

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

NÚMERO 22, DEZ. 2021

JURISVOX

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Henrique Carivaldo de Miranda Neto

Pró-reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Pró-Reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Renato Borges Fernandes

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Mônica Soares de Araújo Guimarães

Coordenador do Núcleo de Editoria e Publicações

Geovane Fernandes Caixeta

A Revista *Jurisvox* é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, destinado à publicação, por discentes e docentes, de artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do UNIPAM

J959 JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 1 (ago. 1999)-. – Patos de Minas : UNIPAM, 1999-

Annual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Annual: 2016-
Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>
ISSN 1516-778X (impresso)
ISSN 2526-2114 (on-line)

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências jurídicas I. Centro
Universitário de Patos Minas. II. Título.

CDD 340.5

Centro Universitário de Patos de Minas

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Telefone: (34) 3823-0341
<http://nep.unipam.edu.br>

JURISVOX

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 2526-2114

Número 22/dez. 2021

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, n. 22: 1-184



Centro Universitário de Patos de Minas



Núcleo de Editoria e Publicações

Jurisvox © Revista do Centro Universitário de Patos de Minas
<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox>
E-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Sabrina Nunes Borges (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho Consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Geovane Fernandes Caixeta
Ana Maria Caixeta Camargo

Diagramação

Lorrany Lima Silva

Sumário

A (im)possibilidade da tutela penal dos interesses difusos e coletivos: <i>Ultima ratio</i> e direito penal mínimo ou a obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos.....	08
Pedro Henrique Fagundes Silva Gilmar Menezes Silva	
A influência do desenvolvimento tecnológico no Sistema Judiciário Brasileiro e suas implicações frente ao Princípio da Celeridade Processual.....	30
Filipe Marques Araújo Virgínia Lara Bernardes Braz	
Aplicabilidade da Justiça Restaurativa e seus mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar.....	49
Lorrana Eduarda Batista Cardoso Denilson José Martins	
Direito ao esquecimento, impactos da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.....	70
Arthur Henrique Moreira e Silva Morisa Martins Jajah	
Direitos Sociais e a sua (in)efetividade diante da recessão econômica brasileira agravada pela pandemia da Covid-19.....	83
Filipe Marques Araújo Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães	
Lei n. 13.874/2019 e cláusulas abusivas em contratos civis.....	102
João Paulo Meneses de Souza Guilherme Caixeta Borges	
O fenômeno da revitimização como suposta causa da diminuição das denúncias do crime de estupro no Estado de Minas Gerais.....	123
Letícia Jhuly Mateus Silva Paulo Henrique Rodrigues Moreira	
O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de descriminalização da maconha no Brasil.....	141
Paulo Henrique Rausis Nascimento Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães	

O Supremo Tribunal Federal pode ignorar a função legislativa? Novas técnicas de julgamento no controle concentrado de constitucionalidade federal e os princípios de interpretação constitucional..... 166

Flávio dos Reis Vieira Freitas

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

A (im)possibilidade da tutela penal dos interesses difusos e coletivos: *Ultima ratio* e Direito Penal Mínimo ou a obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos

The (im)possibility of criminal protection of diffuse and collective interests: Ultima ratio and Minimum Criminal Law or the obligation to promote the defense of collective rights

PEDRO HENRIQUE FAGUNDES SILVA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: fagundespedrohen@gmail.com

GILMAR MENEZES SILVA

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gilmarbs@unipam.edu.br

Resumo: Objetiva-se, com este trabalho, discutir a respeito da possibilidade da tutela penal dos bens jurídicos coletivos e, se ela for possível, como é desenvolvida. Ademais, a pesquisa atenta-se para as críticas a essa tutela feita pelos defensores do direito penal mínimo, além dos argumentos favoráveis a essa proteção, daqueles que lançam mão da necessidade de se voltar os olhos para os modernos bens jurídicos penais. Utilizar-se-á o método dedutivo-bibliográfico.

Palavras-chave: Tutela penal coletiva. Direito penal mínimo. Direitos difusos e coletivos.

Abstract: The purpose of this work is to discuss the possibility of criminal protection of collective legal assets and, if possible, how it is developed. Furthermore, the research is attentive to the criticisms to this protection made by the defenders of the minimum criminal law, besides the arguments in favor of this protection, of those who make use of the need to turn their eyes to the modern criminal legal assets. The deductive-bibliographical method will be used.

Keywords: Collective criminal protection. Minimum criminal law. Diffuse and collective rights.

1 INTRODUÇÃO

A aludida pesquisa tem como propósito a discussão sobre a viabilidade da tutela coletiva de direitos e a defesa dos bens jurídicos coletivos na ótica do Direito Penal. Essa tutela se justifica pelo surgimento de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que necessitam de uma proteção especial. Notadamente, outros ramos como o Direito Civil e o Direito Administrativo possuem uma tutela coletiva eficiente e isso gera um debate acerca da necessidade ou não da intervenção

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

penal na tutela coletiva. Nesse sentido, nascem críticas a respeito dessa tutela violar vários princípios básicos do Direito Penal.

Esses novos interesses que surgiram nos tempos atuais não se enquadram na clássica classificação entre direitos públicos ou direitos privados, sendo os titulares desses direitos indeterminados. Neste sentido, surge a indagação por alguns autores de que o fato dos titulares serem indeterminados tornaria ilegítima a intervenção penal. Por outro lado, há pensamentos, tais como o de Gianpaolo Smanio, defendendo que o Direito Penal deve estar preparado para proteger esses novos interesses, rompendo com a ideia clássica do Direito Penal de proteger apenas direitos individuais.

Aqueles que defendem essa custódia do Direito Penal aos interesses difusos invocam condutas criminosas que, de alguma forma, atingem direitos que pertencem a uma coletividade, tais como a corrupção, o crime organizado, os crimes econômicos, os crimes ambientais, entre outros. Importante posicionamento que enriquece essa linha de pensamento, encabeçado por Gregório Assagra e Rafael de Oliveira Costa, é o de que os mecanismos utilizados pelo Ministério Público na tutela coletiva no âmbito cível e administrativo, como o inquérito civil, a ação civil pública, os termos de ajustamento de conduta, entre outros, poderiam ser utilizados no sistema penal coletivo. Além do mais, há doutrinadores que advogam a ideia do princípio da obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos, seja na esfera judicial, seja na defesa extrajudicial, para fundamentar como necessária essa interferência.

Partindo de outra ótica, daqueles que preservam o Direito Penal Mínimo, há a convicção de que o Direito Penal como *ultima ratio* deve apenas ser utilizado quando outros campos do direito não conseguem ser eficientes em sua proteção. Essa ideia pode ser visualizada através de vários diplomas que já protegem os interesses difusos, como o Código de Defesa do Consumidor, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros. Corroborando essa ideia, surgem várias teorias, tais como a do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer, que trabalha com a ideia do Direito Administrativo Sancionador, que seria capaz de tutelar esses novos direitos, como também a teoria da segunda velocidade do Direito Penal, desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez. Por conseguinte, analisando as teorias, surge o problema principal: essa tutela penal coletiva seria deficiente e violaria princípios básicos do Direito Penal?

Por fim, buscou-se, nesta pesquisa, através do método dedutivo-bibliográfico, expor as críticas doutrinárias para a referida tutela, expondo os posicionamentos existentes a respeito, atentando-se sempre à relevância jurídica que se verifica na presente tese, levando em conta a crescente evolução dos Direitos Difusos. Além disso, a discussão se mostra necessária na medida em que os interesses coletivos se mostram cada vez mais importantes para a vida em sociedade, gerando reflexos no Direito Penal.

2 O DIREITO PENAL COMO REFLEXO DO MODELO DE ESTADO ADOTADO

A relevância existente de se entender e discutir uma atuação penal conforme o modelo de Estado adotado se revela na medida em que o Direito está intimamente ligado às diretrizes/orientações arquitetadas pelo pensamento estatal. A relevância é gritante se for feita a comparação entre os “direitos penais” de cada um dos modelos de Estado

(totalitário, liberal, social e democrático). Todas essas transformações estatais influenciam no modo de atuação do Direito Penal, a dizer que, em certos pontos, eles parecem ser antagônicos e irreconhecíveis. Nesse sentido, Batista (2004, p. 22-23) diz que “Há marcante congruência entre os fins do estado e os fins do direito penal”.

A legitimidade da intervenção penal também deve ser lembrada dentro desta discussão. O que legitima a atuação penal deve ser estudado, de forma que não se trate o Direito Penal como o único meio de controle social. Existem tanto métodos jurídicos (Direito Civil e Administrativo, por exemplo) como extrajurídicos (família, escola, dentre outros) para tanto, segundo Suxberguer (2006, p. 05). Isso tudo reflete na forma como é entendido o delito, levando a superar o conceito meramente formal (conduta proibida pela lei) e passando a entendê-lo de uma forma valorativa externa à lei. A falta de preocupação quanto à legitimação penal leva ao populismo, que atualmente conduz a uma intervenção penal simbólica, além de transformar o Direito Penal em *prima ratio* ao invés de *ultima ratio*. Em suma, a legitimação penal é extraída pela política criminal (meios e métodos, não necessariamente jurídicos, com que o Estado objetiva prevenir e reprimir as infrações penais) que, por conseguinte, busca reproduzir as ideias do modelo de Estado que as precede.

Nessa perspectiva, é possível dizer que, após a Constituição de 1988, o nosso ordenamento jurídico passou a ser entendido como um Estado Democrático de Direito, sob fortes influências de um neoconstitucionalismo, em que a Constituição se torna efetiva, implementando/concretizando efetivamente os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, tanto a legitimidade quanto a aplicabilidade do Direito Penal levam em conta o modelo de Estado adotado. O Direito Penal deve se alinhar às diretrizes que são dispostas na Constituição, respeitando, além dos direitos e garantias fundamentais propostas em seu corpo, os seus princípios. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, é possível entender o Direito Penal como um limitador do poder punitivo estatal (o famoso *ius puniendi*).

Por estabelecer seus parâmetros por meio de uma Constituição democrática, percebe-se, implicitamente, que a atuação penal deve encontrar consenso por intermédio do povo, pois dele procede todo o poder (Art. 1º, Parágrafo único, CF/88). Sendo assim, o Direito Penal está a serviço da sociedade.

O Estado Democrático pode ser entendido, segundo Andrade (2013, p. 14), como uma associação entre Estado Social e Estado Liberal. Obviamente essa relação reflete no Direito Penal, de maneira que, segundo a referida autora, a liberdade do cidadão é garantida não somente através da abstenção estatal, mas também por intermédio de uma prestação positiva do Estado.

Nessa lógica, o modelo de Estado adotado não só ajuda a entender como o Direito Penal se legitima, mas também a entender quais condutas são dignas de proteção penal.

A importância desse debate não se exaure apenas na discussão sobre qual a sua função atuante (condutas dignas de proteção penal), mas também na ideia de função da pena, segundo Suxberguer (2006, p. 22). O autor ensina que “Estado, direito penal, pena e delito guardam uma estrita relação de dependência”. Nesse sentido, indaga-se: o que o Direito Penal objetiva ao aplicar uma pena? As ideias do Estado Democrático também ganham forças nas funções da pena? Em suma, os reflexos de uma punição demonstram

a ideia por trás da atuação do Direito Penal (o modo como você pune mostra o que você quer), de modo que a pena deve observar os princípios contidos na Carta Magna (humanidade, intranscendência, individualização, dentre outros). Sendo assim, o modelo de Estado é o ponto de partida para se entender onde o Direito Penal atua, como atua e a que ele visa com essa atuação.

As características de uma atuação penal democrática podem ser visualizadas através de alguns de seus princípios basilares que, além de garantir os direitos individuais, não se esquecem de uma real proteção social. Podemos citar como exemplos o princípio da legalidade, princípio da proporcionalidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da presunção de inocência, princípio da humanidade (todos constitucionalmente previstos), princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da ofensividade, dentre outros.

2.1 BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Por conta da existência de várias teorias que tentam explicá-lo, além de grande controvérsia na doutrina a respeito de seu conceito e como o objetivo deste trabalho não é debatê-lo, será tratado de forma mais objetiva e clara possível do que seria plausível de se entender como um bem jurídico, analisando a teoria constitucional, que atualmente é a que ganha mais força nesta discussão. Neste sentido, bem jurídico pode ser entendido como o objeto de proteção da norma jurídica (qual é o bem que o legislador almejou proteger com a criminalização dessa conduta?); é o valor por trás da norma jurídica penal. Usando como exemplo o crime de homicídio: quando o legislador buscou tipificar a conduta de matar alguém, ele buscou proteger a vida das pessoas, logo, o valor protegido pela norma é a vida. Assim sendo, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal homicídio é a vida.

A teoria que melhor se encaixa com o propósito desse estudo é a teoria constitucional do bem jurídico. Em um Estado Democrático de Direito, o que se busca é a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Portanto, nada mais justo do que buscar o que seriam os bens jurídicos imprescindíveis para uma vida em sociedade, ou seja, aqueles dignos de proteção penal, na própria Constituição. Sendo assim, para Turessi (2015, p. 86) “as concepções constitucionais de bem jurídico-penal conferem à Lei Maior de cada Estado condição paradigmática para a identificação de quais bens jurídicos são dignos de proteção pela norma penal”.

A teoria constitucional diz que o bem jurídico deve estar ligado aos valores e princípios contidas na Constituição. Por conseguinte, a escolha de bens jurídicos pautados na Constituição serve como um limite negativo à atuação legislativa, de modo que a criação de uma lei penal deve estar alinhada aos valores constitucionais, sendo vedado tipificar uma conduta que exterioriza um direito constitucionalmente previsto. Por ser um Estado Democrático, logo é possível perceber que o bem jurídico também deve ser socialmente compreendido como imprescindível, não sendo plausível proteger um bem que não possui importância alguma. Por fim, Prado (2019, p. 63-66), seguindo os ensinamentos de Rudolphi, leciona que, adotando os parâmetros constitucionais no bem jurídico, criam-se limites ao legislador, de modo que ele não seria livre para criar um novo bem jurídico usando um mero juízo de valor e que a mera definição clara de

um bem jurídico não é suficiente para sua legitimação, necessitando de que haja uma conduta que possa de modo concreto lesioná-lo ou colocá-lo em perigo (clara manifestação do princípio da lesividade).

Um dos grandes exemplos, senão o maior exemplo, de mandado de criminalização previsto na constituição é o art. 225, §3º, que trata como necessária a proteção penal do meio ambiente. Isso não quer dizer que todo e qualquer ato que viole o meio ambiente deve ser combatido através do Direito Penal. O referido autor ainda nos ensina que devemos olhar as condutas e os ilícitos de maneira proporcional, na medida em que não utilizemos a tutela penal de forma desproporcional ou de maneira que resulte em uma proteção deficiente.

Finalmente, é possível chegar às seguintes conclusões: o bem jurídico deve ser retirado da constituição, de sorte que serve como limite à atuação legislativa com juízo de valor; os bens jurídicos são valores imprescindíveis para uma vida em sociedade; a função do Direito Penal é salvaguardar bens jurídicos (BITENCOURT, 2018, p. 45); por fim, a tutela democrática dos bens jurídicos penais deve ser socialmente aceita.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU *ULTIMA RATIO*

Em apertada síntese, o referido princípio preceitua que o Direito Penal deve ser empregado como um último recurso, ou seja, quando for extraordinariamente primordial. O que é possível compreender por trás dessa ideia e que já foi supramencionado nos tópicos anteriores, portanto, é que o Direito Penal se ocupa em tutelar apenas aqueles bens jurídicos vitais para uma vida em sociedade (o que nos faz regressar ao modo garantista do Direito Penal, limitando o poder punitivo do Estado, típico de um modelo democrático). Além disso, funciona como uma vedação ao hiperbolismo legislativo na esfera penal, já que uma grande quantidade de leis e tipos penais não é sinônimo de eficiência do meio utilizado. É o que defende, por exemplo, Prado (2019, p. 109), que explica que empregar sanções excessivamente não garante proteção ao bem jurídico, mas que na verdade torna a atuação penal um mero simbolismo. O seu surgimento regressa o estudo ao iluminismo, onde surge o movimento contra o absolutismo visando diminuir o caráter inflacionário das leis incriminadoras da época, de acordo com Batista (2004, p. 84). O autor ainda informa que posteriormente a sua positivação se dá na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (art. VIII). Por fim, o mencionado princípio pode ser subdividido em outros dois subprincípios: Princípio da Subsidiariedade e Princípio da Fragmentariedade.

A subsidiariedade da intervenção mínima compreende o fato de que só cabe a interferência penal na defesa de bens jurídicos quando as outras áreas não foram eficientes na tutela, de sorte que não se mostra razoável aplicar um meio mais grave sendo que é possível atingir o mesmo resultado visado utilizando um outro meio mais moderado. Sendo assim, a atuação penal está condicionada ao insucesso das outras áreas do direito, o que enfatiza a ideia de *ultima ratio* e não de uma atuação penal *prima ratio*.

Já no que diz respeito à fragmentariedade, comungamos do mesmo entendimento de toda a doutrina penalista de que opera nesse princípio certa seletividade por parte da lei penal para escolher aqueles bens jurídicos dignos de sua

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

proteção. Vale ressaltar novamente a necessidade de que esse bem jurídico seja imprescindível para a vida em sociedade, sendo considerado por ela um dos mais importantes. Isso é o que Prado (2019, p. 110-111) ensina:

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada.

É importante também salientar que o referido princípio atua para descriminalizar algo que antes era objeto do Direito Penal, ou seja, serve como parâmetro descriminalizante de condutas. É o que diz Masson (2017, p. 54), ao expor que o princípio pode ser usado “ao contrário” (fragmentariedade às avessas) em momentos em que é possível perceber que um bem jurídico penal não mais necessita de proteção, por ser possível sua tutela por outro ramo do Direito. Sendo assim, o Direito Penal perde o interesse neste bem, que antes era de vital importância proteger. O autor nos dá o exemplo do antigo crime de adultério, anteriormente previsto no art. 240 do Código Penal, que foi descriminalizado pela Lei 11.106/05, mas que continua sendo um ilícito no Direito Civil. Isso pode ocorrer, de acordo com Greco (2013, p. 49), pelo fato de que pela “evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico”.

2.2.1 O Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Mínimo, em breve resumo, sustenta que o Direito Penal deve se policiar para interferir o mínimo possível na vida e na liberdade dos indivíduos, visando à mínima edição de leis em matéria penal, segundo Cosate (2015, p. 61). Aliado à teoria do Direito de Intervenção, o Direito Penal Mínimo é utilizado, por alguns doutrinadores, para fundamentar a impossibilidade da tutela penal dos interesses coletivos.

A intervenção mínima, como já estudado, faz-se necessária para garantir uma proteção suficiente aos bens jurídicos imprescindíveis (fragmentariedade) e uma não interferência penal em bens jurídicos que são alvo de tutela por outros ramos (subsidiariedade). Logo, partindo da ideia de uma proporcionalidade, não é porque existem mandados de criminalização expressos na Constituição (como o meio ambiente tutelado no art. 225) que o Direito Penal deve tutelar toda e qualquer ofensa ao referido bem jurídico. Na verdade, devemos primeiramente partir do pressuposto da *ultima ratio*, observando no caso concreto se não é possível a aplicação de uma tutela de outro ramo do Direito. Aqui o que se visa coibir é o famoso fenômeno da expansão do Direito Penal, causado pela sociedade de risco, onde surgiram modernos bens jurídicos, como dever de proteção penal, sem nenhum prévio juízo de proporcionalidade. Sendo assim, se é possível percebermos que existem outros diplomas normativos que visam proteger os interesses transindividuais e essa proteção se mostra de maneira eficiente, não é justificável que se utilize o sistema penal nesse campo. Podemos citar como exemplo a

Ação Civil Pública, que já prevê a reparação de danos morais ou patrimoniais ao meio ambiente, consumidor, infrações na ordem econômica, dentre outros.

Os defensores da ideia de impossibilidade de tutela penal dos bens coletivos sustentam que o Direito Penal deve se limitar às ofensas individuais. Essa teoria tem como defensores Winfried Hassemer e a Escola de Frankfurt. Eles sustentam que as condutas criminais modernas, atualmente tuteladas por um Direito Penal Moderno, devem ser tuteladas por outros campos, como o Direito Administrativo. O Direito Penal Moderno pode ser entendido, nas lições de Viana (2019, p. 463) como a intervenção “em âmbitos que não eram objeto de regulação penal [...] levando-se em consideração as particularidades e os novos modelos de criminalidade”. Portanto, está cabendo ao Direito Penal Moderno tutelar esses novos bens jurídicos coletivos, nascendo aqui a crítica quanto a essa atuação.

Um dos argumentos da Escola de Frankfurt para a não intervenção penal é a de que a ingerência do Direito Penal nesse campo não é de maneira eficaz, tornando-se inócua a sua atuação. Um dos motivos seria pela própria indeterminação da lesão ao bem e de seus titulares, sendo esta uma das características dos bens jurídicos coletivos (a sua imprecisão), o que, de acordo com eles, faria com que se rompesse com a ideia central do bem jurídico. Esse grande problema enseja a vasta tipificação dos crimes de perigo abstrato, que não necessitam de uma conduta que viole um bem jurídico, mas unicamente um comportamento, provocando uma flagrante ofensa ao princípio da ofensividade/lesividade. Portanto, o objetivo dessa escola seria o de criar um núcleo no Direito Penal, pois essa ideia de expansionismo violaria a ideia de um Direito Penal Mínimo.

Ademais, outra crítica que se faz ao Direito Penal Moderno e que merece menção é quanto a sua acessoriedade administrativa. Cosate (2015, p. 101-102) nos explica que essa é uma técnica muito utilizada nos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Segundo a autora essa acessoriedade pode se dar de três formas: acessoriedade administrativa conceitual, em que o tipo penal abrange conceitos administrativos, a exemplo dos arts. 38 e 39 da referida lei; acessoriedade administrativa ao direito administrativo, que seria a norma penal em branco, em que a norma penal encontraria sua complementação em uma norma administrativa. A autora dá o exemplo do art. 29, §4º, I da lei supramencionada, no qual ela encontra sua complementação na Portaria 1.522/89 do IBAMA; enfim, a acessoriedade administrativa ao ato administrativo, em que a norma penal faz uma referência ao ato administrativo, de modo que, para se configurar o delito, é preciso que o agente tenha agido sem uma prévia autorização, a exemplo do art. 30 da lei na qual se faz necessária a atuação sem a devida permissão.

Isto posto, a crítica quanto a essa acessoriedade se faz no sentido de que o Direito Penal não seria independente, sempre necessitando da complementação do Direito Administrativo quanto à extensão do dano. Por fim, a Escola de Frankfurt entendia que caberia ao Direito Penal unicamente a proteção dos bens jurídicos individuais, de maneira que a proteção dos bens jurídicos coletivos deveriam ser transferidos para outros ramos do Direito (cível e/ou administrativo).

Outro mecanismo que pode nos dar amparo para a aplicação do Direito Penal Mínimo provém de uma interessante tese usada por José Lourenço, que diz respeito a teoria da derrotabilidade. A teoria pode ser entendida, em resumo, como a não

observância da norma em face de alguma exceção no caso concreto (RAASCH, 2020, p. 216). De outro modo, Lourenço (2017, p. 146) defende que a utilização da teoria no Direito Penal "busca da proteção de bens jurídicos fundamentais do homem, de caráter humano, afastando determinadas regras, ou melhor, leis, que foram mal elaboradas, ou então devem receber nova apreciação diante de determinado caso concreto". O referido autor ainda sustenta que essa teoria pode ser visualizada através de várias decisões judiciais que não aplicaram a lei, mesmo quando o fato guardava consigo perfeita consonância (a conduta se amolda à norma penal), aplicando em seu lugar um princípio, mostrando-se mais razoável a sua utilização em contrapartida à própria lei. Por exemplo, o princípio da insignificância combinado com o da lesividade afasta a aplicação do art. 155 do Código Penal quando a conduta não mostra nenhuma lesividade razoável ao patrimônio de outro. Logo, para o autor, essas práticas judiciais seriam um grande exemplo da utilização da teoria da derrotabilidade.

Seguindo a ideia dessa tese, é possível perceber que, mesmo diante de uma norma positivada, seria possível a sua não aplicação quando, no caso concreto, fosse melhor o seu afastamento. Partindo desse pensamento, seria totalmente praticável deixar de aplicar uma norma penal sendo que seria possível, no caso concreto, empregar um princípio a uma conduta que teria causado uma violação a um bem jurídico coletivo. Utilizando-se do mesmo princípio da insignificância, só que agora em diferentes bens jurídicos, por exemplo nos crimes ambientais quando a conduta não tiver uma grande potencialidade lesiva ao meio ambiente ou nos crimes econômicos quando a vantagem econômica auferida for de valor irrisório¹, ou até mesmo o princípio da legalidade frente a essa deslegalização do Direito Penal quanto a sua complementação pelo Direito Administrativo. Portanto, seria totalmente cabível a utilização desse princípio para afastar a aplicação de uma norma que foi mal elaborada e que não necessita de uma proteção penal, sendo que outro ramo poderia tutelar (como a responsabilidade civil do agente causador do dano ambiental irrisório no âmbito cível). Sendo assim, outro ramo do ordenamento jurídico poderia resolver este problema sem necessitar de uma interferência penal, não ocasionando, porém, em uma impunidade do agente, resultando ou em uma sanção administrativa ou em uma imposição de reparação do dano.

2.2.2 O Direito de Intervenção e a segunda velocidade do Direito Penal

Como já foi anteriormente citado, a teoria do Direito de Intervenção foi desenvolvida por Hassemer, com o intuito de retirar da tutela penal a proteção dos interesses coletivos transferindo-a para outro ramo, o que ensejaria a criação de um Direito Administrativo Sancionador. A ideia do autor seria a de realocar certos ilícitos penais para esse novo ramo, que estaria entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, reafirmando a ideia de uma intervenção mínima. O fundamento utilizado por ele seria de que esses ilícitos não seriam efetivamente tutelados pelo Direito Penal, pois haveria penas mais brandas, além de não serem suficientes as sanções administrativas, sendo necessária a transferência para outro ramo que alcançaria efetiva tutela dos bens

¹ Nesse sentido: STF, Inq. 3788/DF, Segunda Turma, DJe 14/06/2016 e STJ, REsp 1.409.051/SC, Sexta Turma, DJe 28/04/2017.

jurídicos coletivos. O objetivo dessa teoria seria a de manter o núcleo característico do Direito Penal (vida, patrimônio, integridade física, entre outros), afastando a incidência penal nas condutas de perigo abstrato, a responsabilização dos entes coletivos (principalmente nas áreas do Direito Ambiental e Econômico) e a proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

A nova área criada teria uma mistura de normas sancionadoras de diferentes ramos do ordenamento jurídico, incluindo normas penais, civis, administrativas e tributárias (MENTOR, 2016, p. 85). As regras processuais seriam mais brandas, tendo uma maior flexibilização dos direitos do acusado. Por outro lado, não seriam aplicadas penas privativas de liberdade, mas penas restritivas de direitos, pena de multa, pena de reparação dos danos causados e rígidas sanções econômicas à pessoa jurídica. Além disso, ele se caracterizaria por ser um ramo preventivo (atuaria para evitar o ilícito) e não repressivo (atua após o ilícito), como é o Direito Penal.

Outra teoria que caminha nesse sentido é a da segunda velocidade do Direito Penal, criada por Jesús-María Silva Sánchez. A teoria das velocidades do Direito Penal, desenvolvida pelo autor, leva em consideração o tempo em que o Estado demora para punir o acusado tendo em mente a gravidade da infração penal, de acordo com Cunha (2018, p. 42). A segunda velocidade preceitua que há uma relativização dos direitos e garantias do acusado com aplicação de penas não privativas de liberdade. Essa teoria, juntamente com a de Hassemer, visa manter em equilíbrio o Direito Penal Clássico e a proteção de bens transindividuais. A teoria diverge da de Hassemer no sentido de que Jesús-María não afasta do Direito Penal as novas condutas, mas ele cria dentro do Direito Penal duas categorias que diferem na forma de punição, que seriam as duas velocidades do Direito Penal. Na primeira velocidade, estariam concentrados os bens jurídicos do Direito Penal clássico (vida, propriedade, integridade física, dentre outros), em que o processo seria mais lento, observando todos os direitos e garantias do acusado, mas, por outro lado, seriam aplicadas penas privativas de liberdade. Já a segunda velocidade, como já foi supramencionado, haveria uma punição célere e aplicação de penas restritivas de direitos (aqui estaria a proteção dos interesses coletivos). O autor justifica essa manutenção das condutas no Direito Penal pelo fato de que a norma penal seria mais eficiente do que uma norma de natureza administrativa, gerando um maior temor por parte da sociedade em praticar determinadas condutas. Por fim, Mentor (2016, p. 92) nos explica, em resumo, que esse “direito penal passaria a ser um gênero do qual seriam espécies o direito penal de primeira velocidade e o direito penal de segunda velocidade”.

Embora tenham o mesmo objetivo, as duas teorias, de Hassemer e Jesús-María, diferem em certos pontos, mas a ideia central é de que ambos são contra a ideia de expansionismo penal e que, por si só, com suas regras clássicas, o Direito Penal não seria apto a tutelar essas novas modalidades de delitos. Portanto, seria necessária ou a criação de um novo Direito Penal ou a criação de outro ramo que seria capaz de tutelar esses novos interesses.

3 OS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Os direitos difusos e coletivos estão previstos no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no Capítulo I, dos Direitos e Deveres

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Individuais e Coletivos. Esses direitos compõem o rol do art. 5º da Constituição Federal, existindo também a previsão dessas garantias em outros artigos, como o já mencionado art. 225, que trata do Meio Ambiente, e o art. 129, III, que trata da função do Ministério Público de promover a proteção dos interesses difusos e coletivos. Nos dizeres de Assagra e Costa (2019, p. 102), por se tratarem de direitos e garantias fundamentais, devem ser interpretados extensivamente e nunca restritivamente, de modo que os considerem como cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF).

