é natural o homem escolher atividades que o agradem ou lhe seja útil, pois não há como recuperar o tempo perdido.

À vista disso, enquanto para alguns assistir uma partida de futebol ou maratonar a nova temporada de uma série possa ser o momento mais esperado após uma semana cansativa cheia de compromissos, para outros é considerada completa perda de tempo, preferindo, assim, destinar tal parcela temporal para alguma outra atividade, por exemplo.

Observa-se que as escolhas das atividades a serem praticadas podem ser completamente diferentes de pessoa para pessoa, mas a importância dada ao tempo e como melhor utilizá-lo é a mesma, ainda que inconscientemente, pois o exercício de qualquer compromisso realizado contra a vontade ou que tenha se tornado uma experiência ruim, dentre outras hipóteses, é considerado perda de tempo.

Assim sendo, quando o indivíduo precisa sair da sua rotina para resolver um problema que não tenha dado causa, devido à conduta desidiosa de fornecedores e até mesmo do Estado em seu sentido lato na prestação de serviços, ele deixa de utilizar determinada parcela de tempo destinada para alguma atividade previamente planejada. Ou seja, desperdiça o seu tempo útil.

É em razão das reiteradas falhas nas prestações de serviços, seja por meio de conduta dolosa ou culposa, acarretando no desvio produtivo do consumidor/cidadão em geral, que passou-se a se discutir sobre a possibilidade de indenização por dano temporal.

Posto isto, com o escopo de compreender melhor a teoria do desvio produtivo, também chamado de perda de tempo útil, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo abordará o tempo como um bem passível de tutela jurídica, bem como um breve estudo sobre a responsabilidade civil para, então, focar na teoria em comento.

2. OBJETO DE ESTUDO

O objeto central do estudo é o tempo: uma análise sobre seu valor jurídico e as consequências de sua violação nos casos em que restar caracterizado o desvio produtivo do indivíduo por culpa de terceiro.

3. REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

Em que pese não haja previsão expressa tutelando o tempo como um bem jurídico, não se admite sua violação. Ou seja, eventual lesão antijurídica que gere um dano pode ensejar, dentre outras consequências jurídicas, o dever de reparação.

Isso, porque de acordo com os ensinamentos de Anderson Schreiber (2015, p. 102-103), ao contrário dos ordenamentos típicos, nos quais o legislador define quais são os danos passíveis de ressarcimento, limitando a atuação judicial, o ordenamento atípico, adotado pelo sistema jurídico brasileiro, permite ao Poder Judiciário “ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado”, positivando o legislador cláusulas gerais.

Ou seja, face à adoção ao sistema aberto, não há a obrigatoriedade de prévia previsão legal para que determinado bem receba proteção jurídica, bastando o julgador, utilizando-se das cláusulas gerais, interpretar que determinado bem é digno de proteção jurídica.

Assim, considerando que o tempo é um bem de valor inestimável, pois, além de escasso, o é intangível, ininterrupto, irreversível, inacumulável e irrecuperável (TEIXEIRA; AUGUSTO, 2015, p.183-184), somado ao fato que a ausência de previsão legal expressa o tutelando não impede a sua proteção jurídica, discute-se a possibilidade de indenização pela perda de tempo útil.

Marcos Dessaune (2019,p.24) esclarece que o consumidor tem violado os seus direitos mais legítimos, bem como renunciado direitos fundamentais, ao gastar tempo vital e deixar de executar as atividades existenciais para resolver algum problema de consumo ao qual não deu causa.

Para o autor, o dano sofrido pelo consumidor sucede da perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, da alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e da conseqüente inatividade existencial em determinado período de tempo.

Nessa ótica, constatada a existência do dano pela perda de tempo útil/desvio produtivo decorrente de uma conduta ilícita perpetrada pelo fornecedor, é devida a sua reparação.

Em que pese a doutrina venha defendendo a viabilidade de ser indenizado o tempo perdido com base na teoria em comento, nem todos os tribunais brasileiros reconhecem

o tempo despendido solucionando problemas de consumo como um dano a ser indenizado, pois entendem se tratar de um mero dissabor da vida cotidiana, como é possível constatar nas decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente à teoria do desvio produtivo ao aplicá-la para fundamentar a decisão que condenou uma agência bancária ao pagamento de indenização por danos morais coletivos face à violação ao tempo máximo de espera em filas, dentre outras falhas de serviço (BRASIL, 2019).

Por se tratar de um artigo com o objetivo teórico, este restou limitado à pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sem adentrar em dados estatísticos, tendo em vista que o propósito é chamar atenção para o valor inestimável do tempo vital de modo que receba maior atenção e, conseqüentemente, proteção jurídica.

4. O TEMPO COMO BEM JURÍDICO

O direito é uma ciência maleável que se molda com base nos anseios, interesses e valores da sociedade, é parte da construção social. Afinal, caso fosse um sistema engessado acabaria por não acompanhar a evolução do grupo social no qual está inserido e, por conseguinte, deixaria sem proteção jurídica aquilo que passou a ser de fato valorizado.

Nessa linha, algo costuma a ser valorizado pelo homem em sociedade quando este compreende que aquilo atende às suas necessidades, seus interesses. Desse modo, o direito como instrumento regulamentador do convívio social, busca tutelar tudo aquilo que possui um significado valorativo ao ser humano, como, por exemplo, a vida, a liberdade, bem como a liberdade. (TEIXEIRA; AUGUSTO, 2015, p.185).

Isso posto, em virtude de uma sociedade cada vez mais globalizada, tecnológica e urgente, percebe-se que não há tempo suficiente para que os indivíduos possam colocar em prática todas as atividades que possuem interesse. Como solução, cada pessoa planeja sua rotina, escolhe quais atividades serão executadas ou não, otimizando, assim, o tempo com base no seu melhor entender, pois não há tempo a ser desperdiçado, já que é impossível recuperá-lo, bem como a vida ser finita.

Ou seja, o tempo, na qualidade de recurso produtivo do ser humano, é limitado e escasso, porque este possui mais carências a serem satisfeitas do que quantidade de

tempo, resultando na necessidade de sempre precisar escolher uma atividade em detrimento de outra. Ademais, além de escasso, o tempo é intangível, ininterrupto, irreversível, inacumulável e irrecuperável (TEIXEIRA; AUGUSTO, 2015, p.183-184).

Nesse prisma, o tempo vem cada vez mais sendo valorizado pela sociedade em geral, tendo em vista ser um ativo escasso e valioso, inerente à própria vida, razão pela qual merece ser considerado um bem jurídico tutelado.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano (2013, p.2-3), leciona que o tempo deve ser considerado em duas perspectivas: dinâmica e estática. Segundo o autor, pela primeira perspectiva o tempo deve ser visto como um fato jurídico ordinário, ou seja, decorrente da natureza, como o nascimento e a morte. Já com base na segunda perspectiva citada, o tempo é um valor, um bem de relevância, devendo receber proteção jurídica.

Alan Monteiro Gaspar (2016, p.4), por sua vez, divide, também, o tempo em duas dimensões: objetiva e social. A dimensão objetiva corresponde à fragmentação do tempo (horas, dias, meses, anos, etc.) com o escopo de organizar, sistematicamente, o cotidiano do ser humano e da sociedade. O tempo sob a perspectiva social, por sua vez, não pode ser medido nos moldes matemáticos, tendo em vista se tratar de um tempo emocional, inerente a cada indivíduo. Dessarte, sua duração muda de pessoa para pessoa, em razão das experiências vividas por cada uma.

Compreende-se, à vista disso, que o tempo é um bem de valor, de relevância, pois intrínseco ao homem.

Ocorre que, apesar de tamanha importância, o tempo não possui norma que o tutele de forma expressa e direta. Não obstante, não é possível afirmar que, em razão de tal fato, eventual lesão antijurídica a este bem não venha ensejar direito à uma reparação.

Isso porque o tempo resta tutelado indiretamente seja pela legislação infraconstitucional quanto, especialmente, pela constitucional, quando nesta é positivado, por exemplo, o limite da jornada de trabalho, a garantia de descanso, direito ao lazer e à educação.

Implícita está a proteção constitucional ao tempo, nos direitos citados, pois para o indivíduo poder usufruí-los necessitará despender de uma parcela de tempo.

Outrossim, de acordo com os ensinamentos de Anderson Schreiber (2015, p. 102-103), ao contrário dos ordenamentos típicos, nos quais o legislador demarca quais são os danos ressarcíveis, limitando a atuação judicial, o ordenamento atípico, adotado pelo sistema jurídico brasileiro, concede ao Poder Judiciário “ampla margem de avaliação no

que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado”, positivando o legislador cláusulas gerais.

À vista disso, no ordenamento jurídico brasileiro, por adotar o sistema aberto, não há a obrigatoriedade de prévia previsão legal para que determinado bem receba proteção jurídica. Em outras palavras, não é necessário reconhecer de forma antecipada o que é digno ser resguardado. (ANDRADE; CASTRO PINTO; ARAGÃO, 2021, p.6-7). Afinal, como já explanado, o direito deve acompanhar as mudanças sociais e, especialmente, o que passa a ser valorizado pelo homem.

Nessa senda, já que os art. 186 e 927 não limitam quais danos podem ser ressarcidos, o julgador, utilizando-se das cláusulas gerais do ordenamento jurídico brasileiro, pode considerar o tempo um bem passível de tutela pelo Poder Judiciário, resultando na condenação de quem o violar a indenizar aquele que sofrer o dano,

Restou demonstrado, por conseguinte, que a ausência de previsão legal não é fato impeditivo para reconhecer que determinado bem, por sua relevância social, possa ser considerado um juridicamente tutelado, motivo ao qual o tempo deve ser protegido juridicamente e gerar direito à reparação caso venha a ser violado, já que por ser intrínseco à vida, bem como por estar diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, é um bem jurídico de imensurável relevância.

5. UMA BREVE ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esclarecido ser o tempo um bem jurídico merecedor de tutela jurisdicional, é necessária uma breve abordagem sobre o instituto da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro, para então, posteriormente, ser analisada a possibilidade de se indenizar pelo tempo perdido, com base na teoria da perda de tempo útil.

Isso posto, a responsabilidade civil é dividida em contratual e extracontratual, subdividindo-se em patrimonial e extrapatrimonial, cuja finalidade é compelir quem causou o dano, ou é responsável por outrem que tenha causado, a obrigação de reparar terceiro lesado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.53).

Nessa senda, o indivíduo que transgredir um dever jurídico originário, ou seja, que não cumprir devidamente determinada obrigação, praticando conduta ilícita, cuja a

consequência é a lesão a um interesse de outrem, faz surgir um dever jurídico secundário (ou sucessivo): o dever de reparar a lesão ocasionada (CAVALIERI FILHO, 2010, p.2).

Nota-se que a responsabilidade civil tem como escopo a restauração do status quo ante, ou seja, visa restabelecer o equilíbrio e a harmonia que havia antes do prejuízo por meio da reparação do dano devido pelo causador à vítima (GONÇALVES, 2011, p.19-20).

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.53-53), que de acordo com o que positiva o art. 186 do Código Civil Brasileiro, os pressupostos para da responsabilidade civil são: ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo causal e dano.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008, p.05), os pressupostos supracitados dizem respeito à responsabilidade extracontratual, isto é, reporta-se à indenização devida pelo cometimento de ato ilícito e não por descumprimento contratual. Deste modo, é possível afirmar que a responsabilidade extracontratual decorre de uma lesão a um direito subjetivo, ou seja, sem que haja (ou tenha havido) qualquer relação jurídica entre o indivíduo lesado e o agente infrator no momento do dano causado (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15)

De outra banda, em determinadas situações que é admitida a responsabilização do agente ofensor sem que se configure o pressuposto da culpa, quais sejam: quando houver previsão legal e nos casos em que a atividade promovida por determinado agente, em razão de sua natureza, puder gerar riscos a direitos de terceiros. Positivada no parágrafo único do art. 297 do Código Civil, restou consagrada no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade da responsabilidade civil objetiva. lesado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.215)

Em suma, a ação e a omissão, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.24), são espécies de conduta, a qual pode ser compreendida como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

Nesse sentido, a conduta é o ato voluntário que deriva precisamente da liberdade de escolha do agente que possui discernimento necessário para compreender o ato cometido. Ou seja, o ato voluntário não quer dizer essencialmente a intenção de causar o dano, mas sim de se ter a compreensão daquilo que se está cometendo lesado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.27/28).

A conduta, portanto, que derivar de ato ilícito, seja ela comissiva ou omissiva, importa em responsabilização civil.

A culpa, por sua vez, nos casos em que é exigida, decorre do fato que o agente causador do dano deveria ter se comportado de forma diversa, mas assim não o fez (DINIZ, 2004, P.59).

O dano material, ou patrimonial, ocorre quando os bens pertencentes ao patrimônio do lesado são atingidos, subdividindo-se em dano emergente e lucro cessante, haja vista que há a possibilidade de ser atingido tanto o patrimônio atual quanto o patrimônio futuro. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.36), sendo a sua natureza reparatória.

Já o dano imaterial em seu sentido lato envolve a violação aos direitos da personalidade, direitos estes que não estão associados à dignidade de forma direta, motivo pelo qual é possível o dano abarcar todas as afrontas ao direito de personalidade da vítima sem que a dignidade desta seja atingida (CAVALIERI FILHO, 2010, p.80). A personalidade compreende tudo que versar sobre a natureza do ser humano, como a proteção a dados pessoais, integridade física e moral, honra, privacidade, pensamento social, político, entre outros, de acordo com os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p.227).

À vista disso, afirma-se que a violação a direito da personalidade trata-se de dano em sentido amplo, haja vista que o que positivado está no artigo 5^a, inciso X, da Constituição Federal (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas) são espécies do gênero personalidade, de acordo com os ensinamentos de Rui Stocco (2004, p.1615).

A reparação tem como finalidade amenizar as consequências causadas pelo dano imaterial, e não uma quantificação para o sofrimento suportado por aquele que sofreu a lesão (TARTUCE, 2011, p.409-410).

Já natureza jurídica da indenização, com base na corrente que ainda prevalece no Brasil, é reparatória e pedagógica (TARTUCE, 2011, p.423-424), pois além de reparar ou ao menos compensar o dano efetivamente suportado pelo indivíduo lesado, serve como exemplo para inibir futuras condutas semelhantemente nocivas.

Ademais, é imprescindível se averiguar a existência de uma ligação entre o dano causado e o infrator para que se caracterize a responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar. Assim sendo, o nexu causal é a relação entre o episódio, o dano e o agente causador (RIZZARDO, 2005, p.71).

Destarte, analisada, ainda que resumidamente, a responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro, bem como considerando o reconhecimento de que o tempo é um bem merecedor de tutela jurídica, cabe agora ponderar sobre a teoria da perda do tempo útil.

6. DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Primeiramente, cumpre informar que a análise da possibilidade de se indenizar em razão de dano temporal não se limita à seara do direito do consumidor, em que pese a lesão ao tempo ocorra com muito mais frequência nesse campo de atuação.

Tanto fornecedores quanto o próprio Estado em seu sentido lato, seja por meio da administração direta ou indireta, dentre outros, muitas vezes prestam serviços deficientes e incompatíveis com os interesses do consumidor/cidadão, resultado na usurpação injustificada do tempo que poderia ser empregado em outras atividades de sua preferência.

De acordo com Marcos Dessaune (2019,p.19-20), os fornecedores dia a dia violam a lei, por ato culposo ou doloso, ao não atender o consumidor com qualidade de modo a satisfazer suas necessidades e, por consequência, liberar os seus recursos produtivos. Aproveitando-se da hipossuficiência do consumidor, bem como do próprio poder econômico e domínio de conhecimento, fornecedores postergam o máximo possível a solução de determinado problema, com o objetivo de omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade.

Alguns exemplos práticos decorrem do desgaste causado por horas em ligações telefônicas, durante dias, visando solucionar determinada situação, cujo serviço de atendimento, em regra via “call center”, é propositalmente demorado e nem sempre eficaz, ou quando um produto com defeito demora elevado número de dias para ser consertado, quando evidentemente poderia ter sido reparado em tempo menor, levando o consumidor a permanecer contra sua vontade por tempo demasiado sem poder utilizá-lo.

Como consequência, o consumidor/cidadão se obriga a desperdiçar o seu tempo que estava destinado a uma atividade de sua escolha, seja trabalho, lazer, descanso, estudo, dentre outras possibilidades, para solucionar um problema que não deu causa e o agente originalmente responsável pela solução se esquivava de assim fazê-lo. Ou seja, há a transferência do ônus produtivo ao consumidor/cidadão.

Seguindo essa linha, Laís Bergstein (2018, p.213) defende que ao optar por implantar sistemas morosos, de baixa eficiência, assim como deixar de investir na cadeia produtiva, é transferido ao consumidor o ônus da inércia do próprio fornecedor.

Em razão da quebra de um dever jurídico do prestador de serviços, o indivíduo lesado, na busca de algum desfecho, tem parcela de sua existência atingida, tendo em vista o viver está atrelado ao próprio tempo. Isto é, ao ter o seu tempo útil furtado em razão de injusta interferência de terceiros, bem como não ser possível recuperá-lo, o indivíduo deixou de viver como bem entendia, durante determinado período de tempo.

Corroborando com o acima sustentado, Marcos Dessaune (2019,p.24), ensina que ao despender tempo vital e deixar de executar as atividades existenciais para resolver algum problema de consumo, o consumidor tem violado os seus interesses mais legítimos, além de colocar em prática uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, dentre outros direitos fundamentais.

Dessarte, o dano sofrido pelo consumidor decorre da perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, da alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e da conseqüente inatividade existencial em determinado período de tempo. Assim sendo, a conduta antijurídica em comento lesa o tempo existencial e a vida do consumidor (DESSAUNE, 2019,p.24),

Constatada a existência do dano pela perda de tempo útil/desvio produtivo decorrente de uma conduta ilícita perpetrada pelo fornecedor, é devida a sua reparação.

Se o desvio produtivo atingir o patrimônio do consumidor/cidadão, cabível é a indenização por danos materiais. A título de exemplificação, caso um motorista de táxi, profissional autônomo, deixe de trabalhar por horas ou até mesmo dias com o objetivo de solucionar um problema de consumo certamente irá sofrer uma baixa patrimonial, pois deixará de receber durante as horas paradas. Conseqüentemente, o fornecedor deverá indenizá-lo pelos lucros cessantes.

Da mesma forma, é devida a indenização caso a conduta antijurídica enseje danos de ordem imaterial. Afinal, o “tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade” (DESSAUNE, 2017, P.69).

O debate, no entanto, está no enquadramento da lesão originada pela perda de tempo útil nessa modalidade. Isso, pois discute se deve ser tratada como um dano moral ou um dano autônomo.

A discussão em comento é válida, pois caso venha a ser considerado um dano autônomo, um mesmo fato poderá gerar dois diferentes danos imateriais, o que permitirá cumular indenizações danos morais e por dano temporal, como já acontece com o dano estético.

Em que pese os tribunais, quando aplicam indenizações com base na teoria do desvio produtivo, sustentem que a lesão se dá sob o âmbito moral, grande parte da doutrina defende que a lesão ao tempo útil deve ser considerada um dano autônomo, pois afronta as atividades existenciais do indivíduo.

Seguindo esse prisma, defende-se que o dano moral em seu sentido estrito decorre da lesão à moral da vítima, enquanto o dano temporal origina-se da desvalorização do tempo vital do indivíduo, somado ao enriquecimento ilícito do fornecedor que acaba por reduzir os custos produtivos ao transferi-los indevidamente para o consumidor (VERBICARO; QUARESMA, 2018, p.85).

Saindo agora da discussão doutrinária e adentrado brevemente na aplicação prática da teoria, percebe-se que apesar de haver um número significativo de pedidos de indenização por danos morais em razão da perda de tempo útil, ainda não é comum encontrar decisões favoráveis no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, havendo por parte de seus magistrados uma maior rigidez na aplicação da teoria do desvio produtivo.

As decisões favoráveis no tribunal gaúcho ocorrem em casos excepcionais, normalmente quando o requerente passa por situações reiteradas de perda de tempo útil buscando atingir o fim pretendido. Exige-se forte conjunto probatório. Caso contrário, mantém-se o entendimento de que eventual perda de tempo não ultrapassa a esfera do mero dissabor.

Por ser matéria relativamente nova, é comum que alguns tribunais estejam mais inclinados que outros quanto à possibilidade de reconhecer a existência de danos morais por desvio produtivo/perda de tempo útil, tal qual ocorre com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde facilmente se encontram decisões nesse sentido.

Já o STJ, no ano de 2019, ao julgar o recurso especial n.º1.737.412 – SE, cuja relatora foi a ministra Nancy Andrighi, aplicou a teoria do desvio produtivo para então condenar a parte recorrida ao pagamento de indenização por danos morais coletivos devido ao descumprimento das regras de atendimento presencial nas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, dentre outras obrigações não respeitadas. Sustentou, a ministra, que o desrespeito voluntário das garantias legais, com

o claro objetivo de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade de serviço caracteriza lesão injusta e intolerável. (BRASIL, 2019).

Como visto, ainda que haja decisões aplicando a teoria do desvio produtivo, o entendimento sobre o tema não é pacificado, havendo tribunais mais propensos que outros a considerar o tempo útil do consumidor/cidadão como um bem merecedor de tutela jurídica, de modo a ser reparado através de indenização caso venha a ser lesado.

Ante todo o exposto, estão equivocadas as decisões que afirmam que o tempo despendido pelos consumidores em razão das condutas antijurídicas praticadas pelos fornecedores não é passível de indenização por se tratar de mero dissabor da vida cotidiana, pois além de dar respaldo para a continuidade de condutas ilícitas, premiando o infrator, acaba por desconsiderar a importância do tempo vital do ser humano.

Ainda que ainda haja entendimento nesse sentido, percebe-se que paulativamente vem se tornando intolerável a abusiva prática de não prestar serviços de qualidade, bem como de protelar soluções à eventuais complicações no produto/ou prestação serviços, repassando ao consumidor/cidadão o ônus de despende seu tempo útil para resolver tal infortúnio.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que o tempo passa a ser observado pelo homem como algo além de um fato, isto é, como um bem de imensurável valor, o direito precisa protegê-lo de modo a acompanhar a evolução daquele determinado grupo social.

Assim sendo, teoria em comento busca garantir a valorização do tempo vital do indivíduo, de modo que este possa utilizá-lo em atividades existenciais, como trabalho, lazer, estudo e descanso, por exemplo, evitando o seu desperdício, eis que finito e irrecuperável.

Analisados ligeiramente os pressupostos da responsabilidade civil, conclui-se que a violação ao tempo vital gera o dever de indenizar pelos danos causados, sejam eles materiais ou imateriais, senão ambos.

Outrossim, ainda se discute a possibilidade do dano temporal ser considerado um dano autônomo, sub-espécie do dano imaterial.

Em que pese importante ser o debate sobre a autonomia do dano temporal, é necessário que os tribunais passem a olhar com mais atenção para esse novo dano,

condenando fornecedores e demais prestadores de serviços a pagarem indenização pelo desvio produtivo quando por má-fé ou negligência deixarem de prestar um serviço de qualidade, pois é a vida do consumidor que é atingida, já que precisará desperdiçar parte de seu tempo útil para solucionar um problema que não deu causa, circunstância que não ser considerada um mero dissabor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. D.de; PINTO, E. R. G. de C.; ARAGÃO, L. M. **responsabilidade civil pelo desvio produtivo: estudo de caso para identificar o posicionamento do tribunal de justiça de são paulo na aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor.** *Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM*, 16(1), Rio Grande do Sul: 2021. Disponível em:< <https://doi.org/10.5902/1981369438045>>, acesso: 04 jul.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Nº 173.412/SE. Terceira Turma. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Recorrido: Banco do Estado de Sergipe. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 05 fev.2019. Disponível em:< https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.737.412&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1.737.412+%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T> Acesso: 04 jun.2022.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil.** 9ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2010.

DESSAUNE, M.. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral.** *Revista luso-brasileira de direito do consumo*. V.7, n. 28 (dez/2017), Curitiba: Bonijuris, 2017.

DESSAUNE, M. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama.** *Direito em Movimento*, V.17, n.º 1, Rio de Janeiro: 2019.

DINIZ, M. Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil.* Volume VII. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil.** Volume III. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, P. S. **Responsabilidade civil pela perda de tempo.** *Revista Direito UNIFACS*, N. 168, 2014. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3137>>, acesso: 04 jul. 2022.

GASPAR, A. M. **Responsabilidade civil pela perda indevida do tempo útil do consumidor.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4653, 28 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40639>>. Acesso em: 5 jul. 2022 . P.4

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. Volume IV. 6ª edição. São Paulo, editora Saraiva: 2011.

MARQUES, C. L.; BERGSTEIN, L. **A valorização e a tutela do tempo do consumidor: a nova posição do STJ sobre responsabilidade do comerciante por vícios**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 997, Nov, 2018.

NERY JUNIOR, N; NERY, R. M de A. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6ª. [U1] São Paulo: Atlas, 2015.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1615.

TARTUCE, F. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Volume II. 6ª edição. São Paulo: Método, 2011. p. 409/410.

TEXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista Da Faculdade De Direito. Universidade de São Paulo: 2016.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume IV. 8ª edição. São Paulo, editora Atlas: 2008.

VERBICARO, D.; QUARESMA, G. P. **O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Vol. 7, nº1, jan-abril, 2017. Disponível em: <
<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/378/pdf>>, Acesso: 04 de jul. 2022.

NOTAS DE REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. D. de; PINTO, E. R. G. de C.; ARAGÃO, L. M. **responsabilidade civil pelo desvio produtivo: estudo de caso para identificar o posicionamento do tribunal de justiça de são paulo na aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor**. Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM, 16(1), Rio Grande do Sul: 2021. Disponível em:< <https://doi.org/10.5902/1981369438045>>, acesso: 04 jul.2022. P.6-7

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 173.412/SE. Terceira Turma. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Recorrido: Banco do Estado de Sergipe. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 05 fev.2019. Disponível em:<
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.737.412&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1.737.412+%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T> Acesso: 04 jun.2022.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2010. P. 2; 15; 24, 80

DESSAUNE, M. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral**. Revista luso-brasileira de direito do consumo. V.7, n. 28 (dez/2017), Curitiba: Bonijuris, 2017. P.69

DESSAUNE, M. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama**. Direito em Movimento, V.17, n.º 1, Rio de Janeiro: 2019. P. 19-20; 24

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. Volume VII. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. P.59

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Volume III. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. P.53; 215

GAGLIANO, P. S.. **Responsabilidade civil pela perda de tempo**. Revista Direito UNIFACS, N. 168, 2014. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3137>>, acesso: 04 jul. 2022

GASPAR, A. M. **Responsabilidade civil pela perda indevida do tempo útil do consumidor**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4653, 28 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40639>>. Acesso em: 5 jul. 2022 . P.4

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. Volume IV. 6ª edição. São Paulo, editora Saraiva: 2011. P. 19/20.

MARQUES, C. L.; BERGSTEIN, Laís. **A valorização e a tutela do tempo do consumidor: a nova posição do STJ sobre responsabilidade do comerciante por vícios**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 997, Nov.2018. P.213

NERY JUNIOR, N.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 227.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6ª. [U1] São Paulo: Atlas, 2015.P.103-103

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1615.

TARTUCE, F. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Volume II. 6ª edição. São Paulo: Método, 2011. p. 409-410; 423-424.

TEIXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista Da Faculdade De Direito. Universidade de São Paulo: 2016. P.183-185

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume IV. 8ª edição. São Paulo, editora Atlas: 2008. P. 05

VERBICARO, D.; QUARESMA, G. P. **O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Vol. 7, nº1, jan-abril, 2017. Disponível em: <
<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/378/pdf>>, Acesso: 04 de jul. 2022. P.85

Capítulo 3
RACISMO ESTRUTURAL E IDEOLOGIA ENQUANTO
PRÁTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS AO DIREITO
Vanessa Santos do Canto
Jackson Quitete dos Santos

RACISMO ESTRUTURAL E IDEOLOGIA ENQUANTO PRÁTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS AO DIREITO

Vanessa Santos do Canto

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; mestre em Serviço Social pela PUC-Rio; mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da UFF; Especialista em Patrimônio Cultural pelo CEFET-RJ; bacharel em Direito pela PUC-Rio. Pesquisadora do “Grupo Gênero, Democracia e Direito” (PUC-Rio); do “Núcleo de Estudos e Pesquisas de Gênero, Raça/Etnia e Geração” (NEPGREG-UFBA); do Grupo “Direito, Gênero, Raça e o Pensamento de Mulheres Negras no contexto da Diáspora Africana nas Américas: interlocução necessária para repensar as normas e o processo de elaboração normativa no Brasil” (PUC-Rio). Bolsista CAPES. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9037921832017837>. E-mail: vanessadocanto@gmail.com

Jackson Quitete dos Santos

Bacharel em Direito pela UERJ. Pos graduado em Direito Pública pela UVA; Pos Graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Introcrim. Mestrando em Constitucional pelo Ppgdc UFF. Servidor Público Estadual.

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a relação existente entre o racismo estrutural e a ideologia enquanto prática. A abordagem será baseada nas obras de Silvio Almeida (2019) e de Louis Althusser (1992). Em um primeiro momento discutirá as desigualdades raciais no Brasil, o mito da democracia racial e sua relação com o movimento negro. Em seguida, apresentará o debate acerca do racismo estrutural e da ideologia enquanto prática. Finalmente, serão abordadas manifestações do racismo estrutural no Brasil. O trabalho é desenvolvido a partir de revisão bibliográfica acerca dos temas discutidos.

Palavras-chave: Racismo estrutural; Ideologia enquanto prática; Direito.

ABSTRACT

This article aims to discuss the relationship between structural racism and ideology as a practice. The approach will be based on the works of Silvio Almeida (2019) and Louis Althusser (1992). At first, it will discuss racial inequalities in Brazil, the myth of racial democracy and its relationship with the black movement. Then, it will present the debate about structural racism and ideology as a practice. Finally, manifestations of structural racism in Brazil and the role of ideology will be addressed. The work is developed from a

bibliographic review about the discussed topics.

Keywords: Structural racism; Ideology as practice; Law

Introdução

O Brasil, assim como outros países da América Latina (Gonzalez, 1988a), foi forjado no caldeirão da escravidão aliado ao capitalismo dependente enquanto produtor de mercadorias para exportação. Os quase quatrocentos anos de trabalho escravo de negros legaram um déficit de cidadania para essa população mesmo depois de mais de 130 anos de libertação da escravidão.

Neste sentido, o presente trabalho propõe uma reflexão acerca da relação do conceito de racismo estrutural de Almeida (2019) e da ideologia presente na obra de Althusser (1992) para que possamos desenvolver algumas considerações necessárias às perspectivas hegemônicas do Direito na contemporaneidade.

O objetivo geral é realizar uma abordagem teórica que ultrapasse as leituras hegemônicas acerca do Direito para propor uma perspectiva que adote o lugar do negro (Gonzalez, 1982) amefricano como fonte de análise tendo em vista o fenômeno da diáspora africana na América Latina (Gonzalez, 1988a).

Dessa forma, como objetivos específicos buscamos propor outra abordagem para o Direito a fim de que se possa analisar os direitos da população negra desde uma perspectiva afrocentrada e pautada nas contribuições teóricas elaboradas pelo movimento negro, do feminismo negro e pelo pensamento marxista. Outro objetivo específico é pensar práticas insurgentes no Direito elaboradas por segmentos da população que, historicamente, têm suas identidades subalternizadas e que resultam em desigualdades raciais.

Estas reflexões são realizadas através de uma perspectiva crítica pautada no pensamento de intelectuais negros que aliam as lutas identitárias à luta de classes e do pensamento marxista. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica e dados de fontes oficiais.

1. DESIGUALDADES RACIAIS NO BRASIL E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

A abolição da escravidão não foi acompanhada de políticas públicas para a

população negra que passou de ex-escravizados à condição de cidadãos da República Federativa do Brasil na ordem capitalista que passou a conformar o Brasil enquanto sociedade de classes (FERNANDES, 2008; GONZALEZ, HASENBALG, 1982).

Este fato gerou um déficit de cidadania pautado pelos efeitos dos projetos de branqueamento e de miscigenação e, posteriormente, no discurso da democracia racial (FERNANDES, 2008; GONZALEZ, HASENBALG, 1982) forjado ainda na República Velha através do debate produzido pela obra *Casa Grande e Senzala* de Gilberto Freyre (2006).

A sociedade de classes que é gestada no pós-abolição, principalmente a partir da década de 1930, é pautada pelo mito da democracia racial que, no campo intelectual, somente começa a ser desconstruído somente a partir dos estudos elaborados pela UNESCO na década de 1950¹.

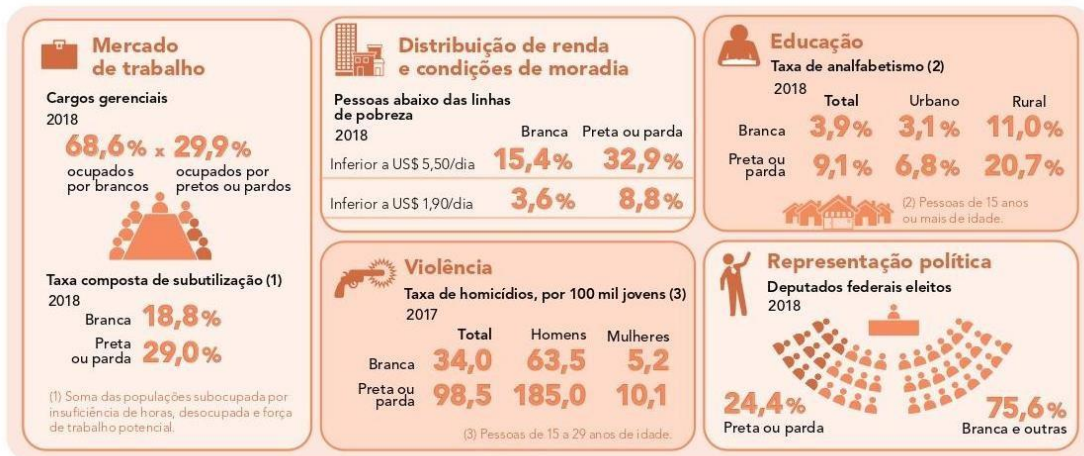
A escravidão e o colonialismo também tiveram efeitos sobre as normas jurídicas que muitas vezes demonstraram a força do higienismo e da eugenia em face da população negra como é o caso da Constituição de 1934 que instituiu no seu artigo 138, a educação eugênica².

Bertúlio (1989) demonstra em sua dissertação de mestrado que a ordem jurídica que se desenvolve busca obscurecer o racismo, a discriminação e o preconceito contra a população negra. Neste sentido, as demandas por respeito e reconhecimento empreendidas pelo movimento negro têm por objetivo suprir o déficit de cidadania da população negra (PIRES, 2016).

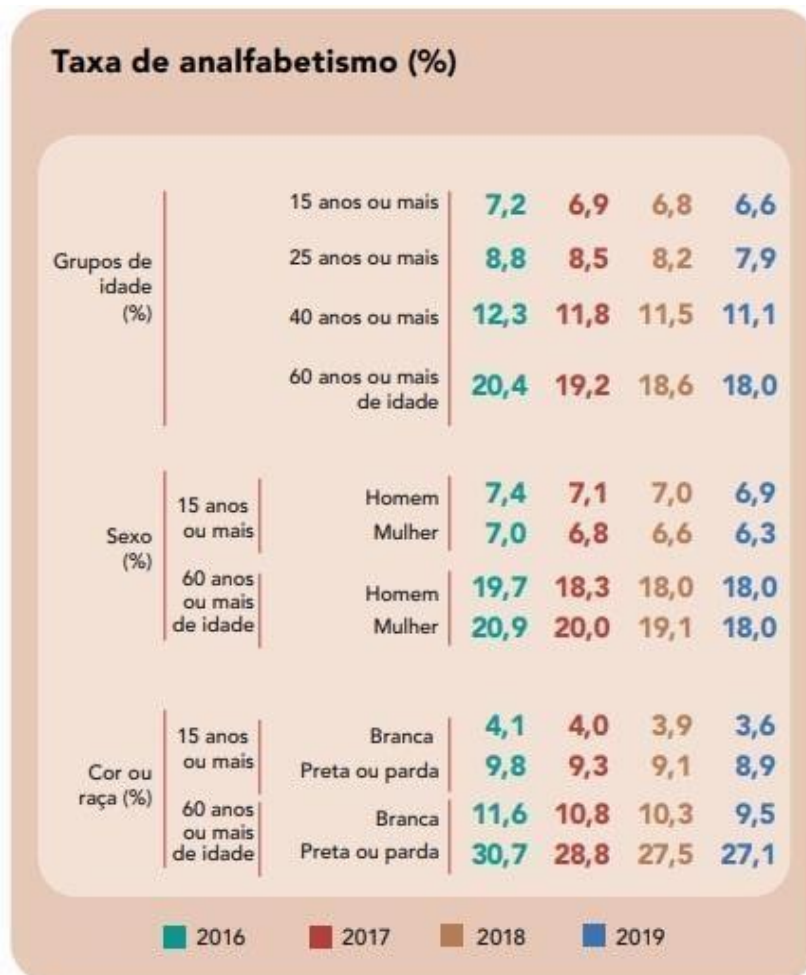
Além disso, o racismo no Brasil ultrapassa a dimensão individual e se espalha pelas instituições (racismo institucional) e pelas estruturas da sociedade brasileira (racismo estrutural) enquanto forma de estabelecimento das relações sociais que acaba por subalternizar negras e negros, em diferentes espaços da sociedade (ALMEIDA, 2019). Alguns dados do IBGE apresentados no gráfico abaixo demonstram esta afirmação:

¹ Neste sentido o pensamento de Fernandes (2008) é tributário destes estudos pioneiros que revelaram a existência de conflitos raciais e preconceito racial no Brasil. Na obra, "A integração do negro na sociedade de classes", o autor busca desconstruir o mito da democracia racial desde uma perspectiva marxista na qual analisa a inserção subalterna de negras e negros no mercado de trabalho brasileiro da época analisada.