Esses interesses derivam da terceira dimensão dos direitos fundamentais que, em síntese, sustentam direitos que não são individuais nem sociais, mas sim coletivos, ou seja, são direitos que não se limitam a apenas uma pessoa e, quando violados, atingem a todos. A ideia central seria a fraternidade e a solidariedade.

Esses novos direitos não se enquadram na clássica classificação entre Direito Público e Direito Privado. Existem críticas a respeito dessa *summa divisio*, por ser ultrapassada. Seguindo Smanio (2000, p. 17), “a rígida divisão entre público e privado, era compreensível numa era em que os únicos polos existentes eram o indivíduo e o Estado”.

Tais interesses surgiram após várias transformações culturais e econômicas na sociedade. Essas transformações foram verdadeiros fenômenos sociais, causados pelas sociedades de massa. Sendo assim, houve grandes impactos também nas relações jurídicas. Por conseguinte, perceberam que as normas então vigentes não eram capazes de solucionar essas novas relações, pois a legislação era toda pautada nos interesses individuais.

Essa mudança dos panoramas sociais e jurídicos teve início, como nos explica Del Gaizo (2004, p. 23), depois da segunda grande guerra, em que o cenário mundial muda completamente a partir de um crescimento econômico e social, ligado a uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana. Podemos citar como exemplo o crescimento da urbanização que causou reflexões no desenvolvimento social e econômico. Nesse período, surgiu o modelo de Estado Social, em que há uma interferência mais intensa do Estado na sociedade visando diminuir as desigualdades, tendo como foco a igualdade entre os cidadãos. Com a adoção desse modelo de Estado, que estava mais preocupado com o coletivo do que com as garantias individuais surge a proteção dos direitos difusos. O surgimento justifica-se, portanto, por vários problemas que não conseguiriam ser solucionados pelo sistema jurídico então vigente, devido à manifestação de novos direitos.

A partir de uma economia e uma urbanização crescente, começaram a surgir novos conflitos, como os consumeristas entre os consumidores e multinacionais, devida à sociedade de massa e a crescente onda do consumismo, os problemas ambientais ocasionados pela exploração de seus recursos, dentre outros. Diante de todos esses acontecimentos, surge, nas lições de Smanio (2000, p. 23), “uma conflituosidade de massa, que acentua o caráter supra-individual dos conflitos de interesses que passaram a existir”.

Os direitos coletivos abrangem o estudo dos direitos difusos, dos direitos coletivos em sentido estrito e dos direitos individuais homogêneos. O conceito de cada uma dessas categorias está estampado nos três incisos do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Os interesses difusos e coletivos são classificados pela doutrina como essencialmente coletivos, enquanto os interesses individuais homogêneos são classificados como acidentalmente coletivos.

Os direitos difusos encontram seu conceito no inciso primeiro do parágrafo único, do art. 81 do CDC, que o definiu como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Desse conceito podemos entender que os interesses difusos são os mais abrangentes de sua categoria, haja vista ter como titulares a sociedade como um todo, portanto, são pessoas indeterminadas. Um grande exemplo de direito difuso é o meio ambiente, que pertence a todos indistintamente.

O conceito dos direitos coletivos está previsto no mesmo artigo, mas no seu segundo inciso. De acordo com a lei consumerista, os direitos coletivos são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Assim sendo, podem ser entendidos como aqueles direitos que pertencem a um grupo determinado, ou seja, podem ser definidos ou marcados, pois existe uma relação jurídica que dá sustentáculo a essa determinação.

Por fim, temos os interesses individuais homogêneos, os acidentalmente coletivos, que, de acordo com o inciso terceiro do art. 81, são “entendidos os decorrentes de origem comum”. São aqueles que, embora sejam individuais, possuem uma origem comum. De todos os interesses transindividuais o individual homogêneo possui o conceito mais simples. Sendo assim, Borba (2008, p. 59) nos explica muito bem o que seriam esses direitos:

São interesses privativos que podem ser exercidos individualmente por meio da ação individual respectiva, mas, pela origem e natureza do conflito, adquirem dimensão coletiva. Caracterizam-se por situações jurídico-subjetivas que permitem aos titulares se unirem para fortalecer suas posições.

Consoante o inciso terceiro do art. 81, são “entendidos os decorrentes de origem comum”. São aqueles que, embora sejam individuais, possuem uma origem comum. De todos os interesses transindividuais o individual homogêneo possui o conceito mais simples.

3.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS – AS DIMENSÕES

A ideia central dos direitos fundamentais é a garantia da dignidade da pessoa humana. A partir de um Estado Democrático de Direito a posituação dessas garantias em uma Constituição (que passa a ter uma elevada força normativa no ordenamento jurídico) faz-se necessário para a sua proteção, considerando que na Lei Maior estão previstos os valores mais caros de uma sociedade. Sendo assim, por representarem o cerne da dignidade da pessoa humana e por serem considerados os valores mais estimados de uma coletividade, seu resguardo deve estar no mais alto lugar da hierarquia jurídica.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Nesse Sentido, Branco (2017, p. 134) nos ensina que os direitos fundamentais ganharam mais força na sociedade a partir do momento em que se inverte o entendimento então existente e passa a perceber que o cidadão possui, em primeiro lugar, direitos e depois deveres perante o Estado, sendo que o objetivo estatal seria o de salvaguardar os interesses dos indivíduos.

A preservação se justificou cada vez mais a partir do movimento constitucionalista no século XXI chamado Neoconstitucionalismo, que em apertada síntese visa dar uma maior concretização à Constituição, de modo que ela deixe de ser apenas um texto e passe a ser mais efetiva. Essa efetivação da Lei Maior se dá ainda mais em sede de direitos fundamentais.

A doutrina costuma classificar a evolução dos direitos fundamentais em dimensões, de modo que uma nunca exclua a outra. Atualmente existem cinco dimensões, sendo a quinta ainda objeto de discussões entre os autores. Para a presente pesquisa analisaremos apenas as três primeiras, que são as mais importantes.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surge no século XVIII após a adoção de um Estado de Direito, em contrapartida ao Estado Totalitário que até então era o vigente. Nessa dimensão, manifesta-se uma possibilidade maior de liberdade do indivíduo frente ao Estado, sendo caracterizada, portanto, por uma não intervenção, de sorte que sejam garantidos seus direitos políticos e civis, ou seja, os direitos indispensáveis ao indivíduo. Em resumo, nessa dimensão há a ausência do Estado na vida pessoal dos cidadãos, de forma que o indivíduo possa gozar de suas liberdades individuais sem interferência alguma.

Já a segunda dimensão nasce no século seguinte, tendo como principal função reparar as desigualdades sociais ocasionadas pelos direitos de primeira dimensão. Se por um lado o absentismo estatal deu liberdade ao povo, de modo que os direitos levavam em consideração o homem individualmente considerado, eles também levaram a sociedade a péssimas condições sociais. Lenza (2018, p. 1175) nos lembra de que “em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social”. Portanto, os direitos de primeira dimensão ocasionaram um grande abismo entre os ricos e os pobres, de maneira que a não intervenção do Estado deixou várias pessoas desamparadas. O excesso de liberdade se tornou um problema, provocando o Estado a refletir a respeito de sua posição frente à sociedade e revise seus conceitos. Desse modo, era necessária uma posição ativa do Poder Público, caracterizando, assim, essa dimensão: uma atuação positiva do Estado para estabelecer uma igualdade entre os cidadãos. Aqui ganha força, portanto, os direitos sociais que estão previstos no art. 6º da Constituição. Podemos citar como exemplos de direitos sociais a educação, a habitação, a saúde, o trabalho, a segurança, entre outros.

Por fim, a dimensão que mais nos interessa, a terceira. Essa dimensão, como foi citado no tópico anterior, nasce após uma crescente evolução da sociedade e também pela sociedade de massa (econômico e social), de modo que os conflitos e as relações jurídicas também evoluíram. Nesse sentido, surgiram novos direitos que não se enquadravam nem nos direitos sociais, nem nos direitos individuais. Por conseguinte, perceberam que o ordenamento jurídico então vigente, de certo modo repleto apenas de

normas de caráter individual ou social, não era capaz de tutelar esses novos conflitos, necessitando de novas regulamentações. Esses direitos são considerados transindividuais, ou seja, transcendem a titularidade de uma única pessoa, são direitos que estão ligados ao ser humano. Portanto, sua titularidade é difusa, em regra, a transgressão a esses direitos atingem a todos. Podemos citar, como exemplo dessas garantias, a paz, o meio ambiente, uma ordem econômica organizada, o desenvolvimento da sociedade, os direitos consumeristas, o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, público e social, dentre outros. Um rol meramente exemplificativo pode ser visualizado no art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Aqui o axioma buscado com esses novos interesses não é a liberdade ou a igualdade, mas sim a fraternidade.

É sempre importante lembrarmos que uma dimensão não exclui a outra, de modo que os direitos são cumulativos. Branco (2018, p. 136) ainda nos lembra de que o surgimento desses novos direitos podem ser apenas “os antigos adaptados às novas exigências do momento”. Isso fortalece a ideia de dimensões e do contexto histórico dos direitos fundamentais, tendo em vista que cada dimensão surgiu em épocas diferentes, nos mostrando que cada uma surgiu no contexto em que era o que a sociedade naquele momento precisava.

3.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Interessante princípio discutido pela doutrina diz respeito à ideia de obrigatoriedade de defesa dos direitos transindividuais, não a todos os legitimados, mas apenas pelo Ministério Público, conforme disposição constitucional (art. 129, III, CF). Os adeptos desse princípio defendem que existe a obrigação de promoção da ação coletiva cabível para a tutela desses interesses. Atualmente prevalece a ideia de que o Ministério Público poderá atingir essa proteção da defesa dessas garantias, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial (NEVES, 2020, p. 151).

Esse princípio já pode nos dar uma ideia de necessária defesa dos direitos difusos e coletivos. Como citado em tópico próprio, os direitos fundamentais devem ter uma interpretação extensiva, de modo que não seja restringida à sua aplicação (não de forma eterna, obviamente, pois não é um direito absoluto). Sendo assim, por ser um direito fundamental, a proteção dessas garantias deve ser alvo dos mais variados ramos dentro do direito, abrangendo as várias espécies de ações coletivas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa, entre outras).

Corroborando a ideia de obrigatoriedade de promoção da defesa desses direitos, no mesmo dispositivo constitucional, temos a ideia de titularidade da ação penal pelo Ministério Público (art. 129, I, CF). Portanto, é possível perceber que, pelo dever institucional, o órgão ministerial poderia inclusive se utilizar de uma tutela penal para a proteção desses direitos.

Embora existam críticas lançadas pelos defensores do Direito Penal mínimo, a posição majoritária é a de que o Direito Penal é legítimo para tutelar esses modernos

bens jurídicos, sobretudo por conta da evolução da sociedade e pelas novas modalidades de crimes que vão além daqueles estudados pelo clássico Direito Penal.

4 A TUTELA PENAL COLETIVA

Passados todos os aspectos que fundamentam tanto a oposição da possibilidade, quanto a simpatia por uma viabilidade de tutela penal coletiva, será feita a análise de como essa proteção penal é desempenhada.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a titularidade do bem jurídico coletivo protegido penalmente, como dito anteriormente, possui certo grau de imprecisão. Sendo assim, seus titulares são pessoas indetermináveis ou de difícil determinação.

A tutela penal explícita desses bens coletivos surge, em nosso ordenamento, após a Constituição de 1988 consagrar, diferentemente das outras anteriores, várias normas destinadas à proteção dos bens coletivos. A menção expressa a essa tutela penal é chamada de mandado de criminalização, como os arts. 225, §3º e 173, §5º, ambos da Constituição Federal. Em breve resumo, esses mandados seriam uma obrigação ao legislador ordinário de criminalizar certas condutas. Por essas razões, a doutrina majoritária entende ser indispensável a tutela penal dos bens jurídicos coletivos, embora essa tutela seja alvo de críticas, que serão destacadas. Nesse sentido, Kind (2019, p. 49) alerta que, na sociedade contemporânea, esses bens jurídicos modernos clamam por intervenção penal.

Frequentemente, as condutas violadoras de bens jurídicos coletivos são geradoras de danos em larga escala, sendo superiores aos crimes tidos como individuais. Essas novas modalidades criminosas surgem em uma sociedade de risco, onde a conduta humana apresenta sérios perigos à própria coletividade devido ao desenvolvimento tecnológico e industrial. Esse é um dos fundamentos para se demonstrar a relevância da atual proteção penal destes interesses. Nesse seguimento, Freitas (2015, p. 175) explica:

A expansão do direito penal, seja pela introdução de novos tipos dirigidos à tutela de bens que tradicionalmente eram objeto do direito administrativo, seja pelo agravamento das penas cominadas aos tipos anteriormente existentes, passou a ser um dado incontestável da atualidade, quando já se fala na construção de um novo modelo de direito penal, um direito penal moderno, construído a partir do paradigma do risco, em oposição a um direito penal 'clássico', próprio do Estado liberal, quando foram cunhados os limites ao exercício do poder punitivo estatal.

Hodiernamente, no nosso ordenamento jurídico, podemos citar como exemplo de interesses transindividuais tutelados pelo Direito Penal: a saúde pública (crimes contra a incolumidade pública – Código Penal; crime de tráfico de drogas – Lei 11.343/06), o meio ambiente (Lei 9.605/98), a ordem econômica (Lei 1.521/51 – crimes contra a economia popular; Lei 7.134/83 - aplicação ilegal de créditos; Lei 7.492/86 – crimes contra o sistema financeiro nacional; Lei 8.078/90 – CDC; Lei 8.137/90 - crimes contra ordem tributária e contra as relações de consumo e ordem econômica; Lei 8.176/91 – adulteração de combustíveis; Lei 9.279/96 – crimes contra a propriedade imaterial; Lei

9.613/98 – crime de lavagem de capitais), a administração pública (crimes contra a administração pública – Código Penal), a paz pública (crimes contra a paz pública – Código Penal; crimes contra a segurança nacional – Lei 7.170/83; crime de genocídio – Lei 2.889/56), dentre vários outros.

Como o estudo requer muito espaço e debate, será feita a análise de apenas dois bens jurídicos coletivos que chamam mais a atenção: meio ambiente e ordem econômica.

4.1 MEIO AMBIENTE

As infrações penais contra o meio ambiente estão disciplinadas pela Lei 9.605/98, em observância ao art. 225, §3º, CF (trata-se de norma de eficácia limitada). Os crimes estão dispostos no Capítulo V da referida lei.

Através do mandado de criminalização supramencionado, o Poder Constituinte Originário entendeu a necessidade de proteção desse bem jurídico. Sirvinskas (2018, p. 895), nesse sentido, explica:

O meio ambiente não tem pátria. Ele é de cada um, individualmente, e, ao mesmo tempo, de todos. Sua proteção não deve restringir-se a uma ou a várias pessoas de um mesmo país, mas, sim, a todos os países. [...] Por esse motivo é que a tutela penal do meio ambiente passa a ser tão importante, pois o bem jurídico protegido é mais amplo do que o bem protegido em outros delitos penais.

A tutela penal do meio ambiente possui nítido caráter preventivo, por conta que a lesão ao meio ambiente causa, muitas das vezes, danos irreparáveis. Nesse sentido, vale ressaltar que um dos princípios base do Direito Ambiental é o princípio da prevenção, que, em apertada síntese, transmite a ideia de constante vigilância para se evitar a degradação ambiental.

A partir da expansão do Direito Penal, é inegável que a defesa penal do meio ambiente se torna estritamente necessária, na medida em que a obrigatoriedade de sua proteção está expressamente estampada na Constituição. Entretanto, críticas se fazem a essa proteção conforme pontua Cosate (2015, p. 108-109) com os ensinamentos de André Copetti e Lenio Streck (2007, p. 3):

[...] após analisarem e compararem o preceito primário e secundário de algumas leis penais extravagantes, relativas ao bem jurídico transindividual e individual, constataram uma 'hegemonia da matriz-liberal individualista, uma vez que ainda permanece a maior gravidade da punibilidade dos delitos que violam bens individuais.

Sendo assim, percebe-se que a proteção ambiental possui uma nítida violação ao princípio da proporcionalidade, no que tange à proteção deficiente.

Por fim, vale ressaltar outra crítica a essa tutela penal no que diz respeito à sua assessoriedade administrativa. Falavigno (2020, p. 67) diz:

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

A assessoriedade administrativa em matéria ambiental pode se dar de três formas: por meio de complementação conceitual, normativa e de por ato concreto. A primeira se dá pelo uso, na norma penal, de definições constantes em regulamentos administrativos. A segunda, como já referido neste livro, quando a norma penal está redigida de forma incompleta, necessitando de norma administrativa geral para ter significado completo. Já no último caso, ocorre a referência, na norma penal, de ato administrativo completo, que passa a integrar o tipo, como no caso de conduta que se torna criminosa por ser praticada sem a devida licença ou permissão.

A autora ainda cita a quantidade de dispositivos da referida lei que são normas penais em branco que necessitam, a todo momento, de complementação, ferindo, dessa forma, o princípio da legalidade, sobretudo na taxatividade. Percebe-se que a complementação das normas, quase que na totalidade das vezes, são de natureza administrativa (Direito Penal não pode ser um mero instrumento de defesa do sistema administrativo). Portanto, é possível perceber que, nesse campo, predomina uma constante necessidade de complementação administrativa (excesso de normas penais em branco), de modo que ocorre uma deslegalização do Direito Penal.

4.2 ORDEM ECONÔMICA

A necessidade da tutela penal da ordem econômica nasce, segundo Gonçalves (2017, p. 73), desde o momento em que o Estado percebe que um mercado autorregulável não era eficaz para alcançar a plenitude de realização humana. Por essa razão, o Direito Penal Econômico tutela bens jurídicos coletivos (ordem econômica equilibrada é um direito de todos), pois suas vítimas não são pessoas individuais, mas sim, a coletividade. Nesse sentido, Neves (2020, p. 70) aponta:

Desde a Lei 8.884/1994, era pacífico na doutrina que a defesa da ordem econômica e da economia popular tinha natureza difusa, considerando que tais bens jurídicos são de titularidade da coletividade, entendimento mantido pela doutrina perante a nova ordem legislativa.

Assim como ocorre com o Direito Ambiental, há mandado de criminalização expresso na Constituição, qual seja o art. 173, §5º, CF, que trata da responsabilização da pessoa jurídica contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Hodiernamente, a legislação do Direito Penal Econômico é vasta, possuindo várias leis esparsas que tutelam diferentes áreas desse sub-ramo. Podemos citar como exemplo a Lei 7.492 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), Lei 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei 12.529/11 (defesa da ordem econômica), dentre outros. Entretanto, há críticas no sentido de que o Código Penal é omissivo em não dedicar nenhuma fração a essa criminalidade econômica.

Esse tipo de infração, segundo Viana (2019, p. 200), representa a criminalidade de cifra dourada, por serem crimes de “colarinho branco”, ou seja, aqueles praticados por quem possui vasto poder econômico e/ou político.

No bojo da criminalidade econômica, nasce a teoria do Direito Administrativo Sancionador, que nas lições de Mentor (2016, p. 102) seria

[...] um conjunto de regras e sanções destinadas a tutelar alguns bens jurídicos que não se amoldariam à tutela penal, uma vez que representariam incompatibilidades técnicas com a teoria clássica do delito; seriam exemplos as infrações supra individuais, os bens jurídicos coletivos e a responsabilização de atos praticados por pessoas jurídicas, o que não seria compatível com as ideias de *ultima ratio*, de subsidiariedade, de fragmentariedade, de lesividade, de imputação individual e de responsabilização subjetiva.

Embora a teoria de Hassemer seja aplicável a todos os bens jurídicos coletivos, é no direito econômico que o autor dedica maior atenção. Segundo a teoria do Direito de Intervenção, haveria uma junção de vários campos do direito (penal, civil, administrativo, tributário, entre outros) que seriam mais eficientes na tutela desse bem jurídico coletivo, além de proporcionar uma melhor solução na resolução de crimes praticados por, e através das, pessoas jurídicas, que ainda é passível de críticas diante da estrutura do Direito Penal clássico (principalmente no que diz respeito às teorias da ação).

No que tange à responsabilização das sociedades empresárias, Mentor (2016, p. 85-86) explica que, por conta de suas decisões serem tomadas coletivamente, impossibilita que a responsabilização seja pessoal, proporcional e justa, além de, em diversas vezes, o fato permanecer sem sanção (é nítido o foco do mandado de criminalização sobre as pessoas jurídicas) Por conseguinte, complementa o autor, dizendo que, no Direito Administrativo Sancionador, haveria punições compatíveis com os entes coletivos, além de possuir sanções rigorosas no âmbito econômico dignas de efeito intimidativo equivalente à adoção de normas penais.

Por fim, novamente é possível regressarmos aos ensinamentos de Falavigno (2020, p. 73) no que diz respeito à deslegalização do Direito Penal, mas agora no que se refere ao direito econômico. A autora diz:

A administrativização desse setor é apontada como causadora de diversos efeitos negativos. O principal deles é a desconsideração dos limites inerentes para a aplicação do direito penal, que passa a apresentar um aspecto confuso, viabilizando a exacerbação do punitivismo já típico de nossa cultura jurídica atual. Ainda, é recorrente a incidência do *bis in idem*, com punições rígidas da mesma conduta sob diferentes vestimentas: ora penal, ora administrativa.

Percebe-se que, por ser um campo muito técnico, como também ocorre com o direito ambiental, há a necessidade de complementação, gerando a utilização de normas penais em branco. Nesse sentido, complementa Gonçalves (2017, p. 93) assinalando que

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

“para manter a determinação incriminadora atualizada, frente aos diários avanços das estruturas econômicas, basta que se altere o complemento da norma penal”.

Obviamente a lei, por si só, não seria capaz de trazer todas essas definições técnicas de forma atualizada sem precisar de, a todo momento, passar por alterações legislativas. Nessa perspectiva, nasce a real necessidade da utilização de atos normativos secundários. Entretanto, a medida que se usa esses atos secundários deve ser repensada, de modo que podemos perceber na prática que há inclusive ilícitos penais que protegem, como bem jurídico, autorizações administrativas.

5 CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, percebe-se que, na realidade, a doutrina majoritária pacificou o entendimento de que a tutela dos bens jurídicos coletivos é estritamente necessária, na medida em que as novas modalidades de ilícitos vêm se atualizando conforme se moderniza a sociedade. Nesse sentido, é necessária a atualização do Direito Penal frente a essas novas infrações. Além disso, a evolução dos direitos fundamentais na terceira dimensão ressalta a importância desses bens jurídicos (universais).

Ademais, seguindo a teoria constitucional do bem jurídico e os mandados de criminalização, não há margens para duvidar da importância que os doutrinadores e o poder constituinte originário deram para esses novos interesses.

Embora haja consenso a respeito dessa tutela, é nítido que ela possui problemas. É cediço que atualmente o Direito Penal passa por momentos de expansão, populismo e simbolismo exacerbado e isso, por óbvio, também atinge a proteção dos bens jurídicos coletivos. Como foi supramencionado, a tutela de muitos desses bens jurídicos viola princípios basilares do Direito Penal. O excesso de crimes de perigo abstrato (tutela penal preventiva) viola o princípio da lesividade; o preceito secundário dos tipos penais supraindividuais abaixo dos preceitos secundários dos tipos penais tidos como individuais viola o princípio da proporcionalidade, no que tange à proteção deficiente; o excesso de normas penais em branco causa o fenômeno da deslegalização, violando o princípio da legalidade, principalmente no que toca à taxatividade; a utilização do Direito Penal para tutelar licenças e autorizações administrativas viola o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos; e, por fim, a intervenção penal como *prima ratio* viola o princípio da intervenção mínima, no tocante à fragmentariedade.

Isto posto, a referida pesquisa demonstra que a atual intervenção penal nos bens jurídicos coletivos deve ser repensada, sobretudo nos pontos em que deixa de observar as diretrizes básicas do Direito Penal. Além de tudo, é perceptível que, na maioria das vezes, esses problemas causam deficiências na proteção desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito Processual Penal Coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e evolução do Estado de Direito:** questionamentos acerca da manutenção do Direito Penal clássico. Canoas, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2663/1886>. Acesso em: 03 out. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.134, de 26 de outubro de 1983**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de aplicação dos créditos e financiamentos de organismos governamentais e daqueles provenientes de incentivos fiscais, exclusivamente nos projetos para os quais foram concedidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7134.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.** Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8176.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3788/DF**, Segunda Turma, DJe 14/06/2016 e STJ, REsp 1.409.051/SC. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4478588>. Acesso em: 20 out. 2020

COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal Mínimo: A Idoneidade da Proteção Penal dos Bens Jurídicos Transindividuais.** Curitiba: Editora Juruá, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º ao 120).** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DEL GAIZO, Flavia Viana. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS – enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas.** PUC-SP, 2004. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro.** Florianópolis: Emais, 2020.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Proporcionalidade, Bem Jurídico e Tutela Penal do Meio Ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **Os crimes econômicos sob a ótica do Direito Penal Constitucional.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KIND, Rauali. **Direito Penal Negativo: limites à expansão do Direito Penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral – vol. 1.** 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

MENTOR, Diogo. **Teoria do Direito de Intervenção**: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAASCH, Rodrygo Welhmer. Teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) das normas. **R. bras. de Dir. Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 213-221, jan./mar. 2020.

SANTOS, José Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo em respeito aos direitos fundamentais e um estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas S.A, 2000.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos**: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

A influência do desenvolvimento tecnológico no Sistema Judiciário Brasileiro e suas implicações frente ao Princípio da Celeridade Processual

The influence of technological development on the Brazilian Judiciary System and its implications for the Principle of Procedural Celerity

FILIFE MARQUES ARAÚJO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: filipearaujo@unipam.edu.br

VIRGÍNIA LARA BERNARDES BRAZ

Professora orientadora (UNIPAM)

E-mail: virginiabraz@unipam.edu.br

Resumo: A proposta para este trabalho possui por escopo o estudo da inserção da tecnologia nos procedimentos do Sistema Judiciário Brasileiro e as possíveis consequências em relação a efetivação do princípio da celeridade processual. O interesse jurídico diz respeito a migração do processo para o ambiente virtual e a atual conjuntura evidenciada pela pandemia do COVID-19, a qual demonstrou a importância do arcabouço tecnológico para atingir o sucesso das comunicações judiciais. Não obstante, foi objeto de estudo a Lei n. 11.419/2006, a qual implantou o Processo Judicial Eletrônico (PJE). Desta forma, compreendeu-se que a tecnologia se tornou uma nova base para o Direito, caminhando de forma umbilical com este, e determinando, conseqüentemente, um novo modelo de logística para o acesso à justiça. Ademais, o corte dos “tempos mortos” e o viés da sustentabilidade são pontos bem destacados no decorrer do trabalho, bem como a importância da segurança no meio digital. A pesquisa realizada foi pelo procedimento metodológico dedutivo, do tipo qualitativa e como ferramenta utilizou-se as pesquisas documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Processo Judicial Eletrônico. Lei n. 11.419/2006. Acesso à Justiça. Virtualização.

Abstract: The proposal for this work has as its scope the study of the insertion of technology in the procedures of the Brazilian Judiciary System and the possible consequences in relation to the effectiveness of the principle of procedural celerity. The legal interest concerns the migration of the process to the virtual environment and the current situation evidenced by the COVID-19 pandemic, which demonstrated the importance of the technological framework to achieve the success of judicial communications. Nevertheless, Law n. 11.419/2006 was the object of study, which implemented the Electronic Judicial Process (PJE). In this way, it was understood that technology has become a new basis for the Law, walking in an umbilical way with it, and determining, consequently, a new logistic model for access to justice. Furthermore, the cut in “dead times” and the sustainability bias are highlighted points in the course of the work, as well as the importance of security in the digital environment. The research was carried out using the deductive methodological procedure, of the qualitative type, and documentary and bibliographic research was used as a tool.

Keywords: Electronic Judicial Process. Law n. 11.419/2006. Access to Justice. Virtualization.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Princípio da Celeridade Processual foi inaugurado na Constituição da República de 1988, através da Emenda Constitucional 45/2004, o qual objetivou solucionar a problemática que envolve o excesso de processos no sistema do Judiciário que tramitam por grande lapso temporal, sem um julgamento em virtude de dificuldades acerca da fluidez de sua movimentação. Não obstante, esse princípio traz o debate a respeito da burocratização exacerbada que corrobora a lentidão. Com isso, o Código de Processo Civil de 2015, juntamente com algumas leis especiais, interveio com novidades acerca da redução de procedimentos morosos nos processos, juntamente com o desenvolvimento tecnológico.

Através desse princípio, criou-se a necessidade de estudar meios que diminuam esse grave problema exposto na máquina judiciária. Com o advento do desenvolvimento tecnológico, o Direito viu-se diante de uma ótima oportunidade para aperfeiçoar os trâmites processuais. Nesse seguimento, no Brasil, antes mesmo da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), a tecnologia se fazia presente nos Tribunais. Com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em meados de 2005, foi intensificada a informatização do processo judicial. No entanto, o desafio primordial reside na ideia da morosidade, a qual se estrutura na grande quantidade de processos e, conseqüentemente, no acúmulo de trabalho entre os operadores do direito, principalmente em relação aos magistrados.

Em meio a essa problemática, tornou-se comum banalizar o discurso no sentido de que o Sistema Judiciário é indolente, que este não funciona ou funciona mal. Assim, abriu-se espaço para os meios adequados de solução de conflitos, sendo uma ótima inovação. Porém, como é previsto na Constituição da República de 1988, no art. 5º, LXXVII, é assegurado a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo. O discurso acerca da morosidade é uma descrença popular ingrata, já que a realidade do Judiciário é reflexo de uma alta demanda e desorganização ao longo dos anos.

Nesse viés, a tecnologia veio para atribuir aos procedimentos judiciais uma nova sistemática, se implementando, cada vez mais, na rotina processual, seja com o surgimento do Processo Judicial Eletrônico (PJE), seja com o site do Planalto e Tribunais, que uniformizaram códigos e jurisprudências. Atualmente, o campo de pesquisa e publicidade do Direito funciona de forma adequada através de sua instrumentalização virtual. Assim, situações como estas levantam o debate sobre a seguinte indagação: as inovações tecnológicas que possibilitaram a implementação do processo eletrônico foram eficazes para tornar o trâmite processual mais célere?

A tecnologia veio com a finalidade de facilitar as relações interpessoais e tornar os processos mais rápidos. No âmbito do Judiciário, sua consolidação foi um passo importante e, atualmente, busca-se atingir por completo a ideia de processo digital. Hoje, é comum criar meios de digitalizar os processos e, assim, dar seguimento através das

plataformas virtuais. Com isso, formalismos foram se extinguindo, mas ainda há muito a se discutir, principalmente em relação à eficácia e ao acesso.

Diante dessa situação, o presente artigo tem por escopo o estudo detalhado da inserção da tecnologia no meio processual, além de averiguar se há limites acerca da sua utilização. Assim, será verificada a real eficácia e sua importância para o futuro do processo eletrônico.

A pesquisa transitou pelo estudo da evolução histórica do desenvolvimento tecnológico no Sistema Judiciário, pela contextualização e relação com o ordenamento jurídico, pela interpretação acerca do princípio da celeridade processual e suas implicações jurídicas como um princípio constitucional, bem como pelas normas e conceitos que ensejaram necessidade de estudo. Também foi feita a análise de percentuais, através de organismos encarregados da avaliação da eficiência dos sistemas de justiça, a fim de permitir uma melhor ilustração do trabalho.

O presente tema se faz importante a fim de compreender como o desenvolvimento tecnológico está contribuindo para a aplicação do princípio da celeridade processual, principalmente em relação à comunicação magistrado-advogado. Além disso, há vários outros benefícios que semeiam o mérito da tecnologia como uma nova base para o Direito. Assim, refletiu-se sobre a intrínseca necessidade de saber usar a tecnologia para atuar na prática processual. Para discorrer sobre a problemática, foram realizadas pesquisas teórico-bibliográficas no cerne da legislação, da jurisprudência e das doutrinas, desenvolvidas por meio do procedimento metodológico dedutivo.

2 O DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA NO RAMO PROCESSUAL

Em um primeiro momento, cumpre estabelecer a dinâmica criada no decorrer dos anos com a implantação de tecnologias na prática forense. Nesse cenário, o Judiciário já observava o sucesso exposto pela informatização eleitoral, com todo o mérito do pioneirismo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (BARROSO, 2014, *online*). Através da implantação de urnas eletrônicas, cadastramento biométrico e repasse de segurança jurídica, foi possível observar uma maior proximidade entre o cidadão e o sistema eleitoral. Além disso, a ideia de os resultados das eleições serem divulgados no mesmo dia do pleito representa para a democracia uma grande vitória.

No início dos anos 1990, o Direito teve um dos primeiros contatos com a tecnologia, por meio da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), a qual dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos regulamentando em seu art. 58, IV que, em determinadas ações, os procedimentos de citação, intimação ou notificação podem ser feitos através de telex ou fac-símile (atualmente conhecido como fax), desde que esteja autorizado no contrato.

Posteriormente, também foi editada a Lei n. 9.800/1999, mais conhecida como Lei do Fax. A possibilidade de envio de petições, via fax, era uma promessa de protocolização futura pela qual as partes não se desobrigavam da apresentação e juntada do documento original nos autos do processo físico. Essa inovação da década de 90 garantiu menor perda de prazos processuais, mesmo tendo que, posteriormente, providenciar a juntada dos originais no processo (MORESCHI, 2013, p. 12).

A doutrina destaca que, no início do século XXI, o Brasil encarava uma realidade caótica de lentidão acerca da seara processual. Em 2001, com a Lei n. 10.259/2001, buscou-se implantar os Juizados Especiais Federais com um processo judicial pelo meio eletrônico. O art. 8º, §2º, da referida lei diz respeito à possibilidade de intimação e recepção de petições pelo meio virtual. É citado como pioneiros nessa implantação o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que começou a utilizar esse meio no ano de 2003 e por um sistema construído pelos próprios servidores públicos da área de informática do TRF4, sem que houvesse despesas com licenças de *software* para o Tribunal (COELHO; ALLEMAND, 2014, p. 17).

Nessa época, havia uma necessidade de reforma no Judiciário, a fim de aperfeiçoar o controle e a transparência administrativa. Com isso, em dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, a qual, principalmente, inseriu expressamente no art. 5º da Constituição da República de 1988, a garantia da razoável duração do processo e instituiu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A criação dessa instituição foi o ponto nodal para a implementação do desenvolvimento tecnológico no Sistema Judiciário brasileiro. O CNJ foi criado para exercer a função de controle externo do Judiciário, ficando responsável por buscar meios de padronização entre os diversos tribunais existentes. A partir disso, com a Lei n. 11.419/2006, a qual dispõe sobre a informatização do processo judicial, instaurou-se, na prática processual, a possibilidade de atuar com procedimentos virtualizados. O autor Carlos Henrique Abrão (2017 p. 23) afirma que a principal virtude do processo eletrônico é buscar priorizar a velocidade compatível com a natureza do litígio, juntamente com o acompanhamento de etapas e fases procedimentais.

Em continuidade à linha de evolução da introdução da tecnologia no campo processual, destaca-se a Lei n. 11.900/2009, que veio alterar os art. 185 e 222, §3º, ambos estampados no Código de Processo Penal, versando sobre a possibilidade de utilização da videoconferência para o interrogatório do réu preso e da oitiva de testemunhas que residir fora da jurisdição do juiz. Atualmente, essa prática se tornou comum e se estendeu em toda a prática processual, isso em virtude da Pandemia Global de Coronavírus – COVID-19, que exigiu do Direito uma rápida adaptação para que o Judiciário continuasse em funcionamento e que será pormenorizada em um capítulo específico posterior.

Não obstante, mais recentemente foi criado o Código de Processo Civil de 2015, que teve grande influência da Lei n. 11.419/2006, inserindo diversos comandos que destacam o uso da tecnologia no processo. No próprio Código, por exemplo, do art. 193 ao 199, há disposições específicas da prática eletrônica de atos processuais.

É evidente, portanto, a relação de dependência que o Poder Judiciário construiu com a tecnologia da informação, criando procedimentos necessários à sua eficácia de tramitação. Infere-se que dessa junção houve conquistas frutíferas que aprimoraram a prática processual; no entanto, cabem questionamentos acerca do proveito e da segurança jurídica debatidas nessa era tecnológica.

No próximo capítulo, serão abordadas as principais mudanças advindas com o processo eletrônico.

3 A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJE) E SEUS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS E DESAFIOS

Infere-se que os principais obstáculos para a implantação do sistema eletrônico no âmbito do Poder Judiciário foram a possível crise na segurança jurídica, a grande resistência dos operadores do Direito e a dificuldade orçamentária do Judiciário em manter uma boa infraestrutura que atendesse à altura o grande número das demandas.

A nova realidade do Sistema Judiciário suscitou questões pertinentes em relação à segurança do processo. Nesse viés, o campo virtual, em um primeiro momento, foi caracterizado como um ambiente indigno e com possíveis fraudes em relação à violação e atuação de *hackers*.

Como assevera Delazzari:

A vulnerabilidade dos computadores interligados na internet poderá provocar danos irreparáveis ao processo: sentenças manipuladas, liminares forjadas, manifestações dissimuladas e exposição generalizada da intimidade das partes. Isso porque não raras são as notícias de fraudes ocorrendo pela rede mundial de computadores, como, por exemplo, de hackers que invadem sistemas bancários e sistemas de segurança governamentais, e de falsos e-mails enviados por bancos, órgãos públicos e outras empresas privadas para a obtenção de senhas e outros dados pessoais das vítimas. (DELAZZARI, 2012, *online*).

Nesse sentido, o antagonismo foi consequência de uma ignorância em relação ao meio digital. Mas é indubitável crer que, à época, sob efeito do discurso de eficácia do princípio da razoável duração do processo, era necessário buscar meios para colocar isso em prática. Assim, a tecnologia foi uma ótima aliada, visto a sua ação e influência positiva no decorrer da história.

Para que a implantação do PJE tivesse sucesso, foi necessário ponderar a primazia do princípio da Segurança Jurídica, o qual é uma das vigas mestras da ordem jurídica. Inexoravelmente, sua eficácia é característica de um Estado Democrático de Direito e é indispensável para a estruturação do ordenamento jurídico estável e seguro.

É importante observar que, quando foi implantado o processo eletrônico, houve a sensação de possível desestabilidade, já que os relatos eram especulações que nada provava o sucesso da experiência. A Lei n. 11.419/2006 trouxe, em seu bojo, uma regulamentação objetiva e precisa, a fim de consolidar na prática processual a sua devida virtualização. No entanto, não há como sustentar a tese de que a implantação do processo judicial eletrônico é prejudicial à manutenção do princípio da segurança jurídica.

Nota-se que um Judiciário negligente e afogado (realidade antes do PJE) afetava de forma direta a estabilidade do sistema e influenciava na promoção da morosidade processual. Não obstante, ainda se faz importante refletir sobre o engessamento formal dos procedimentos, o qual contribuía para o surgimento de conluíus ou propina, a fim de garantir maior rapidez do processo. Nesse ínterim, como forma de buscar processos mais céleres, veio à tona a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJE). Ao

contrário do que os pessimistas dizem, essa revolução não tira o mérito da atuação da jurisdição em aceitar a demanda de lides e conferir aos cidadãos o direito de provocar o juízo. O direito de acesso à justiça se manteve íntegro, porém, em um novo ambiente, qual seja, o digital. Dessa forma, essa condição desconstruiu a obsoleta ideia de que somente o processo físico possuía efetividade em sua tramitação.

Atualmente, convive-se com o fenômeno de um mundo globalizado em que as distâncias se encurtaram e a informação se tornou quase instantânea. A era da informática veio para tentar dirimir o “tempo morto” das relações processuais. E a genuinidade e a segurança do processo eletrônico, ainda que inconcebíveis de se atingir de modo pleno (tal como ocorre com o papel), podem ser obtidas através da assinatura digital, criptografia e certificação digital (DELAZZARI, 2012, *online*).

O advogado Mário Paiva (2007, p. 31) suscita os pontos fundamentais para a verificação da segurança dos documentos eletrônicos: a) autenticidade: a correspondência entre o autor aparente e o autor real comprovada pela assinatura digital; b) integridade: os documentos eletrônicos não podem ser objeto de mudanças que lhes alterem o conteúdo; c) confidencialidade: o acesso aos documentos eletrônicos tem de ser controlado com o uso de técnicas de criptografia.

Em outro campo de experiência, na época em que o CNJ implantou o Processo Judicial Eletrônico, houve várias objeções por parte dos operadores do Direito. A resistência em alterar a sistemática foi um grande obstáculo para que a plataforma tenha eficácia. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi uma das instituições que se posicionaram a favor do processo judicial eletrônico. Porém, eles questionaram a forma imposta para a sua implantação, principalmente pelo viés de exclusão de alguns advogados e cidadãos que necessitam de acesso à Justiça (ROCHA NETO, 2015, p. 30). Estes poderiam ser prejudicados pela impossibilidade ou ignorância de acesso à internet.

Isso porque, pelo campo digital, é necessário aliar a prática processual com o conhecimento acerca da informática. Hoje são duas áreas que caminham juntas, e essa mudança trouxe reflexos importantes em relação ao escopo do trabalho dos servidores. Nesse contexto, o trabalho colocado para os operadores do direito sofreu uma enorme interferência do ferramental tecnológico proposto pelo Processo Judicial Eletrônico.

Com isso, conforme bem colocado pelo autor Fausto Bernardes Morey Filho:

Os servidores do futuro terão atividades muito mais próximas às de um assessor técnico de Desembargadores e Juízes, com conhecimento em tecnologia de informação e gestão administrativa, pois muito da responsabilidade pelo desempenho da unidade será sua atribuição. As atividades hoje desenvolvidas por eles são predominantemente de caráter manual, tais como, juntada de petições, registros em livros e em fichas de controle (MOREY FILHO, 2009, *online*).

Nesse sentido, a relutância se dá pela necessidade de alteração da prática. No entanto, sabe-se que não é possível o seu funcionamento sem a participação humana. Em que pese a possibilidade de erros que uma plataforma virtual oferece, é imprescindível o acompanhamento de auxiliares da justiça. E, como aponta Delazzari (2012, *online*) é “por isso que se acredita que não haverá aumento do desemprego no

Poder Judiciário, mas sim uma demanda por mão-de-obra qualificada, técnica”. A qualificação, principalmente no campo da tecnologia da informação, é um requisito que hoje faz parte para o sucesso na prática processual.

Também é objeto de discussão para alimentar a resistência ao sistema a grande diversidade nos sistemas eletrônicos. Hoje é necessário o advogado ter conhecimento de várias plataformas pelo país a fora. Dependendo da matéria ou competência, por exemplo, há um modelo e sistema próprio, como se dá na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho, além da diversidade de Tribunais de Justiça conforme o Estado ou a região (ROCHA NETO, 2015, p. 32). Nesse viés, a crítica que se faz é a inobservância em relação a unificar e padronizar o sistema de processo eletrônico, buscando facilitar o seu acesso.

Constata-se, em continuidade, que a Lei n. 11.419/2006 destaca o dever da justiça em manter acessibilidade em relação à estrutura para a digitalização dos processos e, conseqüentemente, acesso à distribuição de peças. O art. 10, §3º, determina que “os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais” (BRASIL, 2006). Desta forma, a indisponibilidade e a precariedade em que oferecem os equipamentos, muitas vezes, impedem a eficácia dos serviços eletrônicos por parte da Justiça.

A tecnologia vem se transformando em uma nova base para o Direito. Sua interferência é fundamental para que o princípio da celeridade processual tenha um sentido, cortando, assim, procedimentos que acarretavam mais demora na tramitação. O acolhimento do PJE por grande parte da comunidade jurídica está sendo importante, no tocante à sua implantação e sucesso, já que, no decorrer do tempo, a plataforma também vem procurando se adaptar às necessidades humanas.

Por fim, um dos principais desafios observados é a questão orçamentária do Poder Judiciário. Não é de hoje que este é um ponto preocupante que afeta a qualidade da tramitação dos processos. Contudo, convém observar os últimos relatórios acerca dessa situação. Segundo dados recentemente divulgados pelo Relatório Justiça em Números (CNJ, 2020, p. 93), promovido pelo CNJ, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva.

Ainda, conforme o Relatório (CNJ, 2020, p. 77), também se observa que, no ano 2019, os cofres públicos auferiram o maior montante na série histórica. Em decorrência da atividade jurisdicional, receberam cerca de R\$ 76,43 bilhões, um retorno de 76% das despesas efetuadas.

Conforme o gráfico a seguir, infere-se que há uma evolução na valorização em relação aos demais anos.

Gráfico 1: Série histórica de arrecadações



Fonte: CNJ, 2020, p. 78.

Contextualizando acerca da problemática deste artigo, percebe-se que o Poder Judiciário está buscando um controle acerca da sua questão orçamentária. Nessa circunstância, o Relatório Justiça em Números também apresentou as despesas relacionadas à informática. Nos últimos cinco anos, houve uma estabilidade em relação aos gastos, concluindo que os Tribunais já se adaptaram em uma grande porcentagem, sendo as despesas voltadas à mera manutenção. Veja-se a curva de queda após 2012:

Gráfico 2: Série histórica das despesas com informática e com capital



Fonte: CNJ, 2020, p. 77.

Há muito ainda a ser melhorado, principalmente no tocante a uma conexão de internet banda larga de qualidade e *Data Centers* estruturados adequadamente. Mas a evolução apresentada pelos gráficos é animadora e reflete no sucesso da implantação do processo judicial eletrônico. Como alega o autor Delazzari (2012, *online*) “o processo eletrônico já é uma realidade, não mera utopia. Representa a inclusão do Poder Judiciário na era digital. É o sinal da modernização, que já alcançou muitas varas judiciais do país”.

Diante de toda revolução encontram-se situações de resistência, através da busca de manter um viés conservador e engessado. Na realidade de um país emergente, com déficits na infraestrutura da Justiça, a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJE) superou vários obstáculos e construiu uma nova cultura para atingir os princípios de acesso à justiça e celeridade processual. Vários foram os benefícios e melhoramentos que esse sistema trouxe, conforme será abordado a seguir.

3.1 PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DO PJE

O sistema de jurisdição que se sustentava através de processos físicos (com papelada e processos manuais) tornava o processo mais moroso e se estruturava em uma grande quantidade de “tempos mortos”. Não obstante, com a mudança desse ambiente, várias foram as adaptações para que esses tempos inúteis se afastassem do processo. O PJE revolucionou a prática processual e interpôs uma nova logística para a comunicação entre os sujeitos do processo. Segundo o autor Delazzari:

Fala-se na eliminação de tempo porque, muitas vezes, os processos permanecem muito tempo nas secretarias judiciais, aguardando manifestação (dos advogados, promotores, defensores públicos, peritos, etc.), juntada de documentos ou numeração e rubrica de folhas (imagine-se uma petição inicial com documentos que chegam a mil, duas mil, três ou até dez mil folhas) (DELAZZARI, 2012, *online*).

Nesse viés, a primeira grande contribuição foi a transformação no registro e manutenção das informações judiciais, construindo um acervo de arquivo mais rápido e com facilidades de logística. Além disso, a operacionalidade é quase que instantânea, visto que, ao protocolar uma petição, por exemplo, já torna possível o magistrado ter acesso a sua integralidade. O fluxo é mais intenso e prestigia um processo mais célere e com precisão no controle de prazos, mesmo que a demanda seja maior.

Também é uma conquista a questão da sustentabilidade advinda do fim do processo de papel. Segundo dados constantes no site do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, *online*), essa extinção trouxe bons benefícios para o meio ambiente, visto que são distribuídos, em média, mais de 20 milhões de processos novos por ano no Brasil. Com isso, o formato físico demandava e gastava cerca de 46 milhões de quilos de papel e em torno de 690 mil árvores. Destaca-se que o estado de São Paulo foi o primeiro a conquistar 100% das varas da Justiça Estadual totalmente digitais, utilizando-se o Processo Judicial Eletrônico (CONJUR, 2016, *online*).

Além disso, o deslocamento até os fóruns diminuiu demasiadamente. Conforme destaca Paulo Rocha Neto (2015, p. 15), “com a virtualização dos autos, diminui-se consideravelmente o risco de danos e extravios de documentos e processos, o que resultaria na necessidade de procedimentos de restauração de autos”. E também, atualmente, a remessa de autos para a 2ª instância acontece de forma mais ágil e econômica. Os benefícios em relação ao trânsito dos processos foram notadamente otimizados, trazendo maior segurança e acessibilidade.

A fim de prevenção contra perdas e danos aos processos, agora estes estão sendo digitalizados, contribuindo para a demanda de documentos eletrônicos. Insta ressaltar que, segundo o portal de notícias do G1, em agosto de 2016, no Fórum de Goiatuba/GO, houve um incêndio que consumiu todos os processos físicos (SANTANA, 2018, *online*). Após dois anos, comprovou-se ter sido criminoso, visto que a ocorrência foi em virtude de homem condenado por homicídio que encomendou o crime para que não fosse cumprido o mandado de prisão contra ele. Nesse ínterim, o desembargador

Leobino Valente Chaves determinou o início da digitalização de todos os processos. Dessa forma, ocorrências como esta agora ficam inviáveis de acontecer, já que há um banco de dados que preserva o conteúdo e permite a integralidade dos documentos.

Sabe-se que a implantação do Processo Judicial Eletrônico se deu com a promulgação da Lei n. 11.419/2006, a qual estabeleceu comandos para que o sistema funcionasse. No próximo capítulo, será abordado o estudo da referida lei, com enfoque nas principais mudanças e na sua motivação. Com isso, entender-se-á a sua importância e fomentará a base para inquirir a relação com o princípio da celeridade processual.

4 ESTUDO DA LEI N. 11.419/2006 – IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJE)

Para atender a expectativa de colocar fim ao processo físico, a Lei n. 11.419/2006 trouxe para o ordenamento jurídico uma legislação voltada à regulamentação de um processo judicial eletrônico – uma base legal composta com vinte e dois artigos, que são divididos em quatro capítulos. Cabe compreender a redação dos principais artigos, com vistas a entender a contribuição para um processo mais célere.

A referida lei apresenta em seu artigo 1º, §2º, as principais definições que caracterizam a informatização do processo judicial. Nesse contexto, meio eletrônico é qualquer forma de armazenamento ou trânsito de documentos e arquivos digitais. Já a transmissão eletrônica diz respeito à forma de comunicação a distância auxiliada pelo uso de redes de comunicação, sendo a lei dando preferência à rede mundial de computadores (termo técnico para *internet*). Além disso, há também a definição de assinatura eletrônica, sendo esta de suma importância para configuração da segurança jurídica no processo. Utiliza-se de duas formas para prover a “forma de identificação inequívoca do signatário”, quais sejam: aquela baseada em um Certificado Digital emitido por autoridade competente ou através de cadastro de usuário no Poder Judiciário.

Salienta-se que o art. 2º define a obrigatoriedade de credenciamento prévio no Poder Judiciário em relação ao uso da assinatura eletrônica. Assim, serão resguardados o sigilo e a privacidade dos usuários dos órgãos respectivos.

O meio eletrônico só consegue funcionar através da transmissão eletrônica de documentos, por meio da comunicação entre os sujeitos do processo. A fim de consolidar a prática de atos processuais, é indispensável a assinatura eletrônica nos documentos, a qual permitirá o envio de determinado arquivo para o Tribunal de forma remota.

Dando continuidade, o Capítulo II da referida lei ordinária apresenta as redações concernentes à comunicação eletrônica dos atos processuais. Destaca-se o art. 4º, o qual determinou a faculdade de criação de um Diário da Justiça Eletrônico, a fim de publicar os atos judiciais e administrativos próprios. O caderno disponibilizado com o conteúdo das publicações deverá ser assinado digitalmente e poderá substituir qualquer outro meio de publicação oficial, exceto nos casos em que a lei exigir intimação ou vista pessoal.

A ideia da comunicação se dar por meio eletrônico colocou fim à produção de caderno físico, o que produzia com intensidade muito lixo e prejudicava o meio ambiente. Além disso, essa forma de interlocução trouxe mais agilidade ao processo. No

entanto, a forma de contagem dos prazos foi alterada, a fim de garantir um funcionamento pleno do sistema.

Ionara Franco resume como se dará a elaboração de prazos:

Para fim de contagem de prazo, a Lei estabelece que os atos sejam em dias subsequentes, enviado, disponibilizado, publicado, e iniciado o prazo, ou seja, a publicação ocorrerá no primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização e o início do prazo será computado no primeiro dia útil subsequente ao considerado como data de publicação (FRANCO, 2016, p. 104-105).

Já no tocante à ciência das intimações, a lei trouxe uma grande inovação acerca da consulta. Esta, segundo o §3º, do art. 5º, deve ser feita em até 10 dias corridos contados da data do envio da intimação. Passado esse prazo sem que a parte tome ciência, a pena é a intimação se realizar automaticamente na data do término do referido prazo. Não obstante, as intimações serão feitas por meio eletrônico em plataforma própria do Tribunal, inclusive da Fazenda Pública.

Aqui se destaca a sobrecarga que foi retirada dos oficiais de justiça, os quais viviam em um cenário de vários mandados, contextualizando uma demora na realização das intimações. Nesse sentido, o processo tornou-se mais ágil, fabricando uma melhor comunicação e valorizando o princípio do contraditório e ampla defesa. Nessa conjuntura, a lei também conferiu permissão para que as comunicações por cartas precatórias, rogatórias e de ordem sejam feitas, de preferência, pelo meio eletrônico (art. 7º).

Marcos P. Chaves Barroso ilustra a questão da comunicação em comentário, valorizando a celeridade do processo:

Hoje, uma carta precatória expedida, por exemplo, pela Vara do Trabalho de Piri-piri-PI uma das Varas de Trabalho de São Paulo-SP demorava, em média, dois anos para ser cumprida. No caso do procedimento digital autorizado pela lei em comentário e implantado pelo CNJ, este lapso de tempo poderá ser reduzido há poucos meses ou até mesmo dia, tendo em vista a comunicação oficial entre órgãos do Poder Judiciário e deste com o réu realizar-se virtualmente (BARROSO, 2014, *online*).

Nesse cenário, várias quebras de “tempos mortos” foram proporcionadas, mesmo que as informações prestadas nos sites dos Tribunais tenham somente caráter informativo.

Faz-se necessário observar como se consolidou o funcionamento do processo eletrônico. A redação do art. 10 da lei em comentário apresentou a principal mudança ocorrida com a implantação do desenvolvimento tecnológico no Poder Judiciário. Isso porque o referido artigo versa sobre a desnecessidade de intervenção do cartório ou secretaria judicial para que os advogados atuem com os atos de distribuição e protocolos de petições em geral. Nesse viés, a autuação se dá de forma automática, através de um comprovante/recibo eletrônico referente ao ato processual feito pela via remota.

Além disso, antes da implantação do sistema em destaque, a prática forense permitia o protocolamento somente até às 18h. Com o advento da Lei n. 11.419/2006, atualmente, considera-se tempestivos os prazos efetivados até as 24h do último dia (art. 10, §1º). Observa-se que a lei buscou adaptar as possíveis oscilações ocorridas no ambiente virtual, dando margem à prática processual mais autônoma e ágil.

Destarte, o Processo Judicial Eletrônico (PJE) trouxe mais desenvoltura para o trâmite dos processos. Dessa maneira, a busca por essa nova base tecnológica para o Direito vem frear o problema crônico encarado por essa ciência, qual seja, a morosidade arraigada no Poder Judiciário. A seguir, será conceituado o princípio da celeridade processual, bem como serão tecidos comentários acerca da sua relação com a informatização do processo judicial.

5 A CELERIDADE PROCESSUAL E A RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A introdução do desenvolvimento tecnológico abrange alguns fatores relacionados à economia processual e às principais consequências na atuação da jurisdição em atender a demanda. Nesse viés, cabe compreender o princípio constitucional da celeridade processual, um dos focos deste trabalho, e relacioná-lo com toda a problemática. Sabe-se que este caminha umbilicalmente com o princípio da duração razoável do processo. Porém, ambos possuem conceitos diferentes, mesmo que a essência atenda a mesma necessidade.

Segundo o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). Como se pode inferir da redação, há duas ordens, embora complementares. Cassio Scarpinella Bueno (2020, p. 158) destaca a diferença afirmando que a “duração razoável do processo” atua em um campo abstrato, alertando o processualista a usar técnicas que atinjam um julgamento mais célere, já que a tempestividade da jurisdição depende intrinsecamente das especificidades de cada caso concreto, além do comportamento dos sujeitos do processo.

Já o conceito de garantia da celeridade, segundo Bueno (2020, p. 158), é a ideia de “economia da atividade jurisdicional no sentido da redução da atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez”. Assim, com base neste conceito, busca-se racionalizar os métodos empregados para que atinjam a finalidade de eficiência do sistema Judiciário. Entre as várias possibilidades de atender o comando desse princípio, é importante não somente observar a economia em termos de tempo ou de recursos, mas também aliar técnicas que busque “economizar” a atuação do sistema judicial.

Nesse contexto, uma das aplicações foi a inserção do desenvolvimento tecnológico na prática processual. É incontendível reconhecer que essa inovação no sistema trouxe para a tramitação dos processos mais aplicabilidade do princípio em tela. Fredie Didier Júnior (2017, p. 110), em contraponto, defende que “não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve

demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.

Pela lógica do referido autor, o processo deve respeitar e cumprir uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do direito constitucional ao devido processo legal, ou seja, a obrigatoriedade do contraditório, a produção de provas, dentre outros. Além disso, Didier (2017, p. 111) afirma que “é preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles”.

Entende-se que é imprescindível cumprir os ritos essenciais de um julgamento que garanta o devido processo legal. Contudo, é sabido que o princípio da celeridade processual busca atingir somente os “tempos mortos” que insistem em invadir o trâmite jurisdicional. E, com base nisso, a tecnologia vem cumprindo seu papel em otimizar prazos que antes, nos processos físicos, prolongavam-se em um grande lapso temporal. O contexto de rapidez apresentado pelo princípio em questão é relativo à possibilidade de praticar os atos obrigatórios de forma mais correta e breve possível, não buscando atingir nulidades com base nesse discurso. Na realidade, são esses atos que dão forma e conteúdo para que se atinja a finalidade de um julgamento justo, não fazendo sentido burlá-los.

A ideia de negação do princípio da celeridade processual coaduna no comodismo de prolongar o processo de forma negligente, já que a demanda se faz maior a cada dia. Não poder concluir que é importante a celeridade no trâmite processual, que visa eliminar e buscar técnicas de otimização, é dar abertura a processos longos e sem julgamento. Defende-se que o desenvolvimento tecnológico é um dos canais para a efetivação desse princípio constitucional, embora, eventualmente, seja notável a demora em alguns casos concretos.

Assim, a duração razoável do processo e a celeridade devem caminhar juntas, a fim de permitir a prática de condutas predeterminadas, só que com mais rapidez no que diz respeito a dar prosseguimento e agilidade na comunicação advogado-magistrado. Conforme todo o exposto, a tecnologia só veio para aproximar essa relação.