² Além disso, as normas constitucionais resultavam de projetos importados da tradição anglo-saxã, francesa e alemã.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais.



Fonte: PNAD 2019

Contudo, não podemos analisar estes dados descolados de uma perspectiva crítica. Isto significa que, não podemos afirmar que tais desvantagens são resultantes apenas de séculos de escravização da população africana e de seus descendentes e que o racismo resultante deste processo estaria diminuindo com o tempo. Mas, o que nos leva a fazer tal

afirmação?

Pensamos que o racismo é uma ideologia (ALTHUSSER, 1992). Ideologia enquanto prática, pois consideramos que os aparelhos ideológicos do Estado como religião, família e escola contribuem para a reprodução social do racismo. As altas taxas de analfabetismo de negras e negros no campo e na cidade são um bom exemplo disso.

Além disso, devemos pensar o papel do Direito e do Estado no processo de reprodução social do racismo na contemporaneidade. Com efeito, o Estado enquanto detentor do monopólio da violência tem utilizado um projeto de extermínio, subalternização e encarceramento de negras e negros. É um projeto de sociedade na qual a raça tem centralidade (QUIJANO, 2005)³.

Em suma, pensamos que tais reflexões são necessárias para que possamos avançar nos debates e na ação política desde uma perspectiva crítica que alie raça e classe nas discussões que estamos propondo.

2. O RACISMO ESTRUTURAL E A IDEOLOGIA ENQUANTO PRÁTICA: ALGUNS ASPECTOS

2.1. O RACISMO ESTRUTURAL

Diante do que foi exposto nos tópicos anteriores cabe a indagação: como o racismo se atualiza na contemporaneidade brasileira do pós-abolição? Será que o legado da escravidão é capaz de explicar tal reprodução? Ou as novas formas de expressão do racismo nada têm a ver com este legado?

Para discutir o conceito de racismo estrutural nos apoiaremos na obra *Racismo estrutural*, de Silvio de Almeida (2019). Trata-se, sobretudo, de um livro de teoria social. Neste sentido, há duas teses a destacar: uma é a de que a sociedade contemporânea não pode ser compreendida sem os conceitos de raça e de racismo.

O autor procura demonstrar como a filosofia, a ciência política, a teoria do direito e a teoria econômica mantêm, ainda que de modo velado, um diálogo com o conceito de raça. A outra tese é a de que o significado de raça e de racismo, bem como suas terríveis

³ Consideramos que a contribuição de Quijano (2005) que fez parte do grupo Modernidade/Colonialidade é relevante porque ele parte da perspectiva marxista e articula classe e raça para pensar a América Latina (GONZALEZ, 1988b).

consequências, exigem dos pesquisadores e pesquisadoras um sólido conhecimento de teoria social. A tese central é a de que o racismo é sempre estrutural, ou seja, de que ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade.

Almeida (2019) afirma que raça é o ato de estabelecer classificações e que é um conceito relacional e histórico. E está relacionado a expansão comercial burguesa e à cultura renascentista que tinha como centro o homem branco europeu universal. Neste contexto, as demais culturas eram tratadas como menos evoluídas. E foi esse movimento de levar a civilização para onde ela não existia que redundou em um processo de destruição e morte, de espoliação e aviltamento, feito em nome da razão e que se denominou colonialismo⁴. Para Almeida (2019, p. 22-3):

Racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam. Preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias. Discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados.

O racismo que se materializa como discriminação racial é definido por seu caráter sistêmico. Trata-se, portanto, de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas adquirindo, muitas vezes, caráter cultural e religioso.

Neste sentido, o racismo pode se expressar de diferentes formas na contemporaneidade. Ele se reatualiza com a força do colonialismo e pode se expressar de forma individualista, institucional ou estrutural. Assim, é importante ressaltar que o legado dos quase quatrocentos anos de trabalho escravo no Brasil explica apenas em parte o desigual acesso da população negra brasileira aos bens materiais e simbólicos. As novas formas de expressão do racismo se devem ao fato de que ele é mais institucional e estrutural do que individual (ALMEIDA, 2019).

Isto significa que as instituições reproduzem o racismo no cotidiano e isso implica em desigualdades raciais que se expressam nos dados que apresentamos anteriormente.

⁴ O autor cita Achille Mbembe para quem o colonialismo foi um projeto de universalização, cuja finalidade era inscrever os colonizados no espaço da modernidade.

Estes dados expressam as desigualdades de acesso e fruição de direitos humanos fundamentais e de acesso desigual ao poder.

Além disso, o racismo em sua faceta estrutural expressa sua presença na sociedade. As instituições são racistas porque a sociedade é racista. Isto significa que economia, política e direito são atravessados pelo racismo. Dessa forma, o racismo estrutural nos auxilia a entender porque a população negra brasileira permanece nos mais baixos estratos da sociedade mesmo após mais de 130 (cento e trinta) anos de abolição do trabalho escravo no Brasil.

Não podemos esquecer, ainda, da relação existente entre colonialismo e colonialidade tal como enfatiza Quijano (2005) na sua abordagem materialista acerca da colonialidade do poder, do saber e do ser⁵.

Este autor ressalta que embora o colonialismo tenha deixado um legado bastante negativo para as populações racializadas, o fato é que raça e racismo constituem a Modernidade e que não existiria Europa se não fosse a descoberta da América (QUIJANO, 2005).

Dessa forma, os Estados surgem a partir do racismo, e não apesar dele, institucionalizando-o, mesmo que de diferentes formas, ao processo constitutivo da sociabilidade nacional. E, apesar da crise dos Estados-nação, a raça e o racismo continuam a atravessar as sociedades e integram o modo biopolítico de gerir a população.

É por isso que (Almeida, 2019) cita Achille Mbembe acerca da necropolítica e Michel Foucault acerca da biopolítica. O autor demonstra como a nacionalidade é atravessada pelo racismo e pelo colonialismo e, neste sentido, é importante ressaltar o papel desempenhado pelo conceito de população.

A noção de população que surge no século XVII, momento no qual o capitalismo concorrencial atinge seu auge, vai permitir que os mecanismos de poder adentrem a vida e suas possibilidades de controle, repressão e majoração com técnicas de saber-poder que serão constantemente desafiadas por esse fenômeno que é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto destas técnicas.

Neste sentido, o racismo desempenha um papel fundamental. Contudo, (Foucault, 2005) ressalta que o discurso racista foi apenas um episódio, uma variação no final do

⁵ Apesar deste autor fazer parte do grupo Modernidade/Colonialidade que elaborou o denominado giro decolonial e inaugurou os estudos da decolonialidade, rompendo com os estudos pós-coloniais, consideramos sua abordagem materialista importante para o escopo do nosso trabalho.

século XIX, uma retomada do velho discurso da guerra das raças que já era “secular naquele momento, em termos sócio-biológicos, com finalidades essencialmente de conservadorismo social e, pelo menos em certo número de casos, de dominação colonial (FOUCAULT, 2005, p. 75)”.

A conversão da luta das raças para a luta de classes foi operada por Thiers no século XIX e, em contrapartida, esse discurso foi deturpado pelo racismo biológico, ou seja, não mais a batalha no sentido guerreiro, mas luta no seu sentido biológico: diferenciação das espécies, seleção dos mais fortes, manutenção das raças mais bem adaptadas (FOUCAULT, 2005, p. 94).

Achille Mbembe lembra que o negro não existe. Ele é constantemente produzido. Enquanto léxico somente entra em uso corrente no século XVI. “Produzir o Negro é produzir um vínculo social de submissão e um corpo de exploração, isto é, um corpo inteiramente exposto à vontade de um senhor, e do qual nos esforçamos para obter o máximo de rendimento” (MBEMBE, 2014, p. 4).

O negro enquanto construção no momento em que o capitalismo começa a se afirmar na história é causa de repressão deste corpo. Mas, este corpo também resiste e na sua subjetividade que é produzida no contexto colonial, produz novas formas de resistências que desafiam o jugo colonial e as técnicas de controle e repressão que são desenvolvidas sob a forma de uma colonialidade que busca incessantemente subjugar-los, produzindo uma subjetividade recalcada no colonizado e no colonizador (MBEMBE, 2014)⁶.

O olhar do colonizador é sempre de produção de um corpo que deve ser reprimido para que alcance a máxima produtividade. Tudo que é produzido para além da plantação e das formas de escravidão urbana pode ser apropriado pelo senhor de escravizados.

O corpo se torna um objeto parcial que é apropriado enquanto coisa e que deve ser constantemente vigiado. Mas, este corpo reprimido também produz cultura e formas de resistência cultural nos territórios para os quais é arrastado nos porões de navios negreiros. Estas formas de resistência se expressam através da dança, da culinária, da pintura, da língua e diferentes expressões linguísticas. Desafia-se a elaboração de uma nova forma de ser e diferentes formas de “ser” e de “fazer”.

No entanto, essas formas de resistência são rechaçadas no âmbito da colonialidade

⁶ Neste sentido ver as análises de Frantz Fanon e Albert Memmi acerca dos processos de colonização das sociedades.

ao mesmo tempo em que participam da construção do Estado sob a forma subalterna e na construção da identidade nacional. Dessa forma, a resistência é capturada e filtrada de maneira que os processos violentos de dominação colonial são encobertos sob o manto da pacificidade garantida através de uma forte hierarquização social e racial nos países que foram construídos e se mantiveram à custa do trabalho de escravizados.

Este processo acontece de diferentes maneiras em diferentes contextos históricos e territoriais, entretanto a violência é uma marca dos processos de colonização e das expressões da colonialidade, enquanto forma de reminiscência dos processos de colonização no passado e no presente. O corpo sob controle e as mãos calejadas pelo processo de acumulação capitalista e da construção das sociedades ditas democráticas são as marcas do negro enquanto construção cultural da colonização e da colonialidade. O corpo negro é um corpo construído sob o domínio colonial. Mas é um corpo que resiste e cuja resistência é menosprezada ao mesmo tempo que temida.

2.2. IDEOLOGIA ENQUANTO PRÁTICA

Ao entendermos que raça e racismo são elementos para a manutenção do “status quo” que se manifesta na hierarquização social e nas desigualdades raciais, compreendemos apenas uma parte da questão. Neste sentido, ainda permanece a questão de saber como se reproduz o racismo na contemporaneidade. Dessa forma, recorreremos ao conceito de ideologia de (Althusser, 1992) para que possamos compreender o processo de reprodução social do racismo na contemporaneidade.

É verdade que o racismo se expressa na sociedade e atinge o ser humano enquanto espécie mais do que ao corpo individual, constituindo o Estado, então, a questão que se coloca é a forma de sua reprodução social. Dessa forma, recorreremos à noção de ideologia para verificarmos como ocorre a reprodução do racismo.

Então, para (Althusser, 1992), a ideologia se divide em aparelhos repressivos de Estado no qual predomina a violência física e simbólica que é monopolizada pelo próprio Estado e em aparelhos ideológicos de Estado que também predomina a violência em menor grau.

Nestes últimos, as representações acerca das práticas sociais são reproduzidas socialmente através das instituições sociais como família, escola, forças armadas, igreja, dentre outras. A noção de ideologia analisada por (Althusser, 1992) nos aparece enquanto

prática na medida em que não expressa as práticas sociais, mas as representações que temos acerca destas práticas sociais. Assim, o racismo se reproduz nas instituições sociais e reforça estereótipos acerca de corpos racializados, corpos nãobrancos.

Consideramos que estes corpos racializados estão inseridos em um projeto de Estado no qual o racismo é elemento fundamental para a sua consecução. O racismo de Estado (FOUCAULT, 2005) é condição de possibilidade de subalternização dos corpos de negras e negros. Os aparelhos ideológicos também apresentam sua violência que neste caso é simbólica ao reproduzir estereótipos raciais necessários ao funcionamento do racismo de Estado.

E, dessa forma, ocorre a naturalização das desigualdades que, no Brasil, funcionam em conjunto com o mito da democracia racial que interdita o debate acerca das desigualdades raciais na sociedade brasileira. Mas, é importante compreendermos que esse racismo está presente em todos os Estado modernos. O racismo é a reação a uma contra-história revolucionária. Ele é inserido nos mecanismos de Estado a partir das práticas do biopoder. Para Michel Foucault, o racismo:

É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. [...] Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder. De outro lado, o racismo terá uma segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: “quanto mais você matar, mais você fará morrer”, ou quanto mais você deixar morrer mais, por isso mesmo, você viverá (FOUCAULT, 2005, p. 95).

Na Modernidade, o racismo aparece explicitamente no colonialismo e na guerra. Mas, não se trata simplesmente do ódio de uma raça sobre a outra ou de uma operação ideológica que não se separa do problema do governo (FOUCAULT, 2005)⁷. Assim o racismo:

[...] é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano. A justaposição, ou melhor, o funcionamento, através do biopoder, do velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo. E é aí, creio eu, que efetivamente ele se enraíza (FOUCAULT, 2005, p. 309).

⁷ Para Foucault (2005), a especificidade do racismo moderno, o que faz sua especificidade, não está ligado a mentalidades, a ideologias, a mentiras do poder. Está ligado à técnica do poder, à tecnologia do poder. Em sentido, contrário citamos Kabengele Munanga para quem o racismo é uma ideologia que possui uma historicidade (MUNANGA, 2003)

Após essas considerações acerca do racismo passaremos a realizar algumas observações acerca da manifestação do racismo estrutural e de sua relação com a ideologia na contemporaneidade.

3. MANIFESTAÇÕES DO RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM A IDEOLOGIA

Os mais de 350 anos de escravidão negra no Brasil conferiram singularidades ao Estado Brasileiro, de maneira que o racismo é estrutural norteando a economia; a política e as relações sociais.

Assim, é também objetivo do presente artigo se ocupar da mais contundente manifestação do racismo estruturação estrutural no Brasil, a saber, o extermínio da população negra sem, no entanto, a profundidade que o tema exige em razão da limitação de páginas que esse formato de trabalho nos impõe.

De outra parte, optamos por deixar de abordar nessa oportunidade manifestações igualmente relevantes do racismo estrutural tais como o lugar subalterno conferido ao negro no Brasil e o encarceramento em massa da população negra.

Já nas linhas iniciais, entretanto, é importante deixar assentado que somado aos mais de 350 anos de escravidão negra no Brasil e a ausência de políticas públicas voltadas à integração da população negra na sociedade brasileira após à abolição formal (FERNANDES,2008), os aparelhos ideológicos do Estado (ALTHUSSER,1992) também cumprem papel importante na naturalizar da subalternidade destinada aos negros e na legitimação das violências praticadas pelos aparelhos repressivos do Estado responsáveis pelo genocídio e o encarceramento em massa da população negra.

Isso porque, muito embora a produção (ALTHUSSER,1992) não faça alusão à ideologia na manutenção do racismo estrutural em razão do contexto em que foi produzida, acreditamos que as ideologias racistas produzidas pelos aparelhos ideológicos do estado são imprescindíveis à manutenção; normalização e naturalização do racismo sistêmico existente no Brasil.

3.1. EXTERMÍNIO DO CONTINGENTE NEGRO

A desproporção entre o número de homicídios de negros e brancos em decorrência

da intervenção policial é uma manifestação escancarada do racismo estrutural no Brasil revelando que há uma predileção por parte dos aparelhos repressivos do Estado por peles pretas e pardas⁸.

Com efeito, pesquisa do Fórum de Segurança Pública, revela que 78,9% dos homicídios decorrentes de intervenção policial no Brasil vitimou sujeitos negros revelando que o corpo preto segue caindo no chão como denuncia de forma contundente Ana Flauzina (FLAUZINA, 2006).

Neste sentido, Góes (2017, p. 02) sobre o tema, pontua:

[...] a morte cotidiana de 83 jovens negros e as constantes chacinas comovem e mobilizam apenas uma parcela da população brasileira, exatamente e principalmente a que vê sua existência sob risco iminente pela transformação, em fator criminógeno/genocida, que o conceito “raça” sofreu e que há muito foi consolidada pela banalização do extermínio dessa “quase gente”.

Nesse ponto, entendemos que embora a produção de (ALTHUSSER,1992) não tenha sido pensada para o racismo estrutural em razão do contexto em que foi produzida, a mesma aplica-se perfeitamente ao processo de naturalização do extermínio da população negra no Brasil (NASCIMENTO, 2016), já que no nosso sentir os aparelhos ideológicos do Estado fomentam o imaginário presente desde a escravidão de que o corpo preto representa um perigo que deve ser exterminado.

Diante deste fato, é curioso notar que no Brasil a ideia de extermínio do corpo negro é muito antiga e somente vem se redefinindo ao longo dos séculos. No entanto, é indiscutível que o seu sucesso deve-se ao dialogo constante entre os aparelhos ideológicos e repressivos do estado que reatualizam constantemente a ideia de que corpo negro representa um perigo que precisar ser exterminado.

Nesse sentido, as ideologias racistas cumprem papel importante em associar a noção de bandido ao indivíduo preto e pardo, que ostenta fenótipos negróides. Fazendo um brevíssimo salto histórico, a ideia de extermínio do contingente negro no Brasil surge após à abolição formal e concomitantemente ao progresso das teorias eugênicas que atrelavam o subdesenvolvimento do país à presença de pretos, pardos e indígenas no território nacional.

Assim, o mesmo Estado que enegreceu o Brasil fomentando o “sequestro’ de

⁸ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/07/15/letalidade-policial-e-a-mais-alta-dahistoria-negros-sao-78-dos-mortos.htm>

africanos para o trabalho braçal; açoites e exploração, após a abolição, viu-se com uma massa de sujeitos negros livres associados à falta de progresso do país. Nesse sentido, o Estado brasileiro, objetivando exterminar a população negra, a lança a própria sorte, não a inserindo na sociedade por acreditar que - sem trabalho e à mingua - os negros desapareceriam, o que não aconteceu exigindo do Estado a definição dos mecanismos de extinção do contingente negro no país.

O Estado brasileiro então, na sua sanha de aniquilamento do contingente negro, reformula o seu projeto inicial e passa a fomentar a imigração branca, que veio ao Brasil com trabalho remunerado e terra. Destarte, a imigração branca europeia tinha dois objetivos centrais: substituir o trabalho escravo e embranquecer a população brasileira, que segundo as teorias eugênicas conduziram ao desenvolvimento do Brasil.

Ressalte-se que, após a abolição formal, as mortes aos corpos negros que até então eram naturalizadas em razão do seu caráter de objetivação passaram a demandar uma maior sofisticação por parte dos aparelhos repressivos do Estado, que passam a se apropriar de narrativas racistas para dá continuidade ao projeto de extinção do corpo negro.

Em resumo, apesar do formado do presente artigo não nos permitir nos alongar tanto na análise das mortes de negros através dos aparelhos repressivos do Estado, é indiscutível que a latente desproporção entre as mortes de indivíduos negros quando comparado aos jovens brancos é um sintoma do racismo estrutural arraigado no Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho refletiu acerca da relação existente entre racismo estrutural e a ideologia enquanto prática para entendermos como se dá a reprodução do racismo nos dias atuais.

Nossa reflexão partiu do pressuposto de que as manifestações das expressões do racismo na atualidade não são apenas resultado dos quase quatrocentos anos de trabalho escravo, mas também, é resultado de uma reprodução social do racismo estrutural através das instituições sociais.

Neste sentido, os dados apresentados ao longo do texto nos permitem refletir acerca de algumas manifestações do racismo estrutural e de sua relação com a ideologia

na sociedade brasileira contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro, Graal, 1992.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações raciais**: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação

BRAGATO, Fernanda Frizzo; FERNANDES, Karina Macedo. Da Colonialidade do Poder à Descolônialidade como horizonte de afirmação dos direitos humanos no âmbito do constitucionalismo latino-americano. **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 2, nº 4, 2015. p. 15 e 41.

CHALHOUB, Sidney. **Medo branco da Alma negra**: Escravos e Libertos Republicanos na Cidade do Rio. 1996.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2010.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: Ed. UFBA, 2008.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FLAUZINA, Ana Paula Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão**: o Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France: (1975- 1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2006.

GOES, Luciano. **Pátria Exterminadora**: o Projeto Genocida brasileiro. Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate, v.5, N2. 2017.

GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador**: saberes construídos nas lutas por emancipação. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2017.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afrolatinoamericano. **Revista Isis Internacional**, Santiago, v. 9, 1988a, p. 133-141.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 92, n. 93, p. 69-82, (jan./jun.), 1988b, p. 69-82.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. Silva, Luiz Antonio.

Movimentos sociais urbanos minorias e outros estudos. **Ciências Sociais Hoje**, Brasília, ANPOCS, 1983, p. 223-244.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. **Lugar de negro**. Rio de Janeiro. Editora Marco Zero, 1982.

IBGE. **Desigualdades Sociais por cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e socioeconomica n.41. 2019. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf Acessado em 15/01/2022.

IBGE. **Panorama nacional e internacional da produção de indicadores sociais: grupos populacionais específicos e uso do tempo** / André Simões, Leonardo Athias, Luanda Botelho, organizadores. - Rio de Janeiro : IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018. 352 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101562.pdf> Acessado em 02/03/2022.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

MICHELLE, Alexander. **A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo. 1. ed., 2018.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, 05/11/03.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do negro brasileiro: um processo de racismo mascarado**. Perspectiva. 2016.

PIRES, Thula. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros**. Brasília: Brado Negro, 2016.

PIRES, Thula. Por uma concepção americana de direitos humanos. In: BRANDÃO, Clarissa; BELLO, Enzo. **Direitos Humanos e Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 235-255.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. Disponível em: http://www.clacso.org.ar/librerialatinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=164. Acesso: 8 jul. 2015.

Capítulo 4
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O
RECRUDESCIMENTO DA RESPOSTA ESTATAL NA
ESFERA CRIMINAL

Flaviane da Silva Assomção
Tatiana Vieira Machado

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O RECRUDESCIMENTO DA RESPOSTA ESTATAL NA ESFERA CRIMINAL

Flaviane da Silva Assompção

Advogada e Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP)

E-mail: flaviane.adv@hotmail.com / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4799288783850448>

Tatiana Vieira Machado

Advogada e Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale.

E-mail: tatianavieira.adv@gmail.com

RESUMO

A presente exposição debruça-se em uma breve análise sobre os incrementos mais recentes na legislação penal brasileira, no tocante à repressão a violência de gênero, tendo como vítima a mulher, que coincidiram com o contexto da pandemia da Covid-19, em que também seu deu um aumento dessa espécie de violência no Brasil. Em razão da política de isolamento, necessária no momento da crise sanitária desencadeada pela pandemia, os números sobre a violência contra a mulher no Brasil se mostraram alarmantes. Nesse mesmo período novas figuras típicas foram incorporadas na legislação penal brasileira. Não é possível afirmar nessa exposição uma relação de causalidade entre o aumento da violência e o recrudescimento na esfera criminal, de modo que o objetivo deste trabalho é trazer luz as inovações no ordenamento jurídico-penal, no tocante à violência contra a mulher (excetuada a violência sexual), que coincidiram com os anos da atual pandemia no Brasil. Há inegável relevância no tema, já que é direito da mulher viver livre de qualquer violência ou opressão, sendo os atos contrários a este postulado manifestamente violadores de seus direitos humanos, conforme preceitua a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Há necessidade iminente de acompanhamento dos números da violência, de incrementação da legislação e, também, das políticas públicas voltadas à luta contra a não violência contra a mulher, o que justifica e reafirma a importância da reflexão que ora se estabelece. O presente texto se baseia em pesquisa de natureza teórica e documental, desenvolvida através de uma pesquisa exploratória e de análise de notícias recentes e da legislação, associada a técnica expositivo-argumentativa, empregada para a discussão crítica do tema. Em conclusão, compreendeu-se que no período da pandemia da Covid-19, mais precisamente desde 11 de março de 2020, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu medidas de recrudescimento da legislação, com a criminalização de diversas formas de violações de direitos da mulher.

Palavras-chave: violência de gênero; pandemia da covid-19; legislação penal no Brasil.

ABSTRACT

The present exhibition focuses on a brief analysis of the most recent increments in Brazilian criminal legislation, regarding the repression of gender violence, with women as victims, which coincided with the context of the Covid-19 pandemic, in which also his gave an increase of this kind of violence in Brazil. Due to the isolation policy, necessary at the time of the health crisis triggered by the pandemic, the numbers on violence against women in Brazil were alarming. In the same period, new typical figures were incorporated into Brazilian criminal legislation. It is not possible to affirm in this exhibition a causal relationship between the increase in violence and the resurgence in the criminal sphere, so the objective of this work is to shed light on the innovations in the penal legal system, with regard to violence against women (with the exception of sexual violence), which coincided with the years of the current pandemic in Brazil. There is undeniable relevance in the theme, since it is a woman's right to live free from any violence or oppression, and acts contrary to this postulate manifestly violate their human rights, as stipulated in Law 11.340/06 (Maria da Penha Law). There is an imminent need to monitor the numbers of violence, to increase legislation and also public policies aimed at the fight against non-violence against women, which justifies and reaffirms the importance of the reflection that is now being established. This text is based on research of a theoretical and documentary nature, developed through exploratory research and analysis of recent news and legislation, associated with an expository-argumentative technique, used for the critical discussion of the theme. In conclusion, it was understood that in the period of the Covid-19 pandemic, more precisely since March 11, 2020, the Brazilian legal system established measures to increase the legislation, with the criminalization of various forms of violations of women's rights.

Keywords: gender violence; covid-19 pandemic; criminal law in Brazil.

INTRODUÇÃO

A presente exposição debruça-se em uma breve análise sobre os incrementos mais recentes na legislação penal brasileira, no tocante à repressão a violência de gênero, tendo como vítima a mulher, que coincidiram com o contexto da pandemia da Covid-19, em que também seu deu um aumento dessa espécie de violência no Brasil.

Em razão da política de isolamento, necessária no momento da crise sanitária desencadeada pela pandemia, os números sobre a violência contra a mulher no Brasil se mostraram alarmantes.

Nesse mesmo período novas figuras típicas foram incorporadas na legislação penal brasileira.

Não é possível afirmar nessa exposição uma relação de causalidade entre o aumento da violência e o recrudescimento na esfera criminal, de modo que o objetivo deste trabalho é trazer luz as inovações no ordenamento jurídico-penal, no tocante à

violência contra a mulher (excetuada a violência sexual), que coincidiram com os anos da atual pandemia, no Brasil.

Há inegável relevância no tema, já que é direito da mulher viver livre de qualquer violência ou opressão, sendo os atos contrários a este postulado manifestamente violadores de seus direitos humanos, conforme preceitua a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Ademais, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Desenvolvimento Sustentável estabelece dentre seus objetivos a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, de que depende a eliminação de todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas. (BRASIL, 2021)

A abordagem recente pela comunidade internacional e a adesão do Brasil à agenda global, determinam seja acompanhada e avaliada a evolução do panorama da violência e denotam a indispensabilidade da constante discussão do tema.

Há necessidade iminente de acompanhamento dos números da violência, da evolução da legislação e, também, das políticas públicas voltadas à luta contra a não violência contra a mulher, o que justifica e reafirma a importância da reflexão que ora se estabelece.

O presente texto se baseia em pesquisa de natureza teórica e documental, desenvolvida através de uma revisão de literatura correlacionada e de análise de notícias recentes e da legislação, associada a técnica expositivo-argumentativa, empregada para a discussão crítica do tema.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E O CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há muito o Brasil vem selando compromisso em âmbito internacional de não só proclamar, mas de adotar medidas com vista a assegurar o exercício dos direitos humanos da mulher, com o objetivo de eliminar desigualdades, práticas discriminatórias e ampliar o protagonismo da mulher, em prol do bem comum e do desenvolvimento sustentável do país e do mundo.

No tocante ao ordenamento jurídico internacional, o país fez adesão à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (CEDCM), da Organização das Nações Unidas (ONU), instrumento mais importante no

âmbito universal, na esfera de proteção específica, que hoje está incorporado em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 4.377/2002.

No artigo 22, da CEDCM, os Estados comprometem-se, entre outros objetivos, a assegurar por lei a realização prática do princípio da igualdade entre homens e mulheres, a adotar medidas adequadas com sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher, a estabelecer proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e a garantir, por meio de tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação, incluída de forma implícita a violência de gênero.

Não bastasse, fez incorporar ao ordenamento interno brasileiro a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994, instrumento que integra o sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, representado pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção foi firmada no Estado do Pará, sendo conhecida por esse motivo como “Convenção de Belém do Pará”, e é louvada à nível global como marco histórico internacional na tentativa de coibir a violência contra a mulher.

A Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº. 1.973/96 e, inegavelmente, configurou avanço significativo no combate a violência contra a mulher, pois com sua ratificação o Estado brasileiro comprometeu-se a modificar sua legislação, para adequar o âmbito interno ao cenário internacional. (TAVARES e CAMPOS, 2018)

A quebra de paradigma, no que concerna à legislação infraconstitucional no Brasil, na esfera penal e processual penal, inaugurou-se com a promulgação da Lei nº. 11.340/06, a Lei Maria da Penha.

Em 2001, a CIDH/OEA condenou o Brasil por omissão, negligência e tolerância em relação a crimes contra os direitos humanos das mulheres por conta do caso “Maria da Penha”, pela inobservância dos compromissos firmados perante o Sistema Interamericano, notadamente quando da ratificação à Convenção de Belém do Pará.

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de tentativa de feminicídio, praticado pelo agressor Marco Antonio Heredia Viveros, à época seu marido, no desfecho de um período de relacionamento marcado por episódios diversos de violência. Como resultado, Maria da Penha ficou paraplégica, em razão de lesões irreversíveis, e restou acometida por traumas, sofrimento emocional e psicológico, sequelas invisíveis

decorrentes de tão brutal violência.

À época, o caso tramitou na Justiça brasileira por cerca de dezoito anos, sem sentença definitiva e com o agressor em liberdade. O caso então foi levado à CIDH/OEA, que afirmou a omissão do Brasil e condenou o Estado à uma sanção de caráter moral, consistente em finalizar a ação penal, indenizar simbólica e materialmente a vítima pelas violações sofridas e a adotar políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha então foi promulgada no ano de 2016, em atendimento à orientação da CIDH/OEA.

Desde então a referida lei é reconhecida como marco histórico no Brasil na luta e combate à violência contra a mulher. Inovou ao trazer ao ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro conceitos relacionados à violência de gênero tendo como vítima a mulher até então consolidados apenas em instrumentos do DIDH; ao criar mecanismos, prevalentemente processuais, dentre os quais se destacam medidas cautelares protetivas específicas, para os casos de crimes praticados contra a mulher no contexto de violência doméstica e familiar; e ao alterar o artigo 129, §9º, do Código Penal, a fim de agravar a sanção penal determinada no preceito secundário do referido dispositivo, nos casos de lesões corporais caracterizadas como violência doméstica (não apenas contra a mulher).

A Lei Maria da Penha configurou uma quebra de paradigma e marco histórico no Brasil na luta e combate à violência contra a mulher, no que concerne à legislação infraconstitucional, pois cuidou de direcionar a ação estatal também para a promoção de medidas integradas de prevenção à violência contra a mulher e de medidas assistenciais à mulher, notadamente àquelas em situação de violência doméstica e familiar. Além disso, determinou que os delitos que a ela se submetessem fossem afastados da esfera dos Juizados Especiais Criminais, do rito e procedimentos determinados na Lei 9.099/95, que cuida das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Outro marco importante na legislação interna nacional e que merece destaque se deu anos à frente, quando foi promulgada a Lei nº 13.104/15, que incluiu no Código Penal, no artigo 121, § 2º, no inciso VI, o denominado Femicídio, crime caracterizado quando presente circunstância qualificadora no crime de homicídio, consistente na prática do referido delito contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino. E que, além

disso, incorporou o Feminicídio no rol dos crimes hediondos, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER, O AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA E O RECRUDESCIMENTO DA RESPOSTA ESTATAL NA ESFERA CRIMINAL

De uma forma ampla, a violência contra a mulher no Brasil tem dimensão alarmante, conclusão que se alcança à uma análise das estatísticas mais recentes.

Por violência de gênero contra a mulher, entende-se todo e qualquer ato que configure violência física, sexual e psicológica, ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; ou aquela ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; ou, por fim, aquela perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra, conforme preceituam os artigos 1 e 2, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), incorporada ao ordenamento jurídico interno através do Decreto nº 1.973/96. (BRASIL, 1996)

Há conceituação semelhante na Lei Maria da Penha, que estabelece em seu artigo 5º definição para violência contra a mulher, mas restrita àquelas condutas praticadas no âmbito doméstico, familiar ou de convivência ou coabitação da vítima, que configurem ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BRASIL, 2006)

Como se vê, as violências contra a mulher têm contornos diversos e se materializam por diversas condutas, em diversos cenários.

Durante os últimos anos essas diversas formas de violência vêm crescendo, na mesma medida em que vêm crescendo o número de legislações preventivas e repressivas à essa mazela social que vem tirando a vida de diversas mulheres e impactando negativamente a saúde e qualidade de vida de muitas outras.

No período entre 2003 e 2013, com uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países, ocupou a 5ª posição entre os países com maior

número de homicídios de mulheres, o que excede, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. (WAISELFISZ, 2015)

Nos anos seguintes a situação não melhorou:

No Brasil, a incidência da violência contra a mulher tem aumentado anualmente, tanto em relação ao número de casos de lesão corporal dolosa e violência doméstica (194.273 casos em 2016; 252.895 casos em 2017; 263.067 casos em 2018) quanto ao número de casos de feminicídios (929 casos em 2016; 1.151 casos em 2017; 1.206 casos em 2018) (BRASIL, 2018; BRASIL, 2019). Os tipos de violência mais prevalentes em mulheres atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) são: violência física em 48,7% dos atendimentos, seguida pela violência psicológica presente em 23% dos casos, e a violência sexual responsável por 11% dos atendimentos pelo SUS. (OKABAYASHI et al., 2020, v. 3, p. 4516)

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), apresentados pela Organização das Nações Unidas (ONU), dão conta de que a violência contra as mulheres continua devastadoramente generalizada. Segundo estudo, 1 em cada 3 mulheres é submetida à violência física ou sexual por parte de seu parceiro ou violência sexual por parte de um não parceiro, ao longo da vida, na última década. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2021)

O cenário não destoou durante a pandemia da Covid-19 no Brasil⁹, mas se agravou. Em relação à violência física, a cada minuto 8 mulheres apanharam no Brasil durante a pandemia do coronavírus. (FIOCRUZ, 2020)

No ano de 2021, 1 a cada 4 (24,4%) mulheres brasileiras acima de 16 anos afirmou ter sofrido algum tipo de violência ou agressão, o que significa dizer que, em média, 17 milhões de mulheres sofreram violência baseada em gênero no referido ano. (DATAFOLHA, 2021)

Justamente no ano de 2021, em meio ao alarmante contexto da pandemia e de aumento vertiginoso das violências contra a mulher, foram incorporados no Código Penal brasileiro dispositivos com vista a coibir e responsabilizar criminalmente a violência psicológica ou ameaça à liberdade, intimidade, integridade moral ou psicológica, através de atos de perseguição, que atualmente caracterizam respectivamente os crimes de violência psicológica e perseguição, quando praticados contra a mulher, em razão do gênero.

⁹ Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia em razão da Covid-19.