Sob outra perspectiva, é manifesto que o ambiente virtual só corrobora uma efetiva prestação jurisdicional. Com base nesse contexto, em 2020, ocorreu no mundo um evento pandêmico, no qual um vírus com alto nível de letalidade, coronavírus, causador da COVID-19, disseminou-se no seio das comunidades e exigiu um comportamento de distanciamento social. Com isso, o Poder Judiciário foi obrigado a suspender suas atividades presenciais nos cartórios, acarretando a suspensão dos prazos referentes aos processos físicos.

Assim, atendendo ao princípio da duração razoável do processo e celeridade processual, buscou-se apelo na tecnologia da informação na situação de calamidade que assola o mundo, conforme será exposto no capítulo seguinte.

6 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS E O USO DA TECNOLOGIA

O presente capítulo tem por finalidade ilustrar melhor o artigo e, por fim, permitir delimitar os reais contornos do desenvolvimento tecnológico no Poder Judiciário no atual contexto dos anos de 2019 e 2020.

Com a necessidade de distanciamento social, foi preciso se adequar a realidade, e uma das saídas foi o Judiciário, através da emissão de várias leis e regulamentos, buscar meios na base tecnológica, construída com o tempo na sua seara forense. Em continuidade, será objeto de estudo o Portaria Conjunta n. 1025/PR/2020, publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em 14/07/2020, a qual dispõe sobre o plano de retomada gradual das atividades do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais. Nesse contexto, será possível observar com clareza o quanto a tecnologia se tornou uma base para a efetivação do acesso à justiça.

Destaca-se que a Portaria buscou regulamentar o contexto atual de retomada das atividades jurídicas, após um hiato em forma de “quarentena”, no qual várias atividades não funcionaram. Em relação à Portaria, convém observar seu Capítulo VI, que regulamenta a questão da realização de audiências e sessões de julgamento. No seu art. 13, há a determinação que, em regra, os referidos procedimentos devem ser realizados por meio de recurso tecnológico de videoconferência ou plenário virtual. Já o art. 14 apresenta as exceções em caso de inviabilidade de atos processuais por meio virtual, desde que devidamente justificado.

No decorrer da Portaria Conjunta, fica clara a preferência aos meios virtuais, demonstrando a sua importância e, conforme aponta Fonseca (2020, *online*), “a ideia é utilizar a tecnologia para um trabalho cada vez mais compartilhado e multidisciplinar, cumprindo assim uma adequação da profissão às práticas e expectativas das gerações mais novas”.

Além disso, foi apresentado o Plano de Virtualização de Processos Físicos, que há muito tempo era um projeto do TJMG. Esse foi um passo importante para a integração do Processo Judicial Eletrônico na prática jurisdicional mineira. A Portaria, do art. 28 ao 36, determina que o aludido plano assolará os processos tramitando pelas comarcas da Justiça do Primeiro Grau e que será implantado em duas fases, começando pelas unidades de Vara de Família. Já a segunda fase vai abranger o acervo remanescente de processos cíveis de todas as unidades judiciárias. Importante frisar que, para iniciar o procedimento, o advogado deverá manifestar interesse mediante encaminhamento de e-mail para a unidade judiciária competente.

Com isso, como destaca o desembargador Newton Teixeira Carvalho:

Este procedimento de virtualização terá três etapas: digitalização, indexação e a inserção no PJE e visa colocar fim aos autos dos processos físicos, o que facilitará a vida dos advogados, que poderão consultar o andamento de suas demandas de qualquer lugar do mundo, bastando, para tanto, que estejam conectados à rede mundial de computadores, além de evitar inúmeras doenças, a exemplo de alergias, contaminação

etc. A questão é também de higiene, de modernização e, por conseguinte, de sustentabilidade (CARVALHO, 2020, *online*).

Nesse cenário, a tecnologia veio como uma âncora para que o Direito continuasse funcionando, mesmo que a distância e em tempos de pandemia. Diante dos exemplos e do trajeto histórico estudado no presente artigo, é indiscutível a implantação do desenvolvimento tecnológico na rotina processual. É algo sem volta, principalmente quanto ao uso do Processo Judicial Eletrônico (PJE).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise da inserção do ferramental tecnológico no Poder Judiciário, relacionando-se com o princípio da celeridade processual, foi possível observar um cenário de dependência e busca pela otimização na tramitação do processo. O interesse jurídico nessa problemática diz respeito a efetividade que se busca com essa implantação tecnológica, já que o atual contexto define esta como uma nova base para o Direito.

Observa-se que não é de hoje que os operadores do direito possuem interesse na implantação de um ambiente digital. O Processo Judicial Eletrônico foi uma revolução, na concepção mais otimista da palavra, no sentido de contribuir para restaurar a fluidez na prática e tentar desconstruir o problema da morosidade. No entanto, é necessário associar o aprimoramento e investimento na plataforma virtual para que seja possível atingir essas finalidades. Em outras palavras, não havendo recursos, o processo somente mudará de lugar e os mesmos problemas obsoletos continuarão a devastar a máquina judiciária.

A atual discussão tem como ponto fulcral o estudo da Lei n. 11.419/2006, a qual trouxe a devida regulamentação. É sabido que referida Lei não contribuiu para solucionar problemas como falta de investimento em infraestrutura e de auxiliares de justiça capacitados. No entanto, foi um marco no que tange à busca por um processo mais célere – em união com a duração razoável do processo –, garantindo uma jurisdição mais efetiva.

Resta claro que o Processo Judicial Eletrônico (PJE) veio para consolidar uma nova personalidade no Direito Processual, otimizando vários procedimentos que, atualmente, são considerados atrasados. Como principais contribuições, destaca-se o corte dos “tempos mortos”, os quais davam ao processo mais morosidade. Também, a questão da sustentabilidade foi abordada, já que a ideia de virtualização dos processos eliminou a produção em massa de papel, além da desnecessidade de locomoção para ter acesso. Um dos maiores beneficiários da promoção da tecnologia no ramo processual foi o meio ambiente, já que dispunha de vários recursos para a manutenção do sistema físico.

Constatou-se, com o relatório da Justiça em Números, que, de cinco anos para cá, quanto aos recursos destinados a investimentos na informática não houve oscilações discrepantes, o que mostra uma manutenção em uma possível implantação concluída. No entanto, entende-se que muito ainda deve ser investido, a fim de beneficiar os agentes da justiça e contribuir para uma melhor rotina do Processo Judicial Eletrônico (PJE).

Em que pese a questão da pandemia, o Poder Judiciário buscou se adaptar da melhor forma possível, merecendo destaque o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o qual aproveitou para implementar o plano de virtualização dos processos físicos. Isso é reflexo dos efeitos que o desenvolvimento tecnológico trouxe para a alçada processual.

Quanto à segurança do processo eletrônico, destacou-se que a confiabilidade dos documentos eletrônicos vem sendo garantida pelas assinaturas digitais, obtidas a partir da certificação digital. O trabalho mostrou, através desse contexto, que é impossível assegurar ao processo eletrônico uma segurança absoluta, como também ocorre com o processo em papel – não existe meio absolutamente seguro.

Por fim, é utópico ainda afirmar que o Sistema Judiciário brasileiro está livre da questão estrutural da morosidade. No entanto, cabe reconhecer que a implantação do Processo Judicial Eletrônico trouxe um ânimo a mais para que, em meio ao descrédito do Estado em promover o acesso à justiça, o cidadão tenha esperança em obter um julgamento em tempo razoável. Em meio a tantas inovações, o princípio da celeridade processual trouxe a luta para dirimir a negligência e a busca por um controle dos prazos, a fim de dar mais rapidez e estabilidade aos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico**: processo digital. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 out. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999**. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 mai. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 dez. 2006.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Diário Oficial da União, DF, 09 jan. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111900.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Portaria Conjunta n. 1025/PR/2020**. Dispõe sobre o plano de retomada gradual das atividades do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais, consoante as avaliações epidemiológicas emitidas pelas autoridades estaduais e municipais de saúde e observadas as ações necessárias para a prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (COVID-19), o plano de virtualização de processos físicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc10252020.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

BARROSO, Marcos Patrick Chaves. **Processo judicial eletrônico: Lei 11.419/06**. Desafios em sua implantação. Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-129/processo-judicial-eletronico-lei-11419-06-desafios-em-sua-implantacao/>. Acesso em: 07 out. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Virtualização dos autos dos processos físicos: uma necessidade**. Site DomTotal, 11 ago. 2020. Disponível em: <https://domtotal.com/artigo/8971/2020/08/virtualizacao-dos-autos-dos-processos-fisicos-uma-necessidade/>. Acesso em: 16 out. 2020.

CNJ. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - Brasília: CNJ, 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; ALLEMAND, Luiz Cláudio. **Processo Judicial Eletrônico**. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014.

CONJUR. TJ-SP é a primeira corte estadual de grande porte a tornar-se 100% digital. **Consultor Jurídico**, fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/tj-sp-primeira-corte-estadual-grande-porte-100-digital>. Acesso em: 18 out. 2020.

DELAZZARI, Luiz Carlos Santana. A viabilidade e segurança do processo eletrônico no âmbito do direito processual civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3280, 24 jun. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22014>. Acesso em: 7 out. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FONSECA, Victor Cabral. **O 'novo normal' do Direito na pós-Covid-19**. **Consultor Jurídico**, junho 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/fonseca-normal-direito-pos-covid-19>. Acesso em: 16 out. 2020.

FRANCO, Ionara Steffane Alves. A influência da tecnologia na busca pela celeridade e efetividade processual, à luz da lei n. 11.419-06. **Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/view/342>. Acesso em: 16 out. 2020.

MORESCHI, Allander Quintino. A efetividade do processo judicial eletrônico na prática forense. **Revista Esmat**, Palmas, ano 5, n. 5, p. 7-31, jan./jun. 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/70/76. Acesso em: 07 out. 2020.

MOREY FILHO, Fausto Bernardes. **Processo judicial eletrônico – Lei 11.419/2006**. Alguns possíveis impactos decorrentes de sua adoção. 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/15852/1/a-lei-1141906-e-o-processo-judicial-eletronico/pagina1.html>. Acesso em: 07 out. 2020.

PAIVA, Mário. Informática, o futuro da Justiça. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 244, de 15 de março de 2007, p. 31.

ROCHA NETO, Paulo. **O processo judicial eletrônico brasileiro**. Universidade Fernando Pessoa - Faculdade de Ciência e Tecnologia, abr. 2015. Disponível em: <https://url.gratis/8WXRd>. Acesso em: 16 out. 2020.

SANTANA, Vitor. **Justiça condena quatro homens por incêndio do Fórum de Goiatuba**. G1. Portal de notícias do GO, fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/justica-condena-quatro-homens-por-incendio-do-forum-de-goiatuba-go.ghtml>. Acesso em: 16 out. 2020.

TJSP. **100% DIGITAL**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/>. Acesso em: 16 out. 2020.

Aplicabilidade da Justiça Restaurativa e seus mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar

Applicability of Restorative Justice and its coping mechanisms to domestic and family violence

LORRANA EDUARDA BATISTA CARDOSO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: eduardalorrana12@gmail.com

DENILSON JOSÉ MARTINS

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: denilson@unipam.edu.br

Resumo: A utilização de práticas restaurativas aos casos de violência doméstica e familiar promove um tratamento diferenciado de todos os envolvidos no litígio. Além de a vítima ser colocada em destaque, prioriza-se o diálogo entre os envolvidos e terceiros que foram atingidos, de maneira que esses possam solucionar os conflitos vivenciados de forma conjunta e voluntária. Nesse contexto, objetivou-se evidenciar como a Justiça Restaurativa e seus mecanismos de enfrentamento pode ser um instituto eficaz para a redução dos índices alarmantes de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como proporcionar um novo olhar para a efetivação da Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/06. A aplicação apenas da justiça retributiva aos casos de violência doméstica e familiar não tem colaborado para mitigar a vitimização e a reincidência, pois trata de uma relação complexa praticada por pessoas que mantêm ou mantiveram uma relação de intimidade. O desenvolvimento da pesquisa se deu com o método dedutivo-bibliográfico, por meio de livros, artigos, doutrinas, leis e jurisprudências. Este artigo justifica-se na aplicabilidade da Justiça Restaurativa como modelo auxiliar no processo de superação da vitimização da mulher. E no que infere ao problema tema – “É possível a aplicação da Justiça Restaurativa, por meio de seus mecanismos de enfrentamento, como instrumento capaz de reduzir as consequências negativas do atual sistema processual penal?” –, identificou-se que a Justiça Restaurativa tem se mostrado como modelo auxiliar no processo de superação da vitimização da mulher, já que contribui para a tomada de consciência e responsabilização da conduta do agressor.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Retributiva. Mulher.

Abstract: The use of restorative practices in cases of domestic and family violence promotes a differentiated treatment for everyone involved in the litigation. In addition to the victim being highlighted, the dialogue between those involved and third parties who were affected is prioritized, so that they can resolve the conflicts experienced jointly and voluntarily. In this context, the objective was to show how Restorative Justice and its coping mechanisms can be an effective institute for the reduction of alarming rates of domestic and family violence against women, as well as providing a new look at the effectiveness of the Maria da Penha Law - Law

number 11.340/06. The application of retributive justice only to cases of domestic and family violence has not helped to mitigate victimization and recidivism, as it deals with a complex relationship practiced by people who maintain or maintained an intimate relationship. The development of the research took place using the deductive-bibliographic method, through books, articles, doctrines, laws and jurisprudence. This article is justified by the applicability of Restorative Justice as an auxiliary model in the process of overcoming the victimization of women. And in what concerns the theme problem: "Is it possible to apply Restorative Justice, through its coping mechanisms, as an instrument capable of reducing the negative consequences of the current penal procedural system?", it was identified that Restorative Justice has been shown, as an auxiliary model in the process of overcoming the victimization of women, as it contributes to awareness and accountability for the aggressor's conduct.

Keywords: Restorative Justice. Retributive. Woman.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como escopo analisar o perfil da violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como seus mecanismos de enfrentamento, examinando os efeitos da utilização da Justiça Restaurativa.

Com esse intuito, torna-se imprescindível entender como o patriarcalismo está intimamente associado a traços de violência doméstica e familiar contra a mulher. É necessária também uma análise com relação à construção dos direitos da mulher, com especial foco na Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/06, criada com o fim de abrandar a ineficácia dos institutos penais já existentes, mas inoperantes – assim como a Justiça Restaurativa, que vem como um novo olhar sobre o crime e a responsabilização, destacando seus princípios e valores em contraponto com a justiça penal tradicional.

Nesse ínterim, procura-se responder sobre a possibilidade de utilização dos mecanismos de enfrentamento da Justiça Restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar, como instrumento capaz de reduzir as consequências negativas do atual sistema processual penal. Tal violência contra a mulher possui uma característica marcante pelo fato de ela ser praticada por pessoas que mantêm ou mantiveram uma relação de intimidade. Por ser uma relação altamente complexa, é que se exigem diferentes soluções, pois apenas o sistema tradicional de justiça não consegue resolver satisfatoriamente o conflito em tela.

Nessa vertente, a Justiça Restaurativa surge como um instituto apto a entender as questões que vão além da punição do agressor, fazendo-o compreender seu erro e as sequelas dele decorrentes e, ainda, como uma ferramenta efetiva de emancipação feminina que busca, por meio do diálogo, empoderar a mulher na resolução do conflito, fazendo com que sua voz seja ouvida e sua vontade considerada.

Desse modo, a pesquisa proposta objetivou elucidar a forma como a Justiça Restaurativa com seus mecanismos de enfrentamento pode ser um instituto eficaz para reduzir os alarmantes índices de violência contra a mulher no âmbito doméstico, proporcionando, então, um novo olhar para a efetivação da Lei Maria da Penha. Para tanto, este artigo justifica-se na aplicabilidade da Justiça Restaurativa como modelo auxiliar no processo de superação da vitimização da mulher.

No que tange à metodologia, procedeu-se de modo dedutivo-bibliográfico e contou com o auxílio de livros, artigos, entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e embasamento da legislação pátria.

O desenvolvimento deste estudo foi dividido em cinco capítulos: abordou-se o conceito de violência e a violência doméstica e familiar contra a mulher; os reflexos do patriarcalismo na violência contra a mulher; a criação da lei Maria da Penha e o afastamento da aplicação da Lei nº 9.099/95; justiça restaurativa/retributiva e os desafios da justiça penal tradicional e, por fim, a aplicabilidade da justiça restaurativa e seus mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar.

Assim sendo, nos capítulos supracitados tratou-se da historicidade acerca da violência a que a mulher é submetida e apontaram-se os aspectos mais relevantes condizentes com o tema, assim como os mecanismos legislativos que são disponibilizados pelo Estado. Na sequência, apresentou-se uma análise sob o ponto de vista do âmbito penal, a utilização da Justiça Restaurativa em contraponto com a Justiça Penal tradicional. Por fim, a pesquisa adentrou na possibilidade de utilização dos mecanismos de enfrentamento, como instrumento capaz de reduzir possíveis consequências negativas do Sistema Processual Penal, da Justiça Restaurativa na Lei nº 11.340/06.

2 UM CONCEITO DE VIOLÊNCIA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Considerada um fator humano e social enraizado no mundo, são preocupações humanas entender a essência do fenômeno da violência, sua natureza, suas origens e meios apropriados de modo a atenuá-la, preveni-la e eliminá-la da convivência social.

Para compreensão desse fenômeno, a Organização Mundial da Saúde (2002, p. 27) define violência como:

O uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

Isto posto, a violência ocorre quando uma pessoa causa um dano ou abuso a outra pessoa ou a ela mesma, podendo ser elencados diferentes conceitos, porém, mesmo que a violência se revista das mais diferentes formas, o presente trabalho interessa abordar aquela praticada contra a mulher, em especial, à mulher no seu âmbito doméstico e familiar.

A violência contra a mulher é uma questão social e tornou-se um problema de saúde pública, tendo a própria Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhecido que se trata de uma prioridade no sistema de saúde, conseqüentemente, viola os direitos humanos das mulheres ao evidenciar a desigualdade e a discriminação entre os gêneros. Processo vinculado intimamente ao patriarcado e, conseqüentemente, ao machismo, aspectos que transformam as relações familiares e a sociabilidade das mulheres.

Com fulcro no artigo 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, importante tratado internacional ratificado pelo Brasil e também principal documento interamericano na proteção dos direitos das mulheres, violência contra a mulher pode ser definida como:

Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada (BRASIL, 1996).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher também foi o primeiro diploma internacional de proteção a utilizar a expressão “gênero”, ainda que sem defini-lo. Dessa forma, é necessário esclarecer e conhecer esse conceito de “gênero”, pois se trata de uma discussão indissociável da compreensão do fenômeno da violência contra a mulher e da sua superação por todas aquelas às quais essa violência se impõe.

A necessidade da compreensão do conceito de gênero decorre da Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha, utilizar tal conceito para definir a violência doméstica e familiar contra a mulher em seu art. 5º: “Para os efeitos dessa Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Esse artigo traz o conceito fundamental de violência doméstica e familiar contra a mulher, delimitando o objeto de incidência e mencionando o contexto em que a violência de gênero deve ser praticada. Com efeito, o conceito utilizado na legislação reproduz a definição utilizada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Gerda Lerner (2019, p. 289) conceitua gênero como “definição cultural de comportamento definido como apropriado aos sexos em dada sociedade, em determinada época” ou como “um conjunto de papéis culturais”. A compreensão de qualquer fenômeno social e cultural passa necessariamente pela investigação de sua origem, pois para vencer um problema é preciso conhecê-lo.

Nesse contexto, ao ser realizada, de forma breve, uma análise da violência contra a mulher, constata-se que esta tem suas raízes na discriminação histórica sofrida, no qual seu papel na sociedade, por vezes, era tido como secundário, ficando demonstrada a difícil trajetória na busca por igualdade.

3 OS REFLEXOS DO PATRIARCALISMO NA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ainda nos dias atuais as mulheres sofrem pelo preconceito da sociedade, muitas vezes não têm seus direitos reconhecidos, passam por limitações sociais e enfrentam desigualdades de gênero.

Inúmeras vezes esse tipo de preconceito acaba gerando violência, atuando como estopim de conflitos onde o exercício do poder masculino, através da força física, tenta prevalecer sob o feminino, que é dito “sexo frágil”.

Discutir a problemática da desigualdade de gênero é pertinente, pois essa questão reflete números cada vez mais crescentes de alguma forma de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Considerando que gênero não define caráter, tanto homens como mulheres podem ser íntegros e respeitosos, assim como podem ser vis e desrespeitosos, constata-se que essas violências são criadas a partir de uma estrutura que as produz e, conseqüentemente, reforça-as.

A essa estrutura na qual ambos os sexos interpretam comportamentos, hábitos e opiniões com intensidade e relevância divergentes, onde os homens ocupam o poder político, social e familiar, exercendo domínio e autoridade sobre as mulheres, dá-se o nome de patriarcado.

Historicamente, os homens são ensinados a exercer suas forças de forma tirana, principalmente, sobre as mulheres ou exercendo atividades de força física, dispêndio de energia, trabalho e manutenção das despesas da casa.

Por sua vez, a mulher foi, incessantemente, tachada como “sexo frágil”, oprimida, treinada basicamente para procriar, cuidar da casa e dos filhos, ou seja, viver relações de subalternidade diante dos homens e forçadas à imposição de uma cultura machista a se negarem e a não se reconhecerem como sujeitos de um grupo, para apenas serem objetos, coadjuvantes históricos no progresso da sociedade. Como bem exposto por Minayo (2005, p. 23):

Durante a maior parte da história da humanidade a mulher esteve em um papel coadjuvante, ficando sempre à sombra dos interesses do homem. Em Atenas, por exemplo, as mulheres eram responsáveis pelos trabalhos de “dentro de casa”, que consistia em cuidar dos filhos, fiação, tecelagem, e outras atividades domésticas, enquanto os homens eram responsáveis pelo trabalho de “fora de casa”, o que os permitia o contato com a filosofia, política, artes, além de terem suas opiniões ouvidas para a construção da política, sociedade, na solução de problemas.

Percebe-se que esses papéis socialmente associados a homens e mulheres persistem ao longo do tempo, reforçando a ideia de que a agressividade masculina e a submissão feminina são naturais. Importante destacar que a própria Exposição de Motivos da Lei nº 11.340/06, reconhece, em seu item 16, que:

As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sociocultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se ‘naturalizam’ e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres.

Por isso, é forçoso reconhecer que o sistema patriarcal estabelecido na sociedade está intimamente associado à violência contra a mulher, pois expressa o sentimento de

poder desfrutado pelo homem no seio familiar, gerado pelo machismo e padrões sociais, que, infelizmente, ainda modelam a sociedade.

O reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos e a elaboração de estratégias para sua promoção e efetivação se deram somente após a realização de importantes convenções internacionais, quais sejam: a Conferência para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW (1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994), além das Conferências Internacionais de Direitos Humanos (Viena, 1993), População (Cairo, 1994) e Mulheres (Beijing, 1995).

A aprovação de tratados que objetivassem a proteção da mulher constituiu um avanço para o Estado brasileiro, pois, muito além de criarem obrigações perante a comunidade internacional, originaram também obrigações perante a ordem interna.

Nesse viés, consubstanciado no estudo da obra de Silvia Chakian (2020, p. 197-210), depreendeu-se alguns dos principais dispositivos abordados nessas convenções internacionais como a obrigação de os Estados adequarem suas legislações de modo a garantir a igualdade entre homens e mulheres, além de adotarem medidas apropriadas para modificar os padrões socioculturais que reproduzam preconceito ou estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um dos sexos; direito das mulheres a uma vida livre de violência, cabendo aos Estados a adoção das medidas e políticas orientadas a prevenir, sancionar e erradicá-la; direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos; a afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos.

É preciso destacar que há um longo caminho na efetiva promoção e respeito às disposições constante dos Diplomas Internacionais acima descritos, contudo, ao longo dos anos, o Brasil, que assinou e ratificou todos esses acordos, vem adaptando a legislação e as políticas públicas no sentido de prevenir e erradicar a violência doméstica. Um marco importante foi a Constituição de 1988, como se nota pela leitura do parágrafo 8º do artigo 226 da CRFB/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Proporcionou, assim, reconhecimento formal a vários direitos de cidadania para as mulheres, refletidos em indicadores nacionais como acesso à educação superior e postos de trabalho com melhores remunerações, dentre outros.

Em 2006, conferindo efetividade à vontade constitucional, foi sancionada a Lei nº 11.340, inspirada em princípios éticos compensatórios para enfrentar a violência que de forma desproporcional acomete tantas mulheres. Sua essência e objetivos serão discutidos a seguir.

4 A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95

É sabido que em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340, batizada e amplamente conhecida como Lei Maria da Penha, criada com o intuito de atender ao

clamor nacional e internacional por uma legislação mais rigorosa no tocante aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em que pese os conceitos de violência já apresentados, ressalta-se que violência contra a mulher, em seu âmbito doméstico e familiar, pode ser de caráter: físico, psicológico, sexual, patrimonial ou moral. A Lei nº 11.340/06 expõe:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos

de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O que traz expresso na Lei é apenas um parâmetro de exemplos para identificar as agressões, podendo ocorrer de diversas formas, visto que o conceito de violência passa por diversas mutações, a depender do momento atual em que vive a sociedade.

Ainda, importante destacar que, mesmo sendo analisados isoladamente os tipos de violência infligidos à mulher, eles são cumulativos, pois, na maior parte dos casos, um tipo de violência acaba induzindo ao outro.

A Lei Maria da Penha enquadra-se nas Leis Penais extravagantes, e assim como o Código Penal tipifica os crimes, destacando-se ainda que a Lei foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção à mulher.

Consubstanciado nos ensinamentos de Adriana Ramos de Mello (2007, p. 7), a Lei Maria da Penha objetiva:

Dar voz àquelas que não eram ouvidas em lugar algum, que chegavam às delegacias e eram orientadas a retornar ao lar que foi cenário da violência sofrida, que chegavam ao Judiciário e o agressor efetuava o pagamento de pena pecuniária, muitas vezes convertida em cestas básicas, cujos alimentos eram retirados do próprio lar conjugal, privando a própria vítima e os filhos, que juntos retornavam à casa sem solução, e a violência continuava.

Verifica-se que a referida lei delimitou novos contornos para a proteção da mulher dentro do âmbito doméstico e familiar, uma vez que, antes da lei específica, tal espécie de crime era julgado pelos Juizados Especiais Criminais, pela Lei nº 9099/95, pois eram tratados pela justiça como crimes de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, aplicavam-se penas razoavelmente brandas e reforçavam a revitimização da mulher no âmbito institucional e nas relações familiares.

Com o advento da Lei nº 11.340/06, sempre que houver indícios de autoria e prova da materialidade, o agressor será devidamente processado, não sendo mais possível a transação penal ou suspensão condicional do processo, conforme exposto no art. 41, da referida lei.

Consoante a isso, a súmula 536 do STJ define que a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

O artigo 88, da Lei nº 9.099/95, estabelece que, além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ocorre que, diante do estabelecido no art. 41 da Lei Maria da Penha, quando o delito for de lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, a ação será sempre pública incondicionada. Assim, não importa a extensão da lesão, seja ela leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa.

A súmula 542 do STJ coaduna com esse entendimento; define que a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

Importante destacar que o acordo de não persecução penal, introduzido pelo advento da Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime –, instrumento negocial que visa desafogar o Judiciário e combater sua morosidade em casos penais que compreendem delitos de leve até média ofensividade delitiva, seguindo na mesma linha das normativas proibitivas da Lei Maria da Penha, não é possível ser firmado em casos de violência doméstica, conforme art. 28-A, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal.

A necessidade de se combater e punir a violência contra a mulher tomou maior proporção mundial com o “Caso Maria da Penha”, uma biofarmacêutica brasileira agredida por muitos anos pelo seu marido, um professor colombiano que, por duas vezes, tentou matá-la. Como retratado na obra de Cunha e Pinto (2021, p. 25-30):

O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que recebeu a denúncia apresentada. Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos

Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001. Trata-se, sem dúvida, de documento indispensável a quem pretenda entender a situação da violência contra a mulher em nosso País e, dada à repercussão que ganhou, inclusive no meio internacional, serviu como poderoso incentivo para que se restabelessem as discussões sobre o tema, culminando, passados pouco mais de cinco anos de sua publicação, com o advento, finalmente, da Lei Maria da Penha.

Com a aprovação da Lei Maria da Penha, estabeleceu-se, de fato, uma tipificação da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher e se viabilizou uma rede de atendimento específico às mulheres em situação de violência com o intuito de proteger a vida da mulher e possibilitar que ela possa romper com o ciclo da violência.

Nessa vertente se finda a aplicação de penas brandas nos casos de violência contra a mulher e os julgamentos foram deslocados dos Juizados Especiais Criminais para os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou nas Varas criminais quando não dispuser de Juizados Especializados, órgão da justiça que, conforme a Lei em seu art. 14, deve ser criados com o apoio da União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados e podem atuar com uma equipe de atendimento multidisciplinar.

Ocorre que, mesmo após a criação da lei específica, os números de violência são alarmantes. Conforme o Fórum de Segurança Nacional, somente no primeiro semestre de 2020, foram mais de 147 mil ligações ao 190, registradas sobre os crimes dessa natureza. Ainda, foram mais de 238 mil casos caracterizados como ameaça de vítimas do sexo feminino e mais de 110 mil casos caracterizados como crime de lesão corporal dolosa. Os dados foram coletados do Anuário de Segurança Pública de 2020 (p. 32-36) e apresentam números alarmantes que demonstram a exacerbação atual da violência contra a mulher no Brasil.

Destaca-se que, em razão das subnotificações, mascarada pela vergonha e medo ou, até mesmo, pela falta de informações adequadas por parte das mulheres agredidas, os números oficiais não refletem a realidade dos casos no país. Isso só demonstra que a forma adotada para eliminar a violência contra a mulher não está funcionando.

No entanto, a Lei Maria da Penha foi um grande avanço no país no tocante ao reconhecimento da necessidade de maior tutela, por parte do Estado, com relação a esse tipo de crime, tendo importante papel de visibilidade em cima desse grande problema social.

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA/RETRIBUTIVA E OS DESAFIOS DA JUSTIÇA PENAL TRADICIONAL

Como abordado, a Lei nº 11.340/2006 foi um grande avanço no país, no entanto o elevado índice de delitos envolvendo a violência doméstica e familiar demonstra que a lei não materializou a mensagem que trouxe e que somente a aplicação da justiça tradicional tem apenas contribuído para o agravamento e continuidade do mal, dando ênfase à culpabilidade e estigmatização do infrator.

A Lei Maria da Penha não promove justiça se for aplicada isoladamente, pois a justiça seria mais facilmente levada a efeito se conseguisse promover a reeducação do indivíduo agressor, fazendo com que este se comprometesse a conviver sem agredir, sem humilhar, sem subjugar ou realizar qualquer outra forma de violência anteriormente efetuada por este. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Mello, Rosenblatt e Medeiros (2018, p. 439):

Ao se fechar à possibilidade restaurativa, vedar a aplicação das medidas despenalizadoras e introduzir inúmeras outras alterações no sistema jurídico penal, a Lei nº 11.340/2006 se valeu de estratégias nitidamente retributivas voltadas para um modelo de justiça que já vem sendo criticado há muito tempo por não alcançar os ideais de ressocialização e prevenção, por reproduzir as desigualdades sociais e, mais ainda, por não solucionar os problemas que se propõe a erradicar.

Pode-se entender, a partir do trecho acima, que punir é o objetivo principal da Lei Maria da Penha e que a reparação dos danos é esquecida.

Posto isto, a proposta de uma Justiça Restaurativa tem como foco a busca de instrumentos que consigam reduzir as consequências da violência doméstica, tanto para a vítima, quanto para o acusado, visto que existe um alto índice deste tipo de acontecimento no Brasil.

O conceito e a filosofia da Justiça Restaurativa surgiram durante as décadas de 1970 e 1980, apresentando um vigoroso contexto histórico de surgimento em lugares como Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos e África do Sul, alicerçado em antigas tradições espirituais (cristianismo, budismo, hinduísmo, judaísmo), antigas experiências indígenas e de práticas compensatórias e retributivas, baseadas em valores; entretanto, condicionado por iniciativas, práticas e movimentos sociais contemporâneos.

Com base na leitura do livro “Trocando as lentes”, de Howard Zehr, um dos pioneiros no movimento e na sistematização teórica da Justiça Restaurativa, esta é tratada como uma “mudança de lentes” desde a justiça retributiva. Essa mudança, que permite um novo olhar sobre o crime e a justiça, a formulação de novas perguntas, respostas e (re)ações a condutas, devolve o protagonismo aos envolvidos – vítimas, ofensores e comunidades – e tem a potencialidade de alicerçar uma transformação do paradigma punitivo vigente em nossa sociedade.

Embora haja um entendimento geral sobre os contornos básicos da Justiça Restaurativa, os profissionais do ramo não conseguiram chegar a um consenso quanto a seu significado específico. Zehr explica que, mesmo reconhecendo a necessidade de princípios e critérios de qualidade, preocupa a arrogância e a finalidade de estabelecer uma conceituação rígida. E nesse contexto oferece uma sugestão de definição para fins operacionais:

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim

de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.
(ZEHR, 2008, p. 53-54).

Percebe-se que a Justiça Restaurativa promove um tratamento diferenciado de todos os envolvidos no litígio, o que contribui para o sucesso desse sistema alternativo de resolução de conflitos, já que o sistema criminal de justiça tradicional deixa na mão do estado toda responsabilidade de replicar o que já não funciona há anos no Brasil, o sistema prisional, trazendo uma sensação de impunidade e frustração.

Para melhor compreensão das diferenças existentes entre Justiça Restaurativa e Retributiva, nesta prevalece a utilização de procedimentos formais do direito penal dogmático com o foco direcionado ao infrator. Nesse modelo clássico é atribuído às instituições responsáveis prerrogativas de regulamentar como será realizada a pacificação dos conflitos. Para tanto, a Justiça Retributiva se utiliza do monopólio estatal, controle social e exercício do *jus puniendi*, tudo isso com o objetivo de censurar os que transgrediram as normas impostas.

Nesse modelo de justiça, é de entendimento que aquele que comete um ato criminoso, seja ele contra a sociedade, contra o Estado ou contra um indivíduo, deve, por meio de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa, responder por seu ato. Dessa forma, existe uma forte pressão em ser atribuída a permanência do indivíduo no papel de “ofensor” ou de “criminoso”. Então o sujeito ao ser estigmatizado, ao invés de se recuperar, ganha um selo confirmatório de sua identidade enquanto desviante, e muito provavelmente passará a ser criador ou reproduzidor de atos de violência e criminalidade.

Zehr (2008, p. 9) traz que, nesse sistema de justiça, considera-se que “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre o ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas”.

Na Justiça Restaurativa, por sua vez, não existe uma forma solene no enfrentamento de situações de conflito, não há uma “forma correta” de implementá-la, o que torna muito mais fácil obter a voluntariedade das partes, assim como propiciar um diálogo onde o respeito mútuo impere.

Diante dessa perspectiva é revelado um procedimento alternativo, na Justiça Restaurativa, que, por meio da ética de inclusão e responsabilidade social do acusado, pode ser capaz de levar a uma resolução de conflitos através de procedimentos mais eficazes, abrangentes e certamente muito mais pacíficos. Passa a existir uma preocupação não apenas de retribuir o mal e prevenir futura reincidência delitiva, assim como ocorre na justiça penal tradicional, muito pelo contrário, existe então uma real preocupação de restauração dos danos, seja a vítima ou ao próprio autor, através de uma pacificação social.

Tomando Porto e Simões (2013, p. 5), a diferença existente na Justiça Restaurativa de uma maneira geral com relação aos outros métodos para resolução de conflitos está na sua forma de enfrentamento, que é fundamentada em valores e princípios, dentre os quais podem ser citados: honestidade, respeito, responsabilidade, esperança, humildade, empoderamento, interconexão e autonomia de participação. Tudo isso aliado à tentativa de buscar um pertencimento através da responsabilização

pelos danos causados pelo agressor à sua vítima. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa tem bases firmadas numa ética de inclusão e de responsabilidade social, de forma a promover o conceito de responsabilidade ativa.

Diante do exposto, é possível compreender que, ao passo que a justiça retributiva está concentrada nos ofensores e na aplicação do castigo, garantindo que eles recebam o que merecem, na restaurativa a vítima ocupa lugar de destaque e busca como seu resultado a reparação do dano causado pelo infrator, sua responsabilização e reintegração da vítima e do acusado.

Em termos de instrumento de promoção da Justiça de Restaurativa no Brasil, teve-se especial impulso a partir da promulgação da Resolução nº 125/2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário, e especialmente da Resolução nº 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Judiciário, sendo ambas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A aplicação de práticas restaurativas no Brasil iniciou-se com três projetos pilotos apoiados pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, nas cidades de Brasília/DF, no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes; em Porto Alegre/RS, com o Projeto “Justiça para o Século 21”, coordenado pela 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude, e em São Caetano do Sul/SP, com o Projeto “Justiça, Educação, Comunidade: Parcerias para a cidadania”.

Com relação aos princípios, o ponto de partida é dado pela Resolução n. 2002/12, da ONU, a qual instituiu “princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”, sendo eles: imparcialidade do facilitador, confidencialidade, voluntariedade das partes, presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, mesmo existindo vários projetos pilotos e resoluções tratando da temática, ainda existe uma grande resistência na aplicação dos métodos de Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica, pois falar sobre formas autocompositivas em tais situações pode causar certo desconforto, por se pensar, em um primeiro momento, que se objetiva tão somente a reconciliação do casal e, conseqüentemente, a impunidade pelos crimes praticados.

Portanto, torna-se imprescindível uma análise da aplicabilidade da Justiça Restaurativa com seus mecanismos de enfrentamento nos casos de violência que acontecem com as mulheres no seu ambiente doméstico e familiar, a qual, conforme verificado anteriormente, adotou a pena em seu caráter retributivo.

6 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Como já tratado, a violência contra a mulher ainda é uma realidade no país, necessitando, portanto, de um fortalecimento de outros instrumentos legais, como a aplicação da Justiça Restaurativa.

Embora o Brasil se diga adepto da ideia ressocializadora da pena, essa realidade encontra-se bem distante da prática. Nesse sentido, é possível entender que existe um

sistema que se preocupa mais com o interesse público do que propriamente com a real necessidade da vítima, ou do próprio infrator, muitas vezes, deixando as decisões sobre o monopólio da justiça criminal, sem direito a uma participação ativa dos envolvidos.

Zehr (2008, p. 191-192) descreve:

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita a justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.

Diante do exposto, pode ser verificado que nem sempre a jurisdição estatal é eficiente para solucionar os conflitos domésticos. Isso porque o contexto que se estabelece no âmbito familiar é diferenciado dos demais, pois sempre existem vínculos fortes entre vítima e agressor, trata-se de uma relação continuada, tornando sua resolução muito mais complexa e delicada daquela que geralmente acontece no sistema judiciário típico, isto é, sem vínculo afetivo.

Em virtude do vínculo afetivo partilhado, essas situações acabam trazendo maiores consequências à própria vítima, que pode ter a sua renda diminuída em virtude da prisão do agressor, e, tão logo se encontra desamparada pelo Poder Público, começa a se sentir culpada pelo deslinde processual.

Assim, o sistema retributivo acarreta danos não só para o agressor, uma vez que não faz menção de como reeducá-los, como também gera consequências negativas para a própria vítima, já que, a partir desse sistema de justiça tradicional, tem-se a proteção imediata da mulher agredida, mas não a causa da agressão. Nesse sentido, Rosenblatt e Mello (2015, p. 101) apontam que a vítima, em virtude do modelo tradicional de justiça criminal que insiste em prevalecer no país, acaba sendo revitimizada.

O fenômeno da vitimologia perpassa por três estágios: a vitimização primária, que é aquela provocada pelo cometimento do crime; a vitimização secundária, que é aquela causada pelo aparelho estatal; a vitimização terciária, que ocorre no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu ambiente social.

No entanto, chama a atenção para a revitimização, também chamada de vitimização secundária ou violência institucional, ocorre quando a vítima busca a tutela do Estado para a solução do problema que vivencia e, tanto na fase de inquérito policial quanto na fase judicial, pode se deparar com situações constrangedoras ou invasivas, tendo que relatar o acontecido várias vezes; ser exposta a perguntas ofensivas ou vexatórias; ser tratada sem receber apoio adequado, entre outros, o que acarreta mais sofrimento e dor por reviver ou reavivar os episódios de agressão em sua memória.

Logo, aqueles que deveriam prestar a ela toda assistência passam a julgá-la e procurar motivos para a violência sofrida, como se a vítima tivesse dado causa a tal violência. Há uma inversão de papéis.

Desse modo, em contraponto aos obstáculos encontrados no sistema retributivo é que, nos tempos atuais, a Justiça Restaurativa tem se mostrado, positivamente, como modelo auxiliar no processo de superação da vitimização da mulher, visto que é uma ferramenta efetiva de emancipação feminina, que busca, por meio do diálogo, empoderar a mulher na resolução do conflito, fazendo com que sua voz seja ouvida e sua vontade considerada e, ainda, contribuindo com uma possível tomada de consciência e a responsabilização da conduta do agressor.

O contexto social patriarcal torna-se fator para a prática da violência contra a mulher, e a justiça restaurativa, objetivando o empoderamento feminino, rompe esse sentimento de subjugação e secundariedade, à medida que ouve e valida a vítima, engrandece e fortalece seu papel de mulher.

Nesse aspecto, é o estudo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* em 2017, pelos juristas Ilton Garcia da Costa, Renan Cauê Miranda Pugliesi e Rogério Cangussu Dantas Cachich (2017, p. 6), conforme trecho a seguir:

O modelo restaurativo apresenta claros benefícios à vítima, visto que lhe confere papel importante na formulação da repressão do Estado ao crime, bem como se preocupa em garantir a efetiva reparação do dano e a minimização das consequências do ocorrido, o que evita a vitimização secundária, ou seja, a pessoa tornando-se vítima pela segunda vez, quando o sistema a abandona. Assim, volta-se ao amparo da vítima e ao atendimento de suas necessidades, atribuindo-lhe papel ativo nas negociações acerca do conflito. A diferença é substancial, pois há grande preocupação com as necessidades das vítimas dos delitos, necessidades essas que não vêm sendo observadas pelo modelo atual de justiça criminal. Não é incomum que as vítimas se sintam ignoradas, negligenciadas ou até mesmo “agredidas” pelo processo penal.

Isto posto, reforça-se que a vítima tem necessidades. E essas necessidades não são supridas pelo processo judicial tradicional, que a afasta dos atos processuais e da construção da resposta. Por essa razão, a Justiça Restaurativa se demonstra como uma ferramenta eficaz, pois concede uma estratégia eficiente de empoderamento da mulher e de responsabilização do agressor pelos danos causados.

Para a aplicação dessa Justiça Restaurativa no âmbito da Lei Maria da Penha, é necessário, todavia, observar certas práticas, como assim aponta o CNJ (2018, p. 272):

1) a participação da vítima e do infrator seja voluntária; 2) o mediador seja devidamente treinado (em práticas restaurativas) e experiente no trabalho com vítimas e, mais especificamente, vítimas de violência doméstica; 3) as partes sejam devidamente preparadas antes de qualquer encontro restaurativo, através da realização, por exemplo, de “pré-círculos”; e 4) o agressor reconheça a sua responsabilidade por pelo menos parte dos fatos alegados.

Além dessas práticas, é importante destacar alguns desafios que devem ser enfrentados para aplicação da Justiça Restaurativa: a desconstrução diária do machismo

estrutural e da comunicação violenta, a implantação das práticas restaurativas por meio de uma construção coletiva (comunidade), atenção diária para não gerar espaços de violência institucional e sensibilizar a rede e a comunidade quanto às peculiaridades do ciclo de violência contra a mulher.

Existem vários métodos para aplicação das práticas restaurativas como círculos de construção da paz, conferências familiares – circular narrativa –, mediação transformativa, mediação vítima-ofensor, entre outros.

Nesse sentido, tem-se como exemplo a adoção da Justiça Restaurativa ocorrida na cidade de Caxias do Sul/RS, no ano de 2010, com o projeto intitulado “Programa Justiça para o Século XXI”, no qual as vítimas foram devidamente escutadas e reconhecidas, além de receber respostas às suas dúvidas pessoais. Dessa forma, houve um aumento da sensação de segurança e, em alguns casos, receberam a restituição financeira.

Outro exemplo a ser apresentado é o trabalho realizado em Ponta Grossa, no Paraná, em que a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada desde 2015, por meio do projeto “Circulando Relacionamentos” e as “Oficinas de Revivificação”, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e, segundo a juíza Jurema Carolina Gomes, da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), são elevados os índices de satisfação entre os participantes.

A juíza Jurema Carolina Gomes explica que o projeto não tem o intuito de substituir a prestação jurisdicional da Justiça tradicional, nem semear a ideia de impunidade ao agressor, mas possibilitar um método, com base no diálogo, para o reconhecimento e a responsabilização dos atos praticados. “Mais do que ter violado uma lei, queremos que essa pessoa entenda que causou um dano a alguém e que esse dano precisa ser reparado, ainda que simbolicamente”, diz a magistrada (IBDFAM, 2017).

Verifica-se que o projeto tem como finalidade prestar adequado e efetivo atendimento às pessoas envolvidas nos crimes dessa natureza, a fim de lhes apresentar uma cultura de não violência, traçar compromissos voluntários de convívio pacífico e, conseqüentemente, prevenir a reincidência e a perpetuação da violência doméstica e familiar.

Por fim, um caso prático de Justiça Restaurativa em Minas Gerais, apresentado no Webinário da EJEJ/TJMG (2021), em que a vítima de violência doméstica relatou nos seguintes termos a sua experiência:

Eu precisava entender o que aconteceu, por quê aconteceu, para que eu possa me reconstruir; [...] Foi quando eu consegui ter um encontro com ele para que eu pudesse tirar as minhas dúvidas e aquele momento foi um divisor de águas na minha vida, no momento que me vi frente a frente com ele, com aquele homem com quem fui casada por aproximadamente 3 anos, eu pude fazer as perguntas que me angustiava, eu lembro nitidamente do pedido de perdão dele para mim; [...] Sai de alma lavada, a partir disso comecei a fazer terapia, saí da posição de vítima para de vencedora.

Nota-se que, a partir do diálogo, sustentáculo da Justiça Restaurativa, aqueles direta e indiretamente atingidos pela relação conflituosa alcançam a resolução da desavença, já que é construída de acordo com a vontade das partes, suprindo suas necessidades.

Importante ressaltar que não há dúvidas de que a violência doméstica deva ser punida. Contudo é importante entender que as questões vão além da punição do agressor, visando tanto à recuperação da vítima como demais ofendidos, quanto à educação do agressor. Dessa forma, fazendo-o compreender seu erro e as sequelas dele decorrentes, evitando-se, assim, a reincidência e reduzindo, conseqüentemente, os índices de violência doméstica. Para Oliveira e Santos (2017, p. 10):

A utilização de técnicas restaurativas não pode ser considerada como um mecanismo de minimização da conduta enquanto crime, mas um instrumento que privilegia a revitalização dos vínculos fragmentados atento às singularidades de cada situação específica.

Dessa forma, os autores citados defendem que a técnica restaurativa viabiliza que a mulher encare o problema de frente e que ela possa assumir a direção de sua vida como agente transformador, bem como conscientiza o homem dos seus atos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, apesar de os delitos praticados no âmbito familiar necessitarem de tutela da ciência jurídica, o enfoque maior deve ser em minimizar os danos sofridos pelas vítimas e a educação dos agressores que são os que mais necessitam de mudanças, pois são eles que reproduzem a violência.

Não obstante, forçoso reconhecer o esforço do legislador em criar programas de reeducação e reabilitação do agressor, como se nota pela leitura do art. 22, incisos VI e VII, da Lei Maria da Penha, incluídos pela Lei nº 13.984/20, que estabelece como condições nas medidas protetivas de urgência, a serem cumpridas pelo agressor, programas de recuperação e reeducação, bem como acompanhamento psicossocial, tendo como objetivo a conscientização e a reflexão a respeito das conseqüências da violência, bem como promover a mudança de comportamento de agressores por meio do diálogo e da conscientização, o que demonstra a nítida influência dos mecanismos da justiça restaurativa.

Diante do que foi exposto, entende-se que ambos os sistemas, jurídico retributivo e jurídico restaurativo podem coexistir, desde que cada um tenha suas particularidades criteriosamente analisadas. Nesse sentido, a aplicação da Justiça Restaurativa seria um mecanismo a mais, em busca de uma resolução que vai muito além de uma simples punição, compreendendo assim o motivo da agressão para ajudar a vítima a se restabelecer após o trauma e o infrator a se ressocializar, deixando de colocar a vítima em segundo plano e possibilitando a restauração de vínculos e humanização do processo penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso do desenvolvimento do presente trabalho demonstra que a mulher no Brasil continua ainda sendo vítima de violência doméstica em seu âmbito familiar, e

mesmo após a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha –, ela encontra-se indefesa frente a seu agressor, sendo este, inclusive, um problema que necessita ser atacado através de meios e instrumentos eficazes, tais como a Justiça Restaurativa.

Entendeu-se que esse modelo jurídico penal possui em seu bojo uma nova perspectiva dentro da justiça, em que o crime passa a ser visto não somente com o intuito punitivo – conceito normativo punitivista –, mas numa perspectiva de enfrentamento de possibilidades partindo de pressupostos que viabilizem uma integral resolução de conflitos partindo de uma análise individual de cada caso.

Com todo o exposto, constatou-se que deve ser levada em conta a possibilidade da utilização da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica, deixando de lado a visão puramente punitiva e buscando um atendimento humanizado, integral e qualificado para as mulheres vítimas de violência familiar. Se levada a efeito, a Justiça Restaurativa irá propiciar um resgate da convivência pacífica no ambiente afetado pelo delito. Essa melhora de convivência será um diferencial, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima têm, ou precisam ter, uma convivência permanente ou próxima, sendo que esse tipo de delito possui como característica marcante o fato de ser praticada principalmente por pessoas que mantêm ou mantiveram uma relação de intimidade.

Uma vez instaurada a ponto de poder ser aplicado em relação a crimes mais graves como a violência doméstica e familiar contra a mulher, acredita-se que será capaz de providenciar mudanças significativas na forma que o cidadão comum e até o próprio operador do direito percebe a justiça penal e suas finalidades, além de providenciar soluções mais adequadas, que atendam às necessidades das partes e as especificidades do caso concreto.

Por fim, não há dúvidas de que a violência doméstica e familiar deva ser punida, contudo apenas o sistema tradicional de justiça não está apto a corresponder às reais expectativas da vítima e da sociedade.

À vista disso, foi possível perceber com a temática que a Justiça Restaurativa pode ser utilizada nos conflitos nos quais está envolvida a violência doméstica, no entanto, tal possibilidade ainda esbarra no rígido ordenamento jurídico brasileiro, que, para cada conduta, prevê um único resultado partindo de um único meio de se dar o prosseguimento.

Destarte, não se cogita neste trabalho que seja realizada a substituição do modelo de justiça penal tradicional para o modelo restaurativo, mas sim demonstrar a possibilidade de os dois sistemas coexistirem, de modo que o sistema penal convencional seja a *ultima ratio*, concedendo à mulher a dignidade de ser ouvida não subtraindo dela o direito de se expressar e participar ativamente junto ao agressor para minimização dos danos a si causados, se essa for sua vontade, possibilitando a restauração de vínculos e humanização do processo penal.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Agência de Notícias CNJ**. Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/>

474821479/justica-restaurativa-e-aplicada-em-casos-de-violencia-domestica. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça restaurativa:** horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. 388 p. ISBN 978-85- 5834-010- 6.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 128 de 17/03/2011.** Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atosnormativos?documento=151>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225 de 31/05/2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo - Pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do poder judiciário. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Resolução 2002/12 da ONU, de 24 de julho de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Justiça para o Século 21, p. 6, 2002. Disponível em: <http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.U3UV2IFdXxA>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES EM nº 016 - SPM/PR. Nilcéa Freire Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Unindo esforços contra a violência doméstica e familiar**. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/curso-unindo-esforcos-contr-a-violencia-domestica-e-familiar-modalidade-a-distancia-1a-turma/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAVENAGHI, Suzana; MACHADO, Daniele Santos; BLAVATSKY, Ismênia. **A Violência contra as mulheres no Rio de Janeiro**: uma análise sobre os padrões de violência a partir dos dados do disque-denúncia. 2008. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST35/Cavenaghi-Machado-Blavatsky_35.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

COSTA, Ilton Garcia da; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICH, Rogério Cangussu Dantas. Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 137, p. 153-196, nov. 2017, DTR\2017\6618.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo - 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

EJEF/TJMG. Webinar – Aplicações da Justiça Restaurativa – casos práticos e experiências em Minas Gerais. **YouTube**, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VndHv-5HcWk&t=11292s>. Acesso em: 02 out. 2021.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. p. 32-36. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

IBDFAM - **Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica**. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14517/Justi%C3%A7a+Restaurativa+%C3%A9+aplicada+em+casos+de+viol%C3%AAnci+dom%C3%A9stic+a%22>. Acesso em: 10 out. 2021.

KRUG, E. G. *et al.* **World report on violence and health**. Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

LOPES, Arielle Barros. **Aplicabilidade da justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar**. 2019. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Faculdade CESMAC do Sertão, Palmeira dos Índios - AL, 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca; MEDEIROS, Carolina Salazar I' Armée Queiroga de. O que pensam as juízas e os juizes sobre a aplicação da Lei Maria da Penha: um princípio de diálogo com a magistratura de sete capitais brasileiras. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UNICEUB, 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Conceitos, teorias e tipologias de violência**: a violência faz mal à saúde. Impactos da violência na saúde, 2005. Disponível em: http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20modulo_2/205631_conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. *In*: KRAMER; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**: *malleus maleficarum*. 20. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2009. p. 5-17. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/feiticeira/introducao.html>. Acesso em: 26 abr. 2021.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes; SANTOS, Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos. Violência Doméstica e Familiar: a justiça restaurativa como ferramenta na construção da cidadania de gênero e emancipação feminina. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos)**. Florianópolis: 2017.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; SIMÕES, Ana Paula Arrieira. **Justiça Restaurativa e Criminologia**: um diálogo acerca da possibilidade de reintegração do ofensor remido à sociedade por meio de um conceito adequado de justiça. Universidade de Santa Cruz do Sul/RS, 2013.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher: potencialidades e riscos. *In*: OLIVEIRA, Luciano; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca (orgs.). **Para além do Código de Hamurábi**: estudos sociojurídicos. Recife: ALIDI, 2015.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (Brasil). Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2018. 300 p. (Justiça Pesquisa). **Relatório analítico propositivo**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/283>. Acesso em: 02 out. 2021.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. 3. ed. São Paulo: Palas Athena.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Tradução Tônia Van Acker. 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Direito ao esquecimento, impactos da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

Right to forgetfulness, impacts of the collision between freedom of expression and personality rights

ARTHUR HENRIQUE MOREIRA E SILVA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: arthurhmes@unipam.edu.br

MORISA MARTINS JAJAH

Professora orientadora (UNIPAM)
E-mail: morisa@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho apresenta o direito ao esquecimento como meio de efetivação da proteção conferida à dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com utilização do método dedutivo, que busca, através da incidência dos objetivos gerais e específicos, expor os impactos da colisão entre direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão, comunicação e informação, e o direito à honra, imagem, privacidade e intimidade. Nesse sentido, expõe a necessidade de análise do caso concreto para a aplicação do princípio da proporcionalidade, da ponderação e do sopesamento como mecanismos essenciais para a resolução dos conflitos oriundos da colisão entre tais direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Direitos da personalidade. Dignidade humana.

Abstract: The present work presents the right to be forgotten as a means of effecting the protection granted to the dignity of the human person. It is a bibliographical research, using the deductive method, which seeks, through the incidence of general and specific objectives, to expose the impacts of the collision between fundamental rights, namely, freedom of expression, communication and information, and the right to honor, image, privacy and intimacy. In this sense, it exposes the need to analyze the specific case for the application of the principle of proportionality, weighting and weighing as essential mechanisms for solving conflicts arising from the collision between such fundamental rights.

Keywords: Right to be forgotten. Freedom of expression. Personality rights. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O avanço dos meios de comunicação provocou mudanças em praticamente todo o mundo. A melhoria na distribuição de informações proporciona o pleno acesso às mais variadas notícias em tempo real, permitindo a transmissão de forma célere e eficiente de uma infinidade de conteúdo.

Em sentido contrário ao acelerado avanço científico e tecnológico experimentado pela sociedade na atualidade, percebeu-se a necessidade de ampliar a proteção jurídica conferida à vida privada das pessoas.

O direito ao esquecimento se configura como um dilema para várias searas jurídicas, estando inserido no contexto da sociedade da informação, a qual, com a evolução das tecnologias, acarreta muitas violações aos direitos essenciais.

Neste sentido, diante das situações fáticas que podem vir a surgir, ainda que possam corresponder ao interesse público, de forma contrária, podem reviver na memória do indivíduo fatos que causem desconforto, que não condizem com seu comportamento atual, que causam hostilidade por parte da sociedade e que violam profundamente vários direitos da personalidade.

Não se trata apenas de uma subsunção de direitos, mas a análise dos danos enfrentados pelos envolvidos, sendo que a limitação de alguns direitos apenas de modo estritamente necessário, é medida que se impõe para que os demais sejam assegurados. Dessa forma, este trabalho aborda os impactos da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

A pesquisa se restringe a averiguar as características e peculiaridades do direito ao esquecimento, verificando os impactos da colisão entre direitos fundamentais e analisando aspectos de aplicabilidade no ordenamento jurídico em razão das relações sociais.

Discorrer sobre a temática, sem dúvidas, não é a mais simples tarefa que se pode ter. A violação dessa temática gera prejuízos ao desenvolvimento de muitos outros direitos, mas, ao mesmo tempo, sua aplicação necessita de um grande exercício de interpretação, pois quase sempre há uma colisão com a liberdade de expressão.

Desse modo, tem-se como relevante a realização do presente estudo por se tratar de uma perspectiva amplamente atual, com grande relevância social e jurídica, cujo aprofundamento poderá contribuir para futuras soluções de conflitos na colisão entre direitos fundamentais.

O desenvolvimento do presente estudo servirá de base para a evolução do debate sobre a referida questão, tendo como aporte, por se tratar de uma pesquisa bibliográfica, a utilização do método dedutivo, através da análise de jurisprudências, bibliografias correlacionadas, sendo de cunho fundamentalmente conceitual, visando delinear o direito ao esquecimento, desde uma precípua tentativa de conceituação, perpassando pelos direitos envolvidos, até que se chegue à sua consequente aplicação.

Dessa forma, observa-se a relevância da perquirição acerca do problema central do presente estudo. Analisar os impactos da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, frente ao direito ao esquecimento e suas peculiaridades, preservando os direitos consagrados a cada indivíduo.