Inicialmente, a Lei nº 14.132/21 incluiu o artigo 147-A, no Código Penal, tipificando o crime de perseguição (também denominado *stalking*), criminalizando atos de perseguição ou assédio reiterados, consistentes, por exemplo, em contatos não consentidos e atos de controle, com impactos na vida, na liberdade e na intimidade da vítima.

A referida lei cuidou de estabelecer causas especiais de aumento de pena para o delito, que recebeu a rubrica de “perseguição”. As referidas causas especiais de aumento de pena estão estabelecidas no § 1º, incisos de I a III, do artigo 147-A, do Código Penal, dentre as quais se destaca aquela que determina uma pena majorada para o crime praticado contra a mulher e por razões da condição de sexo feminino (artigo 147-A, §1º, inciso II, do Código Penal).

Violações que caracterizam o crime em comento são comuns, principalmente tendo como vítima a mulher, em razão do gênero, e implicam em infração à uma gama de direitos humanos, o que justifica tenha o legislador reservado espaço na lei específico para tratar do crime de perseguição praticado nestes termos, com cominação em abstrato de pena aumentada em metade, em relação ao tipo penal do *caput*, do dispositivo legal já mencionado.

Até a entrada em vigor da Lei nº. 14.132/21, não havia tipificação penal específica no Brasil para ações características de perseguição, assédio, controle, por parte de familiares, parceiros íntimos ou terceiros, configuradoras do que se conhece popularmente como a prática de *stalking* (REIS, 2020). As condutas que não configurassem efetiva violência física, sexual, ameaça ou ofensa à mulher, mesmo que violadoras de sua liberdade, intimidade e vida privada, com prováveis impactos psicológicos, restavam acobertadas pelo manto da impunidade, geralmente.

Até então, condutas de perseguição e importunação reiteradas, quando não interpretadas como indiferente penal, enquadravam-se no artigo 65, do Decreto-Lei nº. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), o que implicava na obrigatoriedade de aplicação de punição irrisória, característica das infrações capituladas como contravenções penais.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 14.188/21, que também promoveu importantes alterações no Código Penal. Incluiu no artigo 129, do Código Penal, o §13, que determinou pena mais grave que as do *caput* e do §9º, para as lesões corporais simples quando praticadas contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino.

Além disso, criou o tipo penal de violência psicológica, na forma do artigo 147-B, consistente nas condutas causadoras de dano emocional à mulher que a prejudiquem e perturbem seu pleno desenvolvimento ou que visem a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e a autodeterminação.

Há posições bem fundamentadas, que afirmam o simbolismo que representa a criminalização dessas violências – uma atitude propositiva, com conteúdo político:

A constituição de um tipo penal derivado pode contribuir para gerar novas estatísticas, novos discursos jurídicos, mudanças no imaginário cultural, novas demandas por igualdade. Constitui-se, também, na tradução política de uma vivência das mulheres – política na medida em que vai para a esfera pública, transformando-se em lei. (MACHADO; ELIAS, 2018, v. 30, p. 297)

É de amplo conhecimento o viés sociológico do direito, que se caracteriza como instrumento de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição de modelos culturais, de ideais coletivos e de valores que cultiva, para a superação de antinomias, de tensões e de conflitos que lhe são próprios. (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 2015)

Por essa perspectiva, o direito tem o potencial de construir e de desconstruir padrões, sejam culturais ou institucionais, entendidos estes como aqueles legitimados por sistemas de opressão, fomentados por Estados ou governos.

Por conseguinte, o direito tem o potencial de promover a igualdade e a não discriminação, notadamente quando estes postulados são corporificados em instrumentos normativos colocados à disposição de todos, especialmente em contextos sociais sabidamente marcados por identidades hegemônicas e desajustes sociais que fomentam um sistema de exclusão.

No entanto, nenhuma luta por reconhecimento se encerra no direito, tampouco com a intervenção do Direito Penal, que deve ser a *ultima ratio* na resolução de conflitos.

A busca por punição para violações até então invisibilizadas – como determinadas formas de violência contra a mulher, como as violências psicológicas – pode representar a reivindicação de um reconhecimento como sujeito de direitos merecedor de estima e respeito, mas apenas em parte, pois também são necessárias ações que visem coibir essas agressões.

Ao que parece, o buscar o reconhecimento com foco principal na punição aos violadores de direitos diz muito sobre o lugar da punição em nossa sociedade, mais do que o lugar da proteção da mulher na sociedade. (SANTOS, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No período da pandemia da Covid-19, desde 11 de março de 2020, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu medidas de recrudescimento da legislação, com a criminalização de diversas formas de violações de direitos da mulher. Foram incorporadas as leis nº 14.132/21 e 14.188/21, pois de fato havia lacuna na legislação criminal brasileira em relação à tutela da integridade moral e psicológica da mulher.

A promulgação das referidas leis configurou medida necessária para a repressão à violência contra a mulher, mas acredita-se que, para que se alcance o objetivo fundamental da luta pela não violência contra a mulher, que é a eliminação de todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte, a erradicação de todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, a adoção e o fortalecimento de políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis, a atuação da tutela jurídico-penal é necessária, mas não é suficiente.

Há importante desafio a se enfrentar, que é o de se investigar se as referidas leis vêm surtindo o efeito de coibir atos de violência, se tem atendido ao objetivo de intimidar e reduzir as violências e, ainda, o de se verificar se estas estão cumprindo com o intento de salvaguardar os direitos humanos da mulher nos casos de sua efetiva aplicação, como nos casos de condenação e punição, o que pode ser objeto de trabalhos futuros, com pesquisas de campo ou de comparação de dados entre os números de violência nos anos anteriores e posteriores à entrada em vigor da novel legislação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriane Reis de; MARCONDES, Roberto Rangel. **O enfrentamento à discriminação de gênero: ações afirmativas**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, SP, n. 21, p. 60-67, 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/179953>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

_____. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (**Lei Maria da Penha**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

_____. Lei 14.132, de 31 de março de 2021. **Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

_____. Lei 14.188, de 28 de julho de 2021. **Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14188.htm#art4. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL, Nações Unidas. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRESSIANI, Nathalie. Luta por reconhecimento e diagnóstico das patologias sociais: dois momentos da teoria crítica de Axel Honneth. In: MELO, Rúrion. **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/25611623/Luta_por_reconhecimento_e_diagn%C3%B3stico_de_patologias_sociais_Dois_momentos_da_teor%C3%ADtica_de_Axel_Honneth. Acesso em: 28 jun. 2022.

CIDH – Comissão Internacional de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra A Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 13 de dez. 2021.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: [s. n.], 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>. Acesso em: 3 nov. 2021.

FIOCRUZ. **Violência contra as mulheres no contexto da Covid-19**. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/violencia-contramulheres-no-contexto-da-covid-19>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 3ª Edição, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2015.

HONNETH, Axel. **LUTAPOR RECONHECIMENTO: A gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2003.

LIBÓRIO, Bárbara. Punir ou educar? PLs tentam modificar Lei Maria da Penha: 1 a cada 3 projetos que tentam alterar a Lei Maria da Penha prevê maior ou novas formas de punição ao agressor - Link para a matéria: <https://azmina.com.br/reportagens/punir-ou-educar-pls-tentam-modificar-lei-maria-da-penha/> - **Revista AZMina**, [S. l.], p. n.p., 5 mar. 2021. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/punir-ou-educar-pls-tentam-modificar-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia G. G. Rodrigues. Feminicídio em cena: Da dimensão simbólica à política. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 30, ed. 1, p. 283-204, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/JXYftZgQZYr645Xrwc79Jvh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2022.

OMS: uma em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. [S. l.], 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-violencia>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

OKABAYASHI, Nathalia Yuri Tanaka *et al.* Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil - impacto do isolamento social pela COVID-19. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, ano 2020, v. 3, n. 3, p. 4511-4531, 13 maio 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9998/8381>. Acesso em: 23 jun. 2022.

REIS, Adrielly *et al.* **Stalking e violência contra a mulher: a necessidade de mecanismos jurídicos de proteção frente a um contexto de impunidade**. Humanidades & Tecnologia Em Revista (Finom), Faculdade do Noroeste de Minas, Minas Gerais, ano 2020, v. 1, ed. 20, 1 jan. 2020. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/993>. Acesso em: 23 jun. 2021.

SANTOS, Maria Fernanda Cardoso. **Entre a proteção e a punição: o paradoxo da ideologia punitivista nas lutas por reconhecimento e direitos**. 2021. Tese

(Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/31957>. Acesso em: 23 jun. 2022.

SCHWINN, Simone Andrea. **Feminização das migrações internacionais e luta pelo reconhecimento como garantia da igualdade de gênero e direitos humanos das mulheres refugiadas no Brasil: contribuições da teoria de Axel Honneth**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2709/1/Simone%20Andrea%20Schwinn.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TAVARES, Ludmila Aparecida; CAMPOS, Carmen Hein de. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”, E A LEI MARIA DA PENHA. **Interfaces Científicas - Humanas e Sociais**, [s. l.], v. 6, ed. 3, 12 mar. 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/3536>. Acesso em: 13 dez. 2021.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **MAPA DA VIOLÊNCIA 2015: HOMICÍDIO DE MULHERES NO BRASIL**. 1. ed. Brasília: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 23 jun. 2022.

Capítulo 5
**TRABALHO INFORMAL BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS
DE ENFRENTAMENTO NO CENÁRIO NACIONAL**

Lara Caxico Martins
Louise Tivirolli de Paula
Jussara Romero Sanches

TRABALHO INFORMAL BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO NO CENÁRIO NACIONAL

Lara Caxico Martins

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestra em Direito Negocial pelo programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (2018). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8153609668262095>

Louise Tivirolli de Paula

Graduada em Direito pela PUC Londrina (2021).

Jussara Romero Sanches

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental pela Universidade do Norte do Paraná - UNOPAR. Graduada em Direito e em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Universitária, na UniCesumar-Londrina e FATEC Ivaiporã. E-mail: jussararomeroadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7689379063827719>

RESUMO

O número de trabalhadores inseridos no mercado de trabalho informal é observado em grande escala em diversas atividades profissionais. Sua diversificação e seu crescimento exponencial mostram a necessidade de estudos aprofundados de suas causas. Suas infelizes consequências para o Estado e para a sociedade, até hoje experimentadas, cobram dos estudiosos urgentes propostas para incentivar o aumento da formalidade no mercado de trabalho, as quais também serão analisadas ao longo deste trabalho. A partir do método dedutivo crítico e da pesquisa bibliográfica buscou-se verificar se o Estado brasileiro tem se empenhado na conversão da informalidade a formalidade. Apresentou-se como hipótese a necessidade de políticas públicas nesse sentido, já que a formalidade é importante para a sociedade de forma integral. Concluiu-se diferentes políticas públicas foram desenvolvidas com intuito de mitigar os efeitos da formalidade no Brasil, como a criação do Microempreendedor Individual, Contrato Verde e Amarelo, Auxílio Emergencial quando da pandemia do Coronavírus, porém além das políticas apontadas percebe-se a necessidade de analisar a carga tributária e a burocracia relacionada à

formação e rompimento do contrato de trabalho para que de fato a informalidade seja enfrentada em todas as suas frentes.

Palavras-chave: Informalidade; Mercado de Trabalho; Formalização.

ABSTRACT

The number of workers in the informal labor market is observed on a large scale in various professional activities. Its diversification and exponential growth show the need for in-depth studies of its causes. Its unfortunate consequences for the State and for society, experienced until today, demand urgent proposals from scholars to encourage the increase of formality in the labor market, which will also be analyzed throughout this work. From the critical deductive method and the bibliographic research, it was sought to verify if the Brazilian State has been engaged in the conversion of informality to formality. The need for public policies in this sense was presented as a hypothesis, since formality is important for society as a whole. It was concluded that different public policies were developed in order to mitigate the effects of formality in Brazil, such as the creation of the Individual Microentrepreneur, Green and Yellow Contract, Emergency Aid during the Coronavirus pandemic, but in addition to the policies pointed out, the need to analyze the tax burden and bureaucracy related to the formation and termination of the employment contract so that informality is actually faced on all its fronts.

Keywords: Informality. Labor market. Formalization.

INTRODUÇÃO

As discussões acerca da informalidade no Brasil abrem espaços para a análise das suas causas e consequências sociais. Elevada carga tributária, redução dos postos de trabalho e burocracia são apontados como motivos que contribuem para o aumento do mercado informal. Nesse cenário, trabalhador, empresariado, Estado e sociedade como um todo perdem, já que o capital que poderia ser integralizado à comunidade permanece fora da redoma legal.

A informalidade é caracterizada como o exercício de um trabalho sem enquadramento na legislação vigente. Destaca-se que o mero fato do indivíduo não ser empregado não indica informalidade, já que é possível que trabalhe por via de um contrato de prestação de serviços. Com isso há regular emissão de nota fiscal, recolhimento de impostos e ainda possibilidade de recebimento de benefícios previdenciários caso faça o recolhimento como contribuinte individual.

Apesar disso, conforme se verificará, parte significativa de indivíduos na informalidade realizam atividades tipicamente empregatícias só que sem efetivação do contrato de emprego. Isso acarreta inúmeros prejuízos ao trabalhador, que não tem

acesso aos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho bem como à empresa e ao Estado, que não veem os valores de tributos revertidos para a sociedade.

A proteção conferida pela legislação trabalhista garante o sustento do empregado bem como fortalece a sua compreensão como indivíduo que faz parte de uma determinada sociedade. O trabalho é contributo à dignidade humana e ao desenvolvimento do homem. Vale salientar que o trabalho desenvolvido por outras modalidades contratuais que não de emprego também contribuem para a emancipação do indivíduo e proteção sob outros aspectos. Nesse sentido, as discussões sobre a conversão da informalidade para a formalidade se fazem necessárias.

O Estado brasileiro tem se empenhado para a formalização dos seus trabalhadores. Tais estratégias se mostram importantes considerando que de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a taxa de informalidade para o Brasil, em 2022, foi de 40,0% da população ocupada¹⁰. Utilizando-se do método dedutivo crítico e da pesquisa bibliográfica apontou-se como hipótese a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas para a consecução do fim de promover o trabalho humano por via do processo de formalização.

1. INFORMALIDADE: A REALIDADE BRASILEIRA DE MÚLTIPLAS PORTAS

É notório o crescimento do trabalho informal no Brasil, de acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o trimestre encerrado em maio de 2022 marcou número recorde de trabalhadores informais, no montante de 39,129 milhões¹¹, ainda que a modalidade não proporcione segurança àqueles que o realizam. As consequências do fenômeno, ainda pouco vistas, precisam ser solucionadas, fazendo-se necessário estudos profundos das suas causas, dos grupos que compõem, dos indivíduos na informalidade e dos prejuízos desse trabalho.

A relação de emprego é aquela tutelada pela Consolidação das Leis do Trabalho e sua caracterização possui como regra obrigatória a presença de alguns elementos, dentre

¹⁰ Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/34641-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cai-em-22-das-27-ufs-no-segundo-trimestre-de-2022#:~:text=n%C3%A3o%20estar%20dispon%C3%ADveis,-PNAD%20Cont%C3%ADnua%20Trimestral%3A%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20cai%20em%2022%20das%2027,no%20segundo%20trimestre%20de%202022&text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20do,2021%20\(14%2C2%25\)](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/34641-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cai-em-22-das-27-ufs-no-segundo-trimestre-de-2022#:~:text=n%C3%A3o%20estar%20dispon%C3%ADveis,-PNAD%20Cont%C3%ADnua%20Trimestral%3A%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20cai%20em%2022%20das%2027,no%20segundo%20trimestre%20de%202022&text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20do,2021%20(14%2C2%25)). Acesso em 09/2022

¹¹ Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/06/30/ibge-ve-recorde-de-informalidade-como-caracteristica-estrutural-do-mercado-de-trabalho.ghtml>. Acesso em 09.2022

eles a onerosidade, ser pessoa física, trabalhar com personalidade, de forma habitual e subordinado. A norma prevista nos artigos 2º e 3º do instituto mencionado evidenciam essa tratativa (GODINHO, 2019, p. 337), de forma que sua verificação é imprescindível para a declaração do vínculo de emprego. Sendo observada a presença dessas características, o trabalhador, então chamado de empregado, se encontra amparado pelos direitos garantidos pela legislação.

Por outro lado, essa relação é fática, isto é, não pressupõe contrato de trabalho e tampouco a presença documental desses elementos. Não decorre da previsão ou negativa legislativa ou da declaração de um magistrado. O vínculo de emprego se caracteriza pela "percepção da realidade, da essência de um relacionamento, da lógica dos fatos" (SILVA, 2017, p. 44).

A relação de trabalho, por sua vez, em uma perspectiva mais ampla, desveste-se de um ou alguns dos elementos mencionados. Pode-se dizer que toda atividade que não envolva os elementos citados, ou algum deles, será uma relação de trabalho e não de emprego. Trata-se de gênero do qual a relação de emprego é espécie. Concluiu-se assim que todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado, uma vez que, como dito, o empregado é aquele que se encontra assegurado pela proteção celetista (LEITE, 2019, p. 262).

Portanto, qualquer prestação de serviço que não se caracterize como relação de emprego será uma relação de trabalho. Em destaque nessa pesquisa, encontra-se nessa modalidade genérica o trabalho informal, que dentre suas diversas espécies encontra-se o trabalho eventual, o trabalho autônomo, o voluntário e o avulso.

Grande é o número de trabalhadores informais e os tipos de atividades desenvolvidas nesse segmento. Alguns podem ser enquadrados como menos instáveis e outros mais instáveis, ainda que qualquer deles não esteja acobertado pela proteção trabalhista. Os menos instáveis, segundo Antunes (2011, p. 408-410), são aqueles que possuem, ainda que minimamente, conhecimento profissional e meios de trabalho para desenvolver suas atividades, as quais geralmente estão relacionadas com a prestação de serviços. Exemplifica essa categoria como as costureiras, os pedreiros e jardineiros.

Na linha contrária, diz que se encontram entre os mais instáveis aqueles que, em regra, realizam trabalhos esporádicos, sem qualquer expectativa de retorno, em vistas de suprir necessidades transitórias daqueles que os contratam. Nota-se maior desqualificação dentre eles, já que desenvolvem funções que não exigem qualificação

profissional, ou primam por baixa qualificação, e que dependem em muito de força física (ANTUNES, 2011, p. 409). Inúmeros são os indivíduos que se encontram nesse cenário “como carregadores, carroceiros e trabalhadores de rua e serviços em geral. Esses trabalhadores mais “instáveis” podem inclusive ser subempregados pelos trabalhadores informais mais “estáveis” (ANTUNES, 2011, p. 409).

É possível destacar, em vistas da classificação anterior, que entre os trabalhadores mais instáveis estão aqueles recrutados temporariamente. A eventualidade é, muitas vezes, marca da informalidade e da precarização do labor. No elenco desse fator estão os trabalhadores eventuais, espécie do gênero trabalho informal.

Tendo como base o trabalhador eventual, a Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, que alterou inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentou o instituto do contrato de trabalho intermitente. Positivou-o, através da reforma trabalhista, conforme disposição do artigo 443, §3º, como a prestação de serviços não continua, com subordinação, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. Ainda de acordo com a norma, é possível que esse seja determinado em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

Este contrato atípico, denominado intermitente, é caracterizado como “aquele em que a prestação de serviços pelo empregado não é contínua, pois ele fica em inatividade por horas, dias ou meses, conforme estabelecerem as partes” (LEITE, 2019, p. 692). Nada mais é do que um trabalho eventual, porém com previsão legal para garantir alguns direitos trabalhistas, como a obrigação de que o empregador recolha contribuição previdenciária, deposite o fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) proporcionalmente ao valor pago no período mensal e faça o pagamento imediato da remuneração com as devidas parcelas legais proporcionais. (LEITE, 2019, p. 692).

No entanto, embora assegurado, entre outros, o direito previdenciário, a crítica reside no fato de que somente será adquirido tal direito se houver oferta de trabalho, caso contrário, da mesma forma que ocorre com o trabalhador eventual, não haverá contribuição previdenciária e tampouco garantia de renda. Nota-se que a regulamentação é inócua vez que objetiva regulamentar os trabalhos eventuais, que antes não possuíam amparo celetista, mas não estabelece uma efetiva política pública de promoção do emprego e renda. É certo que “a figura é assustadora porque poderá resolver os índices

de desemprego do Brasil sem que as pessoas tenham renda assegurada” (SILVA, 2017, p. 49).

Reforça-se a correlação entre as modalidades de trabalho indicadas vez que, em verdade, “o trabalho intermitente consistiu na legalização dos ‘bicos’: em que o trabalhador era contratado para a prestação de determinado serviço por um período determinado de tempo, não formando o vínculo de emprego” (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 329). Ao mesmo tempo que promove um período de atividade protegida pela legislação, qual seja, a fase de efetiva realização das atividades, não protege o trabalhador durante a suspensão do contrato de trabalho.

Por se tratar o contrato de trabalho intermitente de um contrato atípico, *suis generis*, não possui efetiva semelhança com os demais contratos de trabalho protegidos pela legislação. Isso resta claro quando se verifica que esta modalidade não possui um dos cinco elementos obrigatórios da relação de emprego, qual seja, a habitualidade. Tal fato novamente demonstra sua aproximação com o trabalho eventual. A ideia do legislador, provavelmente, foi de tentar proteger o setor informal, diminuindo a taxa de desemprego. No entanto, a possibilidade de contratos intermitentes intensificou a precarização dos direitos trabalhistas.

Além dos trabalhadores eventuais, outro grupo de indivíduos na informalidade que tem número expressivo no Brasil são os trabalhadores autônomos que, “como o próprio nome está a dizer, não é subordinado. Logo, ainda que preste o serviço de forma pessoal, onerosa e não eventual, não estará sob a tutela direito do trabalho” (LEITE, 2019, p. 270). O autônomo não é subordinado, pois assume pessoalmente o risco de sua atividade. Trata-se de um indivíduo que empreende a sua própria mão de obra e vale-se dela para determinar clientela, valor e momentos de trabalho.

O autônomo pode desenvolver suas atividades exclusivamente para um tomador de serviços ou para mais de um. No entanto, de acordo com a previsão legislativa, constante na norma do artigo 442-B, CLT, ainda que presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, o autônomo não será enquadrado na condição de empregado caso tenha contrato formal. O dispositivo, inserido na pela Lei n. 13.467 de 2017, prevê a prevalência dos documentos sobre a realidade, ainda que a ciência trabalhista seja pautada no princípio da primazia da realidade. Tendo em vista que este grupo de trabalhadores não é tutelado pela legislação, a prestação de seus serviços também não será regulada por ela. O contrato desse indivíduo “pode ser regulado,

conforme o caso, pelo Código Civil, pelo CDC ou por outra legislação especial" (LEITE, 2019, p. 272).

Além da ausência de subordinação no trabalho autônomo, é possível verificar em alguns casos a ausência de pessoalidade. O contrato de empreitada é um exemplo que, salvo disposição contratual em contrário, não se caracterizara pelo elemento da pessoalidade e, portanto, o contrato não se extinguirá com a alteração de qualquer das partes. Isso ocorre pelo fato de que inúmeros serviços cotidianos não necessitam ser prestados por uma pessoa específica. Há apenas a necessidade de sua concretização, ainda que por indivíduos inicialmente não participantes da assinatura do contrato (DELGADO, 2017, p. 372 - 374).

Pode-se enquadrar também na seara da informalidade o trabalho avulso, em que o trabalhador presta serviço sem vínculo empregatício, porém através da intermediação do sindicato de sua categoria ou, no caso de trabalhador avulso portuário, através do órgão gestor de mão de obra. Trata-se de trabalho que "corresponde a modalidade de trabalhador eventual, que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles" (DELGADO, 2017, p. 379).

Há, todavia, importantes distinções entre esses trabalhadores. Inicialmente no que se refere ao campo de trabalho, já que os avulsos trabalham com a força de trabalho intermediada e inseridos nas necessidades permanentes das empresas que atendem. Podem ser encontrados em portos, navios e empresas e geralmente trabalham com carregamento ou descarregamento de mercadorias. Envolvem-se com importações e exportações, bem como com a entrada e saída de produtos de indústrias. A entidade intermediária é responsável por coordenar os trabalhos, receber o valor das tomadoras do serviço e realizar o devido pagamento ao trabalhador envolvido (DELGADO, 2017, p. 379).

Em suma, o trabalhador avulso presta serviço de forma eventual, podendo exercer sua atividade para diversos tomadores de serviço, sem carteira assinada. Não há vínculo empregatício e a prestação das atividades se dá por intermediação sindical ou por um órgão gestor de mão de obra. Trata-se de "trabalhador subordinado atípico que, de forma descontínua, presta serviço essencial e complementar à atividade da empresa, mas sem inserir-se na sua organização" (LEITE, 2019, p. 282 e 283).

Apesar disso, conforme o artigo 7º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os avulsos fazem jus ao pagamento de todas as verbas também devidas aos empregados. Tem-se como exemplo a necessidade de recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço, pagamento de férias remuneradas com adicional de um terço, adicional de trabalho noturno e adicional de trabalho extraordinário (BRASIL, 1988). Ainda que seja possível notar certa proteção, o fato de o trabalho não ser habitual e não possuir vínculo empregatício faz com que tais trabalhadores não possuam renda assegurada, uma vez que esta é diretamente dependente de oferta de trabalho pelos empregadores.

Para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE a informalidade é “constituída de empregados que não possuem vínculos com a empresa nas quais trabalham, além de empregadores e trabalhadores por conta própria, cujas empresas não estão registradas no CNPJ e que não contribuem para a Previdência Social do País”¹².

Depreende-se que os trabalhadores informais sofrem com a incerteza da oferta de trabalho e com a ausência de recolhimento de impostos, a qual importa imediatamente na ausência de contribuição para o crescimento da sociedade. O trabalho informal precariza a mão de obra e o próprio trabalhador. “A forma de inserção no trabalho informal é extremamente precária e se caracteriza por uma renda muito baixa, além de não garantir o acesso aos direitos sociais e trabalhistas básicos” (ANTUNES, 2011, p. 409).

Em razão da amplitude dos grupos de indivíduos na informalidade, não parece apropriado criar um conceito fixo para eles e tampouco razoável fazer uma exemplificação fechada de quem seriam. Porém, claro é que o número crescente dessa modalidade de prestação de serviço, bem como os seus inúmeros prejuízos, carece de olhares atentos. Há danos para o trabalhador informal, para o mercado e também para a sociedade.

2. FUNDAMENTOS E REPERCUSSÕES DA INFORMALIDADE

Inúmeras são as análises acerca da proliferação da informalidade no Brasil e no mundo. Intrinsecamente relacionada com a economia interna, educação e políticas

¹² Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25066-pesquisa-revela-retrato-inedito-do-mercado-de-trabalho-do-interior-do-pais#:~:text=No%20indicador%20proposto%2C%20a%20informalidade.a%20Previd%C3%Aancia%20Social%20do%20pa%C3%ADs>. Acesso em 09.2022.

públicas de incentivo ao trabalho decente, governos e blocos econômicos são chamados a se manifestar sobre o tema. Apesar dos amplos debates, nota-se a permanência a manutenção do cenário, cujos efeitos irradiam na vida dos indivíduos e do país.

O trabalho informal é aquele em que há “indefinição do local de trabalho, condições de trabalho prejudiciais à saúde e à segurança, baixos níveis de qualificação e de produtividade do trabalho, rendimentos baixos e irregulares, extensas jornadas de trabalho...” (KREIN; PRONI, 2010, p. 33). Não há reconhecimento governamental da atividade produtiva e tampouco direitos assegurados que possibilitem o usufruto pleno dos direitos sociais intrínsecos ao ser humano.

O alto número de trabalhadores informais está relacionado à imposição de “regimes jurídicos e administrativos que impõem altos custos e dispêndio de tempo para o processo de formalização” (KREIN; PRONI, 2010, p. 10), bem como à falta de oportunidades para ingressar no mercado de trabalho formal. Embora a Organização Internacional do Trabalho (OIT) também considere que tais situações estão entre os fatores responsáveis pelo mercado informal, sua pesquisa demonstra que a principal razão da informalidade é a educação. Os estudos da organização apontam que quanto menor for o nível de escolaridade, maior será o nível da informalidade. Afirma, portanto, que “países de todo o mundo concordaram que a maioria das pessoas entra na economia informal não por opção, mas como consequência da falta de oportunidades (OIT, 2018, p. 49, tradução nossa)”¹³.

Basicamente o estudo apontou que ao retirar da análise o percentual do setor agrário, o percentual de trabalhadores informais decresce, porém, ao retirar da análise outro setor, como por exemplo, das diaristas, o número percentual de trabalhadores informais não se altera significativamente. Tendo em vista que o Brasil é um país com grande parte da força de trabalho voltada para a área rural, esclarecesse o alto número de trabalhadores inseridos no mercado informal. Retrata esta realidade os boias-frias, “volante rural, que vai a cada dia trabalhar numa fazenda diferente, ganhando por dia, sem se fixar em nenhuma delas” (LEITE, 2019, p. 280).

Com razão Leite (2019, p. 344) destaca que os boias-frias podem ter assegurados os direitos trabalhistas em razão da ampliação legal da Lei 5.889 de 1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural. No caso de constatação do vínculo de emprego e

¹³ “(...) countries all over the world agreed that most people enter the informal economy not by choice, but as a consequence of a lack of opportunities” (ILO, 2018, p. 49).

configurada a intermediação ilícita, é possível o reconhecimento da figura do rural diretamente com os tomadores do serviço. No caso dos trabalhadores eventuais de outros seguimentos, todavia, embora haja a mesma possibilidade, em razão da transitoriedade dos serviços não estende os direitos trabalhistas a eles, ficando a maioria a mercê de oportunidades de trabalho no mercado informal.

Complementa a perspectiva sobre a informalidade a grande desigualdade social-regional existente no Brasil. A grande diversidade de setores na economia gera maior possibilidade de redução da informalidade nos centros urbanos desenvolvidos, em detrimento das outras regiões onde não se concentra a expansão industrial. Esta divisão entre regiões com e sem desenvolvimento industrial resulta em um número proporcionalmente maior de trabalho informal nas regiões mais deficitárias socioeconomicamente no Brasil, o que representa que as regiões brasileiras menos desenvolvidas tendem a ter, proporcionalmente, maior número de pessoas inseridas no trabalho informal (KREIN; PRONI, 2010, p. 13).

A análise da OIT (OIT, 2018, p. 13) corrobora com o estudo dos autores, pois em sua análise global sobre a informalidade afirma que há uma correlação positiva entre o desenvolvimento socioeconômico de um país e os índices de trabalho formal. Quanto mais desenvolvido for o país, maior será a porcentagem de trabalhadores inseridos no mercado de trabalho formal. Os números apresentados pela análise justificam esta afirmação ao apontar que o continente com maior percentual de trabalhadores informais é a África, com 85,5%, enquanto o continente americano encontra-se com 40%. Ao comparar o continente americano com o africano nota-se uma grande discrepância percentual. Isso não significa dizer que o continente Americano possui baixos números de trabalhadores informais, uma vez que ao comparar seu percentual com o do continente Europeu e Ásia Central, os quais possuem o menor percentual, igual a 25,1%, observa-se também grande discrepância.

Inserem-se também nas causas do aumento da informalidade a “rigidez contratual e os custos impostos pela legislação trabalhista” (ULYSSEA, 2006, p. 610). O custo e o tempo dispendido no processo formalização imposto por regimes jurídicos e administrativos são, muitas vezes, fator a contribuir para a informalidade. Tais cenários acrescidos da falta de informação e ensino colocados á disposição da sociedade colaboram para que pequenos empreendimentos permaneçam fora da redoma legal. Falta de conhecimento também colabora para que o desemprego e para que a extralegalidade

permaneçam. A ausência de políticas públicas informativas impede que indivíduos conheçam modalidades de trabalho coletivo e até mesmo regularização de empreendimentos individuais.

Embora a alta regulamentação jurídica e administrativa possa ser a causa do alto número de pessoas inseridas no mercado informal, não seria a baixa regulamentação jurídica a solução para informalidade. A questão permeia, em verdade, a ausência de políticas públicas que direcionem e estimulem a promoção do trabalho decente por via da formalidade. Isto é, a resposta para os problemas da informalidade seria o incentivo do Estado “na perspectiva de combater a fraude e de criminalizar o delito” e não a retirada dos direitos trabalhistas, pois a baixa proteção legislativa poderia “até melhorar as estatísticas, mas não altera o quadro de precariedade do mercado de trabalho” (KREIN; PRONI, 2010, p. 34).

A análise feita pela OIT aponta que as formas de trabalho padrão, ou seja, aquelas de prazos indeterminados e com uma jornada diária completa são menos propensas a estimular a informalidade. A análise destaca que, globalmente, somente 15,7% das pessoas inseridas na forma de trabalho padrão são trabalhadores informais, enquanto este número sobe para 44% e para 56,7%, respectivamente, quando o trabalho é de meio-período e temporário. Os números demonstram que as formas de trabalho não padrão são significativamente mais inclinadas a estarem inseridas no mercado de trabalho informal (OIT, 2018, p. 60).

A redução da informalidade significa, antes de tudo, a promoção de postos de trabalho decentes. Por via de relações de emprego protegidas pela legislação é possível não apenas integralizar o capital gerado na atividade econômica, mas principalmente, garantir a dignidade daqueles que laboram. Isso porque a figura do trabalho decente caminha ao lado da dignidade do trabalhador. É preciso que formas de exploração do trabalho não sejam confundidas com práticas lícitas ou ainda estímulo a suposto empreendedorismo. Assim, fundamental se faz que cada Estado se proponha verdadeiramente a enfrentar os desafios que ainda persistem na promoção da formalidade bem como aprimorar o arcabouço legislativo que sustenta práticas dignas de trabalho.

3. REFLEXOS E PREJUÍZOS DO MERCADO INFORMAL PARA O ESTADO, PARA A SOCIEDADE E PARA O TRABALHADOR.

Os prejuízos resultantes do trabalho informal estão cada vez mais amplos e a cada mudança socioeconômica experimentada estão também mais numerosos, no Brasil, os dados citados anteriormente demonstram essa situação. Vale dizer que os prejuízos do trabalho sem regulamentação jurídica começaram a se tornar notórios a partir da Revolução Industrial, momento no qual houve desemprego em massa em razão da chegada da tecnologia. Os desempregados da Revolução Industrial, “aquele que perdeu o trabalho, ou não podia achá-lo” construiu o que Marx chama de “reserva de trabalho industrial” (SCHWARTZMAN, 2004, p. 43).

O avanço da tecnologia contribuiu para que muitos postos de trabalho deixassem de existir. Nesse sentido, colaborou para aumento do desemprego em massa, o que obrigou os trabalhadores a procurarem outros meios de subsistência que não o formal. Antunes (2011, p. 406) esclarece a questão ao afirmar que ao longo do século XX, a autonomia das máquinas trouxe a precarização do trabalho, a qual ocorre em razão da racionalidade instrumental do capital que “impulsiona as empresas à flexibilização do trabalho, da jornada, da remuneração, aumentando a responsabilização e as competências, criando e recriando novas relações e formas de trabalho que frequentemente assumem feição informal” (ANTUNES, 2011, p. 410).

Observa-se, pois, que a tecnologia foi um dos pilares do desemprego e continua sendo até os dias de hoje. Vê-se caixas eletrônicas substituindo empregados, call-centers sendo operados por robôs, maquinário para colheita ao invés do agricultor, máquinas de lavagem de roupas ao invés das lavadeiras e ainda máquinas montadoras ao invés do trabalho mecânico nas grandes indústrias automobilísticas.

Na contramão do pensamento crítico sobre o desenvolvimento da tecnologia, Mattuso (2000, p. 117) pontua também que embora ela possa “modificar a determinação da qualidade e da quantidade do emprego”, não necessariamente resultará em desemprego, o resultado pode ser “mais emprego, consumo, tempo livre” sendo esta “uma escolha social, historicamente determinada pelas formas de regulação do sistema produtivo e de distribuição dos ganhos de produtividade”. Em outras palavras, a sociedade deve se organizar para que a força de trabalho não resulte em capital morto, assim denominado por Hernando Soto (2019, p. 19). O capital morto seria, portanto, o

resultado da ausência de contribuição para o desenvolvimento da sociedade em razão das condições precárias de trabalho.

Sabe-se que a tecnologia impulsiona a globalização, a qual possibilita que grandes empresas busquem o menor custo possível de mão de obra. A ausência de fiscalização, como é o caso do Brasil, ou a ausência de normas protecionistas permitem que grandes indústrias mantenham inúmeros trabalhadores sem registro e em condições de trabalho sub-humanas, obrigando-os a intensas jornadas de trabalho. A ausência de fiscalização combinada com as inúmeras causas da informalidade, entre elas as já citadas burocratização e alto custo do trabalho registrado, permitem que, em pleno século XXI, trabalhadores exerçam jornadas de trabalho de até dezessete horas diárias, em parte “trabalhadores imigrantes bolivianos ou peruanos controlados por patrões coreanos ou chineses, aflorando um traço pouco visível e brutal da chamada “globalização”” (ANTUNES, 2011, p. 407).

Não obstante as exaustivas jornadas de trabalho, a informalidade também traz a superfluidade, tornando-o instável através de formas cada vez mais precárias de trabalho, como os de meio-período, os temporários, os terceirizados e os intermitentes. O desejo insaciável ao acúmulo de capital exclui as formas de trabalho estável, substituindo-as pelas formas precárias ou eclodindo desempregos estruturais (ANTUNES, 2011, p. 414). Diante desta realidade, o trabalhador que só tem a oferecer sua força de trabalho se vê oscilando entre oportunidades de trabalho precárias e a vivência do desemprego (ANTUNES, 2008, p. 7).

Os prejuízos indiretos da informalidade estão relacionados às já citadas precariedades do trabalho que se traduzem em violências para saúde física e mental dos trabalhadores, muitas vezes em razão de abuso ou de situações de perigo reconhecidas. Por outro lado, os prejuízos diretos da informalidade estão caracterizados pela ausência de garantia em casos de acidentes e doenças, ausência de FGTS e seguro-desemprego (IRIART, 2008, p. 166).

Equívocado o entendimento de que a informalidade traz consequências negativas somente aos trabalhadores. Em verdade, o mercado de trabalho informal traz prejuízos significantes à sociedade, os quais, no entanto, são invisíveis aos olhos acríticos. Sob o trabalho informal não recai impostos que poderiam ser revertidos para o desenvolvimento social e para o próprio trabalhador.

Tendo em vista que no mercado de trabalho informal a fiscalização da atividade profissional é mais deficiente, uma gama de direitos trabalhistas é comumente ignorada. Ante a ausência de oportunidades de trabalho decente em conjunto com as fracas alternativas sociais, como educação de qualidade, cria-se uma parcela de indivíduos inseridos na criminalidade. Costa (2010, p. 178) esclarece o tema:

A lista das mazelas sociais do padrão de desenvolvimento da sociedade brasileira é infindável e autorreproduzível: ao lado do desemprego e da ausência ou insuficiência da ação do estado nas áreas mais elementares (saúde, educação, habitação, infraestrutura urbana de saneamento, seguro-desemprego, etc.) crescem os bolsões de pobreza e a violência e criminalidade urbana.

A pobreza, citada acima pela autora, resultante da precariedade do trabalho informal não deve ser entendida apenas pelo critério de renda, ela deve ser analisada em relação com o consumo e com o acesso a recursos mínimos para garantir a dignidade humana, como a qualidade da moradia, o acesso à educação e a saúde (COSTA, 2010, p. 182). As consequências da pobreza, no contexto da falta de acesso a recursos mínimos para sobrevivência digna, refletem em toda a sociedade.

Aqui vale a reflexão se o aumento do mercado de trabalho formal e a consequente diminuição do desemprego e da informalidade não acarretariam em maior giro do capital na área privada e, conseqüentemente, no afrouxamento da demanda dos recursos públicos, os quais, neste cenário, poderiam ser destinados a outros setores da sociedade, como a educação, a qual qualifica o empregado para melhores oportunidades de trabalho decente.

Sobre os prejuízos advindos das mudanças econômico-sociais, válido destacar o cenário caótico experimentado diante do assolador Coronavírus (Covid-19) que colocou o mundo em quarentena. É notório que os trabalhadores informais foram os primeiros a sentirem os efeitos econômicos da pandemia, sem ter como exercer suas atividades profissionais, os informais que, em regra, lucram na medida em que desenvolvem suas atividades, foram inseridos no dilema entre o risco de contágio ou o risco de fome. Estima-se que os níveis de pobreza relativa entre os trabalhadores informais aumentem em 52 pontos percentuais nos países de alta renda e 21 pontos percentuais nos países de renda média alta, índice que demonstra claramente a grave consequência econômica da pandemia para este setor (ONU, 2020).

As dificuldades econômicas experimentadas no cenário pandêmico foram sentidas também pelos empregadores, muitos que em razão da paralisação do comércio e indústrias ficaram sem lucro e continuaram tendo que arcar com os custos de sua atividade. Segundo o balanço do SEBRAE divulgado pela CNN em abril de 2020, pelo menos 600 mil micro e pequenas empresas já teriam fechado suas portas e 9 milhões de funcionários já teriam sido demitidos em razão dos efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus (BROTERO, 2020).

Uma das medidas adotadas pelo governo para que a economia não estagnasse diante do novo cenário socioeconômico foi a concessão do auxílio emergencial para os trabalhadores informais e Microempreendedores Individuais de baixa renda, no valor de R\$ 600,00 por, a princípio, três meses. O auxílio emergencial é outro exemplo do grande custo da informalidade para os cofres públicos e, por consequência, para a sociedade. Estima-se que este benefício custará para o governo federal R\$ 154,4 bilhões para o pagamento somente destes três meses previstos (CASTRO, 2020).

A realidade social econômica experimentada atualmente no Brasil cobra dos estudiosos e dos governantes análises do mercado informal e propostas para o fomento da formalização do emprego. De acordo com a Recomendação nº 204 da OIT (2015), é necessária a realização prévia de um diagnóstico dos fatores, das características, das causas e das circunstâncias da informalidade no país para a implementação de leis e políticas que visem facilitar a transição para a economia formal. Este diagnóstico deve seguir uma série de etapas desenvolvidas pela OIT, entre elas quantificar a extensão e qualificar a natureza da economia informal, para então avaliar suas condições de trabalho e identificar algumas das suas causas (OIT, 2018, p. 04).

Em síntese, esta recomendação possui como objetivo facilitar a transição dos trabalhadores e das unidades econômicas da economia informal para a formal, promover a criação e a preservação das empresas e do trabalho digno na economia formal e prevenir sua informalização. Em atenção a esta e as demais recomendações adotadas pelo Brasil, alguns projetos de lei e medidas provisórias foram criadas objetivando o aumento da formalização de empregos, entre elas a medida provisória 905/2019 conhecida como Contrato Verde e Amarelo, a qual foi revogada a pedido do Senado Federal em junho de 2020, porém com discussão sobre uma possível reedição (SENADO, 2020).

O Contrato Verde e Amarelo visava fomentar a contratação de jovens entre 18 e 29 anos em seu primeiro emprego e reduzir a informalidade, esta modalidade de emprego

previa a isenção de inúmeras parcelas trabalhistas e previdenciárias que chamaram a atenção do empregador e foram fortemente criticadas por juristas, doutrinadores e membros do Congresso Nacional. O senador Paulo Paim chegou a afirmar que a medida seria uma política equivocada, pois, em verdade, formalizava o trabalho informal e não contribuía para o crescimento e o desenvolvimento social. O senador criticou pontualmente a previsão de redução de 8% para 2% da alíquota do FGTS, argumentando que esta medida prejudicava diretamente o financiamento da educação básica e as demais contribuições sociais destinadas ao sistema “S” (SENADO, 2020).

Outra medida adotada pelo governo para fomentar o mercado de trabalho formal foi a criação do Microempreendedor Individual (MEI) através da lei complementar 128 de 2008 que permitiu a regularização como pessoas jurídicas de trabalhadores que exerciam informalmente atividades profissionais por conta própria. Entre os muitos benefícios desta alternativa ao desempregado e a informalidade, o MEI prevê a abertura de um CNPJ e alvará de funcionamento sem custo e sem burocracia, emissão de nota fiscal, créditos com taxa de juros reduzida, participação em licitações, contribuição previdenciária com valor reduzido garantido os direitos e benefícios como auxílio-doença, aposentadoria por idade e outros, também prevê o baixo custo de tributos como o INSS, ISS e ICMS (BRASIL, 2020).

O programa que criou a figura do Microempreendedor Individual completou 10 anos em 2019 com um número superior a 8 milhões de cadastros (ALVARENGA, 2019). Esta marca superou os 10 milhões em 2020 e especialistas apontam que, em razão das consequências econômicas da pandemia do coronavírus, os números devem continuar aumentando (BARBOSA, 2020). Visando o mesmo objetivo, isto é, o fomento do trabalho formal, diversos projetos de lei foram criados, entre eles, o projeto de lei 2094/2015, de autoria do Deputado Federal Augusto Coutinho, que estabelece incentivos fiscais à contratação do primeiro emprego.

Observa-se que as medidas propostas para o incentivo do trabalho formal se relacionam diretamente com incentivos fiscais, através da redução significativa dos impostos que recaem sobre a contratação, o que demonstra que um dos pontos principais da informalidade é o alto custo do empregado para o empregador. Neste viés, aponta-se que uma das formas eficazes de incentivar a contratação formal é a redução dos custos da relação trabalhista, uma vez que as grandes despesas oriundas das obrigações tributárias

se tornam um estímulo para a transferência ao mercado informal (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002, p. 64).

O aumento da carga tributária de 25,2% para 32,82% nas últimas décadas, considerando o período entre 1991 e 2004, é considerado extremamente elevado frente ao desenvolvimento econômico nacional. Este aumento exponencial da carga tributária, especialmente no mercado de trabalho, é um dos principais fatores que causam o aumento da economia informal. No entanto, a contribuição para a seguridade social também é um fator que pesa quando o assunto é economia informal (PAES, 2010, p. 316). Milhões de empresas se transferiram para o mercado formal após a criação do Simples Nacional, em razão da desburocratização e da redução de recolhimento de impostos (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002, p. 66).

Depreende-se que a redução da carga tributária, bem como a desburocratização do recolhimento de impostos e dos registros empregatícios são medidas consideradas eficazes para o processo de formalização daqueles que se encontram à margem da Previdência Social. Essas medidas, embora evidenciem um menor recolhimento de impostos, contribuem para o crescimento da sociedade, uma vez que afastam o capital morto e garantem uma renda digna ao trabalhador, permitindo-o investir em produtos e serviços que fazem o capital girar. Por outro lado, verifica-se, portanto, que resolver as estatísticas do desemprego através da retirada de leis protecionistas não garante o aumento da renda do trabalhador e tampouco aumenta as ofertas de trabalho decentes, o que demonstra, de forma concreta, que a solução não é a baixa regulamentação jurídica e administrativa.

CONCLUSÃO

O mercado de trabalho informal, em suas diversas formas, seja através do trabalho eventual, autônomo ou avulso é norteador, em regra, pela renda abaixo da média, por horas e atividades exaustivas, pela dependência da oferta de trabalho, pela ausência do recolhimento previdenciário e, por fim, pelo questionamento se ao longo dos anos o trabalho exercido informalmente poderá trazer algum retorno digno à vida deste trabalhador.

Todas essas questões são consequências das problemáticas que dizem respeito, principalmente, à burocratização e ao alto custo da formalidade, além da ausência de

fiscalização e a elevada taxa de juros de crédito aos empreendedores. Diante deste cenário que tem como consequência a falta de demanda de trabalho formal, muitos se veem obrigados a se inserir na informalidade, a qual além de trazer prejuízos ao próprio trabalhador reflete estes prejuízos na sociedade, especialmente em razão da ausência de recolhimento de impostos que impedem o retorno desta força de trabalho em prol da coletividade.

A apuração de quais são as principais problemáticas que impedem o fomento do trabalho formal é o primeiro passo para a redução da informalidade. Neste interim, uma vez que fora observada que dentre as principais problemáticas estão a baixa escolaridade e o excesso de tributação, faz-se necessária, para a efetivação do fomento da formalidade, a implementação de políticas públicas, além das que já são desenvolvidas, visando o aumento da qualificação educacional da sociedade, bem como a implementação de políticas públicas para a redução da carga tributária incidente sobre as relações de emprego.

Vale ressaltar, por fim, que a adoção destas medidas, com a consequente redução dos indivíduos inseridos no mercado de trabalho informal, é um dos meios efetivos para a melhora da economia, vez que é capaz de aumentar o giro do capital, aumentar as ofertas de emprego e a renda do trabalhador.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **A pedido do Senado, governo revoga MP do Contrato Verde e Amarelo**. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/20/a-pedido-do-senado-governo-revoga-mp-do-contrato-verde-e-amarelo> Acesso em: 24 de junho de 2020.

ALVARENGA, D. **G1**. Abril, 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/03/pais-ja-tem-81-milhoes-de-microempreendedores-formais-veja-atividades-em-alta-entre-meis.ghtml>. Acesso em 25 de junho de 2020.

ANTUNES, R. Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho? **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 107, p. 405-419, jul./set. 2011

_____. As formas de padecimento no trabalho. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, n. 4, p.07-08, out./dez. 2008.

BARBOSA, M. **Correio Braziliense**. Junho, 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/06/08/internas_economia,861916/desde-o-inicio-da-crise-mais-de-327-mil-pessoas-tornaram-se-meis.shtml. Acesso em 25 de junho de 2020.

BERTOLUCCI, A. V.; NASCIMENTO, D. T Quanto custa pagar tributos? **Revista Contabilidade e Finanças**, São Paulo, vol. 23, n. 29, p. 55-67, maio/agosto, 2002.

BROTERO, M. **CNN**. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>. Acesso em: 17 de junho 2020.

CASTRO, A. **Agência Senado**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/07/gastos-com-auxilio-emergencial-podem-chegar-a-r-154-bilhoes-em-tres-meses>. Acesso em: 22 de junho de 2020.

CORREIA, H.; MIESSA, E. **Manual da reforma trabalhista**. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, M. S. Trabalho informal: um problema estrutural básico no entendimento das desigualdades na sociedade brasileira. **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 58, p.171-190, abril, 2010.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo : LTr, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

International Labour Office **Women and men in the informal economy: a statistical picture** (third edition). Geneva: ILO, 2018.

_____. **World Social Protection Report 2017–19: Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals**. Geneva: ILO, 2017.

IRIART, J. A. B. et al. Representações do trabalho informal e dos riscos à saúde entre trabalhadoras domésticas e trabalhadores da construção civil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 1, p.165-174, jan./fev. 2008.

KREIN, J. D., PRONI, M. W. **Economia informal: aspectos conceituais e teóricos**. Escritório da OIT no Brasil. Brasília: OIT, 2010.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MATTOSO, J. Tecnologia e emprego: uma relação conflituosa. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 115-123, jul/set. 2000.

OIT. **Recomendação da transição da economia informal para a economia formal. Relatório V (2B)**. Genebra – Suíça: Bureau Internacional do Trabalho, 2015. Disponível em:

<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio104_v2b_pt.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

ONU. **Contágio ou fome, o dilema dos trabalhadores informais durante a pandemia de COVID-19**. Maio, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/contagio-ou-fome-o-dilema-dos-trabalhadores-informais-durante-a-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em 18 de junho de 2020.

PAES, N. L. Mudanças no sistema tributário e no mercado de crédito e seus efeitos sobre a informalidade no Brasil. **Nova Economia**. Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 315-339, maio/agosto, 2019.

PORTAL DO EMPREENDEDOR. **Quais são seus direitos e obrigações?** Disponível em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/temas/quero-ser/formalize-se/quais-sao-seus-direitos-e-obrigacoes>. Acesso em 25 de junho de 2020.

SILVA, H. B. **Comentários a reforma trabalhista** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHWARTZMAN, S. **Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo**. São Paulo: Augurium, 2004.

ULYSSEA, G. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 596-618, out./dez. 2006.

Capítulo 6
O ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA: AS
CONTRIBUIÇÕES DE UMA SOCIEDADE PATRIARCAL
PARA ESTA ESTRATÉGIA

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães
Leticia Maria de Oliveira Borges

O ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA: AS CONTRIBUIÇÕES DE UMA SOCIEDADE PATRIARCAL PARA ESTA ESTRATÉGIA

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis com bolsa Capes/Prosuc, onde compõe Grupo de Pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos. Integrante e Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo ACI junto a UNIFOR. Substituta Legal no Cartório do 1º Ofício de Protesto de Títulos e Documentos da Dívida do Município de Petrópolis-RJ. anasantos.jus@gmail.com CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7628446891442809>

Leticia Maria de Oliveira Borges

Doutora em Direito com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Veiga de Almeida Avaliadora e membro do CONPEDI. Membro do Instituto por um Planeta Verde. Professora da Universidade Veiga de Almeida. ticha_borges@yahoo.com.br

RESUMO

O estupro como arma de guerra ocorre desde os mais remotos tempos, tendo sido citado inclusive na Bíblia. Este estudo tem como finalidade a análise e pesquisa sobre a vulnerabilidade de gênero vivenciada por mulheres violentadas através do estupro de guerra. Para tanto, necessário se fez perpassar pelo contexto histórico-social da vulnerabilidade feminina. A partir desta primeira explanação, pôde-se chegar até a base da violência que ainda se encontra perpetuada na sociedade, qual seja, a violência de gênero. Durante as guerras, esta violência é ainda maior, pois a arbitrariedade a qual é propagada se enfatiza pelas circunstâncias e os objetivos obscuros aos quais essas violências se dão. Finalmente se chega ao objetivo do presente estudo, a demonstração de que o estupro é utilizado como arma de guerra por estratégia e que sua relação está intimamente ligada às origens de uma sociedade patriarcal, demonstrando ainda seus desdobramentos psicossociais na vulnerabilidade feminina.

Palavras chaves: Estratégia de Guerra; Gênero; Mulher; Vulnerabilidade; Violência.

INTRODUÇÃO

A mulher, há não muito tempo atrás, era praticamente uma extensão de algum homem, seja do pai, seja do marido ou irmão. Tinham suas vidas decididas e validadas por alguém que não elas e, obrigatoriamente, do sexo masculino. Desta explanação bem simplória já remonta-se que a mulher criou autonomia após muita luta e há pouquíssimo tempo, ainda sim, está coletivamente entranhado na sociedade esse dogma (PERROT, 2017).

Em razão destes dogmas, ainda é uma realidade o uso de meios para pactuar o demérito e a inferiorização do gênero, sendo resultante disso os inúmeros casos de violência contra a mulher, ficando estimado que pelo menos 35% das mulheres em todo mundo sofrem ou já sofreram algum tipo de violência sexual ou física (OPAS, 2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua violência sexual como sendo “um esforço voltado a finalidade de uma tentativa ou execução do ato sexual, feito por qualquer pessoa independente do relacionamento com a vítima, sem seu consentimento e podendo ser realizado em qualquer ambiente” (OMS, 2017).

Já a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres das Nações Unidas de 1993, traz uma definição específica sobre a violência contra as mulheres, elucidando que “qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada” deverá ser considerada violência contra a mulher (ONU, 1993).

A violência contra a mulher é uma realidade em inúmeros cenários, e na guerra não é diferente. Há uma tendência em utilizar dos crimes de natureza sexual para fragilizar o adversário através da vulnerabilidade feminina, como uma expressão de poder, onde o corpo se torna independente desse pertencimento a um país conquistado e passa a constituir, em si mesmo, terreno-território da própria ação bélica (SEGATO, 2014).

O presente artigo trouxe como tema o estupro como arma de guerra e as contribuições de uma sociedade patriarcal para esta estratégia e discorreu sobre seus desdobramentos que resultam em graves interferências na vulnerabilidade feminina.

Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, com análise das produções bibliográficas disponíveis, associadas à técnica discursiva expositivo-argumentativa, empregada para a discussão crítica do tema. A necessidade em tratar do tema abordado

se pressupõe das impunidades recorrentes nos pós-guerras e das necessidades de visibilidade ao tema da vulnerabilidade feminina.

ABORDAGEM TEÓRICA

Vulnerabilidade significa estar em situação de risco e inferioridade, e como consequência lógica, qualquer exposição adversa pode agravar a situação abordada. É certo que a mulher por muitos anos ocupou lugar de coadjuvante, mas a realidade é que pouco se retratou na história seu papel (PERROT, 2017).

No caso das guerras, as mulheres foram as responsáveis pela proteção da família e via de consequência pela continuidade das comunidades, além alimentar muitas vezes os campos de concentração e cuidar dos feridos (PERROT, 2017).

Neste sentido, o estupro nem sempre foi visto como crime contra a mulher e sim contra a propriedade do homem e que a mulher era considerada tão culpada quanto o agressor, e ainda, era considerada como adúltera (ALCICI, 2021).

Essa cultura da culpabilização da vítima, fundamentada na cultura do estupro, se perdura até os dias atuais, de modo que parcela sociedade busca justificar o crime pelas atitudes, vestimentas e locais que as mulheres frequentam (LIMA, 2021).

Pesquisadores apontam que o estupro na maioria das vezes é um ato motivado pela necessidade de dominar os outros e tem pouco ou nada a ver com o desejo sexual. Estuprar é exercer poder sobre aquela que sofre a agressão, é decorrente de um constrangimento: obrigar a mulher a praticar um ato que não deseja (BROWNMILLER, 1975, p. 256).

O estupro é um meio de controle que se perpetua ao longo dos anos, sendo ignorado e mantido por instituições que reforçam a fragilidade feminina, e que na guerra existem várias funções do estupro: desde o sentido de dominação e subjugação até a inferioridade das mulheres (BROWNMILLER, 1975, p. 256).

Segundo o entendimento da socióloga francesa Guillaumin (1994), o “estupro não é uma questão apenas cultural, mas uma prática de opressão e dominação material sobre as mulheres; histórica, praticada pelos homens como forma de apropriação do corpo feminino”.

Durante os conflitos armados, os crimes mais brutais acontecem longe dos campos de batalha. Desde os tempos remotos, os estupros nas guerras são práxis muito

recorrentes e pouco remediadas ou punidas. Essa é uma prática tão antiga, que a Bíblia já remontava o cenário na passagem 13:16 de Isaías: “E suas crianças serão despedaçadas perante os seus olhos; as suas casas serão saqueadas, e as *suas mulheres violadas*” (grifo nosso).

A história mundial remonta que situações extremas desembocam em maior violência sobre os corpos das mulheres, principalmente no que tange aos estupros e utilização de coerção sexual para inúmeros fins. As violações contra mulheres em tempos de guerra não se restringem às batalhas convencionais entre os países, a guerra acomete e acontece nos corpos de algumas mulheres (PASINATO; COLARES, 2020).

A violência sexual nos conflitos armados não era levada em pauta, principalmente em relação às experiências pelas quais as mulheres passavam, uma vez que não havia o reconhecimento das mulheres como sujeito de Direito (PENACHIONI, 2017).

Inclusive, em alguns contextos (Babilônia, por exemplo) pôde-se observar a utilização das mulheres como uma recompensa da guerra, ou seja, um “direito” dos vencedores sobre as mulheres dos derrotados (ALICIC, 2021).

Após tal reconhecimento das mulheres como sujeito de Direito, pelos tribunais internacionais, é que se deu espaço para discussão, que representou um grande avanço para o reconhecimento dos crimes e penalizações (PENACHIONI, 2017).

De início, o estupro na guerra era visto como uma consequência da situação extrema em que todos estavam submetidos. Com o passar dos anos, estupro deixou de ser meramente um efeito colateral da guerra para ser utilizado como estratégia de guerra.

O estupro como arma de guerra se difere da mera agressão sexual cometida durante a guerra, pois neste contexto, é utilizado com o objetivo claro e específico de disseminar o trauma, destruir laços familiares e de demonstração de “força” aos oponentes (ALCICI, 2021).

Neste viés, Julia Penachioni (2017) cita que a violência sexual é usada como ferramenta de dominação, em razão dos estigmas culturais, como a de gênero, e que o estupro é praticado com a intenção de humilhar uma pessoa, uma família ou uma comunidade. Elucida ainda que, também é utilizado como uma forma de tortura e punição, praticada em face dos grupos inimigos para alcançar objetivos militares.

Na situação específica da guerra, as mulheres estupradas sofrem essa violação sexual direcionada, pois necessariamente os estupradores vão buscar grupo de mulheres inimigas, na maioria das vezes em território rival para demonstrar conquista e satisfação

em violentar um grupo de mulheres que não lhe pertencem e desestabilizar soldados rivais (ALCICI, 2021).

O estupro acontece, segundo Julia Penachioni (2017) “dentro e fora de casa, nas prisões, em bases militares, nos campos para refugiados e para pessoas deslocadas” e “tanto no ápice do conflito armado, quanto durante o deslocamento forçado de pessoas ou por meio de um ataque generalizado ou sistemático sobre uma determinada população”, complementa dizendo que a “agressão sexual é cometida durante genocídios, na guerra e nos momentos de paz por determinados grupos armados”.

Existem três principais motivações para utilizar-se o estupro como estratégia de guerra:

“São elas: violações oportunistas, violações motivadas por ódio político e violações genocidas. A primeira se refere às violações cometidas por civis, que tiram proveito da trágica situação que a sociedade está enfrentando, para cometerem abusos sem enfrentar risco de punição. O segundo tipo de estupro também seria realizado por civis a partir da disseminação de uma propaganda de ódio. O terceiro e último tipo engloba o estupro em massa como arma de guerra, utilizando o abuso sexual como uma das muitas estratégias usadas para destruir determinada comunidade.” (ALCICI, 2021).

A objetificação do corpo das mulheres como uma extensão do campo de batalha remonta os ideais passados da mulher como uma extensão de um homem, neste aspecto, daquele que está lhe coagindo a arbitrariedade de suas vontades (ALCICI, 2021).

Quando se vislumbra o corpo da mulher como arma de guerra, refere-se a dois aspectos: corpo usado sem seu consentimento como estratégia de guerra e sua vida fica subordinada ao homem lhe impera a força. Via de consequência, não somente a matéria (corpo) é violada, mas também sua subjetividade e dignidade (ALCICI, 2021).

A realidade é que no pós-guerra há pouca ou nenhuma punição aos estupros cometidos. Análises feitas de casos constataram que muitos tribunais de guerra não levaram em conta denúncias aos estupros ao proferirem suas decisões e que mesmo após a intervenção de organizações não governamentais pleiteando pelas inclusões dos crimes de violência sexual, não foram estes julgados por ausência de materialidade e provas (PENACHIONE, 2017).

A antropóloga Véronique Nahoum-Grappe (2011) elucida que por não ser sempre fatal o crime de estupro, há um empecilho em especificar a quantidades de estupros ocorridos nas guerras e que isso acaba por relativizar a sua gravidade (seria mais grave

se todas as mulheres fossem mortas e tivessem seus corpos expostos para toda a comunidade? Será que as feridas que ficam nos corpos e mentes não é o suficiente para mobilizar um interesse em quantificar esses abusos ocorridos em guerra? E por que não é possível quantificar não há uma punição?). E complementa dizendo que a violência sexual em tempos de guerra pode ser definida como um crime de gênero que constitui não apenas uma dolorosa intrusão corporal, mas também uma dominação física e emocional.

As alterações emocionais decorrentes do estupro são inúmeras, denominadas síndrome do trauma do estupro, desencadeiam o auto estigma de desamparo, raiva, sensação de dano permanente, incapacidade para confiar ou ter intimidade com outros, medo constante do crime, a perda de credibilidade na justiça do mundo e dissociação (GUERRA, 2017).

As mulheres vítimas desses crimes, possuem uma dificuldade com a autoimagem e a autoestima, tendo suas relações afetivas afetadas negativamente, o que acaba por limitar a qualidade de vida, desencadeando muitas vezes depressão, ansiedade e dependência em substâncias (DE SOUZA, 2012).

Rebeca Alcici (2021) atenta para a análise além do aspecto clínico e psíquico dessas mulheres vítimas de estupro de guerra, mas para também os efeitos traumáticos vivenciados pelos filhos frutos do estupro e demais familiares que precisam ser analisados em uma perspectiva histórica e de transmissão cultural.

A repercussão do estupro como arma de guerra vai além de uma agressão individual contra a mulher, pois nestes atos está presente o objetivo de propagar violência em face de um grupo, que possui como principal objetivo destruir cada um dos indivíduos daquele povo, desmoralizando e enfraquecendo toda uma coletividade (ALCICI, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante os conflitos armados, as mulheres acabam por ficarem em locais desprotegidos e, portanto, mais vulneráveis aos ataques, principalmente por não possuírem armamentos ou instrução adequada para sua autoproteção, estando suscetíveis a qualquer invasão.

Em meio a situação de calamidade que é viver uma guerra, as mulheres têm mais uma preocupação: sua honra, seu corpo, sua dignidade e integridade, em razão da humilhação que sofrem através de assédio moral e sexual e estupro durante as guerras.

Ameaçadas, na mira de uma/várias arma, agredidas, para proteger seus entes, as mulheres são coagidas a fazerem o que os soldados exigem. Em meio a brutalidade do crime, o temor, a dor e as sequelas são melhores que terem suas vidas ceifadas, uma realidade bastante recorrente nos conflitos.

O estupro é utilizado como arma de guerra porque seu intuito é humilhar, desmoralizar, atingir a honra da mulher, enfraquecer, disseminar o ódio e o medo, principalmente quando acontece em território rival. A maioria das vezes elas são estupradas na frente de toda a família e de outros soldados, isso quando não por todos os soldados, na mesma situação.

O temor, a depressão, a vergonha e a culpa perseguem essas mulheres muito tempo após o abuso sofrido, tendo relação direta com a autoestima e impactando na vida sexual e reprodutiva destas mulheres, interferindo inclusive na vida social e profissional das vítimas.

Notadamente, há dificuldade após o conflito de reunir provas dos abusos sofridos ou de identificar seus agressores e a sensação de impunidade e de reprovabilidade ou desconfiança do fato ocorrido, afeta mais ainda a vulnerabilidade das mulheres.

Sobrevivendo ao conflito armado, além dos traumas desse, essas mulheres levarão consigo a dor de terem suas honras, seus corpos e sua liberdade violados por uma brutalidade inimaginável e cruel, e ainda, sem terem um sentimento de justiça feita, por muitas vezes não ser possível provar o crime ou sequer identificar os agressores.

Em suma, o estupro utilizado como arma de guerra infere inúmeros desdobramentos psicossociais nas mulheres, e possuem graves interferências na vulnerabilidade feminina. Ainda que a guerra se encerre, as mulheres vítimas do estupro nos conflitos armados guardarão cicatrizes eternas, não só de um projétil e não só fruto de uma explosão de bomba, mas de uma ferida na sua alma.

Os vulneráveis precisam de acolhimento e cuidado, de práticas que conseqüentemente incidam em sua saída da situação de risco e de vulnerabilidade psicossocial. Por tal razão, a sensação de justiça feita por meio da penalização dos criminosos e a credibilidade das mulheres vítimas do estupro de guerra, certamente impactaria positivamente nas emoções e no retorno das interações sociais destas vítimas.

REFERÊNCIAS

ALCICI, Rebecca dos Santos. A mulher como campo de batalha: Um estudo psicanalítico do estupro como arma de guerra. **PUC-Rio**, 2021. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/55991/55991.PDF>> Acesso em: 08 ago. 2022. BÍBLIA. Português. Isaias 13:16. Local: Online, Disponível em <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/busca?q=isaias+13%3A16>> Acesso em 08 ago. 2022.

BROWNMILLER, Susan. *Contra Nossa Vontade: Homens, Mulheres e Estupro*. Londres: Penguin, 1975.

DE JESUS, Cassiano Celestino; ALMEIDA, Isis Furtado. O movimento feminista e as redefinições da mulher na sociedade após a Segunda Guerra Mundial. **Boletim historiar**, n. 14, 2016.

DE SOUZA, Flavia Bello Costa et al. *Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual*. Reprodução & Climatério, v. 27, n. 3, p. 98-103, 2012.

FERREIRA, Verônica. [et al.]. *O patriarcado desvendado: teorias de três feministas materialistas: Colette Guillaumin, Paola Tabet e Nicole Claude Mathieu* organizadoras. Recife: SOS Corpo, 2014.

GUERRA, Ana Cláudia et al. *Síndrome do trauma de estupro: diagnóstico e prescrição de enfermagem*. Boletim NEPAE-NESEN, v. 14, n. 1, 2017.

GUILLAUMIN, Colette. *"Enquanto Tivermos Mulheres para nos Darem Filhos" A respeito da raça e do sexo*. **Estudos Feministas**, p. 228-233, 1994.

LIMA, Patrícia Maria Peixoto. A Culpabilização da vítima mulher em crimes de estupro. 2021. Repositório Acadêmico PUC Goiás, 2021. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1731/1/PATRICIA%20MARIA%20PEIXOTO%20LIMA.pdf>> Acesso em 10 ago. 2022.

LIMAYE, Yogita. *Guerra na Ucrânia: 'Soldados russos me estupraram e mataram meu marido'*. BBC News: Kiev – Ucrânia, 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61076659>> . Acesso em 18/05/2022. NAHOUM-GRAPPE Véronique, *Violences sexuelles en temps de guerre*. **Inflexions**, 2011. Disponível em <<https://www.cairn.info/revue-inflexions-2011-2-page-123.htm>> Acesso em: 10 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Desvastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. 9 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

PASINATO, Wânia; COLARES, Elisa Sardão. Pandemia, violência contra as mulheres e a ameaça que vem dos números. **Psicanalistas pela democracia**, 2020. Disponível em <<https://psicanalisedemocracia.com.br/2020/04/pandemia-violencia-contra-as-mulheres-e-a-ameaca-que-vem-dos-numeros-por-wania-pasinato-e-elisa-sardao-colares/>> Acesso em: 10 ago. 2022.

PENACHIONI, Júlia Battistuzzi et al. *Violência sexual em conflitos armados e em ataques generalizados ou sistemáticos: a criminalização pelo Tribunal Penal Internacional*. <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/4482-violencia-sexual-emconflitos-armados-e-em-ataques-generalizados-ou-sistematicos-a-criminalizacao-pelotribunal-penal-internacional>-Acesso em, v. 13, n. 09, p. 2021, 2017. PERROT. Michele. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 7ª ed. – Rio De Janeiro|São Paulo: Paz & Terra, 2017.

SEGATO, Rita Laura. Las nuevas formas de guerra contra las mujeres. **Revista Sociedade e Estado**, v. 29, n. 2, 2014. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/se/a/XSfjZV5K7f9HkTy5SLTp7jw/abstract/?lang=es>> Acesso em: 22 ago. 2022

TOSI, Lamia Jorge Saadi. A banalização da violência e o pensamento de Hannah Arendt: um debate ou um combate?. **Revista LEVS**, v. 19, n. 19, 2017. Disponível em <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/7022>> Acesso em: 01 set. 2022.

Capítulo 7
**EFEITO BACKLASH: UMA ANÁLISE DOS CASOS MAIS
EMBLEMÁTICOS À LUZ DE TEORIAS CONSTITUCIONAIS**
Letícia Pereira de Alvarenga Tavares
Thais Carreira

EFEITO BACKLASH: UMA ANÁLISE DOS CASOS MAIS EMBLEMÁTICOS À LUZ DE TEORIAS CONSTITUCIONAIS

Letícia Pereira de Alvarenga Tavares

Pós-Graduanda no Mestrado de Direito Constitucional pela UFF. Pós-Graduada em Residência Jurídica pela UFF. Graduada em Direito pela UFRJ. E-mail:

tavaresleticia@id.uff.br

Thais Carreira

Pós-Graduanda no Mestrado de Direito Constitucional pela UFF. Especialista em direito privado patrimonial pela PUC-RJ. E-mail: thais_carreira@hotmail.com

RESUMO

Este artigo investiga quais são os limites da mutação constitucional e como o clamor popular influencia o Efeito Backlash na jurisdição constitucional brasileira. Além disso, busca-se com esse estudo analisar casos concretos específicos e recentes que sofreram o Efeito Backlash, inclusive abordando aspectos críticos em torno do ativismo judicial que é inerente às decisões da suprema corte brasileira. Analisa-se o tema com base nas teorias constitucionais de Ronald Dworkin, Cass Sustein e Post e Siegel, bem como as utiliza para entender a prática constitucional e suas repercussões.

Palavras-chave: Backlash. Ativismo judicial. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

This article investigates the limits of constitutional mutation and how popular outcry influences the Backlash Effect in Brazilian constitutional jurisdiction. In addition, this study seeks to analyze specific and recent concrete cases that suffered the Backlash Effect, including addressing critical aspects around the judicial activism that is inherent to the decisions of the Brazilian Supreme Court. The theme is analyzed based on the constitutional theories of Ronald Dworkin, Cass Sustein and Post and Siegel, as well as using them to understand constitutional practice and its repercussions.

Keywords: Backlash. Judicial activism. Constitutional mutation.

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional brasileira tem como premissa o princípio da supremacia da constituição, e todo e qualquer outro ato normativo ou executivo devem

obediência às normas e princípios expressos e implícitos na nossa carta maior. Ultimamente, inclusive devido à grande publicidade dos atos decisórios da suprema corte do Brasil, muitas das decisões do Supremo Tribunal Federal estão sofrendo pressão popular, conseqüentemente ganhando um viés político considerável, o que gera uma pressão no legislador a editar leis que vão de encontro às decisões do STF, a exemplo do caso da vaquejada. A corte vem revisando decisões de forma repentina, como podemos citar os contraditórios entendimentos acerca da execução provisória da pena em segunda instância.