2 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão nem sempre foi garantida a todos, isso porque, em vários momentos da história, se conviveu com a falta de espaço para a livre manifestação, não sendo permitido emitir opiniões ou expor fatos verídicos de interesse

público, períodos conturbados que contavam com a censura praticada por aqueles que detinham o poder, impondo normas rigorosas e, por muitas vezes, totalitárias.

O histórico da liberdade de expressão no Brasil tem muitos percalços para se atingir o estágio atual de direito fundamental necessário à dignidade humana. Foi necessário passar por períodos em que o acesso à informação e aos meios de comunicação eram controlados e restritos ao monarca ou imperador.

A vontade popular de expressar seus sentimentos e ideais só pôde ser positivada de forma eficaz com o surgimento do modelo político da democracia, diante da intrínseca relação existente entre ambos.

Ainda que o presidencialismo tenha se iniciado ao final do século XIX, trazendo várias mudanças como a forma federativa de Estado e republicana de governo, em meados do século XX, o país se viu obrigado a regredir por dois períodos, vivenciando governos ditatoriais, suprimindo a liberdade de expressão e controlando a divulgação de informações.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão passou a figurar como um direito fundamental, dando o respaldo necessário para que tal direito fosse exercido e as milhões de bocas que haviam se calado pudessem voltar a externar suas opiniões e defender seus ideais.

Dessa forma, a liberdade de expressão, prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988, consiste na garantia de livre manifestação, na proteção jurídica de um espaço para que cada indivíduo tenha garantido o direito de se pronunciar ou de se manifestar de qualquer outra forma.

Devido a sua relevância, a liberdade de expressão está presente no rol de direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 19, que preceitua:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Junto ao instituto da liberdade de expressão, é necessário apresentar uma visão a respeito da liberdade de informação, a qual está intimamente ligada à difusão de notícias e dividida em três direitos, quais sejam: o direito de informar, o de ser informado e o de informar-se. O primeiro, por sua vez, garante a transmissão de fatos e notícias; o segundo está ligado à liberdade de receber informações verdadeiras sem qualquer impedimento; o terceiro, por fim, assegura a busca por informações necessárias para a pretensão de cada indivíduo.

Os direitos à liberdade de informação, de expressão e de imprensa são grandes conquistas da sociedade brasileira, no entanto, com a evolução das tecnologias, as informações passaram a circular de maneira mais célere e com maior capacidade de disseminação de conteúdo, permitindo a livre manifestação sobre os mais variados temas, fazendo surgir novas questões conflituosas que com maior frequência vêm fazendo parte das pautas do Judiciário brasileiro.

Neste sentido, a jurisprudência se manifesta apontando que “o direito à liberdade de expressão não é absoluto, não pode seu exercício ultrapassar a barreira

fixada por outras garantias constitucionais, sob pena de legitimar as irresponsabilidades de afirmação”, no julgamento da APL: 0802614-81.2018.8.12.0008, pelo Relator Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva do TJ-MS.

Em continuidade, a Ministra Maria Isabel Gallotti do Superior Tribunal de Justiça, manifestando-se no julgado do RESP 1675307/MG, afirma:

Em certas situações, de forma implícita ou explícita, a Constituição permite que o legislador, o Judiciário e o Executivo estabeleçam restrições ao exercício daquela liberdade, valorizando a prevalência dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Nesse viés, levantam-se diversas questões a serem discutidas no cerne da pesquisa, devido ao envolvimento de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, há que se pensar também na interferência nos direitos da personalidade.

3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Revolução Francesa é o marco jurídico dos direitos fundamentais junto com o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que acabaram por influenciar a criação de diversas constituições que tinham a efetivação da tutela dos direitos fundamentais com o intuito de garantir os direitos da personalidade, direitos estes que só tiveram a sua máxima proteção com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proporcionando uma maior segurança e efetividade dos direitos daqueles que, momentos antes, tiveram suas histórias marcadas pela violência do período entre guerras.

Os direitos da personalidade, direitos oponíveis *erga omnes* (devem ser respeitados por toda a coletividade), segundo Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 169):

Consideram-se direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. São direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

O *códex civil* não só garante a capacidade civil de toda pessoa, sendo ela detentora de direitos e deveres na esfera civil, mas também trata dos aspectos relacionados à personalidade civil, a qual se inicia com o nascimento com vida, porém, desde a concepção, garante todos os direitos do nascituro, sendo os direitos da personalidade intransmissíveis e irrenunciáveis.

Dessa forma, tendo desde o nascimento seus direitos garantidos, aquele que, mediante ação de terceiro, se vê prejudicado e impossibilitado de manter sua vida digna, tem o direito de requerer a reparação diante de tal violação. Ainda que muitas sejam as formas de se violar os direitos da personalidade, existem aqueles que possuem maior

relevância devido ao intenso movimento na busca de reparação para as violações, em se tratando da intimidade, honra e imagem.

O direito à intimidade está entre aqueles da dignidade da pessoa humana. Não está suscetível a arbitrariedades, pois é natural, nasce junto do homem. Está incluído na liberdade de ter uma própria intimidade, podendo ser acessado tão somente pela própria pessoa. Dessa forma, a intimidade abrange coisas como partes do corpo, pensamento, lembranças pessoais, bens e coisas que dizem respeito somente ao indivíduo.

Já a privacidade, possui uma esfera mais ampla, engloba a intimidade e não deve ser conhecida se o titular não o quiser. Diz respeito ao que é apenas do interesse do indivíduo, ou de sua família, e afasta a sua publicidade dessas condutas ou relações. A privacidade deve ser um campo em que a pessoa possa explorar sua personalidade sem a intervenção de terceiros, ou sem que estes possam dela conhecer sem consentimento do titular do direito.

Honra é toda característica pessoal considerada virtuosa, que tem o condão de dar ao indivíduo boa reputação social e viver dignamente. Para o sistema penal, é comum a doutrina distinguir a honra em “objetiva” e “subjetiva”, para facilitar o emprego do tipo penal adequado. A ofensa à honra objetiva pode acarretar nos crimes de difamação e calúnia, fazendo um juízo social negativo dos atributos e condutas da vítima. Já a injúria, caracterizada pela ofensa à honra subjetiva, se caracteriza também pelo juízo negativo dos atributos e condutas pessoais da pessoa.

Ressalta-se que a honra é bem indisponível, por sua natureza. É impossível ser objeto de alienação por estar inserida na personalidade humana.

A imagem da pessoa é disponível, mas o direito de dispor dela é intransmissível. “Imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se nesta o interesse primordial que apresenta o rosto” (GONÇALVES, 2018, p. 211), por isso seu direito de dispor é irrenunciável e intransmissível.

Os direitos da personalidade se destacam através da eficácia na proteção da dignidade da pessoa humana, dessa forma tal argumento é primordial para a declaração de tais direitos como direitos fundamentais, devidamente resguardados pela CF/88. Paulo da Mota Pinto (2006, p. 88) é sublime ao apontar que:

A garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.

O avanço tecnológico e a democratização e o acesso facilitado às redes sociais, força o sistema judiciário brasileiro a se atualizar constantemente para impedir novas formas de violações, tipificando crimes cometidos no ambiente virtual. A Lei 12.737 de 2012, denominada como lei “Carolina Dieckmann” promoveu alterações no Código

Penal Brasileiro, regulamentando a penalização daqueles que invadem ambientes virtuais de terceiros com o intuito de subtrair dados pessoais. Vale mencionar ainda a Lei 12.965, de 2014, denominada Marco Civil da Internet, que positivou proteções aos internautas e de seus dados registrados em sites da internet, assim como transações digitais, criando direitos e obrigações para os usuários.

Desse modo, considerando todo o avanço apresentado, se torna inviável a inércia jurídica, sendo permitido e, ao mesmo tempo, extremamente necessário, que o Judiciário adapte os instrumentos de proteção da dignidade da pessoa humana para que as relações retornem ao estado de equilíbrio, sempre usando da dicotomia: necessidade em reparar a violação do direito fundamental e a razoabilidade, para que não torne a sanção imposta penosa além do ideal, somente suficiente para a eficácia das medidas de proteção.

Ainda que o Legislativo possa se mover para regular novas formas de proteção, como o recente Marco Civil da Internet, essa possibilidade de adaptação pelo Poder Judiciário é essencial levar-se em conta que, cada vez mais, surgem novos meios de violação dos direitos da personalidade, levando-se a pensar, inevitavelmente, nos avanços tecnológicos e o acesso facilitado às redes sociais.

4 DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles essenciais aos seres humanos, porém não são direitos absolutos, ainda que tenham em alguns momentos a sua aplicação imediata. Existe a possibilidade de conflito entre tais normas, acarretando, assim, a prevalência de um em detrimento de outro, porém, sem não levar em consideração suas características, e o caso concreto, a fim de minimizar os impactos da colisão.

Presentes na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, por sua vez, possuem como principais características, entre outras, a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade e universalidade.

A historicidade refere-se ao modo de surgimento desses direitos, vez que não nasceram de uma única vez, sendo fruto de uma evolução, do desenvolvimento histórico e cultural. A inalienabilidade está ligada ao fato de que estes direitos são inalienáveis, ou seja, não possuem conteúdo econômico, não podendo seus detentores simplesmente cedê-los por livre e espontânea vontade.

A imprescritibilidade se dá pelo fato de a prescrição ser um instituto jurídico que atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, de forma que, mesmo não usufruindo de determinado direito fundamental, este, ainda que com o passar dos anos, não deixará de ser exigível.

A irrenunciabilidade está determinada pelo fato de o titular não poder dar qualquer destinação a eles, vez que possuem uma eficácia objetiva inerente não apenas ao sujeito ativo, mas a toda coletividade.

A limitabilidade, por sua vez, traduz a condição de mitigação ou relativização a depender das condições fáticas do caso concreto, ou seja, nenhum direito fundamental é considerado absoluto, podendo ser mitigado perante o conflito com outro direito

fundamental. Por último, a condição de universalidade, ou seja, são atribuídos a todos os seres humanos, sem qualquer tipo de restrição ou exclusão.

Nem sempre o Direito poderá ser aplicado de forma simples. E o mesmo acontece no que é relativo aos direitos e garantias fundamentais. Na maioria das vezes, não será possível identificar qual o direito violado diante do conflito entre direitos fundamentais pertencentes a cada indivíduo; dessa maneira, a colisão se refere aos casos em que mais de um direito fundamental será discutido.

Corroborando a temática apresentada, a teoria denominada limites dos limites aos direitos fundamentais implica mensurar o quanto se pode limitar o direito fundamental através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, respeitando, desde então, a preservação do núcleo essencial do direito, a proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Ainda que o direito à liberdade de expressão e de informação seja de suma importância, assim como os direitos da personalidade, este não é absoluto, por mais que as pessoas possuam o direito de manifestar seus pensamentos e receber os mais variados tipos de informações, também devem respeitar a privacidade, a honra e a imagem alheia, conforme entendimento de Marmelstein (2013, p. 115):

Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja os chamados direitos da personalidade.

Nesse sentido, em contrapartida à liberdade de expressão, estão os direitos da personalidade, direitos que não dispõem de caráter absoluto e que englobam o direito à dignidade, direito à imagem, direito à honra entre outros. Nas palavras de Bittar (2015, p. 29):

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Passada a análise prévia dos institutos, vale ressaltar os impactos resultantes entre a colisão de ambos, considerando que não se trata de direitos absolutos; em algum momento será necessário que um prevaleça sobre o outro, causando danos irreparáveis a uma das partes. De tal modo, deve ser levado em consideração o posicionamento de

Mendes (1994, p. 5), em sua publicação na *Revista dos Tribunais*, Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão, de comunicação e direito à honra e à imagem:

No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X. Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação.

Dessa forma, a colisão entre direitos fundamentais pode gerar danos irreparáveis principalmente na esfera dos direitos da personalidade, atingindo fortemente o âmago do indivíduo lesado, causando-lhe sofrimento, interferindo intensamente no comportamento do indivíduo, provocando um desequilíbrio em seu bem-estar.

Por essa razão, retoma-se o caráter limitador dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que alguns direitos podem ser relativizados, aplicando mecanismos como o princípio da proporcionalidade, a ponderação e o sopesamento de direitos na adequação ao caso concreto para auxiliar na tomada de decisão.

5 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Mesmo que não seja este um direito absoluto, não são raras as vezes em que o Poder Judiciário tende a prevalecê-lo em situações de conflito com outros direitos, adotando quase sempre o sopesamento favorável à liberdade de expressão, como no julgamento pelo STF do RE 1.010.606/RJ, ressaltando a responsabilização em caso de excessos, *in verbis*:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da

personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Nesse diapasão, em junho de 2015, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, tema também relacionado ao conflito existente entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, como intimidade, vida privada, honra e imagem, o STF julgou procedente, para dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, considerando que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular.

De qualquer modo, por tratar-se de um direito, como dito anteriormente, não absoluto, importa dizer que, embora seja de suma importância o seu resguardo, principalmente em se tratando de Estado democrático de direito, deve-se ressaltar a necessidade da mesma proteção a outros direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, não estabelecendo uma espécie de hierarquia prévia, mas sim considerando a proporcionalidade para situações de conflito entre ambos.

Nesse sentido, não se pode entender tal resguardo como uma forma de censura, expressamente prevista a sua vedação no art. 5º, IX, da CF/88, que garante a livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e reiterado pelo art. 220, §2º, CF/88, que impede o silenciamento com base unicamente em pressupostos de natureza política, ideológica e artística, o que não se confunde com a responsabilização aplicada aos que usam e abusam da liberdade de expressão para ferir outros direitos, como um mecanismo inibidor da ilicitude de seus atos. Pode ser constatado pelo posicionamento do STF a respeito da matéria na síntese de Sarmiento (2013, p. 252-258):

Muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no Texto Constitucional, cabendo tão somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Rec. Ext. n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, ainda que a Carta Magna brasileira seja expressa no tocante a vedação da censura, privilegiando em alguns aspectos a liberdade de expressão, esta mesma lei maior estabelece limites fundados em outros direitos constitucionalmente protegidos embarcados na tutela do direito penal, quais sejam os crimes contra a honra, como a injúria, a calúnia e a difamação.

Além das restrições objetos da tutela penal, também estão presentes óbices à liberdade de expressão na Constituição Federal em seu art. 5º através dos seguintes incisos: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Considerando todo o exposto, nota-se a primazia tanto da doutrina, quanto da jurisprudência da adoção da tese de preferência da liberdade de expressão, porém não tratando este como um direito absoluto e inalcançável por limites e restrições devidamente regulamentadas, com fundamento no resguardo dos direitos da personalidade e demais direitos constitucionais fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da ponderação do próprio direito.

6 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM MEIO AOS DIREITOS ENVOLVIDOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS

O direito ao esquecimento nasce da colisão entre direitos fundamentais, sendo que, de um lado, está a liberdade de expressão, de comunicação e de imprensa, e de outro lado, os direitos da personalidade que visam à proteção e à efetivação da dignidade da pessoa humana, através do amparo à honra, à imagem e à intimidade.

Impulsionado pelo decurso temporal, o qual se incumbia de apagar da memória da sociedade e conseqüentemente dar por esquecido vários pontos que não eram de interesse público e que tinham apenas o condão de informação, com o advento do avanço tecnológico, as relações sociais foram se modificando, de forma que apenas o decurso temporal não tem mais a capacidade de inibir a circulação de fatos desabonadores de pessoas, trazendo alterações na forma de comunicação e na memória coletiva, eternizando fatos que geram prejuízos a honra, imagem e intimidade.

A possível primeira decisão a declarar o direito ao esquecimento foi proferida em 1931, dando procedência em uma ação de reparação de danos, e proibição de veiculação de um filme que retratava o passado mais promíscuo da vida de uma prostituta, sendo que a mesma havia abandonado totalmente essa vida e constituído família, desrespeitando sua privacidade e causando grande constrangimento familiar.

Outros episódios de aplicação do direito ao esquecimento foram de grande importância para a consolidação da temática na sociedade moderna, como os casos de *Lebach* e *Lebach II*, ocorridos na Alemanha, situação em que foi possível apreciar duas divergentes decisões, sobre o mesmo fato, provando que a definição sistêmica, gerando um posicionamento sólido da jurisprudência e doutrina perante o direito ao esquecimento, pode se tornar um grande equívoco, devido à complexidade dos fatos, potencializado pela importância de cada direito naquele espaço temporal.

Nesse viés, com precedentes ainda do século XX, o direito ao esquecimento tratado inicialmente na área penal, como um direito do apenado de ter no momento de seu egresso do sistema prisional, os seus registros mantidos em sigilo para que possa retomar o convívio em sociedade e assim ser reconhecido como cidadão.

No âmbito civil, conseguiu espaço nas bancadas jurídicas do país através da VI Jornada de Direito Civil, por meio do enunciado 531, que determina o direito ao esquecimento como um dos meios da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, com a seguinte justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Dessa maneira, o direito ao esquecimento não se aplicaria de forma a garantir que fatos verídicos e lícitamente conquistados fossem apagados da história, mas apenas dando ao indivíduo o direito de se desvincular de tais acontecimento, protegendo-o de informações e/ou publicações que afrontem seus direitos da personalidade.

Ocorre que, em 11 de fevereiro de 2021, no julgamento do RE 1.010.606/RJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme deliberação já mencionada, por decisão majoritária, determinou-se a incompatibilidade com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação.

Considerando assim que tenha tal decisão, repercussão geral, desde então, fica determinado a regra geral como sendo a prevalência da liberdade de expressão desde que os fatos sejam obtidos e divulgados lícitamente. Contudo, o julgamento apresenta uma ressalva: a possibilidade da análise do caso concreto a fim de evitar excessos ou abusos, assim, a violação dos direitos da personalidade, através de ofensas à honra, à imagem e à intimidade de alguém, motiva aquele que se sentir lesado a pleitear dano moral e/ou material, gerando, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Dessa forma, ainda que a regra geral seja a liberdade de expressão e seus desdobramentos, é imprescindível analisar a relevância pública e social da informação, para não confundir interesse público com mera curiosidade.

7 CONCLUSÃO

O Direito ao esquecimento se mostra como mecanismo garantidor da proteção dos direitos da personalidade, diante do enorme avanço tecnológico no mundo, com um grande poder de difundir informações em pouco espaço de tempo.

Não restam dúvidas de que tanto a liberdade de expressão e seus desdobramentos quanto os direitos da personalidade merecem igual guarida no Ordenamento Jurídico Pátrio, devido à condição de direito fundamental de ambos.

Por se tratar de direitos não absolutos e que possuem a mesma condição hierárquica, inevitavelmente, a própria sociedade se incumbirá de gerar conflitos resultantes da colisão dos mesmos, causando impactos em todas as searas do indivíduo.

Foi evidenciado que, com a possibilidade de conflito entre tais normas, é medida necessária a prevalência de um em detrimento do outro, porém deve-se levar em consideração suas características e o caso concreto, a fim de minimizar os impactos na sociedade.

Dessa forma, a colisão entre direitos fundamentais pode gerar danos irreparáveis principalmente na esfera dos direitos da personalidade, atingindo fortemente o âmago do indivíduo lesado, causando-lhe sofrimento, interferindo intensamente no comportamento do indivíduo, provocando um desequilíbrio em seu bem-estar.

Por essa razão, retoma-se o caráter limitador dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que alguns direitos podem ser relativizados, aplicando o princípio da ponderação, fato que não se confunde com a censura, preocupando, assim, tanto com a proteção da dignidade da pessoa humana, direito basilar para o homem, quanto com a garantia da liberdade de expressão e informação, dado a sua importância para a democracia.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.010.606/RJ**. Tema: 786. Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Rio de Janeiro, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.815**. Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA. Distrito Federal, 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 5. ed. rev. ampl. Patos de Minas, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. Jus Podivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994; ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 11, p. 25-28, nov. 1994. *In*: Direito constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, v. 1, p. 673-680. Disponível em: <http://www.senado.leg.br>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2009.

PINTO, Paulo da Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV, CF. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

STJ – **RESP: 1675307 MG 2017/0127452-0**. Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 04/10/2017.

TJ-MS – **APL: 08026148120188120008 MS 0802614-81.2018.8.12.0008**, Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Data de Julgamento: 20/03/2019, 4ª Câmara Cível, Data de publicação: 22 mar. 2019.

UN, General Assembly. **Universal Declaration of Human Rights**. United Nations, Paris, 1948, art. 19. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 21 set. 2021.

VI JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Enunciado 531**: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Coordenador Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), 2013.

Direitos Sociais e a sua (in)efetividade diante da recessão econômica brasileira agravada pela pandemia da Covid-19

Social Rights and their (in)effectiveness faced with the Brazilian economic recession aggravated by the covid-19 pandemic

FILIPE MARQUES ARAÚJO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: filipearaujo@unipam.edu.br

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gabrielgcv@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo tem por intento a analisar os direitos sociais e entender o contexto em que eles se encontram, averiguando os limites da sua efetividade perante a crise econômica brasileira subjacente e agravada pelos efeitos da pandemia da covid-19. Para tanto, foi objeto de pesquisa o instituto do mínimo existencial e da reserva do possível, configurados como limitadores da atuação estatal. Além disso, foi examinado o debate acerca do fator-custo, bem como a importância de harmonização entre os poderes que constituem o Governo Federal Brasileiro. Registrou-se que todos os direitos possuem um aspecto positivo, ou seja, demandam custos ao tesouro público, sendo necessário questionar a previsão orçamentária por parte do Poder Legislativo, a atuação corretiva do Poder Judiciário e o poder de iniciativa do Poder Executivo. A pesquisa realizada é pelo procedimento metodológico dedutivo, do tipo qualitativa e como ferramenta utilizou-se de pesquisas documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Fator-custo. Justiciabilidade. Reserva do possível fática.

Abstract: This study aims to analyze social rights and understand the context in which they find themselves, investigating the limits of their effectiveness in the face of the underlying Brazilian economic crisis and aggravated by the effects of the covid-19 pandemic. For that, the institute of the existential minimum and the reserve of the possible, configured as limitations of the State action, was the object of research. Furthermore, the debate about the cost factor was examined, as well as the importance of harmonizing the powers that make up the Brazilian Federal Government. It was noted that all rights have a positive aspect, that is, they demand costs from the public treasury, making it necessary to question the budget forecast by the Legislative Branch, the corrective action of the Judiciary Branch and the power of initiative of the Executive Branch. The research carried out is by the deductive methodological procedure, of the qualitative type, and documental and bibliographic research was used as a tool.

Keywords: Existential Minimum. Cost factor. Justiciability. Reservation of the possible factual.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos assuntos mais discutidos no ambiente jurídico e acadêmico diz respeito à efetividade dos direitos sociais enquanto direitos constitucionalmente positivados. A sua definição possui várias concepções, utilizando-se como ideia central a promoção de necessidades básicas à sociedade, a fim de fomentar um sustentáculo em busca do princípio da isonomia. Não obstante, verifica-se um descompasso em relação à prestação desses direitos, o que torna claro um cenário de incerteza, já que, muitas vezes, a concretização depende de fatores como previsão orçamentária, planejamento de políticas públicas, entre outros.

Nesse seguimento, a doutrina dialoga acerca da análise de desprestígio aos direitos sociais, em que pese a crescente onda de retrocessos sociais que abarca o corpo social brasileiro. O país, atualmente, encara uma grave recessão econômica que tem pressionado o governo, principalmente o Judiciário, a tomar “decisões trágicas”, determinando a primazia por alguns direitos sociais. Contudo, a realidade é o déficit orçamentário e o desmonte de vários programas deliberados por políticas públicas respeitadas. Diante dessa lógica, é mais que necessário estudar e reconhecer os limites referentes às restrições aplicadas aos direitos fundamentais.

Além de toda essa discussão, é realidade no mundo a crise sanitária da Covid-19, a qual alterou toda a logística de estimativa financeira, afetando de forma perceptível o êxito dos direitos sociais. Acontece que essa circunstância agravou a crise econômica brasileira, levantando o questionamento sobre os impactos a longo prazo diante da efetividade dos referidos direitos. Assim, não há lugar mais para a defesa da teoria da proibição do retrocesso social, sendo necessário entender conceitos como o “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “núcleo essencial”, além de correlacionar uma ordem de precedentes no tocante a pretensões imediatas.

É primordial entender o tratamento aos direitos sociais em momentos de crise econômica para que o operador do Direito, como também o legislador constituinte reformador, entenda as consequências sociais e organizacionais de seus atos normativos. Aliás, frisa-se que os limites à exigibilidade imediata se fazem necessários para fins de controle e aplicação fática, em contrapeso ao argumento de que qualquer restrição a direito fundamental é considerada inconstitucional. A pandemia da Covid-19 revelou a carência brasileira de promoção de cuidado com os direitos fundamentais, havendo uma ausência de planejamento e uma incessante ameaça a restrições cada vez mais impactantes. Toda a análise deste trabalho será à luz das especificidades brasileiras.

Diante da situação, a presente investigação tem por escopo o estudo detalhado da fundamentalidade dos direitos sociais e a abordagem de sua efetividade frente à recessão econômica brasileira agravada pela pandemia da Covid-19. Assim, será verificada a possibilidade de intervenções nesta esfera, associado à postura do poder de governança.

A pesquisa transitará pelo estudo da definição e natureza jurídica dos direitos sociais, a importância do “fator-custo” inerente ao debate do tema, os limites em relação à exigência prevista constitucionalmente, a compreensão da infraestrutura estatal brasileira e a forma de relacionamento com os direitos fundamentais, bem como sob

ótica financeira. Será feita a análise de princípios inerentes que atingem o conteúdo deste trabalho.

O presente tema se faz necessário à medida que a correta compreensão do intrínseco vínculo entre as consequências da recessão econômica e o cerceamento dos direitos sociais proporcionará conclusões que melhor elucidam a realidade e que sejam importantes para a discussão em geral, visando contribuir uma conscientização sobre os impactos na efetividade dos direitos fundamentais. Congruente a isso, também se registra o alerta sobre a necessidade de uma gestão que coaduna com uma participação ativa no combate da pandemia e, nesse seguimento, que contribua para o crescimento do país.

Para desenvolvimento da problemática, serão feitas averiguações em doutrinas, jurisprudência e legislação vigente, examinadas através do método dedutivo.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Em um primeiro momento, é de suma importância delinear as considerações no cerne da doutrina acerca da conceituação de direitos sociais, abrangendo o estudo da sua natureza jurídica. Considerado um dos institutos de maior relevância para ambiente jurídico contemporâneo, a sua positivação reflete a necessidade de se observar a busca pelo bem-estar social, bem como tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. No entanto, sabe-se que antes deste evento, houve toda uma construção fundada nos direitos do homem, com base no processo de passagem dos direitos de liberdade negativa² para os direitos sociais.

Nessa perspectiva, o autor Norberto Bobbio argumenta sobre a fundamentalidade dos direitos do homem e destaca que estes constituem uma classe variável, com base na história dos últimos anos demonstrada de forma concreta. Não obstante, é sabido que o elenco de direitos se modificou e vem sendo modificado constantemente, diante das diversas mudanças históricas, ou seja, do suprimento de carências ou o aumento de interesses, da troca de classes de poder, entre outras causas (BOBBIO, 2004, p. 13). É fato que essa característica desponta o desejo por sempre atender o surgimento de novas pretensões até então não observadas, o que determina uma inerente legitimação de direitos. Nesse mesmo seguimento, Bobbio acredita que existem três fatores que corroboram esse fenômeno:

- a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela;
- b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem;
- c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. (BOBBIO, 2004, p. 33).

² Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais; por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade que o outro. (BOBBIO, 2004, p. 34).

Com base nessa análise, é possível inferir que a cada evolução no campo dos direitos do homem, torna-se mais indispensável filtrar e fazer referência a um contexto social determinado. Isso porque com o passar do tempo, legitimaram-se os direitos políticos e sociais, que, por outra perspectiva, já necessitam de uma maior intervenção estatal, sendo um contrapeso à ideia de direitos de liberdade negativa. Importante frisar que essa validação decorreu de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, em razão de circunstâncias atípicas. Assim, os direitos sociais, foco deste artigo, passou por diversos processos que lapidaram o instituto hoje conhecido.

Diante da crescente multiplicação dos direitos sociais, foi colocada em discussão a ótica da atuação do Estado. Associado a isso, passou-se a levar em consideração que os nos “direitos sociais existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes” (BOBBIO, 2004, p. 34). Dessa maneira, foi concebido um acordo tácito sobre a importância de o Estado não ignorar essa dissimilitude, enquanto responsável pela proteção dos direitos do homem.

Nesse ínterim, Flávio Martins destaca o surgimento do Constitucionalismo Social, ressaltando que os direitos sociais já existiam e não dependeram desse pressuposto. Acontece que, após a Primeira Grande Guerra Mundial, ficou evidenciado um grave problema referente à estruturação, do qual acometiam as camadas mais pobres da sociedade. Com isso, o antigo liberalismo, baseado na concepção burguesa da ordem política, não resolveria a mazela exposta. Assim, conforme bem pontuado pelo Flávio Martins (2020a p. 22), “o Estado deveria abandonar sua postura passiva, eminentemente liberal, e assumir um papel positivo, ativo, a fim de que a igualdade jurídico-formal apreçada nos textos constitucionais fosse, de fato, concretizada”.

Começaram a surgir, conseqüentemente, a positivação dos supracitados direitos na organização constitucional, que tem por marcos históricos a Constituição do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919. No entanto, entende-se que já havia algumas constituições que previam direitos inerentemente sociais, há exemplo das Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, só que, de forma incipiente e, dessa forma, não havia o caráter de fundamentalidade a esses direitos (MARTINS, 2020a, p. 22-23).

Ao passo que esses direitos sociais se arraigaram na estrutura do ordenamento jurídico mundial, tornaram-se crescentes os diversos problemas concernentes à efetivação deles. Nesse contexto, por exemplo, foi criada uma dicotomia acerca dos direitos positivos e negativos, a fim de melhor elucidar a onerosidade demandada. Ingo Wolfgang Sarlet apresenta a diferenciação dessa categorização. Segundo ele,

enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo), têm por objetivo precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. (SARLET, 2012, p. 283).