Essas mudanças frequentes de posicionamentos acabam por potencializar a insegurança jurídica. O Efeito Backlash é justamente essa resistência a algumas decisões da suprema corte que, com frequência, deixa transparecer um ativismo judicial inerente às mutações constitucionais, o que pressupõe muitas vezes uma quebra na separação dos Poderes, devendo assim sofrer limitações. Tal postura revela uma atuação ativa do Judiciário, em sobreposição aos demais poderes, que não se confunde com maior quantidade de demandas, mas com incidência mais significativa de seu poder decisório frente a casos difíceis.

Diante do exposto percebemos que o clamor popular em determinadas decisões judiciais, leis ou ato administrativos, acaba por influenciar na reação legislativa ou do próprio judiciário para retornar ao “status quo ante”, inclusive pelo fato de muitas decisões que visam tutelar direitos de minorias, deixam uma maioria inconformada, ocasionando a reação e o conseqüente Efeito Backlash.

A partir disso, surgem indagações relevantes como: a soberania popular influencia até que ponto as decisões do Supremo Tribunal Federal? É possível limitar o instituto da Mutação Constitucional?

Vale lembrar muta o constitucional pode ser entendida como uma mudança informal da Constitui o, por não utilizar o Poder Legislativo através das emendas constitucionais. Isso significa que há possibilidade de se atribuir uma nova interpreta o sem altera o do texto a uma norma, modificando-se o entendimento acerca do tema ela envolve.¹⁴

  de grande importância entender também a jurisdi o constitucional, exercida pelo controle de constitucionalidade, para que se possa fortalecer o Estado

¹⁴ CL VE, Cl merson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Muta o constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência

Democrático de Direito e compreender melhor o movimento constitucional aqui a ser estudado.

Sabe-se que o ativismo judicial exacerbado acaba por violar princípios básicos da nossa democracia, a exemplo da separação dos poderes. É comum no meio jurídico a utilização do termo “ditadura do Poder Judiciário”, ao observar tomadas de decisões que seriam inerentes ao Poder Executivo ou Legislativo, invadindo competência de outro Poder. Em contrapartida, há o fortalecimento do poder popular, que pode ser exercido de forma indireta ou direta, causando o Efeito Backlash das decisões jurisdicionais, deixando transparecer o mandamento constitucional de que todo o poder emana do povo.

O presente artigo é elaborado a partir de uma minuciosa pesquisa bibliográfica preliminar, o intuito é realizar um debate de ideias entre pesquisadores, doutrinadores e operadores do direito, com o fito de coletar informações e opiniões fidedignas para que seja possível compreender melhor o recente fenômeno Backlash no Brasil, com viés mais radical, quando comparado com sua origem estadunidense.

1.0 Ativismo Judicial e o efeito “backlash”

Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social e até mesmo política. É evidente que a finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, tampouco a inovação no ordenamento, porém é preciso cautela ao proferir determinadas decisões, adentrando em esferas e competências não outorgadas à Corte pelo poder constituinte originário.

O efeito backlash ocorre em situações que há a existência de direitos fundamentais notórios, apresentando-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos possam ter garantidos efetivamente seus direitos e deveres.

A expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil depois da Constituição Federal de 1988, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que vem resolvendo cada vez mais questões sociais, políticas e morais, potencializou o engajamento da população quanto ao

que vem sendo decidido nas cortes. Muitas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, já se espera, em um contexto plural como o do Brasil, que causem reações negativas por parte da população. A essa resposta contrária da sociedade às decisões do Supremo Tribunal Federal, como o caso da união homoafetiva, em específico àquelas decisões nas quais se interpreta a Constituição, a teoria constitucional deu o nome de backlash.

Inserido no contexto do denominado Constitucionalismo Democrático, o fenômeno backlash é visto como uma ferramenta de ampliação da legitimidade democrática do sistema jurídico, na medida em que representa a possibilidade de participação do povo na leitura dos significados do texto constitucional. E é exatamente com base nessa leitura que o presente trabalho visa analisar o backlash à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em algumas ações de controle de constitucionalidade previamente selecionadas.

1.1. Efeito “Backlash” na Jurisdição Constitucional Brasileira

Ainda que tenha sido pouco discutido pela maioria dos doutrinadores brasileiro, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e internacional. É possível observar a utilização ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. A título exemplificativo, observa-se de maneira comumente em julgamento que envolve direitos sociais, tendo em vista a amplitude e urgência da demanda ali debatida.

E, ainda, a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família que, a depender da matéria demandada, pode-se gerar uma vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

Esse efeito é observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada e as pessoas sejam impactadas de maneira imediata. Em alguns casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 do Distrito Federal¹⁵ que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou:

“a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como “backlash” expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades(..). E obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular”. (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito “backlash” devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Essa “pressão” foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF¹⁶, que discutiu sobre a questão da interrupção voluntária da gravidez, cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, que entendeu no sentido de dar amplitude e extensão do tema discutido, convocando como *amicus curiae* variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira gradativa, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.

Esses foram alguns exemplos de como tem sido observado o efeito na prática constitucional de jurisdição brasileira. Antes de adentrar, especificamente, aos aspectos teóricos do fenômeno backlash e considerações na visão de alguns doutrinadores, é necessário fazer uma breve incursão em algumas teorias constitucionais.

¹⁵Ação Direta de Constitucionalidade 29 do Distrito Federal. Acesso em 17 de julho de 2022: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>

¹⁶ADPF n.º 442/DF. Acesso em 17 de julho de 2022: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>

2. Teorias Constitucionais e o diálogo entre juristas

Nesse contexto, as questões de reflexão atuais versam menos sobre se o Poder Judiciário deve exercer papel significativo dentro do funcionamento dos três poderes e se deslocam para como a atuação do Poder Judiciário deve ser desenvolvida na coordenação do convívio da sociedade brasileira, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal.

Ao considerar que ela vem decidindo questões sensíveis ao imaginário da sociedade brasileira, conforme já mencionado, como a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, união homoafetiva, entre outras, não é surpreendente que a população tenha cada vez mais se engajado nas discussões desses temas e reagido (positiva ou negativamente) a essas decisões.

Porém, há, um novo elemento que merece ser destacado e que surge com maior visibilidade do Poder Judiciário brasileiro, que seria a possibilidade do despertar de reações populares mais significativas, acompanhadas ou não por instâncias políticas, às decisões judiciais (VALLE, 2013)¹⁷.

O fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como backlash (VALLE, 2013, p. 4)

Em contraposição ao Constitucionalismo Popular, teoria que preconiza que as decisões concernentes às Constituições devem ser tomadas apenas pelo povo, e não mais pelo Poder Judiciário (KRAMER, 2007)¹⁸ e, também, ao Minimalismo Judicial, de acordo com o qual as cortes não deveriam decidir questões “desnecessárias” de um caso concreto, limitando-se a respeitar seus próprios precedentes e exercer “virtudes passivas”, o Constitucionalismo Democrático legitima a atuação do Poder Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de

¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: . Acesso em: 5 junho 2022.

¹⁸ KRAMER, Larry. The interest of the man: James Madison, popular democracy. Valparaiso University Law Review, v. 41, n. 2, p. 697-754, 2007. Acesso em: 16 julho 2022

interpretação constitucional, de modo a potencializar o engajamento político expresso em termos de interações entre as cortes e a sociedade em geral (BUNCHAFT, 2011).¹⁹

A ocorrência do movimento constitucional desencadeado pelo efeito backlash somente é visualizado quando há uma problemática mais desafiadora na Teoria do Direito, como problema jurídico, ou seja, nos casos difíceis (*hard cases*). A partir de então será analisada como deve ser feita a atuação do Judiciário diante desses casos, os quais abrem grande margem de interpretação pelo aplicador do Direito.

2.1 Na visão de Ronald Dworkin

Ainda que o conceito backlash não seja pontualmente enfrentado por Dworkin, ele está compreendido na defesa dos direitos por meio do protagonismo judicial, em especial, o judicial review. Porém, indiretamente, ele o faz ao responder como juízes julgam e deveriam julgar casos difíceis, o que nos leva a indagar: Seriam essas decisões proferidas pelos juízes de cunho políticas? Deveriam os juízes tomá-las em bases políticas?

Segundo Dworkin²⁰, ao contrário do que defende Hart, mesmo em casos difíceis há sempre uma resposta juridicamente correta, competindo ao julgador encontrá-la a partir de uma atividade interpretativa do direito sob o ponto de vista da moralidade, conforme será esposto a seguir.

Quando o juiz decide um caso difícil com base em padrões que não pertencem ao direito, usando seu discernimento pessoal (discrição forte), ele não age segundo um dever legal ou uma obrigação jurídica preexistente, mas, ao contrário, ele cria o direito para o caso concreto. Quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discrição, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.

Dworkin não concorda com a tese de incompletude do direito. Ele contesta o modelo de regras e a conceituação do direito proposto por Hart²¹, por meio do seu livro “Levando os direitos a sério”, e propõe uma outra visão para a Teoria do Direito. Ele sustenta que o direito vai muito além das regras jurídicas postas de Hart, não sendo possível utilizar padrões “extrajurídicos” para decidir os casos difíceis. Para Dworkin, o

¹⁹ BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Acesso em: 19 julho 2022.

²⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²¹ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

fato de não haver uma lei ou um precedente aplicável ao caso concreto não significa dizer automaticamente que o direito não fornece nenhuma resposta; mas apenas que o juiz terá de buscar padrões de direito que estão além das regras jurídicas postas.

Essa é a principal crítica à teoria do poder discricionário de Hart, pois Dworkin exclui do conceito de direito alguns aspectos muito importantes do cotidiano jurídico. Ele afirma que existem certos padrões constantemente usados pelos tribunais, padrões que são diferentes das regras jurídicas, mas se mostram tão relevantes quanto elas, que também pertencem ao direito. Ao estabelecer um teste de pedigree para separar o que é direito e não-direito, em uma tentativa de validar o que é direito, Hart acaba por deixar de fora esses padrões, que exercem um papel de extrema importância na vida jurídica, sendo uma falha de seu modelo.

Há muitas razões para crer que os juízes devem se preocupar, em suas decisões, com a proteção de direitos individuais e de grupo, e não com a promoção do bem-estar coletivo. Esta última tarefa é tipicamente atribuída aos poderes Legislativo e Executivo, os quais, nas democracias representativas, são formados por membros eleitos pela comunidade para criar e concretizar as políticas públicas demandadas. Os membros desses poderes contam com uma vantagem que advém do princípio democrático da soberania popular: por serem escolhidos por meio do voto dos cidadãos, detêm legitimidade para atuar no sentido de atender às demandas coletivas. Os juízes, pelo contrário, por não serem eleitos, na sistemática brasileira, não detêm essa legitimidade, o que constitui uma “dificuldade contramajoritária”:

Ao contrário das decisões judiciais, as decisões sobre políticas devem seguir um processo político que considere precisamente as vontades dos eleitores, levando em consideração os diferentes interesses representados pelos membros eleitos.

Embora a separação de poderes não seja uma separação rígida, Dworkin entende que as decisões judiciais não podem ser fundadas em argumentos de política, pois isso significaria admitir uma decisão judicial pautada em elementos extrajurídicos e traduzida na linguagem finalística dos parlamentares eleitos. Dworkin sustenta que os juízes não possuem essa prerrogativa, razão pela qual as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser justificadas por argumentos de princípio, e não de política.

Dessa forma, a teoria do poder discricionário forte desvirtua o princípio democrático da soberania popular, ao admitir que os juízes decidam com base em

políticas, impondo suas próprias razões para, como legisladores, criarem o direito para a situação apresentada.

Portanto, ainda que a estabilidade política seja importante, o Judiciário é responsável por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, serão trunfos contra a maioria, a despeito das possíveis reações contrárias à decisão. Significa dizer que, para o juiz dworkiniano, este não pode se guiar por receios de reações violentas (backlash) e ultrajantes, pelo contrário, deve justamente reafirmar o compromisso da comunidade com a justiça e o igual respeito a cada cidadão.

Ainda que o backlash não seja pontualmente enfrentado por Dworkin, ele está compreendido na sua defesa dos direitos por meio do protagonismo judicial, que não devem capitular diante de reações adversas de majorias orientadas por racionalidades convencionais.

2.2 Na visão de Robert Post e Reva Siegel

Robert Post e Reva Siegel²² entendem que o constitucionalismo democrático garante o papel de um governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes mas reconhecer o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana.

Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do judicial review (POST; SIEGEL, 2007, p. 379). Para os autores, a premissa do Constitucionalismo Democrático reside justamente no fato de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, o que se dá no momento em que os cidadãos reconhecem a Constituição como própria.

Essa crença, para Robert Post e Reva Siegel, é sustentada por tradições de engajamento popular, que autorizam os cidadãos a não só interpretar a Constituição, como também a se opor a quem quer que a esteja desrespeitando (POST; SIEGEL, 2007).

²² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007

Dentro do Constitucionalismo Democrático, fortemente marcado pelo pluralismo de posicionamentos políticos e pela possibilidade de debate acerca da interpretação da Constituição, como em um processo de mutação constitucional, torna-se inquestionável que as manifestações e/ou reações populares contrárias a certa interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário engrandecem a essa legitimidade.

Conforme já dito, é dado ao povo a abertura necessária para o debate acerca de como a Constituição deve ser aplicada, por isso, nada mais razoável e esperado do que haver discordâncias acerca da posição adotada pelo Poder Judiciário naquelas decisões em que se interpreta a Constituição. A essas reações populares mais significativas, a teoria constitucional deu o nome de backlash.

Dentro da teoria constitucional, ele vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. No Brasil, é o caso especialmente das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático.

No cenário internacional não é novidade, principalmente na história dos Estados Unidos, que despontam reações de toda ordem havidas em decorrência do julgamento dos conhecidos casos como: *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, que provocaram intensa discussão acerca do poder da Suprema Corte de dar respostas a questões de ordem social e institucional tão caras à população. Neste ponto, esclarece-se que o conceito de backlash não se associa com erro ou acerto da decisão objeto da reação. Não há, por assim dizer, um liame inexorável entre a reação social e a correção da decisão.

Nesse sentido, “Está-se então no plano puro e simples da manifestação do dissenso a uma alteração brusca do status quo – sem que se possa afirmar aprioristicamente que essa divergência seja em si boa ou ruim; o que ela expressa é em princípio, o descontentamento com a solução. A reação à mudança brusca – e em síntese é disso que se cuida quando se alude a backlash – só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão)

que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si (VALLE, 2013, p. 9).²³

É em razão dessa alteração na ordem das coisas que, muitas vezes, existem reações negativas àquelas decisões do Judiciário, principalmente as proferidas pela Suprema Corte, que interpretam a Constituição de modo a ampliar e reconhecer o direito das minorias, mas que não se trata apenas de reações negativas a “decisões ruins”.

2.3. Na visão de Cass Sustein

O conceito mostra-se ser o mais apropriado para os estudos modernos nas palavras de Cass Sunstein (2007. p.1), cuja discussão, para o autor, acerca do tema, acentua que o backlash trata-se de: “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”. Ainda vale tecer também alguns comentários sobre o tema advindo de George Marmelstein (2015. p. 3).

O autor é um dos pioneiros dos estudos sobre o backlash, no Brasil, para o qual aduz que tal efeito seria um contra-ataque a uma deliberação judicial que poderia decorrer de várias frentes, sendo o poder legislativo o vetor para o efeito, com a revisão de leis, cuja decisão foi atacada pela natureza política implicada com a mudança do perfil da alta corte, advinda da escolha dos governantes conservadores ou progressistas. Isso, claro, tendo sempre como subjacente a sociedade que pode alterar significativamente a decisão atacada, seja o efeito de curto ou longo prazo. Infere-se, assim, que a sociedade não estaria mais conformada em aceitar toda decisão judicial advinda de cortes supremas, reagindo de forma a tentar ir contra essa decisão, pois mudar ou manter o status quo de acordo com suas convicções culturais, sociais e políticas podem fazer surgir um verdadeiro descontentamento do cidadão.

No entanto, muitos autores não concordam com a definição de backlash, na visão de Sustein, aduzindo que nem sempre o backlash pode ser insurgido em face apenas do judiciário ou da mais alta corte do país, podendo aparecer em face às decisões de tribunais internacionais, do Legislativo ou outra entidade estranha ao judiciário, porém, não cabe

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: . Acesso em: 9 junho 2022.

aqui discutir pormenorizadamente tal tese, visto que o conceito de backlash, definido por Sustain (2007. p. 1), é apenas um ponto de vista sobre o tema.

Assim, é relevante atentar para o fato de se suscitar a investigação que o efeito backlash provocado, na maioria dos casos, no ambiente Legislativo, por ações e os casos em que houve reação do congresso oriunda de decisões do STF em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, podem servir para a percepção do controle concentrado como potencial indutor do efeito no Brasil. Pode-se apontar a razão dessa premissa, o fato de o STF poder aquilatar decisões originadas de leis municipais, estaduais e federais, ainda que ocorra em relação a leis de todos esses entes prolatadas anteriormente à Constituição de 1988. Isso levou a suprema corte a tratar de temas relevantes. As leis que tratam das temáticas, de grande carga polêmica, foram elaboradas antes da constituição atual, carregadas de preceitos ultraconservadores, ainda não observados os princípios suscitados constitucionalmente e que foram alvos de discussão justamente via ADPF, que permite atacar leis de todas as esferas de governo e anteriores ao atual texto constitucional (FONTELES, 2019, p. 170-171).

Interessante observar ainda que a possibilidade de alargamento dos legitimados a propor a impetração de ações de controle constitucional concentrado, como se observa a partir da tramitação da Projeto de Emenda à Constituição - PEC - 31 de 2017, no Congresso Nacional, pode induzir ainda mais o efeito backlash, que seriam mais agentes com poder de levantar a constitucionalidade de temas espinhosos, levando a ação do STF em se posicionar sobre tais temas. O projeto de emenda pretende ampliar ainda mais o rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, se estendendo ao Defensor Público Geral, equiparando a Defensoria Pública ao Ministério Público, quando confere poder ao PGR de entrar com ADC, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) e ADPF.

Fonteles²⁴ afirma que o backlash jurídico pode ser entendido em um sentido amplo e em um sentido estrito: em sentido amplo, como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do poder público (leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhe faça às vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como acontecimentos historicamente nomeados como movimentos

²⁴ FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Salvador: Juspodivm, 2019

sociais, a título de exemplo: Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina etc..

Em um sentido estrito, o backlash designa as relações sociais (backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do status quo. Para um melhor entendimento de como o mencionado efeito se estabelece, discute-se, a seguir, a relação entre as ações do Supremo Tribunal Federal e o efeito em comento.

Interessante registrar, portanto, que a teoria defendida por Cass Sustein que, segundo ele, o Judiciário deveria apenas decidir apenas de forma restritiva, atendo-se ao caso concreto, deixando a decisão sobre a questão polêmica para a sociedade ou para o legislativo, a chamada teoria minimalista²⁵ (ZAGURSKI, 2017, p. 89).

Porém, essa teoria não tem como ser aplicada no Brasil, tendo em vista o funcionamento do controle de constitucionalidade que também tem caráter abstrato nas formas aceitas na CF, pelo modo concentrado, conferindo efeito vinculante e erga omnes às decisões do STF, o controle de constitucionalidade integra o objeto e a causa de pedir da lide, não havendo, portanto, um caso concreto a se analisar nesse formato.

O controle concentrado é o plano de atuação do STF, quando se fala em sua atuação para gerir decisões que podem sofrer reveses, por parte do Legislativo, e está espreado nos arts.102 e 103-A, nos quais são especificados quais e em que circunstâncias as vias de controle constitucional são invocadas. Interessante destacar que o efeito vinculante e erga omnes aplica-se sobre todos os órgãos do poder Judiciário, exceto o próprio STF, e da administração direta e indireta, em todas as esferas.

Nota-se, porém, que o Legislativo não está adstrito a tal regra, pois tem liberdade plena de atuação quando da iniciativa e elaboração da normatização. Essa exceção, justamente, é a que permite o provável surgimento do backlash, pois se o Legislativo seguisse a regra da vinculação e do efeito erga omnes, características intrínsecas do controle constitucional, não poderia surtir o efeito backlash nesta forma de exteriorização. Trata-se de limitações dadas pelo Poder Constituinte com o intuito de

²⁵ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlsh: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2022

evitar um engessamento do sistema constitucional, idealizado para cumprir com as constantes mutações e necessidades do povo.

3. Casos emblemáticos com Efeito Backlash

Inicia-se uma análise acerca dos casos mais emblemáticos envolvendo o fenômeno constitucional em discussão, para que seja possível visualizar além da teoria constitucional o seu âmbito de aplicação prática.

3.1 ADI 4.983: Caso da (in)constitucionalidade da Vaquejada²⁶

O caso, objeto de controle de constitucionalidade, decorreu da edição da lei 15.299/2013, originária do Estado do Ceará, que regulamentava a prática da vaquejada. Houve um debate sobre a constitucionalidade da mesma, visto que os argumentos residiam justamente na questão relacionada aos maus-tratos intrínsecos sofridos pelos animais, o que seria incompatível com a proteção ambiental tutelada na legislação brasileira.

E assim decidiu o STF que, ao criminalizar essa prática, gerou uma forte reação social, um inconformismo, visto que em muitos lugares essa prática faz parte da tradição de um povo, é uma prática cultural, desta forma, também fazendo parte do meio ambiente cultural e merecendo tutela protetiva. Percebe-se um conflito de interesses salutar, mas o debate a ser feito no presente estudo se relaciona à atuação do STF, questiona-se se houve ou não invasão na esfera legislativa.

A prática da vaquejada é muito impactante para determinadas regiões do Brasil, inclusive sendo uma fonte de renda considerável. Isso foi fundamental para a reversão da decisão do STF pelo Congresso Nacional, que acabou por incluir o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que

²⁶ Acesso em 20 de julho 2022
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Diante da edição de norma permissiva por parte do Congresso Nacional, houve uma amistosa aceitação por parte dos Poderes, o que era de se esperar, já que seria o mais fiel cumprimento dos ditames de uma sociedade democrática, respeitando a legitimidade popular dos legisladores derivados. A participação efetiva dos destinatários da norma se revela como uma condição de validade, pois que democratiza o procedimento a partir da contribuição discursiva de todos os interessados. O caso da proibição da vaquejada é um excelente exemplo do Efeito Backlash, mostrando uma clara manifestação reativa por parte do povo e do Poder Legislativo.

3.2 STF. ADI 4.277 e ADPF 132: O reconhecimento da União Estável para pessoas do mesmo sexo.²⁷

A decisão em debate refere-se ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, um tema extremamente polêmico, porém à luz dos princípios constitucionais, de fácil resolução, uma vez que não há colisão entre garantias fundamentais e decidindo o Supremo Tribunal Federal pela aceitação e reconhecimento do casamento homoafetivo.

A complexidade da causa reside mais na legitimidade decisória do STF, do que propriamente no teor da decisão. Enquanto o Poder Legislativo se ocultava para não discutir o tema em destaque, pois por ser polêmico, envolve uma questão política e religiosa muito forte.

A Suprema Corte foi chamada e teve que fazer uma interpretação conforme a Constituição. Surge então uma mutação constitucional do artigo 226, §3º da Constituição Federal, com conseqüente modificação interpretativa do artigo 1723 do Código Civil,

²⁷ _____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.227. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011a. Disponível em: . Acesso em: 7 julho 2022

_____ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011b. Disponível em: . Acesso em: 7 julho 2022.

dando uma interpretação diversa da do que está disposto gramaticalmente no texto da lei, reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte. (LENZA, 2019)

Ocorre que a decisão em tela gerou insatisfação de parte da população, principalmente da ala religiosa, o que pressionou grupos políticos a atuarem para desconstituírem a decisão do STF, assim houve a tentativa de reversão através do Estatuto da Família. Segundo Marmelstein (2016).

No contexto brasileiro, o debate sobre os direitos dos homossexuais também é enriquecedor para compreender o fenômeno. Diante de um sistema jurídico excludente, o discurso de intolerância costuma ser dissimulado, já que o status quo é conveniente ao pensamento reacionário, ou seja, a discriminação é praticada “com discrição”, inclusive de forma oficial e institucionalizada, de modo que o preconceito fica latente, oculto e submerso na hipocrisia de alguns membros da sociedade.

Nesse caso, como a situação é cômoda para aqueles que não fazem parte do grupo oprimido, não há como dimensionar a força numérica do conservadorismo. Foi visível a presença do Efeito Backlash no caso em debate, porém nesse caso não houve a reversão da decisão do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo a possibilidade do casamento homoafetivo.

Porém, até hoje a discussão não foi retomada pelos Poderes Legislativo e Executivo, a morosidade e o silêncio dos Poderes refletem a rejeição na prática da ampliação efetiva da cidadania das pessoas LGBTs.

3.3 ADO 26 e MI 4733: Criminalização da homofobia e da transfobia ²⁸

Trata-se de decisão relativamente recente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, o Supremo

²⁸ Acesso em 20 de julho: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

Tribunal Federal decidiu por criminalizar a homofobia e a transfobia, equiparando ao crime de racismo. Em parte desses autos judiciais relativos a controvérsias públicas de gênero e de sexualidade, portanto, minorias constituem condição de possibilidade para a ação dos ministros do STF. Inclusive para as disputas que os ministros travam em nome dessas minorias e sobre sua identidade, arquitetando-a mais ou menos sexualizada ou afetualizada, mais ou menos conformável a convenções morais, mais ou menos delimitável.

Sem adentrar no mérito da decisão, pois nada mais justo que a total proteção à dignidade das pessoas pertencentes ao grupo LGBT, e como consequência o uso de ferramentas que visem repelir qualquer tipo de conduta discriminatória, porém o objeto do debate é outro, é sobre a legitimidade do STF para a tomada dessa decisão.

Sabe-se que nenhum ramo do Poder do Estado pode se sobrepor aos demais a ponto de gerar um desequilíbrio estatal, assim como nenhuma classe ou setor da sociedade pode se sobrepor demasiadamente em relação às outras classes ou setores, sob o risco de criar um desequilíbrio social. A razão principal do Estado é tornar a sociedade equilibrada. Para isso, o próprio Estado deve ser equilibrado. E o principal instrumento de garantia do equilíbrio das forças normativas e políticas do Estado se dá com a separação dos Poderes.

A citada decisão é bastante controversa, não pelo fato da criminalização da LGBTfobia, mas por ter sido feita pelo Poder Judiciário, invadindo uma competência que seria do Poder Legislativo, ocorrendo mais um excesso institucional do STF, gerando um desequilíbrio entre os Poderes da República.

No curso desse vácuo legislativo, o terceiro poder, o Judiciário, quando chamado a se pronunciar sobre os mais diversos temas, na ausência de norma específica, seja através da hermenêutica, ou da reinterpretação atualizada aos novos fatos e tempos, estabelece a jurisprudência e, em o fazendo, por vezes, segundo alguns, também avança sobre o domínio exclusivo do Legislativo.

Os ministros do Supremo utilizaram de estratégia semelhante ao que foi feito para garantir o direito de greve dos servidores públicos, quando a suprema corte reconheceu a mora a omissão legislativa e aplicou o regramento do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. No entanto a decisão por criminalizar a homofobia e a transfobia se torna mais complexa por envolver direito penal, que tem como uma das

premissas fundamentais o princípio da legalidade e a proibição da analogia in malam partem.

De acordo com o mestre Bitencourt (2019)²⁹, os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alcançadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

O Efeito Backlash dessa decisão do STF parte de uma grande população conservadora do nosso país, na maioria das vezes motivada não por motivos jurídicos, mas por motivos religiosos. Esse clamor popular fez com que congressistas da ala conservadora e religiosa agissem para esgotar o efeito da decisão, através de projetos de lei e decretos legislativos. “Fica evidente a resistência das propostas legislativas que visam o enfrentamento criminal da LGBTIfobia, articulada especialmente por setores que se utilizam de razões religiosas para que não ocorra um debate democrático” (BORRILLO, 2018).

3.4 ADPF 442: a legalização do aborto de até o terceiro mês da gestação

Tema bastante atual, o debate jurídico em torno da possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação, vem ganhando grande repercussão a nível nacional, tema este colocado repetidas vezes em pauta para análise judicial.

A ADPF 442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o intuito é excluir a incidência no crime de aborto, a interrupção voluntária da gestação até a décima segunda semana. A primeira turma do STF já julgou, em um caso concreto, no sentido da descriminalização do aborto. De acordo com Pereira (2019), a referida ADPF se fundamenta principalmente em direitos fundamentais inerentes às mulheres, ligados à cidadania e à dignidade da pessoa humana. A criminalização do aborto obrigaria

²⁹ BITENCOURT, C. R.. Tratado de Direito Penal: parte geral. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

as mulheres a recorrerem a procedimentos pouco seguros, colocando suas vidas em risco, principalmente em casos de mulheres pobres.

Desta forma ferindo direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida e à igualdade, citando ainda os danos físicos e psicológicos provenientes desta proibição. O pleno do Supremo Tribunal Federal, desde então, faz debates com a sociedade, através de audiências públicas para pacificar o assunto. Porém, mais uma vez se discute a questão do ativismo judicial.

O julgamento desse caso deixa transparecer uma postura proativa do Poder Judiciário, porém esse assunto poderia perfeitamente ser trabalhado no congresso nacional, legitimado para discutir e aprovar disposições legais no que se refere ao direito penal. O debate sobre o tema em questão sofre o Efeito Backlash em duas frentes, a primeira no que se refere ao “roubo de competência” e a segunda referente a pressão de uma parcela mais tradicional da sociedade, principalmente ligadas a instituições religiosas. Apesar da laicidade do Estado, bases religiosas ainda têm o papel de destaque na sociedade brasileira, e a pressão dessa população é influente.

Quanto maior a hegemonia religiosa em uma comunidade, mais desafiador se torna transformar esse debate de antagônico a agonístico. Na última Constituição brasileira, apesar da afirmação da laicidade do Estado e de uma série de direitos de igualdade, a hegemonia foi suficiente para barrar que previsões sobre saúde reprodutiva fossem inseridas diretamente no texto constitucional. (LOUZADA, 2020).³⁰

O tema em debate ainda não foi decidido, há um debate entre instituições com a finalidade da resolução de feito da melhor forma, possivelmente ocorrerá uma decisão pacificada em um futuro breve.

3.5 Discussão sobre a prisão provisória em segunda instância³¹

A discussão acerca da possibilidade da prisão em segunda instância ou somente após o trânsito em julgado vem tomando dimensões cada vez mais midiáticas e contraditórias, isso devido ao fato de mudanças constantes de entendimento por parte

³⁰ LOUZADA, G. R. R. Constitucionalismo Agonístico: a questão do aborto no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020

³¹ PERALTA, T. J.. Prisão em Segunda Instância e Efeito Backlash. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2018.

do Supremo Tribunal Federal, deixando a impressão de que a Constituição pode ser modelada ao bel prazer dos ministros.

A tarefa de desvendar ou atribuir sentido e promover a adequada aplicabilidade aos princípios não é das mais fáceis. Muitas vezes, o intérprete constitucional é obrigado a ser demasiadamente criativo na tentativa de dar aplicabilidade plena aos princípios constitucionais. Essa “atividade criativa” dos magistrados redundando no chamado ativismo judicial, entendido esse como uma extrapolação da atividade judicial típica, tal como prevista originalmente na constituição.

Apesar do debate não ser novo, ganhou visibilidade na época da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quando foi condenado em segunda instância e começou a cumprir a pena de forma definitiva, pouco depois o STF mudou o posicionamento e ocasionou a soltura de diversos presos sem trânsito em julgado pelo Brasil.

Essas constantes mudanças de posicionamento sobre uma única matéria causam insegurança jurídica e deixa impressão de que no Brasil não se julga fatos e sim pessoas. Mesmo entre os juristas, ao lado de critérios como “não deferência ao legislativo” e a “inovação na ordem jurídica”, há uma impressão de que ativismo é sinônimo de uma atitude “indesejada”, ainda quando não se tenha precisa ideia dos parâmetros sob os quais um pronunciamento judicial é “inadequado”.

O rótulo ativismo, portanto, pecaria pelo mesmo defeito que pretende criticar em sua dimensão política ou ideológica: seria uma definição voltada aos resultados almejados pelo crítico, e não instrumento de objetiva avaliação. Em verdade, a relação entre ideologia política e crítica judicial apresenta-se com um dos grandes obstáculos à cientificidade do debate sobre ativismo e remete a um problema importante na Teoria do Direito: a influência das preferências individuais nas concepções jurídicas. (LIMA, 2013) ³²

A matéria em questão sofre Efeito Backlash, principalmente devido aos laços estreitos com o sentimento anticorrupção que tomou conta da opinião popular nos últimos anos, se evidenciando através de manifestações populares, inclusive com evidente influência nas eleições. Essa pressão popular fez com que congressistas se

³² LIMA, F. D. S.. *Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013

movimentassem no sentido de pacificar a matéria, no entanto é um tema sensível e divide opiniões dentro do congresso.

Caso a Suprema Corte volte a analisar o tema e reveja o entendimento, este será mais um exemplo do efeito backlash em nosso ordenamento, na medida em que uma decisão mais progressista do STF, no sentido de combater a corrupção, bem como os mecanismos para que se atinja a prescrição da pretensão punitiva estatal, ensejou uma reação muito forte de um grupo conservador, capaz de alterar o entendimento e retornar ao status quo ante. Interessante ressaltar que a matéria em questão sofreu Efeito Backlash por diversas vezes em decisões conflitantes, tanto é que os ministros do STF já mudaram de entendimento por quatro vezes.

A corte age estrategicamente tentando evitar um esperado efeito backlash de sua manifestação se socorrendo da própria jurisprudência para se declarar atada a um dever de consistência no tempo para não ter que tomar decisões politicamente polêmicas. No segundo, o agir estratégico pode ser individual e explicado, por exemplo, pela dinâmica de funcionamento da própria corte e pela pouca influência do voto dissidente sobre a cadeia de precedentes que se forma com a decisão passada e o julgamento do caso atual.

Essas são apenas hipóteses não exaustivas para sustentar o argumento geral de que a observância de um precedente não é necessariamente convergente com a posição substantiva que um ministro pode ter sobre a questão jurídica especificamente sob discussão, e tampouco que ela está sustentada pelas razões de fundo que justificam a aplicação de um precedente com o qual se discorde, como a igualdade, a segurança, a eficiência, a transparência, a previsibilidade ou a estabilidade do direito. Ministros podem estar convencidos da necessidade de reversão de um precedente ou terem interesses em fazê-lo, mas podem optar por, ainda assim, aplicá-lo por razões que não são propriamente jurídicas, estejam elas relacionadas ao próprio caso atual ou ao impacto do julgado sobre a solução de outros problemas com ele relacionados.

Já tramita na Câmara dos Deputados uma PEC-proposta de emenda à constituição- que visa pacificar a matéria acerca da possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância pelos tribunais de justiça dos Estados e pelo TRF, trata-se da PEC 199/19, que sofre críticas de quem defende a prevalência constitucional do princípio da presunção de inocência.

CONCLUSÕES

No transcorrer do presente estudo foi possível perceber um contexto demasiadamente complexo inerente a temas que precisam ser aprofundados e debatidos no âmbito dos diversos ramos do Direito. O contexto histórico relacionado ao desenvolvimento da jurisdição constitucional é bem esclarecedor quando aponta a sequência lógica e os fatos que desencadearam a necessidade de se formar um Poder apto e discutir as questões constitucionais e servir de garantidor dessas normas fundamentais a todo Estado Democrático de Direito.

A mutação constitucional é um instituto bastante usado na jurisdição constitucional brasileira, é de fundamental relevância essa ferramenta para que seja possível moldar a Constituição à evolução social, importante frisar que a nossa Constituição é rígida, exigindo formalidades mais severas para a mudança por meio do Legislativo. No entanto, esse instituto é muito perigoso à democracia, podendo o seu uso indiscriminado lesar a separação dos poderes, assim é fundamental pôr limites ao realizar as interpretações das normas, respeitando o campo de atuação dos outros poderes constituídos.

O presente trabalho trouxe interessantes debates acerca dos riscos do Ativismo Judicial, usando argumentos contrários e a favor do seu uso, pois de um lado existe a necessidade de se garantir o cumprimento das normas fundamentais, em outro temos a flagrante negligência dos Poderes constituídos no sentido de cumprir com a sua função executiva ou legislativa na direção da garantia desses direitos. Porém a situação é de extrema complexidade, pois o Ativismo Judicial tem a capacidade de combater uma lesão constitucional causando outra lesão. A fórmula para esse impasse seria uma ação coletiva entre os poderes, com ações dialógicas.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, estão cada vez mais expostas à opinião popular, pois com o avanço tecnológico, a transparência das decisões e o fácil acesso tornam as decisões judiciais cada vez mais passíveis de críticas. O Efeito Backlash surge nesse contexto de insatisfação popular perante determinadas decisões, e essa pressão popular estimula a reversão da decisão pelo próprio Poder Judiciário ou através dos outros poderes, por exemplo, quando o Poder Legislativo aprova leis diametralmente contrárias à interpretação jurídica feita pelo Poder Judiciário. O citado

fenômeno é muito importante para o fortalecimento democrático da sociedade, pois é uma manifestação direta da soberania popular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.227. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011a. Disponível em: . Acesso em: 7 julho 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011b. Disponível em: . Acesso em: 7 julho 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no 45/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2004. DJ: 4 de maio de 2004. Disponível em: . Acesso em: 28 julho. 2022.

BORRILLO, D.. Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer. Porto Alegre: UFCSPA, 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: . Acesso em: 9 maio 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

_____. Is there such thing as a radical constitution? In: BUSTAMANTE, Thomas; fernandes, Bernardo G. (Ed.) Democratizing constitutional law: perspective on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. Switzerland: Springer, 2016a. p. 233-245.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Salvador: Juspodivm, 2019

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KRAMER, Larry. The interest of the man: James Madison, popular democracy. *Valparaiso University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 697-754, 2007. Acesso em: 16 julho 2022

LENZA, P.. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

LOUZADA, G. R. R.. *Constitucionalismo Agonístico: a questão do aborto no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020

MARMELSTEIN, G.. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. 2016.

PERALTA, T. J.. *Prisão em Segunda Instância e Efeito Backlash*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2018.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007.

SUSTEIN, Cass R. *Backlash's travels*. University of Chicago Public LAW& Legal Theory. Working Paper nº157, 2007.

_____, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]*. 2013. Disponível em:
https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_e_democr%C3%A1tica. Acesso em: 9 julho 2022

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. *Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos*. *Revista da AGU, Brasília-DF*, v. 16, n. 03, p. 87-108

Capítulo 8
ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA: REINCIDÊNCIA E
CONFISSÃO PRESENTES NUM MESMO CASO PRÁTICO
Alex Andrade Alves

ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA: REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO PRESENTES NUM MESMO CASO PRÁTICO

Alex Andrade Alves

*Bacharel em Direito, Faculdade UNIME de Ciências Jurídicas, Campus de Lauro de Freitas,
Bahia.*

E-mail: alex.andrade.alves@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal apresentar uma discussão sobre o concurso de agravantes e atenuantes, na dosimetria da pena, a partir da análise de um caso prático, apresentado em caráter hipotético, no interior de uma componente curricular de Direito Penal – Teoria das Penas. Tal caso versava sobre um crime de roubo, na modalidade tentada, conforme artigo 157 do Código Penal (CP) brasileiro, no qual o seu autor, simultaneamente, é reincidente e confessa a prática criminal. Metodologicamente, esse estudo se estrutura como uma pesquisa de cunho bibliográfico, na qual foram analisadas as divergências estabelecidas entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Superior Tribunal Federal (STF) acerca do caso em comento. Por fim, o artigo aponta como premissa as recomendações apresentadas pelo STJ, haja vista que o STF foi convidado para analisar matéria a respeito desse caso e declinou da análise por não se tratar de matéria de ordem constitucional.

Palavras-chave: Concurso. Agravante. Atenuante. Dosimetria. Pena.

INTRODUÇÃO

É muito comum, durante a realização do curso de Direito, que alguns acadêmicos sejam submetidos à análise de casos práticos. É o que muitas faculdades chamam de prática jurídica, ou seja, são situações nas quais os acadêmicos são colocados diante de casos que se aproximam com a realidade na qual estarão inseridos enquanto futuros operadores de direito. Essa é a seara desse trabalho, cujo objetivo principal é apresentar uma discussão sobre o concurso de agravantes e atenuantes, na dosimetria da pena, a partir da análise de um caso prático, apresentado em caráter hipotético, no interior de uma componente curricular de Direito Penal – Teoria das Penas.

Era o meu 3º semestre do curso de Direito, mais especificamente o semestre letivo de 2019.1. Nosso professor de Direito Penal – Teoria da Penas, convida-nos para analisar o caso prático, que será apresentado a seguir, como uma atividade que aplicava os conhecimentos discutidos, em sala de aula, sobre a Dosimetria da Pena. Ele fez toda a explanação teórica do conteúdo programático, anteriormente, e, ao seu final, colocou a turma em contato com o referido caso, com a finalidade de que pudéssemos analisá-lo, com a emissão de juízo crítico.

Sua intencionalidade inicial versava para que nós encontrássemos pontos nos quais o caso pudesse ser revisto, reconsiderado e reanalisado, por meio de critérios técnicos, peculiares aos futuros operadores de direito. Havia alguns excessos presentes no caso. O juiz, ao culminar a aplicação da pena privativa de liberdade, excedeu-se no cálculo da pena-base, na aplicação de critérios que caracterizassem o *bis in idem* e não explicitava o concurso entre a reincidência e confissão do agente, pela prática do crime de roubo, na modalidade tentada, conforme previsão legal contida no art. 157 do CP brasileiro.

Desse modo, nós fomos convocados por nosso professor a analisar o caso em tela e apresentar um juízo crítico, por meio de um viés jurídico, no qual justificássemos a reformulação da sentença, aplicando nossos conhecimentos sobre a Dosimetria da Pena. A análise é pautada em referenciais doutrinários, presentes nas obras de Bitencourt (2019), Masson (2020), Schmitt (2019) e Prado (2018); em referenciais jurisprudenciais do STF e STJ; e nas análises dos dispositivos legais que circundam a dosimetria, presentes na Constituição Federal (CF) e na legislação infraconstitucional, no CP brasileiro. Como resultado do estudo, o fato que mais chama a atenção é do caso conter o concurso entre a reincidência e a confissão de agente, na segunda fase da dosimetria, e a divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF para os casos epigrafados com o concurso em tela.

Por fim, toda a análise deveria ser fundamentada numa discussão jurídica que reformasse as ações contidas naquela situação prática. Nas seções seguintes, passa-se a apresentar os tópicos que irão compor o presente estudo, apresentando, de início, o caso que inspira a composição desse trabalho.

O CASO EM TELA: DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ROUBO (ART. 157, CP)

Antes de apresentar o caso em tela, com a finalidade de situar o leitor em relação à Dosimetria da Pena, cabe apresentar sua definição e condições de aplicação. Como recomenda Masson (2020, p. 567, grifos do autor), “cuida-se de *ato discricionário juridicamente vinculado* [...]. É o que se convencionou chamar de *teoria das margens*”. Ou seja, nas palavras do doutrinador, o ato de aplicação da pena privativa de liberdade é uma ação exclusivamente realizada por autoridade judicial competente, que consiste em fixar, por meio de parâmetros legais, o quantitativo de pena imputada a agente infrator ou a participante de uma infração penal.

Em sentido complementar, Prado (2018, p. 396, grifo do autor) amplia tal conceito destacando que “entende-se por determinação da pena, em sentido amplo, não só a fixação da espécie e do respectivo *quantum* de pena, como também a decisão acerca de sua eventual substituição ou suspensão condicional. Para efeito desse trabalho, embora seja reconhecido que a dosimetria não se resume a uma operação meramente aritmética, conforme nos ratifica Prado (2018), vamos nos ater aos seus elementos dosadores do quantitativo de pena, haja vista que a isso foi solicitada a análise do caso em comento.

Para o cálculo da pena a ser aplicada no caso concreto, o juiz leva em consideração três fases: a) o cálculo da pena-base; b) as circunstâncias agravantes e as atenuantes genéricas; e, por fim, c) as causas de aumento e diminuição de pena, com espeque nos art. 59 e 68 do CP, respectivamente, conforme transcrição abaixo.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

[...]

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL, 1940, p. 268-269)

Nesse processo, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, previstas no caput do art. 59, CP, são chamadas de circunstâncias judiciais. Por meios delas, o juiz discricionariamente valora os elementos relacionados ao agente e ao crime, em conformidade com as regras estabelecidas no supracitado dispositivo legal. Em seguida, o magistrado complementa esse processo com as circunstâncias legais, ou seja, aquelas previstas no CP e em legislação especial³³.

Como propõe Masson (2020, p. 569, grifo meu): “são suas espécies as qualificadoras, as *atenuantes* e *agravantes genéricas* e as causas de diminuição e de aumento de pena”. As atenuantes e agravantes genéricas, em destaque, por se tratar do objeto específico desse estudo. Tal dosimetria é complementada pelo cálculo da pena de multa, a partir de duas fases, a saber: a) primeiro, se calculam os dias-multa; e, em seguida, b) calcula-se o valor de cada dia-multa.

Após a exposição anterior, é o momento de apresentação do caso prático. Nele, o professor destaca que um agente rouba duas mulheres, no momento no qual elas dirigiam-se a uma farmácia, para a compra de medicamentos, decorrentes de seus problemas de saúde. O meliante simula estar armado e solicita, com grave ameaça às vítimas, a entrega de seus pertences mais valiosos. Depois de se apossar das bolsas, relógios e joias delas, ele sai do local da abordagem correndo. As vítimas começam a gritar e chamam a atenção de quem passava pela rua, apontando que tinham sido assaltadas pelo meliante que corria mais à frente. As pessoas começam a perseguir o assaltante, conseguem alcançá-lo e encontram os pertences das vítimas com ele.

Por coincidência, no momento no qual as pessoas da rua alcançaram o assaltante, passava uma viatura da Polícia Militar, que foi parada e o caso foi relatado aos agentes públicos ali presentes. Os mesmos conduziram o assaltante para uma delegacia, nas proximidades, e as devidas providências legais cabíveis foram tomadas, diante do caso. Foi instaurado o devido inquérito policial, com a indicação da ação penal correspondente e, na fase de julgamento, o magistrado aplica a pena, fixando-a com fulcro nos fundamentos a seguir.

33 NOTA EXPLICATIVA

Nesse estudo, em específico, não serão tratadas das discussões presentes na legislação extravagante, pois ainda sou um acadêmico em formação e, até então, a data de submissão do presente artigo, não estudei tal ponto, na cadeira de Direito Penal.

No caso em tela, o magistrado, ao proferir sua sentença, demarca a presença da culpabilidade, “não havendo qualquer causa que excluam os elementos que a integram”. O acusado é reincidente, haja vista que “no momento do cometimento do delito supramencionado, estava cumprido pena referente a execução criminal 0882028-67.2006.8.05.001” na Primeira Vara de Execuções Penais (1ª VEP), o que ratificam seus antecedentes criminais. A conduta social do agente também é maculada nos autos, haja vista que o mesmo “possuía a intenção de praticar o delito de roubo com grave ameaça, simulando portar uma arma, objetivando amedrontar as vítimas e subtrair seus pertences”. Sua personalidade demarca uma “forte tendência à vida voltada para o mundo criminoso”, haja vista que o réu cumpria pena quando cometeu o ato delituoso, como fica demarcado nos autos. (AMORIM JR., 2019, p.1)

Em completude, os motivos do crime se configuram como “a obtenção do lucro fácil, além da falta de compromisso com a própria vida, dos seus familiares e da sociedade de um modo geral”. As circunstâncias do crime são apresentadas na órbita de que o réu age “[...] contra duas mulheres que estavam a caminho de uma farmácia, mediante ameaça, ao simular estar armado, obrigando-as a entregar-lhe seus pertences [...]”. Quanto ao comportamento da vítima, as mesmas “[...] em nada concorreram para o evento danoso sofrido [...]”, e quanto às consequências do crime, “não houve prejuízo financeiro para as vítimas”. (AMORIM JR., 2019, p.1)

Em seguida, expressa complementarmente o magistrado:

Considerando as circunstâncias supramencionadas, que não são favoráveis, fixo-lhe a pena-base em *08 (oito) anos e 07 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão*, reduzida em *1/3 (um terço)*, diante da modalidade tentada do delito (art. 14, inciso II), fixando a pena em concreto e em definitivo, em *05 (cinco) anos e (09) meses e (04) dias de reclusão*, não havendo outras causas a serem levantadas em consideração. Aplico, ainda, pena de *12 (doze) dias multa*, no valor equivalente a *1/30 (um trigésimo)* do salário mínimo vigente à época do fato. (AMORIM JR., 2019, p. 1, grifos do autor)

Por fim, o professor especificava, no caso em tela, que o réu havia confessado o delito, para o qual havia sido condenado, mediante a autoridade policial, o delegado de polícia responsável pelo inquérito do caso, ainda que a sentença do juiz, a ser analisada, não demarcasse tal situação. Diante do caso exposto, cabia a nós, estudantes, apresentar um texto argumentativo que demarcasse as incoerências e reformulasse os termos da

sentença, diante de nossa análise crítica, perante o fato. Isso passa-se a demonstrar na seção seguinte.

A ANÁLISE DO CASO EM TELA: ARGUMENTOS UTILIZADOS

A proposta dessa seção é emitirmos um parecer ao analisar-se a dosimetria da pena e a fixação de regime, relativas ao caso hipotético-prático, presente no exercício avaliativo, disponibilizado em sala de aula e apresentado na seção anterior. Para tanto, utilizamos como fundamento principal o art. 5º, inciso XLVI, da CF (BRASIL, 2020), e os art. 59 e 68 do CP brasileiro (BRASIL, 1940). Inicialmente, será feita uma síntese dos fatos apresentados para, em seguida, passa-se a analisar os pontos específicos, conforme mencionado anteriormente.

O caso em tela é referente a um crime, tipificado como roubo, na modalidade tentada, cometido por um agente que estava cumprindo pena na 1ª VEP, conforme informações presentes no referido exercício. Em completude, o agente utilizou o emprego de ameaça, simulando estar em posse de uma arma de fogo, perante as vítimas – sendo estas duas mulheres que se dirigiam à uma farmácia – com vistas a intencionalmente subtrair os pertences das mesmas. Por fim, o agente foi perseguido por populares e preso, em seguida, sendo encontrado com ele os pertences das referidas vítimas.

Exposta resumidamente a síntese dos fatos, passa-se a examinar as causas relativas às dosimetrias aplicadas. O caso em comento é tipificado, conforme art. 157 do CP (BRASIL, 1940), na modalidade tentada, considerando que a pena atribuída deverá ser aquela cominada em abstrato, como se o crime tivesse sido consumado, fazendo-a gravitar entre o mínimo de 4 (quatro) e 10 (dez) anos de reclusão, concomitante à aplicação de pena de multa. Nesse esteio, o juiz sentenciante fixa uma pena-base de 8 (oito) anos, 7 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, sem deixar explícitas as suas motivações para o *quantum* da sanção aplicada, o que, na opinião do autor desse texto, com todo o respeito ao magistrado, fere os princípios da devida proporcionalidade e a da razoabilidade do julgamento.

Logo na análise da primeira fase da dosimetria, o referido juiz aplica uma pena-base bastante elevada, quase próxima à pena máxima, cominada em abstrato, deixando de circunstanciar suas motivações para uma valoração tão expressiva. Vê-se, na análise desse caso, uma ausência de sensibilidade do julgador, haja vista que o mesmo julga a um

semelhante e, diante disso, é oportuno que este magistrado desenvolva um senso de justiça, não somente na ordem da mensuração da culpabilidade, mas também em todo processo de aplicação da sanção penal. Muito respeitosamente falando, vislumbra-se que não estaria o referido juiz preocupado em direcionar o seu olhar para os princípios da proporcionalidade, isonomia e razoabilidade, com vistas a atingir um nível sensato de coerência, perante seus julgados.

Desse modo, após esse posicionamento crítico, passaremos a analisar as circunstâncias judiciais e legais, presentes em cada uma das fases da dosimetria. Preferencialmente, iremos apresentar os conceitos vinculados às mesmas, com fulcro no entendimento doutrinário e jurisprudencial, seja ele consensual ou divergente, com posicionamento em relação aos elementos valorativos, que deveriam estar expostos, no caso em estudo. Certamente, tais elementos serão pontuados de forma discricionária, haja vista que a dosimetria da pena-base não se mensura por meio de uma operação aritmética, pois não estaremos diante de uma circunstância que possa ser associada a uma ciência exata (PRADO, 2018; BITENCOURT, 2019; SCHIMITT, 2019).

Nesse esteio, inicia-se nossa análise por meio da *culpabilidade*, expressa pelo grau de reprovabilidade da conduta do réu, observadas as características do crime e as condições pessoais do agente (BITENCOURT, 2019; PRADO 2018). O referido julgador não adota tal perspectiva na análise dessa circunstância judicial. Muito pelo contrário, expressa a mesma literalmente dizendo que: “o réu, na oportunidade, tinha a capacidade de querer compreender e entender as circunstâncias do fato e de sua ilicitude”. (AMORIM, JR., 2019, p. 1).

Ora, pois, no caso epigrafado, vê-se que o réu age com atitude consciente e premeditada, quando se coloca diante das vítimas, com a intenção de subtrair seus pertences, simulando estar armado, o que demonstra um índice sumariamente elevado de reprovabilidade, em sua conduta, conduzindo o entendimento a mais alta censura. Desse modo, o sentenciado agiu com culpabilidade normal a espécie tipificada, motivo pelo qual eleva-se a pena mínima, cominada em abstrato, em 6 (seis) meses, como anunciado em linhas pretéritas, ou seja, discricionariamente.

Quanto aos *antecedentes criminais*, os mesmos devem ser analisados a partir dos fatos pretéritos, da vida pregressa do agente, sendo esses vinculados à seara criminal, constantes em sua folha de antecedentes, sejam esses bons ou maus. (MASSON, 2020). Indubitavelmente, não vislumbramos a presença de tal modulador, vinculado ao caso em

comento, pois o julgador adota a reincidência de uma forma equivocada. Outrossim, a mesma é expressamente vinculada à uma circunstância legal, a qual figura como agravante genérica (art. 61, inciso I, CP), a ser ponderada na segunda fase da dosimetria, conforme princípio da especialidade e previsão contida na Súmula 241 do STJ, com vistas a evitar o *bis in idem*. Desse modo, o sentenciado não revela possuir antecedentes criminais, motivo pelo qual deixa-se de valorar essa circunstância.

Em relação à *conduta social*, a mesma é interpretada, via de regra, por meio do comportamento do agente em sociedade (BITENCOURT, 2020). Pelos elementos apresentados no caso em análise, vê-se que os mesmos não expressam a forma como o sentenciado se comporta socialmente, profissionalmente ou em seu seio familiar, por exemplo. As evidências contidas nesse modulador expressam características vinculadas a outro modulador, como a culpabilidade, já valorada em esteio anterior. Desse modo, não se vislumbra a presença de tal circunstância no caso em tela, motivo pelo qual novamente deixa-se de valorá-la.

Por sua vez, a *personalidade* do réu, vista como uma síntese de seu comportamento moral e psicológico, pode ser evidenciada por meio de seu temperamento e de seu caráter, com vistas a definir sua índole e periculosidade. (MASSON, 2020). O agente possui uma forte tendência à prática criminosa, haja vista que, mesmo sofrendo sanção penal anterior, relativa à outra prática delitiva, o mesmo não foi capaz de refrear seus impulsos ao mundo do crime, insistindo furtivamente numa nova prática infracional. Isso posto, sua persistência evidencia um majorado desvio de caráter, motivo pelo qual valoramos tal circunstância proporcionalmente em mais 6 (seis) meses.

Quanto aos *motivos do crime*, evidencia-se o que pode ter levado o agente a cometer tal delito (PRADO, 2018). Em relação à obtenção de lucro fácil, o mesmo já está previsto na tipificação e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio. Desse modo, ao valorar tal circunstância, o julgador incorre novamente no *bis in idem*. Os motivos são especificados *in verbis* na “falta de compromisso com a sua própria vida, dos seus familiares e da sociedade de um modo geral” (AMORIM JR., 2019, p.1). Neles não se vislumbra como uma motivação para o delito, em comento, visto que tais características não estão relacionadas à fatores psíquicos que possam impulsionar o agente à prática criminal. Conclusivamente, portanto, deixa-se de valorar tal moderador.

Em completude, conceitualmente as *circunstâncias do crime* são os dados accidentais secundários, relativos à prática delituosa, figurando-se nas atitudes cometidas pelo agente, conforme seu modo de execução. (BITENCOURT, 2019). Nesse ínterim, conforme presente nos autos, as mesmas são desfavoráveis ao réu, haja vista que o mesmo simula estar armado, age com violência, contra duas mulheres, que caminhavam livremente pela rua, com a intenção sumária de subtrair seus pertences. No entanto, embora no caso concreto em análise as circunstâncias revelem os motivos do crime, passar-se-á a não as valorar, pois as mesmas não extrapolam os requisitos objetivos estabelecidos no fato antijurídico incriminador.

Por fim, encerrando a análise da primeira fase da dosimetria, as *consequências do crime* e o *comportamento das vítimas* não serão consideradas enquanto circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, pois, conforme consta, as vítimas não tiveram prejuízos financeiros e em nada corroboraram com a prática delitiva em comento. Em suma, consideramos duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (*culpabilidade e personalidade do agente*). Destarte, fixamos-lhe a pena-base em 5 (*cinco*) anos de reclusão.

Passando para a segunda fase da dosimetria da pena, destaca-se que magistrado não faz nenhuma vinculação da mesma, no caso em comento. Vê-se que o mesmo desconsiderou tal perspectiva, direcionada pela análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais resultarão na definição da pena intermediária ou provisória. Desse modo, passa-se à examinar essa questão, mais detidamente. No caso, há a presença de concurso de agravantes e atenuantes genéricas, haja vista que o réu é reincidente e que o mesmo confessou o crime em juízo.

Nesse esteio, consideraremos o disposto no art. 67 do CP (BRASIL, 1940), que afirma que “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Esse é um ponto extremamente delicado, por se tratar de uma colisão entre a reincidência e a confissão em juízo. Inclusive, até então, não há uma orientação pacificada quanto a tal controvérsia, no âmbito dos Tribunais Superiores, mais especificamente no STF e no STJ.

Nesse diapasão, o STJ tem entendido que a confissão é um elemento que pode estar catalogado como circunstância judicial preponderante, por sua vinculação à personalidade do agente, dado seu caráter subjetivo. O entendimento da referida Corte é ainda maior, pois, desse modo, haveria uma compensação entre a confissão e a

reincidência, por serem ambas circunstâncias preponderantes, conforme emanou o legislador, em norma cogente, figurada no artigo supracitado.

De outro modo, esse não é o entendimento proferido pelo STF. Segundo a Suprema Corte, o elemento confessional não pode estar vinculado à personalidade do agente, pois é proferido após o crime e, certamente, não se vincula às suas características subjetivas (motivos determinantes do crime e personalidade do agente), prevalecendo, desse modo, a reincidência.

Tal posicionamento pode ser ratificado, na relatoria da Ministra Carmem Lúcia, ao julgar o HC 111.849/2002, no qual a mesma especifica:

a confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. (HC 111.849/2002/SP).

Há outros julgados do STF que expressam o entendimento destacado, como por exemplo, podem ser citados: *Habeas Corpus* (HC) 102.486/MS, HC 102.957/DF e o HC 99.446/MS.

Entretanto, em sentido divergente, reitera-se, não é esse o entendimento do STJ, o qual também trazemos *in verbis*: “[...] a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência [...]” (HC 209.582/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015). Diante da controvérsia jurisprudencial entre STF e STJ, é oportuno que se busque um posicionamento para a resolução do impasse. Desse modo, posiciona-se com fundamento doutrinário nas discussões propostas pelo Prof. Ricardo Schmitt, a saber:

Respeitadas as decisões dos Tribunais Superiores, nossa inclinação é pela assunção de posicionamento diverso. Contrariando o entendimento originário (comum, primário) do Supremo Tribunal Federal, entendemos que a confissão integra a personalidade do agente, portanto, encontra-se inclusa no rol do artigo 67 do Código Penal. Porém, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendemos que no concurso entre a confissão e a reincidência não haverá compensação, pois aquela circunstância (confissão) não possui força suficiente para neutralizar o maior grau de preponderância desta (reincidência). (SCHMITT, 2019, p. 267).

Desse modo, ratifica-se o posicionamento nesse entrelugar, a partir das divergências entre STF e STJ. Ou seja, prevalece o entendimento do STJ, o qual esclarecere-se nos parágrafos seguintes, com um grau de ponderação à perspectiva de neutralidade que a referida Corte impõe à colisão entre reincidência e confissão, nos termos asseverados pelo doutrinador supracitado. Com efeito, eleva-se a confissão, seja ela voluntária ou espontânea, à condição de circunstância preponderante, haja vista que o réu, ao assumi-la, demonstra potencial comportamento moral, o que o diferencia dos demais. O mesmo poderia se valer das prerrogativas do silêncio e de sua não-incriminação, que lhes são garantidas constitucionalmente. No entanto, mesmo assim, reafirma seu posicionamento confessional, o que, faz com que a confissão integre a personalidade do agente, não admitindo-se sua separação, nos termos do posicionamento do STF, descrito em linhas pretéritas.

Dois julgados conduzem a esse posicionamento. O primeiro reitera-se na ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (REsp nº 1.341.370/MT), no qual se consolidou o entendimento de que se é possível, na segunda fase da dosimetria, a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, ressalvados os casos nos quais encontre-se à multirreincidência, hipótese na qual haverá a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão. Nesse sentido, conforme também ratifica Schmitt (2019, p. 265), “[...] colhem-se inúmeros outros julgados posteriores no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça: HC 365963/SP, HC 351759/SP, HC 257411/MT e HC 350583/SP”.

Por sua vez, o segundo julgado é o da ordem do Recurso Extraordinário (RE) nº 983.765, a partir do qual a matéria descrita anteriormente, a qual considerava-se a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, nos casos em que há concurso entre esses dois institutos, teve a oportunidade de ser discutida, o âmbito do STF, e a Egrégia Corte não o fez, alegando que não há matéria constitucional nesta discussão.

Desse modo, se a ocasião tem um entendimento consolidado, no âmbito do STJ, e o STF afasta a possibilidade de examinar tal questão, alegando que a matéria não tem natureza constitucional, deve-se prevalecer o entendimento do STJ, no âmbito do concurso entre reincidência e confissão, nos termos do art. 67 do CP, ressalvada a hipótese da multirreincidência, conforme destacado anteriormente. Nesse sentido:

Não obstante esse se revelar o atual entendimento firmado pelos Tribunais Superiores a respeito do tema, faz-se importante lembrar que, assim como o Superior Tribunal de Justiça, incluímos também a confissão (espontânea ou voluntária) no rol do artigo 67 do Código Penal, porém com uma única diferenciação: enquanto o STJ a coloca ao lado da reincidência (genérica ou específica), capaz de ocorrer a compensação de seus efeitos na hipótese de concurso, situação esta que restou alberdaga pelo STF (RE 983765), nosso entendimento é pela assunção no quarto posto da escala de preponderância, o que a torna incapaz de neutralizar os efeitos de qualquer uma das circunstâncias agravantes anteriores (motivos do crime e reincidência) (SCHMITT, 2019, p. 270).

Isso posto, concorrendo a circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d), do CP (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), com a circunstância agravante prevista nos art. 63 e 64 (reincidência), ambos do CP, e à luz da posição jurisprudencial plenamente dominante, verificamos que esta circunstância prepondera sobre aquela, razão pela qual agrava-se a pena em 3 (três) meses, passando a dosá-la em 5 (*cinco*) anos e 3 (*três*) meses de reclusão.

Percorrendo o itinerário proposto, analisa-se a terceira fase da dosimetria, caracterizada pelos motivos que aumentam ou diminuem a pena, conhecidas também como majorantes e minorantes, respectivamente. No caso em tela, há a presença da tentativa para o crime tipificado, como roubo, a qual figura como elemento minorante (art. 14, inciso II, parágrafo único).

Desse modo, esclarecendo o critério utilizado para minorarmos a pena intermediária, não descrito pelo julgador no caso em tela, será a razão de 1/3, haja vista que quanto mais o agente se aproxima da consumação do ato antijurídico, menor será a fração utilizada para a diminuição da referida pena.

Com efeito, é possível depreender que o agente foi encontrado, por populares, com os pertences das respectivas vítimas, e que as mesmas não sofreram qualquer tipo de prejuízo financeiro, por isso, a nosso ver, a escolha pela fração, na ordem de 1/3 para a diminuição da pena intermediária, será a mais acertada.

Isso posto, reduzimos a pena intermediária na razão de 1/3, ou seja, fixa-se a pena definitiva e em concreto em 3 (*três*) anos e 6 (*seis*) meses de reclusão. Em completude, fixamo-lhes a pena de multa na ordem de 8 dias-multa, no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, à época de cometimento do fato, proporcional à situação econômica do réu.

Diante dessas evidências, com fundamento respectivamente na quantidade de pena em fixada (art. 33, § 1º, alínea a) e nas condições pessoais do agente (art. 33, § 3º)

fixo-lhe o REGIME INICIAL como o *semiaberto*, para que o mesmo dê início ao cumprimento de pena, a qual lhe impusemos nos termos descritos nesse texto.

CONSIDERAÇÕES

Como dito anteriormente, a proposta desse estudo foi a apresentar uma discussão sobre o concurso de agravantes e atenuantes, na dosimetria da pena, a partir da análise de um caso prático, apresentado em caráter hipotético, no interior de uma componente curricular de Direito Penal – Teoria das Penas. A análise realizada teve como fundamento referenciais doutrinários, jurisprudenciais e legais que versavam sobre o tema em comento.

No percurso do texto, buscou-se evidenciar a reformulação de uma sentença penal condenatória, de um caso hipotético, trazido na Faculdade de Direito, durante o semestre letivo de 2019.1, sobre um caso de roubo, na modalidade tentada, tipificado no art. 157, do CP brasileiro. Nele, o agente roubava pertences de duas vítimas que se dirigiam a uma farmácia, com grave ameaça, simulando portar uma arma, com a finalidade de subtrair os pertences das vítimas.

Ao ser pego com pessoas comuns que passavam no local e, depois, encaminhado por essas mesmas pessoas aos agentes públicos que patrulhavam a área, numa viatura policial, o meliante é conduzido à delegacia, na qual é aberto o inquérito policial, e confessa o feito, diante da autoridade policial, o delegado de polícia.

Com posterior ação penal e a instauração do processo legal, o mesmo é julgado por um magistrado que desconsidera, na dosimetria da pena, especificamente na segunda fase, o concurso entre atenuantes e agravantes genéricas, haja vista que o mesmo confessa e era reincidente em prática delituosa. Diante dessa situação, passa-se a analisar tal circunstância, com base no entendimento divergente entre os Tribunais Superiores e com base nas discussões doutrinárias do Prof. Ricardo Schmitt.

Como STF e STJ não tem posicionamentos pacificados sobre a matéria em epígrafe, era oportuno apresentar seus argumentos em relação ao caso que hipoteticamente adotava-se julgar. Como elemento conclusivo, opta-se pela recomendação do STJ, tratando reincidência, como elemento agravante preponderante, em relação à confissão, seja ela espontânea ou voluntária, com elemento atenuante. Isso, pois, porque o STF foi chamado a resolver o imbróglio e se isentou de tal responsabilidade, haja vista não se tratar de

matéria constitucional, nos termos do que explicita o referencial teórico de Schmitt (2019), diante da divergência proposta.

Por fim, cabe salientar que atividades com esse viés fazem com que os futuros acadêmicos em Direito possam vivenciar a prática jurídica a qual estarão submetidos quando se transformarem em operadores do direito. Além disso, tais atividades também promovem que os mesmos possam perceber o Direito como uma ciência humana, diferente das ciências exatas, que têm suas resoluções sem olhar para a relativização. Relativizar é o cerne do Direito, aplicando os devidos instrumentos legais ao caso concreto, os quais salvagam as complexidades da vida contemporânea e multirreferencial.

REFERÊNCIAS

AMORIM JR., Gilberto Costa. *Notas de Aulas sobre Direito Penal – Teoria das Penas: caso prático sobre dosimetria*. Salvador: UNIME, 2019. (Texto não publicado).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10631687/artigo-68-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>> Acesso em: 1 jan. 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (art. 1º a 120) – v. 1*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: v. 1 – parte geral*. 16. Ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: teoria e prática*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Superior Tribunal Federal. *Site*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

Superior Tribunal de Justiça. *Site*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

Capítulo 9
SAÚDE DA MULHER: VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO
BRASIL

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães
Aline Furtado da Rosa

SAÚDE DA MULHER: VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis com bolsa Capes/Prosuc, onde compõe Grupo de Pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos. Integrante e Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo ACI junto a UNIFOR. Substituta Legal no Cartório do 1º Ofício de Protesto de Títulos e Documentos da Dívida do Município de Petrópolis-RJ. anasantos.jus@gmail.com CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7628446891442809>

Aline Furtado da Rosa

Mestre em Enfermagem pela Escola de Enfermagem Anna Nery/UFRJ. Doutoranda em Enfermagem pela Escola de Enfermagem Anna Nery/UFRJ Enfermeira e docente da UNIFASE-Petrópolis/RJ. e-mail: alinenfermagem@yahoo.com.br <http://lattes.cnpq.br/4010389402288182>

RESUMO

Segundo Michael Odent, “para mudar o mundo precisamos mudar a forma de nascer”. Durante a gestação, parto e o puerpério, muitas mulheres sofrem interferências sem nenhuma constatação científica, escutam inúmeras frases desumanas e antiéticas e têm seus filhos em circunstâncias degradantes, e realmente isso precisa mudar. Este estudo tem como finalidade a análise e pesquisa sobre a vulnerabilidade de gênero vivenciada por mulheres vítimas de violência obstétrica. Para tanto, necessário se fez perpassar pelo contexto histórico-social do parto no Brasil. A partir desta primeira explanação, pôde-se chegar até a razão da continuidade da violência no país, qual seja: a inércia do poder legiferante nacional e a ausência de políticas públicas para coibir e punir tais atos. Finalmente se chega ao objetivo do presente estudo, a demonstração de que a ausência de uma legislação nacional desemboca em um limbo jurídico, onde as práticas se mantêm sem nenhuma sanção, principalmente pela dificuldade de se caracterizar o que é uma violência obstétrica.

Palavras-chaves: direito à saúde; direitos da mulher; direitos humanos; direitos reprodutivos; direitos sexuais.

INTRODUÇÃO

Até o século XVII, o parto era realizado por parteiras de forma natural, em domicílio, acompanhado somente por mulheres. A presença do médico era acionada ocasionalmente, quando o parto apresentava alguma intercorrência, mas ainda assim, a mulher era a protagonista desse evento (VENDRÚSCOLO & KRUEL, 2016).

A hospitalização do parto surge a partir do século XX, onde a mulher torna-se passiva às regras institucionais, permanecendo internada em quarto coletivo, sem privacidade, e sem a presença da família, tendo somente a assistência da equipe de saúde (SILVA et al, 2019).

Diante desse cenário, a violência obstétrica, apesar de ser um assunto cada vez mais abordado, e muito disso, resultado dos movimentos feministas, e de militantes em prol da gestação, parto e puerpério, ainda existe a falta de definição dos atos relacionados a esse tipo de violência (SAVAGE, 2017).

A problemática do estudo, consiste no desconhecimento que as mulheres têm sobre a violência obstétrica, muitas vezes mascaradas como “ajudinhas”, algumas intervenções são vistas pelas mulheres, como benefícios que alguns profissionais utilizam durante a gestação, parto e puerpério, apesar de causar dor e traumas.

Nesse contexto, pretende-se entender a razão pela qual a violência obstétrica se perpetua na sociedade brasileira. Onde tem-se por objetivo apresentar a violência obstétrica, como violação dos direitos a saúde e a liberdade de acordo com a literatura científica e leis vigentes.

Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa documental com análise das produções bibliográficas disponíveis, associadas à técnica discursiva expositivo-argumentativa, empregada para a discussão crítica do tema. A necessidade em tratar do tema abordado advém da dificuldade em quantificar, caracterizar, coibir e punir esta espécie de violência contra a mulher.

ABORDAGEM TEÓRICA

1. Conceituando Violência Obstétrica

A violência obstétrica é um problema de cunho nacional e mundial. Refere-se a desrespeitos, abuso, maus tratos durante a gestação, parto e o puerpério pelos

profissionais de saúde. Nesse sentido, considera-se uma grave forma de violência de gênero e conseqüentemente, compromete direitos humanos fundamentais das mulheres: direitos reprodutivos e direitos sexuais (WHO, 2015).