No tocante à tese de que os direitos sociais, consequentemente positivos, demandam um caráter prestacional ao Estado, é importante ressaltar que essa obrigação reside na necessidade de ação, de implementação de políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos. Em contrapartida, alguns estudiosos criticam a dicotomia dada a essa classificação, pois é um desafio sem precedentes mapear esse território referente às liberdades individuais e relacionar com a grande dimensão dos direitos que os cidadãos comuns gozam no cotidiano.

Para os autores Holmes e Sunstein (2019, p. 28-29), em seu livro “O Custo dos Direitos”, essa simplificação decorre, em parte, do alerta moral ou da promessa moral que ela, segundo se crê, transmite. Em outras palavras, a política envolvida nessa categorização é tão influente, que acabou criando posicionamentos opostos entre conservadores e progressistas. O primeiro grupo se alinha em criticar o Estado de bem-estar e sua ação reguladora, argumentando que a promoção de direitos positivos torna as pessoas cada vez mais dependentes do governo, enquanto que o segundo grupo aplaude a introdução dos referidos direitos, apresentando uma descrição alternativa de aperfeiçoamento, evolução e crescimento moral.

Os direitos sociais compõem o núcleo de direitos de segunda geração, os quais possuem por característica própria a predominância de caráter prestacional por parte do Estado. Alguns doutrinadores os classificam como direitos positivos, justamente por essa ideia de maior onerosidade e demanda de planejamento orçamentário. Segundo o autor José Afonso da Silva, os direitos sociais são

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2010, p. 286-287).

Nessa mesma linha de raciocínio, contudo, é importante considerar que existem direitos sociais de abstenção, há exemplo do direito de greve (MASSON, 2019, p. 358). Não obstante, essa distinção não possui a mesma estima, enquanto se coloca em contrapartida os direitos individuais e políticos como direitos negativos, já que nesse cenário também há a demanda de custos privados e públicos. Flávio Martins (2020a, p. 31) ilustra usando o direito à vida, senão, veja-se: “no tocante ao direito à vida, o Estado tem o dever principal de não tirar a vida, mas tem o dever secundário de garantir a todos uma vida digna (dever de fazer)”. Ainda, o autor adverte:

Malgrado a distinção entre direitos negativos e positivos não goze do mesmo prestígio de outrora, ainda temos que reconhecer que, na maioria das vezes, os direitos possuem um caráter majoritariamente de defesa ou de prestação e que a justiciabilidade dos primeiros é maior que a dos segundos. Não que os segundos não sejam direitos fundamentais. Importantes fatores impactam diretamente na eficácia e na justiciabilidade das normas. (MARTINS, 2020a, p. 151-152).

Igualmente não se pode desconsiderar que todos os direitos (e não só os sociais) demandam uma onerosidade e determinam custos ao poder público (MASSON, 2019, p. 358). Nesse contexto, deixando de lado essa discussão acerca do óbice de preparo de orçamento, os direitos sociais, segundo Nathália Masson (2019, p. 359), “foram sendo arquitetados, com o claro e inequívoco intuito de incrementar a qualidade de vida dos indivíduos, especialmente os hipossuficientes, assegurando-lhes o instrumental necessário para desfrutar das benesses que outrora já estavam constitucionalmente asseguradas”.

Sabe-se que as principais discussões são voltadas para a questão da sua efetividade, enquanto direitos fundamentais. Nesse contexto, faz-se importante analisar a sua natureza jurídica, em que pese a necessidade de delimitação do estudo. No cerne da doutrina, há debate acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, discutindo o caráter formal e material dessas normas.

Nota-se que a polêmica em relação à sua materialidade consubstancia a ideia de ausência de força normativa. Nesse seguimento, os argumentos que sustentam a tese de que os direitos sociais não são direitos fundamentais indicam que as normas seriam programáticas, ou seja, aquelas que fixam um programa de atuação do Estado, não sendo necessário à sua exigibilidade imediata. (MARTINS, 2020a, p. 133). Contudo, atualmente, o conceito de normas programáticas foi alterado, em razão do princípio da força normativa da Constituição. Nesse viés, segundo Flávio Martins (2020a, p. 134), “várias são as decisões do Supremo Tribunal Federal extraíndo das normas programáticas um mínimo de eficácia concreta, sob pena de violar o princípio”. Assim, nesse cenário, entende-se que os direitos sociais fomentam a ação do Estado e cria uma ideia de sociabilidade.

Ainda dentro dos argumentos que negam os direitos sociais como fundamentais, parcela da doutrina coloca as normas definidoras de direitos sociais apenas como normas de organização, destituídas de sua carga dogmática. Com isso, em tese, essas normas seriam somente instrumentos para regulamentar a organização dos poderes do Estado. O principal problema nessa ótica é a falta de concretização dessas imposições, o que pressupõe a ineficácia das normas. No mesmo sentido, não há sanções jurídicas decorrentes dessa ausência de regulamentação, somente efeitos políticos. (MARTINS, 2020a, p. 135).

Em última análise, alguns doutrinadores entendem os direitos sociais como garantias institucionais, o que gera deveres de atuação para o poder público. Com base nisso, é criada uma imposição dirigida ao legislador, deixando clara a obrigação de respeitar a essência da instituição e protegê-la em relação aos dados sociais, econômicos e políticos. Contudo, ainda não se trata do reconhecimento de direitos subjetivos (MARTINS, 2020a, p. 136). Assim, são aspectos consideráveis, mas que não obsta a ineficácia das normas definidoras de direitos sociais.

Após o entendimento acerca das doutrinas apresentadas, fica claro que a defesa de tais argumentos cria um cenário de insegurança à força normativa da Constituição. Isso porque as normas definidoras de direitos sociais carecem de elaboração de programas a serem cumpridos pelo Poder Público. André Ramos Tavares (2019, p. 205) critica esse posicionamento, apontando que a ausência de obrigação direta dirigida ao

Estado afeta o imediato e pleno cumprimento aos diversos programas (*in casu*, dos direitos sociais) contemplados constitucionalmente.

Em outro campo de experiência, farta é a doutrina concernente ao posicionamento acerca dos direitos sociais como direitos fundamentais. Um dos argumentos mais satisfatórios reside no princípio da força normativa da Constituição, criada por Konrad Hesse. Além disso, segundo entendimento do autor Flávio Martins:

Entendemos que os direitos sociais são efetivamente “direitos fundamentais”, embora haja diferença de tratamento com os direitos individuais ou liberdades públicas. [...] De fato, os direitos sociais são formalmente fundamentais (estão previstos no texto constitucional como direitos fundamentais) e materialmente fundamentais. (MARTINS, 2020b, p. 945-946).

Associado a isso, é de comum acordo que normas definidoras de direito possuem aplicação imediata (LENZA, 2018, p. 245), sendo um contrapeso a ideia de norma programática. Não obstante, os direitos sociais estão na atual Constituição da República no título destinado aos direitos e garantias fundamentais. Este não é um rol taxativo, sendo que o próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) apresenta uma cláusula de abertura, determinando que os direitos fundamentais expressos não excluem outros direitos decorrentes dos princípios constitucionais e de tratados internacionais.

Entender a conceituação dos direitos sociais é importante, já que esta é a base para a problematização do presente estudo. Não obstante, será feita a análise da sua efetividade diante de um cenário de crise econômica. No próximo item, será abordada essa situação, apontando a sua origem e as principais causas de agravamento.

3 O CONTEXTO DA RECESSÃO ECONÔMICA AGRAVADA PELA COVID-19

Um Estado se compõe por diversas instituições que se harmonizam entre si para que seja possível o seu pleno funcionamento, com base em escalas de hierarquias e núcleos de organização. Nesse sistema, é comum que a forma de lidar com uma crise seja variável, principalmente nos setores da economia. Sabe-se que a economia é cíclica – apesar de apresentar períodos de certa estabilidade. Isso significa que, em alguns momentos, há crescimento e em outros há queda da atividade econômica, o que é um padrão normal do sistema capitalista. É a partir disso que acontece o fenômeno da recessão, em que há a diminuição da demanda e, conseqüentemente, a diminuição da taxa de lucro das empresas.

Nessas situações, caso não ocorra a implementação de políticas econômicas de estímulo à economia, é possível que esta situação se agrave, partindo da premissa de diferentes intensidades e durações. No Brasil, por exemplo, o índice de desemprego está em um constante crescimento, registrando o recorde de 14,3 milhões de pessoas atualmente. (G1, 2021, *online*). Não obstante, o território brasileiro é refém de uma crise econômica prolongada, a qual se agravou em decorrência da pandemia que assolou o mundo com a covid-19. Segundo Alex Agostini, economista-chefe da Austin Rating (G1,

2021, *online*), a crise econômica trazida pela pandemia atingiu o Brasil antes mesmo de o país ter se recuperado das perdas da recessão anterior, dos anos 2015-2016.

Mesmo diante dessas adversidades, o Estado é responsável por promover a consolidação de direitos e garantias previstas constitucionalmente. Contudo, a positivação não é suficiente para que seja assegurado a sua efetivação. Conforme apontado por Holmes e Sunstein (2019, p. 19), “o custo dos direitos implica que os dois poderes políticos (o Executivo e o Legislativo), que recolhem e determinam a destinação dos recursos públicos, afetam substancialmente o valor, o âmbito e a previsibilidade dos nossos direitos”.

É importante destacar que os recursos financeiros colocados diante da estrutura estatal são finitos e demandam escolhas a serem implementadas por meio das políticas públicas. Busca-se entender esse dilema entre a efetivação dos direitos sociais e a dificuldade de alocação dos recursos financeiros. Pedro Lenza discorre sobre essa problemática apresentando a metodologia *Fuzzy*. Nesta hipótese, como os direitos sociais exigem uma considerável prestação estatal, os juristas não têm a sua exata dimensão, tornando o exame inconsistente, o que acaba desprezando a análise econômica do direito (LENZA, 2018, p. 1.357). Assim, nessas ocorrências, levanta-se a necessidade de “escolhas trágicas”, em razão da força normativa dos direitos sociais, gerando uma primazia em decorrência do seu mérito.

Ao observar o sistema para efetividade dos direitos sociais, têm-se de comum acordo que é preciso que todas as áreas atuem de forma positiva e harmonizem entre si, compondo o Estado Social de Direito. O administrador, por exemplo, dentro da ideia da reserva do possível, deve promover a implementação das referidas políticas públicas. Nesse mesmo seguimento, o Legislador tem o encargo de regulamentar os direitos, devendo respeitar o núcleo essencial de cada um, dando as condições necessárias para o Executivo. Por fim, de caráter repressivo está o Judiciário, com a finalidade de corrigir eventual distorção e, assim, assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Dentro desse contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso. (LENZA, 2018, p. 1359).

É nesse íterim que surgem os desprazeres à efetivação dos direitos sociais. Conforme já apontado por Holmes e Sunstein (2019, p. 08), “na ausência de uma autoridade política capaz de intervir e disposta a fazê-lo, os direitos nunca deixam de ser meras promessas vazias”. Ainda, eles defendem que um direito jurídico só pode existir se e quando tem um custo orçamentário e, para tanto, é preciso que seja determinada previsão financeira para a devida área supracitada.

Acontece que, nos últimos anos, vem acontecendo um grande cerceamento dos direitos sociais, sob o véu da escassez de receitas e a diminuição da sua valoração e força normativa. Pedro Lenza (2018, p. 1.358) utiliza o termo chamado “camaleão normativo”, o qual define a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto, o que acontece, na maioria das vezes, com a doutrina dos direitos sociais. Nesse sentido, a fim de emoldurar a efetividade dos referidos direitos, é preciso analisar alguns institutos que argumentam para a sua regulamentação.

A recessão econômica coloca em xeque o custeio de vários direitos implementados por políticas públicas de grande destaque. É preciso ter a consciência de que em episódios como este não há muita escolha senão determinar e buscar atender a

reserva do possível, já que a demanda está em declínio constante. Mais que isso, fica o alerta sobre a importância de coexistir políticas que alimentem o cenário financeiro, movimentando a máquina pública e agregando tesouro público, bem como que observem a garantia dos direitos diante uma devida previsão orçamentária. Assim, atualmente, é indiscutível que o Estado Social de Direito fomente os limites a exigência imediata dos direitos sociais, como forma de não se perder ao sistema de “camaleão normativo” devidamente levantado pelo autor Pedro Lenza.

4 AS RESTRIÇÕES À PREMISSA IMEDIATA DOS DIREITOS SOCIAIS

Dentro desse cenário de indeterminabilidade dos direitos sociais, insurge a necessidade de limites em relação a sua efetividade. Isso porque, em razão da sua constitucionalização, os direitos fundamentais prestacionais sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2009, p. 281). No entanto, é indubitável a ideia de se observar a efetiva disponibilidade do objeto em discussão, ou seja, da possibilidade material de disposição, de forma que se encontra um conflito referente à atuação do Estado, o qual necessita de capacidade jurídica, a fim de conseguir usufruir dos recursos existentes.

Nessa perspectiva, em um Estado de bem-estar social,

no caso dos direitos fundamentais sociais, encontramos muitas vezes face não a uma genérica proclamação de um direito não justiciável, mas face a uma conformação precisa da situação substantiva constitucionalmente garantida, independentemente de uma estrita necessidade de intervenção legislativa (QUEIROZ, 2006, p. 76).

Dessa forma, mesmo diante da previsão constitucional, os direitos sociais têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Agora, saindo da retórica, sabe-se que nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Em sede de explicação, nenhum direito cuja garantia deduza a seleção de dinheiro dos cidadãos poderá, no fim das contas, ser protegido de forma unilateral pelo Poder Judiciário sem levar em consideração os efeitos orçamentários pelos quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis, segundo estudos. É nesse prisma que se infere a sujeição dos direitos sociais a questões de razoabilidade, sendo ponderoso analisar, em um primeiro momento, o mínimo existencial.

Esse instituto possui por corolário o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, considerado, segundo SARLET (2009, p. 320), a base de todos os direitos sociais. A sua conceituação define a busca por satisfazer as necessidades básicas do cidadão, fomentando a conservação de uma vida humana digna. É preciso entender que essa necessidade se baseia no conteúdo físico, bem como cultural-espiritual. Ainda, esse mínimo existencial não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e não possui previsão constitucional expressa, o que resulta na sua análise sob a ideia das condições de liberdade (TORRES, 2008, p. 314). Sob esse viés, tem-se o conteúdo

essencial dos direitos fundamentais, definindo a sua estrutura normativa. (TORRES, 2008, p. 316).

Através desse cenário, é possível entender a dinâmica referente às restrições que são submetidas os direitos sociais. Ricardo Lobo Torres aduz que

o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como “último conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, é irreduzível e indisponível (TORRES, 2008, p. 318).

Com essa perspectiva, entende-se que, ao configurar o núcleo essencial, consequentemente, é definido o mínimo existencial daquele direito fundamental. No entanto, esse entendimento deve se dar com cautela, pois são expressões correlatas, mas não sinônimas. O autor Flávio Martins (2020a, p. 264) sintetiza afirmando que “enquanto a teoria dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais é uma tentativa de impor limites à ação restritiva do Estado, a teoria do mínimo existencial é uma tentativa de impor limites à omissão excessiva do Estado, impondo deveres ao Estado para cumprir imediatamente”. Assim, é importante analisar o caso concreto, já que nem sempre um direito social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial.

O conteúdo essencial corresponde a um dos limites para a intervenção do Estado. Mas há dentro do ordenamento jurídico a ideia de limite dos limites, caracterizada pela própria restringibilidade e por instrumentos normativos utilizados pelo Estado (TORRES, 2008, p. 322). A reserva da lei, por exemplo, é um dos limites dos limites impostos ao legislador. Nesse sentido, os direitos fundamentais e o mínimo existencial não são alcançados pela discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas são tão somente uma garantia de liberdade expressa através da estrutura dos serviços públicos essenciais. Caso haja omissão do legislador ou da lacuna orçamentária, sob o véu da reserva da lei (máxime a orçamentária), gerando a consequente insuficiência da verba, o Executivo, autorizado pelo Legislativo, deve suplementá-la associado a pressão do Judiciário (TORRES, 2008, p. 323). Posteriormente, esse conteúdo será melhor analisado.

Cristina Queiroz aduz a ideia de Gomes Canotilho (2003, p. 459) sobre a existência de uma “reserva de lei” na Administração, consubstanciando-se no princípio geral da igualdade. Nesse sentido, segundo a autora, o titular do direito deve aguardar que a Administração Pública tome uma decisão que respeite a apreciação dos pressupostos jurídicos da sua atuação, ou seja, os regulamentos e diretrizes aplicáveis. Com isso, a determinação da pretensão de um direito não é exigível *a priori*. (QUEIROZ, 2006, p. 85).

O Estado deve atuar respeitando diversos limites que funcionam como um sistema de equacionamento da abrangência dos direitos sociais. Nesta conjuntura, questiona-se se as funções precípua do Estado dizem respeito à garantia da igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades ou se é preciso almejar um

padrão que corrobore a efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo. O mínimo existencial coloca em questão a importância de analisar o contexto como um todo, extraindo-se o núcleo essencial diante das várias ações e omissões proporcionadas pelo ente Estatal, tudo sob o aspecto da restringibilidade (proporcionalidade).

Importante destacar que é inconcebível tentar buscar esgotar o presente instituto, tendo em vista a sua profundidade de discussão no cerne da doutrina. Em apertada síntese, o propósito de estudo do mínimo existencial é compreender o conjunto de prestações indispensáveis para assegurar a conservação de uma vida humana digna e não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um custo monetário determinado, sendo imprescindível analisar um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo ou grupo. O Brasil, por exemplo, encara uma grave recessão econômica agravada pela pandemia da covid-19, o que leva a refletir sobre o que seria o mínimo existencial nessa circunstância.

Em outro campo de experiência, a essência de estudo da efetividade dos direitos sociais reside na ideia de delimitar o que seria a reserva do possível, expressão criada pelo Tribunal Constitucional Alemão³. Esse conteúdo está intimamente ligado com o fator custo. Em um contexto mais abrangente, perpassa o poder de disposição por parte do destinatário da norma. Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, há uma dimensão tríplice acerca da supracitada denominação, qual seja:

a) a **efetiva disponibilidade fática** dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a **disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos**, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da **proporcionalidade da prestação**, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2009, p. 287, grifo nosso).

A partir dessa concepção, verifica-se que notadamente os direitos sociais dependem de uma estrutura legislativa que atenda às suas peculiaridades. Em um apanhado, a reserva do possível busca delimitar o que pode ser razoavelmente exigido, evitando excessos. Contudo, sob a ótica de Ricardo Lobo Torres (2008, p. 326), há de se considerar que houve uma desinterpretação operada no país brasileiro, produzida pela doutrina e pela jurisprudência, de forma a expandir a judicialização da política orçamentária na seara dos direitos de segunda geração. Dessa forma, Ricardo Torres (2008, p. 326) conclui que a “reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira”.

³ A expressão “reserva do possível” foi cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados. (TORRES, 2008, p. 324).

Não obstante, esse conteúdo pode se desdobrar em dois aspectos: um fático e outro jurídico. Tal dicotomia foi proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual relaciona a necessidade de atender a conjuntura socioeconômica através da efetiva disponibilidade de recursos (componente fático), bem como necessitar de uma concretização legislativa, ou seja, relaciona-se à existência de autorização orçamentária para demanda de custos (componente jurídico) (SARLET, 2009, p. 288-289).

Daniel Sarmiento (2010, p. 572) entende que “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. Nesse enfoque, é preciso estabelecer uma correlação e observância acerca de atendimento a pessoas que se constituem em situação similar a prestação exigida por outrem. Em outras palavras, concedendo certa prestação a um cidadão, o outro em situação congênere também será atendido? Assim, essa necessidade é de suma importância, a fim de prezar pelo princípio da isonomia e a caracterização de universalização.

Diante da realidade brasileira, singularmente no atual cenário pandêmico, a abrangência da reserva do possível tornou-se complexa. Ao analisar sob a ótica do direito à saúde, por exemplo, a Administração Pública deparou-se com dilemas acerca de “escolhas trágicas”, como ter que garantir a satisfação da prestação em casos de internação em UTI ou ampliar as vagas a todos os cidadãos, o que se caracteriza economicamente inviável. Contudo, é de comum acordo que não atender a expectativa apresentada é uma afronta ao conteúdo essencial do referido direito, o qual está intimamente ligado à vida. Dessa forma, é por isso que é imprescindível que haja uma noção de reserva do possível, pois, em momentos em que há mais demandas do que recursos, o Estado não consegue atender de forma integral o previsto, sendo necessário priorizar o fornecimento de determinado direito, atendendo o seu fator-custo disponível naquele cenário.

No episódio citado, por conseguinte, foi criado o protocolo pelos profissionais da saúde acerca da recomendação de os mais saudáveis se recuperarem em casa, não obstruindo as vagas em hospitais. Como a pandemia da Covid-19 veio de forma súbita, impedindo o preparo e planejamento orçamentário por parte legislativa – o que é o cenário ideal e exigível em matéria de efetividade dos direitos sociais – restou-se ponderar e se adequar as condições atuais, observando o mínimo existencial. Logo, caracterizado ficou a ideia de que “a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia” (SARLET, 2009, p. 402).

A fim de proporcionar uma consistente ideia de segurança jurídica, é preciso que a escassez de recursos financeiros determinada pelo Estado seja de forma comprovada, sem nebulosidades. Ingo Wolfgang Sarlet alerta que

Levar a sério a “reserva do possível” significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus de comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial dos recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Neste mesmo sentido, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de

demonstração por parte dos órgãos públicos. (SARLET, 2009, p. 356-357).

Dessa forma, sabe-se que a realidade tende a ser diferente, restando, na maioria dos casos, a intervenção jurisdicional – reserva do possível fática. Nathália Masson defende que, em situações de recusa governamental em constituir e normatizar determinado direito social, é legítima a atuação do juízo, de forma a conferir proteção, mesmo que mínima (MASSON, 2019, p. 370).

Nesse contexto, em última análise, passa-se ao esclarecimento da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social em sede de valoração e análise de limitação da atuação legislativa.

A sua determinação, segundo Cristina Queiroz (2006, p. 102), afirma que “uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”. Após instaurar o reconhecimento de determinado direito, o Estado passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a sua realização. Contudo, esse regulamento não se configura absoluto, pois se sabe que há uma reserva do possível, isto é, um direito de realização gradual ou uma meta que se quer atingir. Assim, Cristina Queiroz conclui:

O retrocesso operará tão-só quando se pretende atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, ou seja, quando sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se pretenda proceder a uma anulação, revogação ou aniquilamento pura e simples desse núcleo essencial, quando a alteração redutora se faça com a violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança, ou se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade (QUEIROZ, 2006, p. 109).

Sob essa direção, entende-se que essa não reversibilidade social decorre, em suma, do conflito com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Assim, conforme bem apontado por Ingo Sarlet (2009, p. 452), “é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido”. Em um cenário de incertezas econômicas, é comum que se aplique esse instituto. Ressalva-se que o retrocesso é referente à situação normativa dos direitos fundamentais sociais já que, de um ponto de vista global, só esta permitirá proceder à ponderação ou contrapeso dos bens no caso concreto (QUEIROZ, 2006, p. 116). Dessa forma, é muito difícil não ocorrer o desmonte de várias políticas públicas, pois, muitas vezes, a delimitação do núcleo essencial é relacionada ao momento temporal da sua necessidade. Sarlet afirma que

No âmbito da proibição do retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e

momento em que estiver em causa. [...]. É certo que também na esfera da proibição de retrocesso tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual (SARLET, 2009, p. 456).

Nesse diapasão, verifica-se que a conduta assumida de intervenção estatal nos direitos sociais remete ao dever de cooperação entre os entes, bem como assegurar a segurança jurídica no ordenamento jurídico. É, dessa forma, um fator assecuratório em dar continuidade ao desenvolvimento da efetividade de direitos já reconhecidos através de seu conteúdo essencial. No próximo item, será analisada a atuação política e seus impactos na necessidade de comunicação entre os detentores da tutela e previsão dos direitos sociais.

5 O CUSTO DOS DIREITOS: REFLEXOS DIANTE DE UMA MÁ GESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Delineada a discussão acerca dos limites à eficácia dos direitos sociais prestacionais, passa-se à análise da sua aplicabilidade, em que pese a controvérsia doutrinária sobre a primazia pela separação dos poderes⁴. A presente problemática tem como ponto nodal a dependência da efetivação dos direitos sociais diante da necessidade de fator-custo e previsão orçamentária para sua viabilização. Conforme já abordado, instituto indissociável em matéria de direitos sociais constitui a reserva do possível, a qual se subdivide em fática e jurídica.

A Constituição da República elenca vários direitos sociais fundamentais que, embora se constituam autênticas normas jurídicas, notadamente “reclamam uma concretização legislativa, já que a diversa carga eficaz destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma” (SARLET, 2009, p. 292). Diante desse aspecto, busca-se atingir a reserva do possível jurídica, no sentido de promover base legal para que o Estado incorra nos dispêndios basilares ao gozo do direito social possivelmente reclamado (SARMENTO, 2010, p. 573).

É neste impasse que começam os desprazeres referentes à efetividade dos direitos sociais. A estruturação destes se dão pelo Estado através de políticas públicas, cuja implementação depende, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Nesse viés, o processo legislativo insurge como procedimento adequado, a fim de delimitar todas as minúcias necessárias para a concretização da previsão orçamentária. É com base nesse aspecto que Holmes e Sunstein (2019, p. 75) argumentam no sentido de que “para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos”.

Em contrapartida, é realidade, no corpo social brasileiro, a reserva do possível fática, a qual impõe ao Poder Judiciário a tarefa de efetivar os direitos sociais positivados,

⁴ O autor Virgílio Afonso da Silva acredita que essa ideia é um mito pontuado pelo Montesquieu, aplicado a um regime presidencialista, tendo em vista que a logística de sociedade àquela época é infinitamente menos complexa da atual, não sendo possível mais utilizar-se deste argumento, sendo necessário questionar o papel do Judiciário em sede de atuação legislativa (AFONSO DA SILVA, 2010, p. 589).

considerando os recursos existentes. E, assim, acostumou-se essa ideia, negligenciando o procedimento de elaboração de políticas públicas. O autor Ingo Wolfgang Sarlet destaca que, em razão do cunho prestacional, é importante que haja um planejamento voltado para o futuro, alinhando-se as decisões diante da natureza prospectiva. (SARLET, 2009, p. 290).

O imediatismo contaminou a seara de efetivação dos direitos sociais e restou ao Judiciário sustentar essa circunstância. Embora alguns autores, a exemplo de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 590), sustentem a ideia de que os juízes possuam legitimidade, defendendo o ativismo judicial como melhor forma, é certo que, em matéria de fixação de fator-custo, cabe ao legislativo essa capacidade jurídica. Conforme devidamente apontado por Holmes e Sunstein (2019, p. 76),

Como um juiz, ao decidir um único caso, pode levar em conta o teto anual de gastos do governo? Ao contrário do poder legislativo, o Judiciário trata sempre de um caso isolado. Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves.

Com isso, é preciso que o Judiciário atue somente de forma corretiva, delineando omissões e corrigindo excessos, sob a luz dos limites à justiciabilidade. A fim de ilustrar a problemática, é preciso reconhecer a atuação governamental no cenário pandêmico encarado pelo Brasil. Em meados de março de 2020, o Senado Federal aprovou o projeto de decreto legislativo que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil. Isso significa que foi possível determinar gastos além do previsto na Lei Orçamentária Anual a um direito específico, qual seja, o direito à saúde.

Nesse exemplo, fica claro o emprego do mínimo existencial conforme a circunstância, fixando o fator-custo necessário a execução da pretensão demandada. A preocupação, no entanto, são os reflexos a longo prazo e na realidade fática, tendo em vista a ausência de planejamento, já citado anteriormente. Dessa forma, contudo, ainda restou ao Judiciário a tarefa de suprir essa lacuna, mas com cautela. Na situação apresentada, após o fim do estado de calamidade pública (final de 2020), restou ao STF, em sede de liminar de Lewandowski, prorrogar as medidas sanitárias que perderiam a sua vigência. Ao ler o voto, verifica-se o desprezo à análise econômica, baseando-se a princípios da prevenção e precaução (CNN, 2020, *online*). A medida foi a mais prudente e correta, contudo se levanta o questionamento acerca dos conflitos em relação a efetividade dos direitos que dependem de previsão orçamentária e atuação do poder Legislativo, o qual não o fez.