Vale destacar que, os direitos reprodutivos estão relacionados a igualdade e a liberdade no contexto reprodutivo, e os direitos sexuais referentes a igualdade no exercício da sexualidade. Nessa perspectiva, ao pensar na violência contra mulher na elaboração e estruturação de atenção qualificada nas dimensões técnica, ética e legal, faz-se necessário um olhar multidisciplinar de uma rede intersetorial (DINIZ et al., 2015).

Conforme definição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP, 2013), violência obstétrica caracteriza-se pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres (DPESP, 2013).

Observa-se que a desinformação das gestantes e parturientes sobre o processo do parto normal incide na desvalorização do parto natural, abrindo precedentes para as intervenções cirúrgicas desnecessárias. No procedimento cirúrgico, a mulher deixa de ser protagonista do parto, submetendo-se a medicação deste processo e, via de consequência, ficando desinformada dos procedimentos. Constata-se que a participação de enfermeiros obstetras auxilia na assistência humanizada do parto (DO NASCIMENTO, 2022).

Destaca-se que as vítimas de violência obstétrica, seja pela inabilidade técnica ou pelo estado de vulnerabilidade, costumam ter dificuldade em constatar esses atos como algo prejudicial e violento (OLIVEIRA, 2017). Isso se dá pois, embora os tratamentos desrespeitosos e abusivos contra as mulheres ocorreram durante toda a gravidez, parto e pós-parto, são mais comuns no momento do parto, sendo um contexto em que as mulheres se encontram mais vulneráveis (WHO, 2015).

Dessa forma, além dos atos de violência física, psicológica, sexual e negligência perpetrada pela equipe de saúde contra a mulher e seu recém-nascido em virtude da gestação, parto, nascimento, puerpério e em situação de abortamento, também são consideradas, por outras vertentes, uma forma de discriminação contra a mulher (BOHREN, 2015). Esta espécie de violência se dá de três principais maneiras: de forma verbal, física e omissiva. Neste sentido, cabe colocar:

Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento. Entre outras, as adolescentes, mulheres solteiras, mulheres de baixo nível sócio-econômico, de minorias étnicas, migrantes e as que vivem com HIV são particularmente propensas a experimentar abusos, desrespeito e maus-tratos. (OMS, 2014).

Importante ressaltar, que em que pese a doutrina majoritária atribuir apenas aos profissionais de saúde a imputação da violência obstétrica, ela pode ser impetrada por outros agentes, como familiares, colegas, e até mesmo por desconhecidos.

A utilização de procedimentos não embasados em evidências científicas, como episiotomia de rotina (incisão cirúrgica da vagina e do períneo), cesariana eletiva, aminiotomia precoce (ruptura proposital e artificial da bolsa amniótica), manobra de Kristeller (pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê), entre outros (BOHREN, 2015) podem gerar danos permanentes (físicos ou psicológicos) às mães e à criança.

No Brasil, a cultura de assistência ao parto é predominantemente intervencionista e centrada na patologização dos processos fisiológicos de parto e nascimento. Em um inquérito nacional realizado em 2011/12, 56,6% dos brasileiros nasceram através de uma cesariana, e na rede privada, a frequência foi ainda maior, 90%. Para as mulheres que entraram em trabalho de parto, 36,4% receberam ocitocina para indução ou aceleração do processo, e 39,1% sofreram aminiotomia. Entre as mulheres que tiveram parto vaginal, 36,1% relataram manobra de Kristeller e 53,5% sofreram episiotomia (BOHREN et al., 2019).

Falta consenso com relação ao termo utilizado para esses abusos e intervenções não científicas, parte disso se dá ao fato de ainda não existem instrumentos que mensurem e registrem esses dados. O Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), não faz esse recorte, embora tenha na ficha se a mulher está ou não gestante. Além disso, há falta de políticas públicas para coibir esses atos (SAVAGE, 2017), atreladas a ausência de uma normativa federal que norteie a atuação dos entes e órgãos públicos, bem como dos hospitais e conselhos de classe.

2. A Proteção da gestante, parturiente e puérpera na atual legislação brasileira

Em que pese não existirem positivadas legislações brasileiras específicas, a violência obstétrica viola tanto os tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil é signatário, como os princípios e direitos fundamentais constante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em especial a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à liberdade, protegem as mulheres de tais violações.

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais amplo do ordenamento jurídico pátrio e consta como fundamento da República Federativa do Brasil. A Carta Magna, ainda contempla a inviolabilidade do direito fundamental e social à vida (art. 5º e 6º, caputs), bem como o direito fundamental a liberdade (art. 5º caput) (BRASIL, 1998). Nesta mesma esteira, estão os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, embasando a dignidade da pessoa humana e seu direito à integridade física.

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece o dever do Estado em contribuir para assegurar e proteger a saúde da mulher e estipula inclusive a salvaguarda de sua função de reprodução (BRASIL, 2002).

Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, afirma desde sua nota preambular que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita a mulher de gozar e exercer seus direitos e liberdades e aduz que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento. Já na parte dispositiva, a Convenção introduz em seu artigo 2º as formas de violência contra a mulher como sendo física, sexual e psicológica, elucidando que esta pode ocorrer inclusive nos serviços de saúde (BRASIL, 1996).

Além das normas supralegais citadas, há ainda disposições em normas infraconstitucionais que merecem ser apreciadas. Neste viés, cabe salientar que o legislador resguardou a proteção ao corpo como direito da personalidade, prevista no artigo 13 do atual Código Civil Brasileiro, sendo defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, senão em razão de exigência médica (BRASIL, 2002).

Ainda no aludido Código, existe também previsão sobre a responsabilidade civil, que consiste na reparação do dano causado a outro em razão de ato ilícito (artigo 927). A definição de ato ilícito, por sua vez, consta dos artigos 186 e 187, e abarcam as condutas de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violem direito e cause dano a outro (BRASIL, 2002).

Em regra, os profissionais de saúde estão isentos de responsabilidade civil, por atuarem no exercício regular de um direito (a própria profissão), entretanto, por determinação do artigo 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Desta forma, observa-se que estão abarcados, por tanto, os profissionais que abusam do direito (exercício regular da profissão). Além da reparação por responsabilidade civil por danos morais, existe a possibilidade de reparação por danos estéticos, previsto no artigo 949, assim descrito: “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.” (BRASIL, 2002). Importante frisar que a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral é considerada lícita pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma da súmula 387 (STJ, 2009).

Neste sentido, a OMS entende que:

Os sistemas de saúde devem ser responsáveis pela maneira com que as mulheres são tratadas durante o parto, garantindo o desenvolvimento e implementação de políticas claras sobre direitos e normas éticas. Os profissionais de saúde em todos os níveis precisam de apoio e treinamento para garantir que as mulheres grávidas sejam tratadas com compaixão e dignidade. Os serviços de saúde que já oferecem cuidados maternos respeitosos, que promovem a participação das mulheres e comunidades e que implementaram processos para monitorar e melhorar continuamente a assistência obstétrica respeitosa, precisam ser identificados, pesquisados e documentados (OMS, 2014).

Há também de serem apreciadas as disposições do Código Penal brasileiro, que mesmo não existindo previsão específica para a violência obstétrica, protege os direitos dessas vítimas com os tipos gerais existentes, a exemplo: lesão corporal (artigo 129); perigo para a vida ou saúde de outrem (artigo 132); omissão de socorro (artigo 135); maus-tratos (artigo 136); difamação (artigo 139); injúria (artigo 140); constrangimento ilegal (artigo 146); ameaça (artigo 147); perseguição (artigo 147-A); violência psicológica

contra a mulher (artigo 147-B); violação sexual mediante fraude (artigo 215); importunação sexual (215-A); assédio sexual (artigo 216-A); mediação para servir a lascívia de outrem (artigo 227), dentre outros (BRASIL, 1940).

Importante frisar que todos esses atos são considerados crimes e sua culpabilização pode depender de queixa, sendo relativa aos casos concretos. E ainda, não importam em prejuízo das sanções administrativas impostas pelos respectivos códigos de ética profissionais.

3. Ausência de legislação Federal e atuação legiferante dos Estados brasileiros face a violência obstétrica

Em razão da ausência normativa em nível Federal, alguns Estados brasileiros estabeleceram leis que objetivam a conscientização, proteção e prevenção da violência obstétrica. Para quantificar as legislações, foi realizada uma busca pelas autoras nos sites das Assembleias Legislativas dos vinte e sete estados brasileiros no dia 26 de setembro de 2022 utilizando o descritor “violência obstétrica” tendo sido criada uma tabela ilustrativa que consta o nome do Estado, o link do site da respectiva Assembleia, o resultado da busca com a transcrição das informações que relevantes para a pesquisa e, por último, se há lei ou projeto de lei que trate o tema ou não no respectivo Estado.

ESTADOS	SITES CONSULTADOS	RESULTADO DA BUSCA	LEI
ACRE	www.al.ac.leg.br/	“Presidente Nicolau Júnior reafirma compromisso com ações do Ministério Público para proteção de gestantes (19/03/2019)”	Não há Lei
ALAGOAS	www.al.al.leg.br/	“Violência obstétrica é amplamente debatida em Sessão Especial (29/08/2019). Indicação nº 1241 de 2022 - apelo ao exmo. Sr. Governador do estado, com cópia ao secretário de saúde do estado, para que seja implantada em toda rede de saúde estadual medidas informativas e protetivas quanto a práticas caracterizadas como violência obstétrica.”	Não há Lei
AMAPÁ	www.al.ap.gov.br/	Proposição 0002/21AL - “Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Amapá na forma que	Não há Lei

		menciona” (REJEITADA/ARQUIVADA); Preposição 0011/18-AL - “Dispõe sobre a prevenção da violência obstétrica no âmbito da assistência perinatal e dá outras providências.” (ARQUIVADO: mesmo teor da 0002/17); Preposição 0025/17-AL - “Dispõe sobre a implantação de medidas de informações e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Amapá” (Projeto de Lei Ordinária 25/17 - ARQUIVADO).	
AMAZONAS	www.aleam.gov.br/	Projeto de Lei nº 109/2021 “Tramita na Assembleia Legislativa do Amazonas (Aleam) um Projeto de Lei (PL), de autoria do deputado Felipe Souza (Patriota), que estabelece a implantação e oferecimento de cursos gratuitos direcionados à mulher gestante, sobre conscientização e prevenção da violência obstétrica nas redes de saúde públicas e privadas do Amazonas.”	Não há Lei Obs: Projeto de Lei nº109/2021 AM
BAHIA	www.al.ba.gov.br/	Portal Suspenso até as eleições em cumprimento à Lei Federal nº 9.504/1997, não foi possível realizar busca no portal com o descritor “violência obstétrica”	Não há Lei
CEARÁ	www.al.ce.gov.br/	“A deputada estadual Aderlânia Noronha (SD) apresenta projeto de Lei que tem por objetivo a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Ceará.”	Não há Lei Obs: o aludido Projeto de Lei não foi localizado no site da Assembleia
DISTRITO FEDERAL	www.cl.df.gov.br/	Lei nº 6.144/2018 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e paridas sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, visando, principalmente, à proteção delas no cuidado da atenção obstétrica no Distrito Federal.”	Lei Distrital nº 6.144/2018
ESPÍRITO SANTO	www.al.es.gov.br/	“Frente debate ações contra violência obstétrica.” (20/05/2022 e 25/05/2022)	Não há Lei
GOIÁS	portal.al.go.leg.br/	Lei nº 19.790/2017 “Institui a Política Estadual de Prevenção à Violência Obstétrica no Estado de Goiás” Lei nº 20.336/18 “Institui o Dia Estadual de Prevenção e Combate à Violência Obstétrica.”	Leis Estaduais nº 19.790/2017 e 20.336/18
MARANHÃO	www.al.ma.leg.br/	“Combate à violência obstétrica é objeto	Não há Lei

		de Projeto de Lei do deputado Wellington do Curso” Projeto de Lei nº 26/2017	Obs: Projeto de Lei nº 26/2017 MA
MATO GROSSO	www.al.mt.gov.br/	Projeto de lei nº 317/2019 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso.”; Projeto de lei nº 391/2019 “Institui a Semana Estadual de Combate à Violência Obstétrica no Estado de Mato Grosso e dá outras providências.”	Não há Lei Obs: Projetos de Lei nº 317/2019 e 391/2019 MT
MATO GROSSO DO SUL	www.al.ms.gov.br/	Lei nº 5.217/2018 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.”	Lei Estadual nº 5.217/2018
MINAS GERAIS	www.almg.gov.br/home/index.html	Lei nº 23.175/2018 “Dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado.”	Lei Estadual nº 23.175/2018
PARÁ	www.alepa.pa.gov.br/	Projeto de Lei nº 222/2019 “Dispõe sobre instituir a Semana Estadual do Combate à Violência Obstétrica no Estado do Pará” Projeto de Lei nº 355/2019 “Dispõe sobre a prevenção da violência obstétrica no âmbito da assistência perinatal e dá outras providências.”	Não há Lei Obs: Projetos de Lei nº 222/2019 e 355/2019
PARAÍBA	www.al.pb.leg.br/	Projeto de Lei Arquivado 1.226/2017 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no estado da Paraíba.”; Lei nº 10.886/2017 “Fica instituída a semana de conscientização, enfrentamento e combate à violência obstétrica.”	Lei Estadual nº 10.886/2017
PARANÁ	www.assembleia.pr.leg.br/	Lei nº 19701/2018 “Dispõe sobre a violência obstétrica, sobre direitos da gestante e da parturiente e revoga a Lei nº 19.207, de 1º de novembro de 2017, que trata da implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica.” Alterações pelas Leis: 20.127/2020, 21.218/2022, 21.102/2022 e 21.086/2022	Lei Estadual nº 19.701/2018

Ciências Jurídicas e Direito: Abordagens e Estudos

PERNAMBUCO	www.alepe.pe.gov.br/	Lei nº 16.499/2018 “Estabelece medidas de proteção à gestante, à parturiente e à puérpera contra a violência obstétrica, no âmbito do Estado de Pernambuco.”	Lei Estadual nº 16.499/2018
PIAUI	www.al.pi.leg.br/	Lei nº 7.750/2022 “Dispõe sobre assistência humanizada, antirracista e não transfóbica; estabelece medidas sobre o direito a ter uma doula durante o parto, nos períodos de pré-parto, pós parto e em situação de abortamento; garantia do direito de se manifestar através do seu plano individual de parto durante o período de gestação e parto; institui mecanismos para coibir a violência obstétrica no estado do piauí, e dá outras providências.”	Lei Estadual nº 7.750/2022
RIO DE JANEIRO	www.alerj.rj.gov.br/	Projeto de Lei nº 1.644/2019 “Institui o grupo de trabalho de prevenção e combate à violência obstétrica, e dá outras providências.”	Não há Lei Obs: Projeto de Lei nº 1.644/2019
RIO GRANDE DO NORTE	www.al.rn.gov.br/	“Violência Obstétrica E Humanização Do Parto Serão Debatidas Na Assembleia - 05/05/2017”	Não há Lei
RIO GRANDE DO SUL	www.al.rs.gov.br/site/	Projeto de Lei nº 122/2019 “Institui a Semana Estadual de Combate à Violência Obstétrica no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. “	Não há Lei Obs: Projeto de Lei nº 122/2019
RONDÔNIA	www.al.ro.leg.br/	Lei nº 4.173/2017 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, no Estado de Rondônia.”	Lei Estadual nº 4.173/2017
RORAIMA	www.al.rr.leg.br/	Não foram encontrados resultados.	Não há Lei
SANTA CATARINA	www.alesc.sc.gov.br/	Lei nº 17.097/2017 “Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina.”	Lei Estadual nº 17.097/2017
SÃO PAULO	www.al.sp.gov.br/	“Não foram encontrados documentos para os filtros informados.”	Não há Lei
SERGIPE	www.al.se.leg.br/	Projeto de Lei nº 224/2019 “Combate a violência obstétrica e assegura às gestantes o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde de Sergipe.”	Não há Lei Obs: Projeto de Lei nº 224/2019
TOCANTINS	www.al.to.leg.br/	Lei nº 3.385/2018 “Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins.”	Lei Estadual nº 3.385/2018

Deste constructo, observou-se que onze Estados possuem normas que citam a violência obstétrica e buscam implementar campanhas de informação às gestantes e parturientes, são eles: Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rondônia, Santa Catarina e Tocantins.

Por outro lado, foi observado que alguns outros Estados, oito dentre os dezesseis restantes, possuem Projetos de Leis no mesmo sentido, como é o caso do Amazonas (2021), Ceará (não localizado, apenas consta notícia mencionando a propositura), Maranhão (2017), Mato Grosso (2019), Pará (2019), Rio de Janeiro (2019) e Sergipe (2019).

Em razão da ausência de uma norma federal os estados não podem atribuir crime às condutas consideradas como violência obstétrica, uma vez que legislar em matéria penal é competência privativa da União (BRASIL, 1988), de modo que estes Entes se restringem à conscientização, prevenção, combate e proteção das mulheres face a violência obstétrica.

A CRFB, em seu artigo 22, I, elucida que é competência privativa da União legislar sobre Direito Penal. Rogério Greco (2016) elucida que o Estado (Federação Brasileira) é a única fonte de produção do Direito Penal, e complementa dizendo:

Conforme preceitua o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, *compete privativamente à União legislar sobre direito penal*. Assim, cabe tão somente à União, como única fonte de produção, ditar normas gerais de Direito Penal, bem como proibir ou impor determinadas condutas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção (GRECO, 2016, p. 61).

Ainda neste diapasão, deve-se atentar para o Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal, previsto na Constituição em seu artigo 5º, XXXIX (BRASIL, 1998) e no Código Penal (artigo 1º), que assim aduz: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1940).

Assim, nenhuma conduta poderá ser considerada proibida e nem poderá ser imposta uma pena, se não houver uma lei que assim a tipifique, e ainda, que esta lei, impreterivelmente, deverá ser de iniciativa do legislador federal (GRECO, 2016).

CONCLUSÃO

Antigamente, a mulher era a protagonista do parto e a atuação dos médicos acontecia apenas em casos com maior complexidade. A partir da mudança deste cenário

para a atual conjuntura, onde a maior parte das pessoas nascem através de uma cesariana eletiva e não pelo parto natural.

Esta cultura intervencionista onde a mulher passa a atuar como o sujeito passivo da parturição abre precedentes para a violência obstétrica, em forma de abusos, falta de informação, desrespeito, violência verbal e física, humilhação, uso de procedimentos sem embasamento científico, negligência, omissões, proibição de acompanhante e maus-tratos com as mulheres.

Atualmente no Brasil, quando essas violências são notificadas ou denunciadas, são apreciadas em ações cíveis com a responsabilização civil por danos morais e estéticos. No mais, quando chegam a esfera criminal, e não abarcadas pelas excludentes de ilicitude, são tipificadas como sendo lesão corporal. Os demais tipos penais são complexos, pela dificuldade de provar e até mesmo de se constatar, em razão da vulnerabilidade extrema em que as gestantes, parturientes e puérperas se encontram.

Foi observado durante a pesquisa que apenas onze estados brasileiros possuem legislações específicas sobre violência obstétrica, estabelecendo formas de prevenir, proteger, combater e orientar às mulheres acerca desta espécie de violência. Observou-se também que a somente a União poderia determinar quais as condutas são proibidas sob a ameaça de pena, ou seja, apenas uma legislação federal poderia instituir um crime para a violência obstétrica.

Insta salientar, que a ausência de uma normativa que criminalize a conduta, não impede que sejam impostas sanções administrativas aos servidores públicos (federais, estaduais e municipais) como a falta disciplinar, ou que através dos conselhos classes dos profissionais de saúde em razão de seus códigos de conduta ética.

Conclui-se que, embora o Brasil tenha avançado muito nos direitos a saúde de mulheres, ainda existem desafios antigos que necessitam de políticas públicas, legislações e qualificação da assistência. A começar pela elaboração de um constructo para que não só profissionais entendam que uma assistência à saúde de qualidade não pode infringir direitos sexuais e reprodutivos, mas também para que mulheres, seus filhos e família entendam que não é normal condutas que diminuam, machuquem traumatizem o corpo na dimensão biopsicossocial.

REFERÊNCIAS

BOHREN, M.A et al. How women are treated during facility-based childbirth in four countries: a cross-sectional study with labour observations and community-based surveys. **Lancet**, v.6736, n.19, p.1750-1763, 2019.

BOHREN, M.A, et al. The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: **A Mixed-Methods Systematic Review PLoS Med**.v.12, n.6, p. 1-32, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29/05/2022

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: Brasília, D.O.U de 02/08/1996, p.14471-14472. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm >. Acesso em 29/05/2022.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, D.O.U de 16/09/2002, pág. nº 4. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 29 maio. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 29 maio. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, RJ, 31.12.1940 e retificado em 3.1.1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25 set. 2022.

DINIZ, S. G, et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. **Journal Human Growth Developed**, v.25, n.3, p. 1-8, 2015. Acesso em 29 maio. 2022.

DO NASCIMENTO, Maria Nepomuceno; BOTELHO, Daniela Garcia. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 7, p. 641-661, 2022. Disponível em
<<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/6333>> Acesso em 26 set. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUERRA, G. B. Violência obstétrica. **Revista de la Facultad de Medicina**, v. 31n.1, p. 5-6. 2012. Disponível em <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/25161>> Acesso em 28 maio. 2022

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 107-120, 2012. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/icse/a/XqxCrSPzLQSyTjjsFQMdwjib/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 16 ste. 2022.

ODENT, Michael. **O renascimento do parto**. Florianópolis: Saint Germain, 2002.

OLIVEIRA, L.G.S.M. Violência Obstétrica e direitos humanos dos pacientes. Centro Universitário de Brasília. **Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito p. 64. Brasília, 2017.

OMS, Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. **WHO/RHR**, 2014. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf> Acesso em 27 set. 2022.

PEREIRA, Jéssica Souza; GONÇALVES, Mayara de Mello. Violência obstétrica: ofensa à dignidade humana. **Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR**, 2016. Disponível em <http://www.mastereditora.com.br/periodico/20160604_094136.pdf> Acesso em: 17 set. 2022

SAVAGE, V, CASTRO, A. Measuring mistreatment of women during childbirth: A review of terminology and methodological approaches. **Reprod Health**, v.14, n.1. p.1-27, 2017.

SILVA, F. et al. “Parto ideal”: medicalização e construção de uma roteirização da assistência ao parto hospitalar no Brasil em meados do século XX. **Saude sociedade**. v. 28, n.3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902019000300171>. Acesso em: 29 maio. 2022

STJ, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 387. **STJ**, 2009. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf> Acesso em 28 set. 2022.

VASCONCELLOS, Gabriela Sousa. Violência obstétrica e a responsabilidade criminal no Brasil. **Repositório Acadêmico da Graduação PUC Goiás**, 2022. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/3999>> Acesso em 23 set. 2022.

VENDRÚSCULO, C.T.; KRUEL, C.S. A História do Parto: Do Domicílio ao Hospital; das Parteiras ao Médico; do Sujeito a Objeto; **Disciplinarum Scientia**. Série: Ciências

Humanas, Santa Maria, v. 16, n. 1, p. 95-107, 2015. Disponível em:
<https://periodicos.ufrn.edu.br/index.php/disciplinarumCH/article/view/1842/1731>.
Acesso em: 29 maio 2022.

WHO, World Health Organization. The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth. Geneva: **WHO** 2015. Disponível em:
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_eng.pdf
> Acesso em 29 maio. 2022.

Capítulo 10
SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO
CONTEMPORÂNEO: NECESSIDADES DE ADEQUAÇÃO E
AJUSTES PARA EFETIVA PUNIBILIDADE

Michele da Silva Alves

SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO CONTEMPORÂNEO: NECESSIDADES DE ADEQUAÇÃO E AJUSTES PARA EFETIVA PUNIBILIDADE

Michele da Silva Alves

Graduando(a) em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Unidade Santa Cruz – Rio de Janeiro michelealvespcerj@gmail.com

RESUMO

Destaca-se a importância em alcançar os objetivos pretendidos com o Sistema Processual Acusatório, no Brasil. Os meios processuais de investigação criminal que tem por objetivo a punibilidade, visando a ressocialização, o viés pedagógico e a reparação para dos crimes praticados em sociedade. O Estado detentor do poder/dever de punir, assim como, garantidor dos direitos fundamentais. Nesta dicotomia, que surge a partir da inobservância dos ditames normativos penais, esbarra-se o Estado garantidor dos direitos. Diante destes conflitos, emerge a discussão sobre a débil punibilidade aplicada. Baseada na metodologia explorativa e bibliográfica, questiona-se a condução dos procedimentos, utilizados atualmente, para se chegar a verdade processual, sua eficácia, a proposta do “Juiz das Garantias”, outras propostas mais, tendo como pano de fundo o Processo Penal, afim de alcançar efetiva punibilidade, dentro do Estado democrático de Direito.

Palavras-Chaves: 1- Modelos de Investigação Criminal; 2- Inquérito Policial; 3 – Dever/Pode de punir do Estado e 4-Juiz das Garantias.

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o elo entre os métodos de investigação criminal e o alcance de seu real objetivo, identificação da autoria e materialidade em busca da efetiva punibilidade. Estuda-se por este a investigação criminal e os resultados, pífios, e índices alarmantes relacionados a punibilidade dos crimes praticados em Sociedade e contra o Estado Democrático de Direito. Indaga-se também se há uma ligação direta entre o modelo de investigação estatal e os resultados alcançados.

Há tamanha discrepância entre os crimes praticados e a elucidação pelas investigações. Ascende a discussão sobre o real cumprimento da pena, reincidência criminal e a ressocialização questionando assim se o crime no Brasil de fato compensa.

Por pesquisas demonstra-se baixíssimos índices de solução de crimes, o Inquérito Policial, modelo de Investigação Criminal adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, é questionável como sendo o modelo mais apropriada e suficiente para elucidação criminal.

O Sistema de Investigação Criminal no Brasil é o Sistema Acusatório, com distintos atores para investigar, defender e julgar, "*actum trium personarum*", sendo este o modelo mais compatível com o Estado democrático de Direito, contudo se utiliza o modelo de Inquérito Policial, procedimento administrativo e pré-processual.

O Código de Processo Penal entrou em vigor em 01º de janeiro de 1942, sofrendo várias alterações no decorrer do tempo, sem que, contudo, viesse a desentranhar sua estrutura investigativa, o que se questiona é se tal estrutura ainda estaria adequada as mudanças sociais, sendo suficiente a devolver o que a se espera para um processo penal eficiente a diluir as demandas penais.

O Objetivo da persecução criminal é dar azo a ação penal, entregar ao Ministério Público, "*dominus litis*" e fiscal da lei, indícios de autoria e prova da materialidade, com lastros probatórios mínimos, a fundamentar a denúncia que ensejará esta ação.

Ocorre que os índices estatísticos revelam que o dever de punir do Estado não se encontra em consonância com o que se espera, com baixos índices de solução, faz-se necessário repensar e reavaliar a manutenção da forma vigente.

Com o advento da Lei 13. 964/2019, onde se apresentou o instituto apelidado como Juiz das Garantias, normativa que apresenta um passo ao rompimento com parte significativa do resquício inquisitorial presente no Código de Processo Penal, flertando com a consolidação fática do sistema acusatório real.

Contudo, em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, (ADIs, 6298, 6299 e 6305), em decisão cautelar, proferida pelo Vice-presidente do Supremo Tribunal Federal a época, o Ministro Luiz Fux suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras instituídas pela figura do chamado "*Juiz das Garantias*", o que se perfaz até a data deste trabalho.

É do Estado não só o dever de punir, como também o dever de garantir os direitos fundamentais, atendendo aos princípios incutidos no Ordenamento Jurídico, diante de tal dicotomia há que se ater ao que a esfera mundial, experimenta. No mundo apenas os

Países Moçambique, Cabo Verde e Brasil faz uso do mesmo modelo de Investigação Criminal o que figura flagrante inadequação, assim arguiu-se a necessidade de verificar outros modelos utilizados no Direito Processual Penal alienígena. Sendo este o objeto deste estudo acadêmico.

II- DESENVOLVIMENTO

Seção 2.1 - Sistemas de Investigação Criminal

Os Sistemas Processuais Penais existentes são o Sistema Inquisitorial, Sistema Acusatório e o Sistema Processual Misto, estes sistemas refletiram os valores históricos dos períodos em que vigoraram. Sobre estes Sistemas têm-se:

- a) Sistema Inquisitorial – Sistema adotado pelo Direito Canônico, no século XIII, sendo empregado nos tribunais civis até o século XVIII, típico dos Sistemas ditatórias, sua característica principal é concentrar em uma única pessoa as funções de acusar, defender e julgar, o chamado “*Juiz Inquisidor*”. O acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Sendo assim, incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais.³⁴
- b) Sistema Acusatório – De maneira diversa, o Sistema Acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial.³⁵
- c) Sistema Processual Misto ou francês – Surge a partir do *Code d’Instruction Criminelle* francês, 1808, por isso chamado de Sistema Francês, o Sistema Misto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, sem publicidade nem ampla defesa, com instrução escrita, secreta, sem acusação, sem contraditório, onde o Juiz estipula a investigação preliminar e a instrução probatória objetivando apurar a materialidade e a autoria do delito. Já na segunda fase, esta acusatória, o órgão acusador

³⁴ Texto baseado na obra do autor LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal, volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8.ed. ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed.JusPodivm, 2021. P.42

³⁵ Opus Citatum, LIMA, p.43

apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação³⁶

Seção 2.1.1 - Objetivos pretendidos com a Punibilidade Criminal

Sobre a Punibilidade Criminal, as condições objetivas de punibilidade, a ressocialização do criminoso, inibição de outros a prática da criminalidade, o caráter punitivo do Estado e de aprendizado com a pena aplicada. Segundo a posição dos doutrinadores, De Bem e Martinelli, sobre a questão da punibilidade no processo penal:

Quando a pessoa física pratica um fato típico, antijurídico e culpável, surge para o Estado uma permissão para puni-la. A punição não é algo certo, mesmo que a conduta do agente seja criminosa. Há a necessidade de um processo e de uma condenação com trânsito em julgado. A execução da pena é a concretização de um poder que emerge a partir do momento em que o crime é praticado. Esse poder, inicialmente abstrato, que permite o Estado punir alguém, chama-se punibilidade. Dessa forma, punibilidade é o poder que surge para o Estado punir o autor de um fato típico, antijurídico e culpável.³⁷

Para o Professor Luiz Flavio Gomes, a condição objetiva de punibilidade é situação criada pelo legislador por razões de política criminal, sob a ótica da necessidade, visando regular o exercício da ação penal, não estando incursa na noção de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, mas sim, parte integrante do fato punível, por exemplo, a constituição definitiva do crédito tributário para instaurar a ação penal nos crimes de sonegação.³⁸

A sanção penal, na qual encontra-se inserta a finalidade da pena, onde se tem que a pena possui duas finalidades básicas, sendo estas: retributiva, que representa a resposta do Estado concernente à infração realizada; e a preventiva, no intuito de evitar a realização de novas infrações penais. Onde o caráter preventivo da pena subdivide-se em

³⁶ Opus Citatum, LIMA, p.45

³⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini
DE BEM, Leonardo Schmitt

Direito penal parte geral: lições fundamentais -6. ed.- Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021

³⁸ **Qual a diferença entre condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade? - Marcio Pereira**

[Qual a diferença entre condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade? - Marcio Pereira \(jusbrasil.com.br\)](https://jusbrasil.com.br)

⁶ Princípios inerentes à aplicação e execução da pena., 2017, <https://jus.com.br/artigos/58849/principios-inerentes-a-aplicacao-e-execucao-da-pena>

<https://jus.com.br/artigos/58849/principios-inerentes-a-aplicacao-e-execucao-da-pena>

quatro subespécies: a) preventiva geral negativa – Representa o poder da pena em relação a coletividade, o medo de praticar ato delitivo que enseja sanção penal; b) preventivo geral positivo – diz respeito a eficácia do direito penal; c) preventivo especial negativo – demonstrar a intolerância do estado com a prática delitiva; e d) preventivo especial positivo – Intuito de ressocializar o condenado e devolvê-lo ao convívio social.³⁹

Assim, tem-se que a finalidade da pena, como concepção tradicional, gira em torno do caráter retributivo e preventivo, o trecho acima demonstra que o doutrinador doutor Luiz Flavio Gomes, apresenta nova proposta alçada pela necessidade da pena. Não distante a proposta insurgida pelo referido doutrinador, outros também apresentam novas nuances a finalidade da pena, disserta Alberto de Barros Lima que, “penalizar é possível, todavia não se pode fazer da pena a violência contra a violência”⁴⁰.

Para o doutrinador Rodriguez, “Se a função do direito penal é equilibrar tensão entre o desenvolvimento cultural e a brutalidade necessária da punição [...], será científico o texto penal que tiver como ponto de partida, explícito ou implícito, a legitimação de todo sistema punitivo”⁴¹

Tem-se que a punibilidade nos moldes em que se apresenta, torna-se questionável, exigindo, assim, que sejam feitas reformulações dos meios, objetivos, metas e forma de aplicação das investigações criminais, para assim dar condições de punibilidade, Estatal, eficaz.

Seção 2.1.2 - Atuação Investigativa do Estado

O Estado atua na Investigação Criminal através do Sistema Acusatório, que se diz puro, opinião em que divergem muitos dos estudiosos do Direito, que se materializa no modelo de Inquérito Policial, neste não há autor ou réu, e sim, indiciado, acusado. Via de regra, não se abarcam os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sendo justificado por ser de natureza Inquisitória, ato administrativo e não jurisdicional, realizado pela

⁴⁰ Opus Citatum, MARTINELLI, João Paulo Orsini
DE BEM, Leonardo Schmitt, p.230,“Apud” LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Direito penal constitucional, 2012, p.120

⁴¹ Opus Citatum, MARTINELLI, João Paulo Orsini
DE BEM, Leonardo Schmitt, p. 111 RODRIGUEZ, Vitor Gabriel, Fundamentos de direito penal brasileiro, 2010, p.30

Polícia Judiciária (Polícias Cíveis ou Federal) presidida por seus delegados, bacharéis em Direito.

A atribuição para presidir, se dá em função da competência, atribuição exclusiva dos Delegados de Polícia de carreira, segundo a Lei 12830/2013⁴², mas para investigação, em si, não é dada a mesma exclusividade. A Constituição Federal prevê e autoriza investigações criminais por Comissões Parlamentares de Inquérito, Inquéritos Policiais militares e até mesmo investigações particulares, já aceitos até mesmo por jurisprudências, desde que respeitadas às garantias constitucionais e utilização de provas lícitas. Logo, o Inquérito Policial não é indispensável à propositura da Ação Penal.

Os destinatários do Inquérito Policial serão os autores da ação Penal, quais sejam, Ministério Público ou o Querelante, nos casos de ação penal privada, ou o Juiz, nos casos de cláusula de reserva jurisdicional. O Inquérito Policial servirá de base para a propositura da Ação Penal e todos os atos produzidos na fase jurisdicional serão submetidos ao contraditório e a ampla defesa. Sendo a sentença Penal condenatória nula, se for apenas fundamentada nas provas produzidas no Inquérito Policial, vige artigo 155 do Código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”⁴³

O Inquérito Policial será sigiloso, escrito, formal, unilateral, inquisitório e dispensável. Podendo ser instaurado de ofício, nos casos de ação Penal Pública Incondicionada, geralmente iniciado por queixa crime de Ofício ou por provocação. Tendo por objetivo a convicção do membro do Ministério Público, titular da ação pública ou até mesmo a querelante como autor da ação privada bem como a colheita de provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas.

O prazo para conclusão é quase sempre o de 10 dias para o indiciado preso e até 90 dias para o indiciado solto, podendo ainda ser prorrogado por requisição da autoridade policial junto à autoridade judicial após manifestação do Ministério Público,

⁴² Planalto Central, Lei 12830/2013, 2021, [L12830 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)

⁴³ Código de Processo Penal, Decreto Lei 3689/1941, site do planalto, 2021, [Del3689 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)

de acordo com que se segue o rito do Código de Processo Penal. Existem, porém, legislações que seguem ritos próprios.

Concluídas as Investigações a Autoridade Policial elaborará um relatório descrevendo as diligências realizadas, remetendo ao Juiz e ao Ministério Público que poderá denunciar ou requerer o arquivamento.⁴⁴

Sendo o Inquérito Policial instrumento utilizado para elucidação de crimes, mecanismo de instrução, e de natureza administrativa, para fim jurisdicional, suas “provas”, em regra, não de ser repetidas para submissão aos princípios legais que convolarão para consonância do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “Contraditório e Ampla Defesa”, o que não se pratica em nenhuma de suas fases. Até se tem formalmente garantido que lhes serão garantidos, aos acusados, os meios e garantias ao Inquérito Policial inerentes. O que na prática torna-se algo sem muita objetivação.

Diante da repetição *a posteriori*, dos atos praticados na investigação, percebe-se que há divergência deste forma com a necessidade do atuar Estatal estar pautado em princípios como os da celeridade e eficiência, que impõem à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social⁴⁵

Seção 2.1.3 – Dever de Punir do Estado

Frente a inobservância de atenção ao mandamental penal, ao Estado compete o dever legal de punir as tais infrações, de acordo com o doutrinador Frederico Marques, o direito de punir é

“o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável⁴⁶”

⁴⁴ NICOLITT, Andre Luiz, Manual de processo penal, 4º ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p.68 a 104.

⁴⁵ Comentários sobre o princípio da eficácia na Administração Pública, jusbrasil -2014-<https://jus.com.br/artigos/29598/comentarios-sobre-o-principio-da-eficiencia-na-administracao-publica>

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Volume 1, p.3 a 5., ver. E atual. FERRARI, Eduardo Reale e DEZEM, Guilherme Madeira -3º ed.: Millennium editora

Com vista as análises estatísticas, mapeando a criminalidade, desprezando um período pandêmico que impôs o isolamento social, sendo este um tempo especial, o demonstrativo nos índices de criminalidade de maneira regular. Tomando por base o Crime que encabeça o Código Penal Especial, artigo 121, homicídio, que deveria ter maior proteção estatal, no gráfico percebe-se índices alarmantes, o que nos faz crer a ineficácia dos métodos de persecução penal e punibilidade dos sujeitos ativos. Em se imaginar que mesmo em meio a grupos e organizações criminosas não há em grande número os agentes que estão dispostos a realizar do crime de homicídio, assim, com o número elevado deste crime, tem-se que em muito o Estado furtou-se a punir estes agentes, que seguem ceifando vidas, amparados na evidente impunidade. Infere-se tais afirmações com base no quadro abaixo extraído do Anuário de Segurança Pública do ano de 2019⁴⁷

Homicídios dolosos, por número de vítimas e ocorrências
Brasil e Unidades da Federação – 2017-2018

Grupos segundo qualidade dos dados ¹⁾	Brasil e Unidades da Federação	Homicídios dolosos									
		Nº de Vítimas					Nº de Ocorrências				
		Nº. Absolutos		Taxas ²⁾		Varição (%)	Nº. Absolutos		Taxas ²⁾		Varição (%)
	2017 ³⁾	2018	2017	2018		2017 ³⁾	2018	2017	2018		
	Brasil	56.877	48.982	27,0	23,5	-13,0	51.452	44.827	25,2	21,8	-13,6
Grupo 1	Alagoas	1.707	1.332	50,6	40,1	-20,7	1.630	1.278	48,3	38,5	-20,3
	Ceará ⁴⁾	5.042	4.481	55,9	49,4	-11,7	4.746	4.183	52,6	46,1	-12,4
	Espírito Santo ⁵⁾	1.407	1.108	35,0	27,9	-20,4	1.407	1.108	35,0	27,9	-20,4
	Goiás	2.255	2.025	33,3	29,3	-12,0	2.130	1.942	31,4	28,1	-10,7
	Maranhão ⁶⁾	1.820	1.619	26,0	23,0	-11,5	1.830	1.619	26,0	23,0	-11,5
	Mato Grosso ⁷⁾	985	916	29,5	26,6	-9,6	985	916	29,5	26,6	-9,6
	Pará	3.877	3.767	46,3	44,2	-4,5	3.707	3.558	44,3	41,8	-5,7
	Paraná ⁸⁾	1.242	1.183	30,9	29,1	-5,7	1.207	1.109	30,0	27,7	-7,5
	Pernambuco ⁹⁾	5.140	4.022	54,3	42,4	-21,9	4.895	3.807	51,7	40,1	-22,4
	Piauí ¹⁰⁾	598	563	18,6	17,2	-7,2	598	563	18,6	17,2	-7,2
	Rio de Janeiro	5.346	4.950	32,0	28,8	-9,8	4.923	4.553	29,4	26,5	-9,9
Rio Grande do Norte	1.863	1.503	53,1	43,2	-18,7	
Santa Catarina	987	777	14,1	11,0	-22,1	941	745	13,4	10,5	-21,7	
Grupo 2	Acre ¹¹⁾	503	396	60,6	45,6	-24,9	483	369	58,2	42,4	-27,1
	Amapá	262	292	44,1	47,3	7,1	335	389	42,0	45,9	11,7
	Amazonas	1.132	1.083	27,9	26,8	-3,8	1.074	1.048	26,4	25,7	-2,8
	Bahia	6.009	5.345	39,2	36,1	-7,8	5.645	5.036	36,8	34,0	-7,6
	Distrito Federal	508	453	16,7	15,2	-8,9	502	439	16,5	14,8	-10,6
	Minas Gerais ¹²⁾	3.966	3.005	18,8	14,7	-21,7	3.828	2.960	18,1	14,1	-22,4
	Paraná	2.187	1.995	19,3	17,2	-10,8	2.090	1.454	18,5	12,8	-30,6
	Rio Grande do Sul ¹³⁾	2.970	2.355	26,2	20,8	-20,8	2.696	2.137	23,7	18,9	-20,5
	São Paulo	3.004	3.105	7,8	8,8	12,2	3.294	2.949	7,3	6,5	-11,3
Grupo 3	Mato Grosso do Sul ¹⁴⁾	530	452	19,5	16,4	-15,8	526	400	19,4	16,4	-15,5
	Roraima ¹⁵⁾	481	430	26,6	24,5	-8,2	421	394	23,3	22,4	-3,8
	Sergipe	1.121	946	40,0	41,5	15,2	1.078	913	47,1	40,1	-14,9
Grupo 4	Roraima	190	336	36,4	58,3	60,3	159	330	30,4	57,2	88,1
	Tocantins	355	381	22,9	24,5	7,0	339	376	21,9	24,2	10,6

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e Defesa Social; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Se por um lado o que se pretende é de fato a eficiência administrativa um dos princípios constitucionais que rege a administração pública, há de se questionar quais os

47 Anuário brasileiro de segurança pública -2019 [Anuario-2019-FINAL 21.10.19.pdf \(forumseguranca.org.br\)](https://forumseguranca.org.br)

interesses que circundam a manutenção de um Sistema ineficiente e ineficaz, de investigação, para Meirelles⁴⁸ considera que:

“O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Na busca por respostas às indagações acima é possível identificar através índices pautáveis a que norteiam a criminalidade na União Europeia, por exemplo. Concebida por países com elevado número de imigrantes, em sua maioria oriundos de países radicais e extremistas, contrapondo o que se pudesse esperar, faz-se claro o declínio da atuação criminosa, no que tange ao crime de homicídio, com base em índices expostos no gráfico abaixo demonstrado⁴⁹

Intentional homicide, 2008-2019
(number of police-recorded offences)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
EU	5 676	5 392	5 190	5 166	4 930	4 617	4 424	4 731	4 234	4 251	4 008	3 875
Belgium	204	189	189	214	206	204	210	231	175	198	188	145
Bulgaria	172	150	148	128	141	109	112	126	79	95	92	80
Czechia	113	105	105	83	95	90	81	88	65	40	55	81
Denmark	53	56	49	49	43	41	62	52	53	61	54	53
Germany	656	721	699	689	619	623	645	655	747	738	632	586
Estonia	84	70	70	65	63	52	41	50	33	29	25	23
Ireland	51	53	55	42	52	51	53	30	34	39	39	35
Greece	139	143	176	184	165	141	105	86	81	78	94	76
Spain	407	412	401	385	364	302	323	302	294	307	289	333
France	975	804	797	874	814	802	765	1 029	884	813	779	861
Croatia	71	49	62	49	51	46	36	37	44	46	24	33
Italy	615	590	529	552	530	506	487	471	404	374	357	314
Cyprus	9	19	7	8	19	11	10	12	11	7	14	13
Latvia	99	108	70	69	97	69	77	81	111	109	101	91
Lithuania	286	240	199	189	181	172	155	168	142	113	97	84
Luxembourg	7	5	8	4	3	2	4	5	5	2	3	4
Hungary	147	139	133	142	113	138	129	202	91	85	83	58
Malta	6	4	4	3	10	6	6	4	5	9	6	4
Netherlands	150	154	.	.	.	147	144	120	108	158	119	109
Austria	58	51	61	80	88	63	43	42	49	61	73	74
Poland	460	493	436	449	377	296	282	287	256	278	265	205
Portugal	124	130	124	114	122	144	92	100	66	76	81	73
Romania	470	397	404	335	378	336	298	291	247	256	267	255
Slovenia	11	13	11	17	14	12	17	20	10	19	10	10
Slovakia	94	84	89	96	75	78	72	48	60	80	67	76
Finland	133	120	119	110	88	89	88	82	74	67	86	88
Sweden	82	93	91	81	68	87	87	112	106	113	108	111
Iceland	0	1	2	3	1	1	2	3	1	3	2	1
Liechtenstein	1	0	1	0	0	0	1	0	0	1	1	.
Norway	34	29	29	111	27	47	29	24	27	28	25	28
Switzerland	54	51	53	46	45	57	41	57	45	45	50	46
Montenegro	22	10	13	19	15	9	19	17	24	11	13	21
North Macedonia	35	35	39	27	28	20	25	21	17	25	.	.
Albania	88	82	118	124	125	107	98	54	71	62	51	58
Serbia	128	136	114	114	104	132	114	96	106	79	104	80
Turkey	.	2 090	1 766	1 688	1 806
Bosnia and Herzegovina	66	67	54	49	60	46	49	56	42	34	36	37
Kosovo (*)	113	73	106	62	90	41	38	27	29	33	43	23

(*) This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244/1999 and the ICJ Opinion on the Kosovo declaration of independence.

(.) Data not available.

Source: Eurostat (crim_off_cat)

eurostat

Ou seja, analisando os gráficos acima que aludem aos índices estatísticos para o crime de homicídio, tem-se que no ano de 2017, apenas no Estado do Rio de Janeiro os

48 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

49 Eurostart – Statistics Explained – 2021 [Estadísticas sobre a criminalidade - Statistics Explained \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/6/6c/Intentional_homicide%2C_2008-2019_%28number_of_police-recorded_offences%29.png)

números de homicídios foram de 5.346 mortos violentamente, ao passo que em toda União Europeia no ano de 2019 foram totalizados 3.875 homicídios.

O dever de punir do Estado, o chamado *jus puniendi* vai além do mero encarceramento, há de ter em mente que tal dever principia com a investigação criminal eficiente, com análise dos processos implementados em outros países e dos resultados devolvidos a sociedade. Não é somente “empurrar a poeira para debaixo do tapete”, ou utilizar como discurso eleitoral, e sim confrontar com a realidade e o que se espera da efetiva atuação estatal. Assim como fora feito em 1990 no Direito Administrativo, e vem se modernizando ao longo dos tempos, a desburocratização dos processos penais.

A alegação de que um país Latino-americano não poderia ser palco de tamanhas mudanças cai por terra diante da nova sistemática implantada pelo Chile. Este país com histórico de ser um país, até os anos 2000, precipuamente adotador do sistema inquisitorial, mudou seu viés, isso depois de embasado em estudos, pesquisas e experimentações, para o sistema acusatório, imbuído das Procuradorias de Instrução, nos moldes do Juizado de Instrução.⁵⁰

Segundo dados do Instituto de Segurança Pública, os índices de elucidação de homicídios dolosos são de 13%, em contrapartida a 86% em andamento e 1% não elucidados.⁵¹ Tomando por base os dados estatísticos a que aludem ao alto números de homicídios e ao baixo índice de solução destes crimes imagina-se que não há um número de significativo de prisões. Contraditório a estes índices encontra-se a população carcerária brasileira. Esta atualmente ocupa a 6ª posição em encarceramento no mundo, tendo já ocupado a 4ª posição neste ranking. Acredita-se que esta redução tenha ocorrido com base na política de desencarceramento provocada por medidas como a audiência de custódia, por exemplo. Assustador é imaginar que 41% desta população carcerária são de presos provisórios⁵². A estes não foi facultado o Contraditório, a ampla defesa, o devido processo penal e nem mesmo o devido processo legal.

⁵⁰ JusBrasil 2017 – Sistema Acusatório no Chile
<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/357708186/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil>

⁵¹ Instituto de Segurança Pública do RJ – infodados – 2021 -
<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/InfograficoTaxaElucidacaoResultado2sem2017.pdf>

⁵² A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro – 2017 - <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6774/>

Seção 2.2 – Estado Garantidor

Seção 2.2.1 - Estado como Garantidor dos Direitos Fundamentais

Compete ao Estado não somente o dever de punir como também o dever de prover os Direitos Fundamentais. Indo além da esfera verticalizada, mas a propiciar isonomia também na esfera horizontal, para isso tem-se que para operatividade prática dos direitos fundamentais é preciso preservar e gerir as instituições que formam o cenário garantidor. Criar um aparato de proteção e dever, indo desde o legislador até o aplicador dos direitos fundamentais em na base de atuação. Como os direitos fundamentais são constituídos historicamente, assim, não só se preza pelas dimensões já conhecidas, atribuídas aos direitos fundamentais, como também a novas dimensões de caráter histórico-evolutiva, de acordo com o doutrinador, Novellino:

“O reconhecimento e declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações. As garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais.”⁵³

Com isso, é preciso que se pense em efetividade no âmbito de proteção aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal. Especificando tais princípios voltados para o processo penal:

- a) Princípios do Contraditório e da ampla defesa – O contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilitada em se tratando de direitos disponíveis. Ampla defesa é decorrência do contraditório (“reação”). Assegura-se aos indivíduos a utilização, para defesa de seus direitos, de todos os meios legais e moralmente admitidos.⁵⁴
- b) O princípio do devido Processo Legal – É o núcleo material comum a todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos. É exatamente a aplicação das garantias

⁵³ NOVELLINO, Marcelo - Curso de direito constitucional – 16. ed. rev. ampl. E atual. -Salvador: Juspodvium 2021, p.318

⁵⁴ Op. Cit., NOVELINO, p.476

constitucionais processuais ao processo administrativo que faz dele um verdadeiro processo legal em suas duas acepções: processual e material.⁵⁵

De todo exposto acima, depreende-se que o dever de garantia dos direitos fundamentais pelo Estado aos seus signatários tem de ser não apenas meramente formal, mas com aplicabilidade material. Exemplo atual e claro da atenção material deu-se com o julgado de um Ação Civil Pública, perpetrada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aduzindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, os direitos do preso, especificamente o direito ao banho quente. O que foi deferido favoravelmente a Defensoria. Impondo ao Estado a efetivação deste direito.⁵⁶

A Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, vedou expressamente a iniciativa do julgado na fase de investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Este dispositivo deixa explícito que a Carta Magma Constitucional pugna pelo Sistema Acusatório o que até então possui vários contrapontos com os tramites processual penal. Visando limar os resquícios do Sistema Inquisitorial entranhados no ordenamento vigente, apresenta-se a Lei 13964/2019, apelidada de “Pacote anticrime”, as mudanças processuais penais propostas por esta lei deixam nítido a implementação do Sistema Acusatório, afastando a atuação do magistrado julgador, na fase de investigação.

Seção 2.2.2 - Juiz das Garantias

A respeito do Código de Processo Penal, em seu livro, LIMA, cita Fauzi Hassan Chourkr, no sentido de que: “conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal, integralmente nascido da atividade democrática parlamentar.”⁵⁷ Nosso Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3689/1941) entrou em vigor em pleno Estado-Novo, mais precisamente em 01º de janeiro de 1942, tendo nítida inspiração no modelo fascista italiano que deu origem ao denominado Código Rocco de 1930.

⁵⁵ Op Cit., NOVELINO, p. 476

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal - ACP nº 1003.64418.2013.8.26.0053/SP <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166906827/apelacao-civel-ac-10036441820138260053-sp-1003644-1820138260053/inteiro-teor-1166906847>

⁵⁷ Apud, LIMA, brasileiro, p.103, CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 p. 2

Dispositivos deste Código, ainda vigente deixam claro a atuação muito próxima do magistrado nas fases iniciais da *persecutio criminis*, muitas vezes tendo o julgado atuação real nesses processos, os dispositivos 241 e 156 do Código Processual possibilitam ao próprio juiz decretar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, ou até mesmo a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante da investigação, dentre outros.

Em seus artigos do 3º-A ao 3º-F, incluídos do Código de Processo Penal, apresenta clara ruptura com alguns institutos do Sistema Inquisitorial remanescentes neste Código. Dentre estes, tem-se que o Processo Penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação; sendo o juiz das garantias responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Com o Juiz das garantias opera-se a cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento da persecução penal. Permanecendo o magistrado competente para julgar, de modo inerte até que toda instrução probatória se funde. Trata-se da figura do Juiz espectador em contraposição a figura do juiz protagonista.

Ocorre que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux suspendeu *sine die* a eficácia *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários.⁵⁸

Dos argumentos de maior preponderância para a não implantação do instituto do juiz das garantias encontra-se o sentido de que inconstitucionalidade formal da matéria tratada, como também, o impacto financeiro e falta de dotação orçamentária para implementação da medida.⁵⁹ Esta suspensão deu-se em 22/01/2021 e desde então muito não foi feito para efetivar tal implementação. Ainda que implique na reestruturação do Judiciário, como foi aludido pelo Ministro Luiz Fux, ainda assim a análise que se faz é que perpassa pela vontade de legislante e jurisprudencial em mudar os moldes da investigação criminal e do Código de Processo Penal. Infere-se esta afirmativa com base em análise das cifras gastas pelo Estado em Segurança Pública, com resultados não condicentes com o que se espera. O site da CNN Brasil relata que forma gastos 160 bilhões

⁵⁸ Op. Cit., LIMA, brasileiro, p. 103:114

⁵⁹ Portal do Supremo Tribunal Federal ADI 6300 - juiz das garantias, 2021 https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/5B72188180DF43_ADI6300.pdf

em Segurança Pública no Brasil, nos anos de 2019 e 2020, curioso é o fato que desses 160 bilhões apenas 1,2% foi destinado ao setor de inteligência, 1,9 bilhões.⁶⁰

Seção 2.3 - Outros Sistemas de Investigação Criminal

a) Investigação Criminal na Itália - Juizado de Instrução, que consistia em um juiz que junto a Polícia Judiciária indica as diligências a serem tomadas, evitadas de ceifação do contraditório na primeira fase processual. Permitindo tão e somente que já na segunda fase, um novo juiz que não fez parte da fase inquisitorial inicial possa julgar atendidos, então, todos os direitos concernentes a ampla defesa do acusado. Na contramão desse viés que aparentemente se mostra extremamente punitivo, emerge um exponencial juiz de Direito Italiano, Luigi Ferrajoli, donde este vem disseminando ideais abrandadores que muito se assemelham aos que permeiam atualmente aos ideais garantistas monoclar hiperbólico. Contudo há de se ressaltar que na Itália a regra é denunciar e punir, além de não ser um país que guarda consigo a possibilidade de tantos recursos, o mesmo não vigora no Brasil contemporâneo.

b) Sistema Adversarial/ Acusatório – A nova justiça penal na América Latina - De acordo com a proposta pelo mestre doutrinador Alberto Binder, entusiasta das mudanças nos Códigos de Processo Penal e Investigação Criminal na América Latina, em seu texto “a mudança da justiça penal para o Sistema Adversarial. Significado e dificuldades”, o mestre indica de maneira resumida neste texto que para implementação deste sistema, há a necessidade de mudança do Código de processo penal e ressalta que o único país da América a permanecer com o código datado da década de 40, “nitidamente inquisitorial”, no texto do mestre, no capítulo que “na nova justiça penal da América Latina”, excluindo-se o Brasil por óbvio.

Seguindo as regras básicas de funcionamento, sendo quatro as principais: a) a primeira diz respeito ao papel das partes no processo penal, no sistema adversarial é absoluta, necessária e visível a divisão das funções do Juiz, do Ministério Público e da Defesa; b) as decisões devem ser tomadas em um julgamento público e sobre o crivo do

⁶⁰ CNNBrasil, Brasil investe 160 bilhões em segurança pública mas só 1,9 bilhões em inteligência <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-investe-r-160-bilhoes-em-seguranca-mas-so-r1-9-bilhao-em-inteligencia/#:~:text=intelig%C3%Aancia%20%7C%20CNN%20Brasil-Brasil%20investe%20R%24%20160%20bilh%C3%B5es%20em%20seguran%C3%A7a%2C%20mas%20s%C3%B3%20R.1%2C9%20bilh%C3%A3o%20em%20intelig%C3%Aancia>

contraditório devendo as partes, imediatamente, apresentar suas respectivas provas e debater seus argumentos. O julgamento é oral e público; c) Neste sistema se reconhece o acusado como sujeito de direitos, não somente o acusado como também a vítima; d) Diferentemente do que se têm com o Inquérito Policial, o Sistema Adversarial leciona que o importante é que o caso tenha uma resposta judicial, seja por vias alternativas, ou por um adequado julgamento, pois “a função da justiça penal é dar respostas e não tramitar papéis”.

Seguindo neste mesmo contexto, o mestre argentino Binder diz que “não se admite mais sistemas investigatórios criminais de duvidosa constitucionalidade”, em seguida apontando quatro ideias necessárias para alcançar êxito na reforma do processo penal: a) É preciso que a reforma da Justiça Penal seja vista como verdadeira mudança de práticas, coadunando mudanças legislativas, com novas formas de intervenção, permitindo que as pessoas mudem suas formas de atuar segundo as regras do sistema adversarial; b) Disso resultará em duelo de práticas entre as antigas tradições inquisitoriais e as novas formas de atuação, onde os operadores da justiça precisam ter consciência que cada uma de suas práticas cotidianas têm uma enorme influência na configuração do novo sistema; c) a partir deste debate é preciso buscar um ponto de equilíbrio entre o velho e o novo; d) por fim, Binder, afirma que é preciso que se tenha consideração que a implementação da reforma se dá no primeiro dia de vigência do novo Código de Processo Penal.

Finalizando as proposições do doutrinador argentino Binder, este ressalta que para a efetivação do Sistema Adversarial ou Acusatório faz-se preciso que sejam implantadas inicialmente, audiências públicas sobre o crivo do contraditório; controle de sobrecarga de Trabalho da Justiça Penal; Uso da Informação, maior atuação da Defensoria Pública e participação da vítima.⁶¹

"O cheiro da prisão é um cheiro de urina, formol e de pintura. Em todas as cadeias da Europa eu o reconheci e reconheci que este cheiro seria enfim o cheiro do meu destino. Em cada nova escorregada procuro nas paredes os traços das minhas prisões anteriores, isto é, dos meus desesperos anteriores, remorsos, desejos que um outro detento tenha gravado para mim. Exploro a superfície das paredes em busca do traço fraternal de um amigo. Pois se nunca soube o que poderia ser exatamente a amizade, que vibrações a amizade de dois homens constroem em seus corações e talvez nas suas peles, na prisão eu às vezes anseio por uma amizade fraternal, mas sempre com um homem — da minha idade — que

⁶¹ Migalhas.com - As reformas processuais penais na América Latina – A visão de Albert Binder, 2019 <https://www.migalhas.com.br/depeso/293662/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina---a-visao-de-alberto-binder>

seja bonito, que tivesse completa confiança em mim e que seria o cúmplice dos meus amores, dos meus roubos, dos meus desejos criminosos; embora isto não me elucidasse sobre tal amizade, sobre o cheiro, de um e de outro dos meus amigos, de sua intimidade secreta, porque para a ocasião eu me torno um macho que sabe que realmente não é. Espero a revelação na parede de qualquer segredo terrível: morte, sobretudo, mortes de homens, ou traição de amizade, ou profanação de Mortos e dos quais eu seria a tumba resplandecente. Porém não encontrei jamais senão algumas raras palavras gravadas sobre o gesso com um alfinete, fórmulas de amor e de ódio, geralmente de resignação: 'Jojo da Bastilha ama sua mulher até a morte.' 'A mamãe, meu coração, às putas, meu caralho, ao carrasco, minha cabeça.'⁶²

Esta impactante citação reflete o sistema punitivo pelo olhar do criminoso. Através deste pequeno trecho pode-se perceber a incidência da reincidência criminal, da baixa ressocialização, do desrespeito a princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, a evidente comunidade marginalizada. Muito se discute a respeito da maneira como deve ser gerida a política criminal, o Sistema de Investigação Criminal, a ressocialização, a retribuição e a prevenção. Ocorre que, bem poucos estudos têm como base a análise feita pelos atores da base deste sistema, a saber, os criminosos, as vítimas e até mesmo as autoridades policiais que atuam diretamente com a massa criminal.

As conjecturas formuladas são em sua maioria fruto da pesquisa de pensadores na área do Direito Penal, personalidades que atuam no momento de incidência da conduta delitiva, pois sim, em período secundário ao cometimento de crimes e permanecem equidistantes da consequência destes delitos.

III - Conclusão

Inicialmente, a busca pela delimitação do tema foi de difícil alcance, uma vez que apesar do Sistema de Investigação Criminal ter por Sistemas o acusatório, o inquisitivo e o misto, onde no Brasil aplica-se o Sistema Acusatório, e, somente tem-se por investigação Criminal o modelo de Inquérito Policial, ainda assim, torna-se uma tarefa complexa restringir o tema quando se volta a discussão sobre a efetividade investigação, dada a polissemia de subterfúgios para adequação desta à Magma Carta vigente e aos direitos e garantias fundamentais.

⁶² GENET, Jean – Nossa Senhora das Flores- apresentação de Jean Paul Sartre. 1983, ed. Nova fronteira p.119 e 120

Embora o objetivo geral deste trabalho seja questionar sobre novas maneiras de se pensar em investigação criminal, subscreve-se neste outras formas de implementar as já existentes em outros países, não se esgotando o tema, e que se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio e sua relação com o direito internacional, bem como a economicidade e anseios sociais da atualidade.

Os objetivos da investigação criminal são a identificação da autoria e materialidade e o alcance da punibilidade, para tal, se faz a necessidade purgar pela lisura na identificação das fontes de prova voltadas à ação penal e a fundamentação da “*notitia criminis*”, que é a primeira fase da “*persecutio criminis*”; assim, por este estudo, ousa-se defender a manutenção do Sistema Acusatório, com as devidas adaptações para as mudanças da sociedade atual e o ordenamento jurídico contemporâneo.

O direito surge com a necessidade de proteger o indivíduo em sociedade, em 1941 surge o Código de Processo Penal, exteriorizando os anseios vigentes à época, que se deu entre guerras, posterior a este tempo o mundo mudou em muito e outros valores passaram a ser protegidos, insurgindo interpretações sistêmicas entre o ordenamento jurídico pátrio, com a constitucionalização dos demais ramos do direito, e em conformidade com o direito internacional.

É indispensável que os operadores do direito estejam atentos as mudanças sociais ajustando-se ao novo crivo das vertentes políticas, culturais e axiológicas, flexibilizando o formalismo engessado, primando por uma atuação mais participativa, negocial e econômica. Não se pretende por este uma extirpação do caráter punitivo estatal, pretende-se o afastamento do “etiquetamento” penal, da política de encarceramento. Espera-se que repense o resgate social com a formulação de um Código de Processo Penal mais adequado aos anseios sociais. Com punibilidade justa e amparada em processos mais dinâmicos e menos burocráticos, bem como mais céleres e menos dispendiosos.

Visa esse trabalho pugnar por mudança de chaves, por público-alvo de modo estratégico, com entrega efetiva, tomada de decisões por tipos penais, por nichos sociais, amparo preventivo, mudar o viés com foco para uma entrega efetiva e não em processos e rigores formais, políticas de controle e execuções com mensuração programáticas, financiamentos responsáveis dos investimentos no setor de segurança pública, faltando um plano estratégico de investigação criminal.

Sugere-se aos atores do cenário jurídico criminal maior preocupação com a uniformização do Código Processual Penal à Constituição e aos tratados internacionais.

Propõe-se que o exercício jurisdicional e investigativo criminal tenha como meta suprema cuidar da não restrição aos direitos fundamentais, a inibição do arbítrio estatal e a efetividade da aplicação da punição estatal em coibir o injusto. Assim, exige-se que todo planejamento do orçamento e gestão da investigação e punibilidade criminal tenha a efetiva responsabilidade social.

IV - Referências

LIMA, Renato Brasileiro, Manual de processo penal, volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8.ed. ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed.JusPodivm, 2021. P.42

MARTINELLI, João Paulo Orsini, DE BEM, Leonardo Schmitt - Direito penal parte geral: lições fundamentais -6. ed.- Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

NICOLITT, Andre Luiz, Manual de processo penal, 4º ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p.68 a 104.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Volume 1, p.3 a 5., ver. E atual. FERRARI, Eduardo Reale e DEZEM, Guilherme Madeira -3º ed.: Millennium Editora.

MEIRELLES, H.L. Direito administrativo.24. ed. São Paulo, 1999.

NOVELLINO, Marcelo - Curso de direito constitucional – 16. ed. rev. ampl. E atual. - Salvador: Juspodvium 2021, p.318.

Apud, LIMA, brasileiro, p.103, CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e critica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2005 p. 2.

GENET, Jean – Nossa Senhora das Flores- apresentação de Jean Paul Sartre. 1983, ed. Nova fronteira p.119 e 120 .

Sites

Qual a diferença entre condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade? - Marcio Pereira

Qual a diferença entre condição objetiva de punibilidade e condição de procedibilidade? - Marcio Pereira (jusbrasil.com.br)

Princípios inerentes à aplicação e execução da pena., 2017,
<https://jus.com.br/artigos/58849/principios-inerentes-a-aplicacao-e-execucao-da-pena>
<https://jus.com.br/artigos/58849/principios-inerentes-a-aplicacao-e-execucao-da-pena>

Planalto Central, Lei 12830/2013, 2021, L12830 (planalto.gov.br)

Código de Processo Penal, Decreto Lei 3689/1941, site do planalto, 2021, Del3689 (planalto.gov.br)

Comentários sobre o princípio da eficácia na Administração Pública, jusbrasil -2014-
<https://jus.com.br/artigos/29598/comentarios-sobre-o-principio-da-eficiencia-na-administracao-publica>

Anuário brasileiro de segurança pública -2019 Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf (forumseguranca.org.br)

Eurostart – Statistics Explained – 2021 Estatísticas sobre a criminalidade - Statistics Explained (europa.eu) https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/6/6c/Intentional_homicide%2C_2008-2019_%28number_of_police-recorded_offences%29.png

JusBrasil 2017 – Sistema Acusatório no Chile
<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/357708186/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil>

Instituto de Segurança Pública do RJ – infodados – 2021 -
<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/InfograficoTaxaElucidacaoResultado2sem2017.pdf>

A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro – 2017 -
<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6774/>

Supremo Tribunal Federal – ACP nº 1003.64418.2013.8.26.0053/SP <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166906827/apelacao-civel-ac-10036441820138260053-sp-1003644-1820138260053/inteiro-teor-1166906847>

Portal do Supremo Tribunal Federal ADI 6300 – juiz das garantias, 2021
https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/5B72188180DF43_ADI6300.pdf

CNNBrasil, Brasil investe 160 bilhões em segurança pública mas só 1,9 bilhões em inteligência
<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-investe-r-160-bilhoes-em-seguranca-mas-so-r1-9-bilhao-em-inteligencia/#:~:text=intelig%C3%Aancia%20%7C%20CNN%20Brasil-,Brasil%20investe%20R%24%20160%20bilh%C3%B5es%20em%20seguran%C3%A7a%2C%20mas%20s%C3%B3%20R,1%2C9%20bilh%C3%A3o%20em%20intelig%C3%Aancia>

Migalhas.com - As reformas processuais penais na América Latina – A visão de Albert Binder, 2019 <https://www.migalhas.com.br/depeso/293662/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina---a-visao-de-alberto-binder>

AUTORES

Alex Andrade Alves

Bacharel em Direito pela Unime. Pós-graduado em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário pela Univirtua. Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia, Campus de Camaçari.

Aline Furtado da Rosa

Doutoranda em Enfermagem pela Escola de Enfermagem Anna Nery/UFRJ; Mestra em Enfermagem pela Escola de Enfermagem Anna Nery/UFRJ; Docente da UNIFASE-Petrópolis/RJ. e-mail: alinenfermagem@yahoo.com.br; CVLattes: <http://lattes.cnpq.br/4010389402288182>.

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

Mestranda bolsista da CAPES/PROSUC em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), onde compõe Grupo de Pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos; Integrante e pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, registrado no CNPq junto a Universidade de Fortaleza (UNIFOR). anasantos.jus@gmail.com; CVLattes: <http://lattes.cnpq.br/7628446891442809>.

Atair Silva de Sousa

Pesquisador em Informações e Avaliações Educacionais no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - Anísio Teixeira - Inep. Doutorando em Educação pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Gestão e Avaliação da Educação Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Especialista em Gestão Pública e em Ensino de Ciências - Física pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Graduado (Licenciatura) em Física pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Eduarda Gonçalves Berbigier

Advogada. Pós-graduada em direito civil com ênfase em contratos e responsabilidade civil pela Faculdade UniRitter Laureate Internacional Universities no ano de 2016. Graduada pela mesma instituição no ano de 2014.

Flaviane da Silva Assompção

Advogada e Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pesquisadora junto a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no projeto “O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS: Mapeamento das Formas de Violência e Análise das Políticas Públicas” (Edital FAPERJ Nº 21/2022). Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Literatura: Diáspora, Multiculturalismo e Identidade nas obras de Jhumpa Lahiri e Igiaba Scego”, na UCP.

Jackson Quitete dos Santos

Mestrando em Direito Constitucional pela UFF. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi Residente Jurídico na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Assessor Jurídico no Ministério Público. Atualmente é servidor público na Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1886151195042104>. E-mail: jacksonquitete@id.uff.br

Jussara Romero Sanches

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental pela Universidade do Norte do Paraná - UNOPAR. Graduada em Direito e em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Universitária, na UniCesumar-Londrina e FATEC Ivaiporã. E-mail: jussararomeroadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7689379063827719>.

Lara Caxico Martins

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestra em Direito Negocial pelo programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (2018). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8153609668262095>.

Leticia Maria de Oliveira Borges

Doutora em Direito com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Veiga de Almeida. Professora da Universidade Veiga de Almeida. Integrante

e pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, registrado no CNPq junto a Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
ticha_borges@yahoo.com.br; CVLattes: <http://lattes.cnpq.br/4448777114488195>.

Letícia Pereira de Alvarenga Tavares

Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC-UFF. Pós graduada em Processo Civil pelo DDA- UFF. Advogada e Residente jurídica. E-mail: tavares-leticia@hotmail.com

Louise Tivirolli de Paula

Graduada em Direito pela PUC Londrina (2021).

Michele da Silva Alves

Filha, mãe, irmã, amiga, enamorada, apaixonada pela vida e as pessoas, especialmente em suas relações sociais. Policial Civil no Estado do Rio de Janeiro, atuante em Locais de Homicídios, junto à Perícia Criminal. Tendo atuado em investigações de homicídios, em casos sensíveis e de grande repercussão midiática. Com formação nas áreas de Docência, Administração, Marketing, Direito e Relações Internacionais. Atualmente, cursando Pós-graduação em Direito Penal, Processo Penal, Civil e processo Civil.

Mirian Santos

Advogada. Pós-graduada em direito penal e processo penal com ênfase em segurança pública no ano de 2016, bem como pós-graduada em direito civil e processo civil no ano de 2019, ambas pela Faculdade UniRitter Laureate Internacional Universities no ano de 2016. Graduada pela mesma instituição no ano de 2014.

Tatiana Vieira Machado

Advogada e Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale.

Thais Moura Carreira

Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC-UFF. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-RJ. Graduada em Direito pela UFF. Líder de contratos estratégicos em empresa multinacional de tecnologia. E-mail: thais_carreira@hotmail.com

Vanessa Santos do Canto

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; mestre em Serviço Social pela PUC-Rio; mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da UFF; Especialista em Patrimônio Cultural pelo CEFET-RJ; bacharel em Direito pela PUC-Rio. Pesquisadora do “Grupo Gênero, Democracia e Direito” (PUC-Rio); do “Núcleo de Estudos e Pesquisas de Gênero, Raça/Etnia e Geração” (NEPGREG-UFBA); do Grupo “Direito, Gênero, Raça e o Pensamento de Mulheres Negras no contexto da Diáspora Africana nas Américas: interlocução necessária para repensar as normas e o processo de elaboração normativa no Brasil” (PUC-Rio). Bolsista CAPES. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9037921832017837>. E-mail: vanessadocanto@gmail.com



Editora
REALCONHECER

ISBN 978-658452561-0



9 786584 525610