A realidade apresentada remete à ideia de desarmonia e dependência entre os poderes, mesmo diante do mecanismo de freios e contrapesos. É com base nisso, portanto, que a retórica se distancia consideravelmente da realidade. O Brasil é um país em desenvolvimento, no qual a maioria da população ainda dependa completamente da implementação de políticas públicas. A pandemia da covid-19 escancarou a ausência de

delimitações em relação aos direitos sociais, sendo necessário – já com o pensamento nas projeções econômicas pós-pandemia – priorizar a reestruturação desse sistema, colocando em questão o que seria o mínimo existencial e fomentar o diálogo dos poderes estatais.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 598), ao analisar a inefetividade dos direitos sociais, muitas vezes, a decorrência é de desvios na execução de políticas públicas (órgãos da Administração) do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Assim, o Judiciário fica à mercê dessa ineficiência, valendo-se da função de garantir acesso a algo já decidido, mas não concretizado. Por essa razão, assume caráter emergencial a conscientização desse arcabouço referente a problemática, cabendo angariar a logística apresentada, a qual garanta a todos os cidadãos uma vida humana digna, proporcionando desenvolvimentos sociais e diminuição da desigualdade, a fim de, futuramente, essas políticas públicas não incidirem de forma tão onerosa ao tesouro público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desta exposição, foi possível moldar as principais ideias desenvolvidas sobre o tema, consolidadas nas proposições a seguir:

1. Com o advento do Constitucionalismo Social, buscou-se criar uma atenção maior às dissimilaridades constantes nos diversos grupos de indivíduos, sob a ótica de proporcionar um bem-estar social e atender ao princípio da isonomia. Com base nisso e diante de circunstâncias injustas, houve a positivação dos direitos sociais prestacionais. Contudo, o principal obstáculo reside na ideia de extrair efetividade destas normas.
2. Faz-se importante destacar que os direitos fundamentais possuem a dicotomia frente a sua onerosidade, dividindo-os em positivos e negativos. No entanto, é notável que qualquer direito demanda custos ao erário. Isso porque os direitos são bens públicos, ou seja, são pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, a fim de proporcionar o bem-estar aos cidadãos. Assim, todos os direitos são positivos.
3. No tocante à natureza jurídica dos direitos sociais, farta é a doutrina a considerá-los como direitos fundamentais constituídos de eficácia jurídica. Nesse viés, seu sustentáculo reside no princípio da força normativa da Constituição, bem como pela aplicabilidade imediata, em razão de serem normas definidoras de direitos.
4. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nesse contexto, os direitos sociais possuem limites em relação a sua exigibilidade imediata. Com isso, é de suma importância que o mínimo existencial, um dos limites, esteja bem delimitado no corpo jurídico, a fim de sanar omissões em excesso por parte do Estado, bem como garantir o mínimo à vida humana digna. Diante de vários direitos sociais positivados, a definição demanda critérios de restringibilidade e análise do atual contexto social. A recessão econômica é um fator preocupante e que dificulta esse reconhecimento.

5. Outro limite existente diz respeito ao fator-custo dos direitos sociais. Com isso, desdobra-se a reserva do possível, dividida em fática e jurídica. Na atual condição brasileira, conclui-se que o componente fático é a realidade, restando ao Poder Judiciário atuar na satisfação dos referidos direitos, nos limites da disponibilidade de recursos. Nesse ínterim, diante da pandemia, o principal obstáculo é a aplicar a razoabilidade da universalização, ou seja, concedendo certa prestação a um cidadão, o outro em situação congênere também será atendido?
6. Um aspecto a ser considerado é que a escassez de recursos seja devidamente publicada e comprovada, fomentando o diálogo entre os poderes. Nesse sentido, na atuação do Judiciário, por exemplo, será possível analisar sob a tríplice dimensão de Sarlet, qual seja, a efetiva disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação.
7. Ficou claro que, em regra, cabe ao Poder Legislativo determinar o fator-custo e a previsão orçamentária devidamente levantada na problemática, de forma que, muitas vezes, há a previsão legal, mas não há a concretude, ou seja, a execução de determinado direito. Fatores responsáveis podem ser a ingerência e ausência de gestão por parte dos órgãos administrativos, pelo desvio do tesouro público ou pela falta de regulamentação apropriada, entre outros. Mas a principal causa decorre da desarmonia entre os poderes, envolvendo discussão entre grupos políticos antagonistas, negligenciando a Constituição da República. Assim, resta-se apoiar a reserva do possível fática, sempre a sujeição da disponibilidade de recursos. Enquanto essa condição não for levada a sério, fica inviável atingir a efetividade dos direitos sociais, tornando-se cada vez mais judicializados.
8. Por fim, o custo dos direitos é uma realidade indubitável. A atuação responsável do Poder Judiciário, em conjunto dos outros poderes, é primordial, a fim de não tomar decisões irracionais que desonere a função legislativa exigível. Além disso, sobeja o alerta acerca da necessidade de promover políticas em prol de colocar fim a recessão econômica que assola o corpo social brasileiro. No entanto, no atual momento pandêmico, o mínimo existencial está em outra contingência, restando preocupar-se com a sensatez do poder Executivo em alavancar políticas a longo prazo que forneçam a devida base aos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587-599.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 6. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2019.

CNN. Portal de notícias do. **STF prorroga medidas excepcionais contra a Covid-19**. Dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-prorroga-estado-de-calamidade-contra-a-covid-19/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

G1. Portal de notícias do. **Brasil deve ter a 14ª maior taxa de desemprego do mundo em 2021, aponta ranking com 100 países**. Abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/11/brasil-deve-ter-a-14a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-em-2021-aponta-ranking-com-100-paises.ghtml>. Acesso em: 14 jun. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Imprensa: Coimbra, Coimbra Ed, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313-339.

Lei n. 13.874/2019 e cláusulas abusivas em contratos civis

Law n. 13.874/2019 and unfair civil contract clauses

JOÃO PAULO MENESES DE SOUZA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: jpms-1407@hotmail.com

GUILHERME CAIXETA BORGES

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: guilhermecb@unipam.edu.br

Resumo: Assim como os mecanismos contratuais evoluem sua regulamentação deve acompanhar seu desenvolvimento, buscando defender seus princípios e trazer segurança nas negociações. A regulamentação contratual reflete diretamente no fluxo econômico de uma população. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; de outro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável. O Estado, por sua vez, com muito mais frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas. Neste ponto, a Medida Provisória da Liberdade Econômica buscou adotar um critério mais objetivo na interpretação do contrato de adesão. Existe, notadamente, um movimento por parte do poder legislativo com finalidade de trazer ao ordenamento uma maior liberdade contratual, porém, com o maior equilíbrio entre as partes possível. Isto significa maior segurança e previsibilidade pois agora decisões judiciais não trarão surpresas restritivas ao que foi pactuado em contrato e que a analogia na interpretação da norma não será usada para prejudicar o cidadão. A boa-fé deixa de ser utilizada apenas para suprir lacunas e passa a ser baliza de toda a relação contratual, que não se resume mais a uma mera relação de troca, motivo pelo qual os contratos relacionais se baseiam em ideia de cooperação e equilíbrio, a fim de garantir a manutenção do contrato diante das modificações que podem ocorrer ao longo de seu cumprimento.

Palavras-chave: Contratos. Cláusulas abusivas. Liberdade Contratual.

Abstract: As contractual mechanisms evolve, its regulation must accompany its development, seeking to defend its principles and bring security to negotiations. Contractual regulation directly reflects on the economic population flow. The mass economy requires impersonal, standardized contracts; otherwise, individualism would make society unviable. The State, in turn, much more frequently enters into the private contractual relationship, prohibiting or imposing clauses. At this point, the Provisional Measure of Economic Freedom sought to adopt a more objective criterion in interpreting the adhesion contract. There is, notably, a movement by the legislative power with the purpose of bringing greater contractual freedom to the order, however, with the greatest possible balance between the parties. This means greater security and predictability because now judicial decisions will not bring surprises that restrict what was agreed in the contract and that the analogy in the interpretation of the norm will not be used to harm the citizen. Good faith is no longer used just to fill gaps and becomes the beacon of the entire contractual relationship, which is no longer limited to a mere exchange relationship, which is why relational

contracts are based on the idea of cooperation and balance, in order to guarantee the maintenance of the contract in face of the modifications that may occur during its fulfillment.

Keywords: Contracts. Unfair clauses. Freedom of Contract.

1 INTRODUÇÃO

O contrato é um pressuposto lógico da vida em sociedade. Toda a convivência entre os membros de um grupo social se baseia e se concretiza em acordos de vontade. Nesse sentido, não há dúvida de que a liberdade de contratar, ou, mais especificamente, a liberdade contratual, isto é, a liberdade para definir o conteúdo do contrato, deve ser garantida aos indivíduos (COSTA, 2020). É notória a evolução dos mecanismos contratuais ao longo do tempo, uma vez que de contratos firmados por meros comportamento decorrentes dos costumes antigos de uma sociedade passaram de forma lenta, mas significativa para instrumentos fundamentados e aperfeiçoados juridicamente para atender o desenvolvimento da vida humana em grupos (SANTOS, 2016).

Assim como os mecanismos contratuais evoluem, sua regulamentação deve acompanhar seu desenvolvimento, buscando defender seus princípios e trazer segurança nas negociações. A regulamentação contratual reflete diretamente no fluxo econômico de uma população.

O Brasil tem enfrentado nos últimos anos um alto índice de desemprego e desestímulo constante na área econômica. Muitos justificam que tal cenário econômico é devido, em grande parcela, à demasiada burocratização existente no país, à possibilidade e facilitação de revisão de cláusulas contratuais. Surge assim a Lei nº 13.874/2019; com ela o governo espera uma maior facilitação e mais segurança jurídica aos negócios, estimulando, igualmente, a criação de empregos (EFING, 2020).

A pesquisa tem como intuito demonstrar a eficácia da aplicabilidade da Lei 13.874/2019 sobre as cláusulas abusivas em contratos, verificar as regras de interpretação e cláusulas contratuais assim como a aplicação da Lei de Liberdade Econômica nos contratos com cláusulas abusivas e, além disso, buscar compreender os mecanismos de proteção legal e princípios lógicos trazidos pela Lei de Liberdade econômica. Será feita uma análise sistemática sobre o histórico e evolução a respeito da lei da Liberdade Econômica, buscando seus objetivos e perspectivas, assim como sua vertente política e econômica.

A Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, conta com medidas para diminuir a burocracia nas atividades econômicas. Mais do que isso, simplifica processos para empresas e empreendedores. Em resumo, a lei elimina alvarás para atividades consideradas de baixo risco e flexibiliza algumas normas trabalhistas. É também responsável por definir normas que protegem a livre iniciativa de atividades econômicas e diminui a participação do Estado como agente de intermediação e regularização.

Apresentada para a população pelo atual governo (2018-2022) como uma forma de tornar o Brasil competitivo internacionalmente por apresentar incentivo a liberdade de contratar e facilidade para exercer atividade econômica no país, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica trouxe mudanças pragmáticas para o ordenamento

jurídico. As novas exigências de mercado buscam um novo relacionamento nos contratos. Analisar o novo panorama comercial e seu âmbito jurídico é de vital importância para evitar conflitos de interesse e tornar mais eficiente a solução de litígios.

O objetivo deste trabalho busca compreender de que forma a Lei de Liberdade Econômica modificou a interpretação contratual nos contratos civis e de consumo. A pesquisa constituir-se-á de construção puramente teórica e abstrata, servindo, portanto, como mecanismo de pesquisa para solução de casos concretos. Serão realizadas pesquisas com intuito de observar o reflexo da legislação na sociedade, analisando de forma jurídica, sociológica e antropológica seus resultados nos julgados de cláusulas abusivas em contratos.

Para a construção deste estudo, será utilizado o método dedutivo, bibliográfico, realizado por revisão de literatura, que consiste em sintetizar informações existentes sobre um fenômeno de maneira imparcial e completa, e atualizar, por meio de evidências e novas perspectivas, por meio do método lógico dedutivo, valendo-se de análise dos diplomas legais pertinentes, doutrinas já publicadas sobre que permeiam o assunto demonstrado no presente projeto de pesquisa.

2 EVOLUÇÃO CONTRATUAL AO DECORRER DA HISTÓRIA

O direito de contratar data de muitos anos, uma vez que, em todo o desenvolvimento da humanidade, as relações entre indivíduos foram estabelecidas através de acordos uns com os outros para, com isso, manterem o convívio saudável. É possível afirmar que sem o amparo dos contratos não existiria uma sociedade capitalista, uma vez que sem esse mecanismo as relações não seriam compostas de segurança jurídica para o correto cumprimento dos acordos (SANTOS, 2016).

Para o historiador e PhD israelense Yuval Harari (2015), em seu livro *Sapiens: uma breve história da humanidade*, a convivência humana em grandes grupos só é possível a partir da colaboração baseada em crenças. A linguagem humana evoluiu acompanhando o processo de contar histórias e ficções, tornando as crenças uma forma efetiva de unir as pessoas e fazê-las cooperar entre si, possibilitando nos primórdios da história humana o agrupamento de milhares de indivíduos. O contrato se baseia em uma ficção que, por meio da crença coletiva, passa a surtir efeitos e possibilitar um convívio pacífico e ordenado, dando previsibilidade aos atos individuais. Seu formato e interpretação são constantemente modificados de acordo com fatores culturais e históricos.

Silvio Venosa (2013) defende que a forma escrita dos contratos tem sua popularização ainda na Idade Média, transformando a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, o que indica a entrega de um documento. A forma escrita passa, então, a ter predominância. A influência da Igreja e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vêm enfatizar o sentido obrigatório do contrato. Os costumes mercantis dinamizaram as relações e tenderam a simplificar as formas contratuais. Com a escola do direito natural, assimilaram-se os pactos de convenções aos contratos. Com sua popularidade, veio o interesse do Estado de interferir, com o intuito de trazer maior segurança nas negociações e paz social. Eram necessários instrumentos para regular o

livre arbítrio e evitar abusos. Ocorre então uma enorme restrição na autonomia da vontade.

O Direito privado posteriormente sofreu grande influência sob a égide da Revolução Francesa por parte de seus três postulados: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, entendendo que o homem era livre e racional, podendo autodeterminar-se segundo a sua vontade (PADILHA, 2003). A previsão normativa dos direitos humanos decorreu de rupturas históricas, destacando-se a Revolução Francesa, que foi uma revolução democrática ocorrida na França fundada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e que ocasionou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que representou um marco importante para a concretude dos direitos humanos (DIAS, 2016).

O liberalismo contratual surge durante o iluminismo, tendo um de seus principais idealizadores Adam Smith, que defendia o liberalismo econômico e sua principal teoria baseava-se na ideia de que deveria haver total liberdade econômica para que a iniciativa privada pudesse se desenvolver, sem a intervenção do Estado. Entretanto, a liberdade contratual sem freios e contrapesos permitiu a formação de cláusulas abusivas por pessoas dotadas de má-fé contratual. Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso em análise, é o consumidor; são também chamadas de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas (PADILHA, 2003).

Na segunda metade do século XX, surgem novos ideais que buscam equilibrar as relações econômicas e trazer justiça para a parte mais vulnerável da relação econômica. Com isso, ocorre uma volta do Estado no controle econômico e o surgimento do neoliberalismo, defendendo uma mínima intervenção do Estado para que exista uma melhor relação entre as partes nas relações econômicas (ANDRADE, 2019).

Há uma mudança de paradigma no fato do direito privado atual concentrar-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contrato. Há uma nova visão finalística e total da relação contratual complexa atual (MARQUES, 2007, p. 58).

Na pós-modernidade, como apontado por Claudia Lima Marques (2004), revela-se o fenômeno das relações virtuais, desmaterializadas, fluídas e instáveis; a sociedade de informação; a globalização niveladora de culturas; a riqueza especulativa pós-fordista e o renascimento de identidades. Pode ser entendida como um fenômeno cultural que conduz à transformação da sociedade contemporânea, com a emergência de uma nova ordem econômica e modificação dos mais diversos setores da sociedade. Por conta disso, a autora aponta a necessidade de uma perspectiva civil-constitucional dos contratos na pós-modernidade.

3 BASES CIVILISTAS DOS CONTRATOS

Um dos fatores que marcam a evolução dos contratos é a capacidade efetiva de gerar obrigações. Por mais complexas possam ser suas funções, um contrato não se vale de nada caso não gere um vínculo obrigacional. O que deve ser levado em consideração é a força de validade e cumprimento dos contratos, ou seja, por mais que houvesse o acordo entre as partes não existia a segurança de cumprimento do que fora acordado, provavelmente um dos motivos de tantos conflitos ocorridos nas sociedades antigas, pois o não cumprimento do acordo acarretava disputas territoriais e para a proteção da própria vida (SANTOS, 2016).

Obrigações são definidas como vínculos onde é possível exigir do devedor o cumprimento de uma prestação, sendo, portanto, uma relação jurídica. Classifica-se como um vínculo de poder e sujeição, atribuindo a um dos envolvidos a possibilidade de exigir o cumprimento do objeto da obrigação, mesmo que compulsoriamente através da intervenção judicial. Washington de Barros Monteiro conceitua obrigação:

A relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio (MONTEIRO, 2010).

O crédito e o débito são elementos da obrigação, mas a estes somam-se outros elementos, como os direitos formativos, os deveres principais e acessórios. A obrigação é vista como um processo que tem como finalidade o adimplemento a fim de que o cumprimento ocorra de forma mais satisfatória para o credor e da forma menos onerosa ao devedor.

Por sua vez, as obrigações estão intimamente ligadas as responsabilidades civis. A responsabilidade civil contratual decorre de inadimplemento de uma obrigação, tendo, portanto, sua definição interligada. Ressalta-se que não há entendimento uniforme doutrinário e jurisprudencial quanto o conceito de Responsabilidade Civil, devido à ampla abrangência do tema. Nesse sentido, dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação”. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações (GONÇALVES, 2012, p. 273).

A definição de responsabilidade civil tem, em seu sentido etimológico, a ideia de obrigação. A noção jurídica de responsabilidade vem da atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, infringe uma norma jurídica preexistente, que pode ser legal ou contratual, sendo submetido às consequências do seu ato consistentes na

obrigação de reparar. (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2003). O conceito legal de responsabilidade civil, no entanto, vem disposto no artigo 927 do Código Civil, o qual estabelece, *in verbis*:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Acerca do dispositivo legal supramencionado, a doutrinadora Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2005, p. 30).

A interpretação do negócio jurídico em contratos civis, junto de suas obrigações e responsabilidade civil, passa a ser regida pelo artigo 7 da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, a partir da qual passam a vigorar alterações no Código Civil artigo 50, parágrafo primeiro e segundo:

Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 50. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei (NR).

Diante da redação desses artigos, fica clara a adoção dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e boa-fé, além de adotar o comportamento posterior do agente após a celebração do contrato como prova de suas intenções.

A Constituição não prevê a aplicação da regra da proporcionalidade. E, por uma razão lógica, se não a prevê, também não pode abrir exceções e dizer quando ela não é aplicável. Se se entende, no entanto, que a regra da proporcionalidade decorre logicamente do fato de os direitos fundamentais, em sua maioria, serem princípios, e não regras, não há como tentar afastar a aplicação da regra da proporcionalidade, sob o argumento de que não há previsão constitucional a respeito (SILVA, 2002). O princípio da proporcionalidade é decorrente do fenômeno da constitucionalização e democratização dos países, sendo valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, uma vez que permite o controle da intervenção estatal e funciona como a medida com que uma norma deve ser interpretada.

As obrigações não podem ser desproporcionais, pois assim afetaria o sinalagma da relação contratual. Para que esteja presente o desequilíbrio no contrato deve haver uma desproporção considerável, que não possa ser compreendida como naturalmente existente no estabelecimento das relações jurídicas. Diante disso surge o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Um dos princípios fundamentais do direito civil é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino (2012), presidente da Terceira Turma, explica que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.

No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico. Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil, resume o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins (2012). Para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito, completa o magistrado.

O princípio da boa-fé objetiva impõe uma regra de conduta, tratando-se de um verdadeiro controle das cláusulas e práticas abusivas em nossa sociedade. A boa-fé assume feição de uma regra ética de conduta e tem algumas funções: fonte de novos deveres de conduta anexos à relação contratual; limitadora dos direitos subjetivos advindos da autonomia da vontade, bem como norma de interpretação; observar a real intenção do contraente; e integração do contrato, em conformidade com a literatura da área.

Utilizando a boa-fé, é possível permitir que sejam estipuladas diferentes formas de interpretação, tornando os contratos mais livres e permissivos dentro do bom senso. Dentro disso a chamada Lei da Liberdade econômica estipula em seu primeiro artigo, parágrafo segundo, que na interpretação dos contratos deve ser levada em conta a liberdade econômica, assim como investimentos e propriedade.

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

A boa-fé deixa de ser utilizada apenas para suprir lacunas e passa a ser baliza de toda a relação contratual, que não se resume mais a uma mera relação de troca, motivo pelo qual os contratos relacionais se baseiam em ideia de cooperação e equilíbrio, a fim de garantir a manutenção do contrato diante das modificações que podem ocorrer ao longo de seu cumprimento.

4 LIVRE INICIATIVA DAS PARTES

É indiscutível que nosso ordenamento jurídico, por disposição constitucional expressa, institui a livre iniciativa como fundamento de nossa escolha de convivência republicana e democrática. Mais adiante, esta mesma Constituição consagra como princípios da ordem econômica, a propriedade privada, respeitada evidentemente sua função social da propriedade, bem como a livre concorrência. A Livre Iniciativa constitui um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, conforme o artigo 1º da Constituição Federal, dignificando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É, portanto, garantia constitucional assegurada ao cidadão. Os princípios básicos do direito contratual clássico são a autonomia da vontade, a liberdade e a máxima do *pacta sunt servanda*, que levavam a uma separação radical entre a realização do contrato e seu cumprimento. O descumprimento contratual constituía-se em justificativa suficiente para processar a parte inadimplente, independentemente de qualquer comprovação sobre a existência de atos de cumprimento do contrato, confiança ou ainda ocorrência de prejuízo (MACEDO JÚNIOR, 1998).

O capítulo III da Lei n. 13.874/ 2019 defende especificamente a garantia da livre iniciativa, criando a obrigação da administração pública evitar o abuso regulatório. Para isto é elencado uma série de atitudes proibitivas em que a livre iniciativa deve ser protegida e priorizada. Dentre elas o Art. 4º proíbe a administração pública de introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas e de redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado.

Além desse aspecto negativo, de abstenção, o Estado também tem o dever de atuar positivamente no sentido de promover os direitos sociais dos indivíduos estabelecendo políticas públicas ou mesmo intervindo nas relações entre os particulares. Esses dois deveres do Estado, de abstenção e de atuação, fazem surgir às pessoas o direito de exigir o fiel cumprimento de seus direitos, seja por meio dos remédios constitucionais, seja por intermédio de ações judiciais e/ou administrativas (DIAS, 2016).

O contrato é um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade. É regido, principalmente, pelo princípio da autonomia da vontade privada. Referido princípio desdobra, entre outros, os seguintes reflexos no mundo do Direito: a liberdade contratual; a força obrigatória dos contratos

(*pacta sunt servanda*); os vícios do consentimento; contratos de massa. Em relação à extinção dos contratos, mister diferenciar anulação e dissolução (ONÇA, 2008).

O dogma da liberdade contratual está ligado, intrinsecamente, à autonomia da vontade. Na visão tradicional, a vontade legítima, o contrato, é fonte das obrigações, sendo a liberdade pressuposto, exigência, mais teórica do que prática, dessa vontade criadora. Eurico Pina Cabral (2004) define a autonomia da vontade como um fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Para ele, a autonomia privada se difere sendo “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de autorregular-se nos limites do ordenamento jurídico”. A autonomia privada é um instrumento que tem como finalidade a promoção de interesses que sejam úteis para a sociedade em geral, consolidando os fundamentos estabelecidos no preâmbulo da Constituição, em que se encaixam os contratos.

A teoria da autonomia da vontade preconiza a superioridade da vontade sobre a lei. O direito deveria moldar-se à vontade, deveria protegê-la e reconhecer a sua força criadora. Uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações, das quais somente poderão se desvincular por meio de outro acordo de vontade ou na hipótese da força maior e do caso fortuito. Essa força obrigatória é reconhecida pelo Direito e se impõe frente à tutela jurisdicional. Ao juiz cabe respeitar e assegurar que as partes obtenham os efeitos manifestados no contrato (ONÇA, 2008). Conforme Walker e Sierra (2016, p. 7),

A dificuldade de definição da autonomia privada advém do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade, classicamente surgida da pretensão individualista de que a vontade tivesse força jurígena. Graças ao caminhar social abandonou-se a vontade como geradora do direito, adotando-se o termo, privada, em seu lugar. A autonomia privada passa a ser a capacidade de gerar normas para si mesmo, sob a lei, nas aberturas permitidas pelo sistema jurídico.

Não basta a existência da autonomia da vontade para a existência de uma fonte de deveres e obrigações, para isto existe a autonomia privada, que respeita os limites impostas por leis positivadas e outros princípios. Nisto surgem limitações no poder de contratar. A autonomia da vontade cedeu lugar à autonomia privada, deixando de ser a vontade suprema das partes, isoladamente considerada para ser a vontade do indivíduo, condicionada aos dispositivos legais vigentes. Ressalte-se que a liberdade contratual se contrapõe às outras liberdades do ser humano, como a liberdade de pensamento, de trabalho, de moradia, de alimentação e outros direitos individuais. Em virtude disto e para se evitarem abusos necessária se faz a observância dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos, para se evitarem abusos (ONÇA, 2008). Desse modo, pode ser vislumbrado o modo pelo qual o novo modelo estrutural aqui preconizado desafia a capacidade de equalização nas interpretações contratuais.

A proteção dos direitos fundamentais não é dever somente do Estado nem se restringe às relações travadas entre este e o particular: também nas relações privadas, os

particulares vinculam-se à proteção e garantia recíprocas dos direitos fundamentais. Assim, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (DIAS, 2016).

A paridade entre civis e empresas, dentro de situações que realmente permitam a paridade, fortalece as pequenas e médias empresas que são responsáveis pela maior parte da força de trabalho da nação. Traz um leque maior de possibilidades e protege esse ramo tão importante na economia brasileira, que são as pequenas empresas. O artigo 421-A do Código Civil foi modificado dentro da Lei da liberdade econômica, cuja interpretação faz valer da boa-fé para sua efetividade e assim busca maior equilíbrio nas relações.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

- I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
- II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
- III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

A interpretação agora deve aprimorar a autonomia do cidadão, presumindo sua boa-fé. Antes, era comum o uso de dúvidas interpretativas da lei para sobrepor o contrato, restringindo a liberdade contratual e obrigando pequenos e médios comerciantes arcar com os altos custos judiciais para preservar sua autonomia. A Lei nº 13.874/2019 representa um grande avanço legal brasileiro, trazendo luz aos novos paradigmas contratuais.

5 CONTRATOS DE CONSUMO: ADESÃO

A formação massificada de contratos surgiu após a segunda Revolução Industrial, a partir da necessidade de se otimizar a contratação, tanto em velocidade quanto em custo, para dar conta da agilidade de absorção dos produtos em série (MACHADO, 2020). Surgem assim os contratos de adesão, em que apenas o proponente exprime suas condições e o aderente não tem oportunidade de modificar os termos.

Com a crescente evolução de uma sociedade que prima pelo consumismo, surgiram os chamados contratos de adesão, largamente utilizados para a aquisição ou a utilização de bens, destacando-se os de alienação fiduciária e o arrendamento mercantil, popularmente difundido como *leasing*. Trata-se de um contrato estandardizado, que dispensa a prévia discussão das bases do negócio instrumento; vem sendo a praxe a inserção de cláusula abusiva em que se elege o foro do estipulante em detrimento do foro do domicílio do consumidor, de forma que, ao atrasar qualquer das prestações avençadas, é o consumidor surpreendido com ação judicial promovida pelo estipulante

no foro deste, o que significa uma verdadeira negação de acesso à justiça (BARCELLOS, 2002).

Os contratos de adesão, nas relações consumeristas ou fora delas, são reais, presentes e necessários para o desenvolvimento das atividades econômicas atuais. Nesse passo, são formatações contratuais que não podem ser ignoradas e devem, com apoio em normas jurídicas, apresentar-se como soluções seguras e equânimes para os aderentes, o que pode se revelar desafiador (ZANETTI, 2017).

Conforme afirmado por Hantts Eugenio dos Santos (2016), o contrato de adesão traz vantagens e desvantagens para as partes:

O contrato realizado em massa é fundamental para empresas que realizam diariamente uma quantidade relativa de contratos, mas como já dito antes nem sempre o consumidor terá todos os seus direitos reservados. Terá que abrir mão ao realizar um contrato de adesão já que é algo padrão. Com isso, muitas pessoas podem ser alcançadas em menos tempo e mais rápido fazendo com que o capitalismo seja movimentado (SANTOS, 2016, p. 5).

Quanto à natureza do contrato de adesão, deve-se situá-lo não como um tipo diferente de contrato; na verdade o contrato de adesão é um método, um instrumento de contratação que pode ser aplicado a um contrato de compra e venda ou de comodato ou de qualquer outro tipo. Isso porque é um método extremamente vantajoso quanto à rapidez com que se concretizam os contratos entre consumidores e fornecedores. Além disso, há a possibilidade de inserção de cláusulas abusivas, cláusulas essas que gerariam vantagens excessivas para a parte mais forte da relação, qual seja, a parte que tem o poder de elaborar o contrato unilateralmente, o fornecedor (ALVES JÚNIOR, 2008).

É inevitável a adoção dos contratos de adesão, principalmente nos comércios *online*, agilizando o processo e tornando mais acessíveis os bens produzidos na nossa sociedade de consumo. A legislação brasileira aborda o tema no Código Civil de 2002. É discutida na Seção VIII a validade dos documentos eletrônicos. Além disso, foi criado o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), que trata de princípios e garantias do uso da internet, em que se defende a liberalidade nos contratos em meio eletrônico, conforme descrito no inciso VIII do art. 3º: “Art. 3 A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei”.

A Lei n. 13.874/2019 notadamente se atenta às novas exigências do mercado, buscando modernizar também a via contratual e seus dispositivos legais. Com esse dispositivo, os negócios jurídicos e quaisquer documentos passam a ser válidos também em versão digital e surtir efeitos legais equiparados ao documento físico. Conforme o artigo terceiro, inciso X, o documento eletrônico, respeitando requisitos estabelecidos, equipará ao documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público.

O artigo 3º disciplina o liberalismo contratual no ambiente virtual, defendendo as diversas formas de contrato, inclusive os contratos de adesão. É notória a

vulnerabilidade dos indivíduos no que toca as relações constituídas pelo meio virtual, atingindo até o âmbito internacional, haja vista a falta de regulamentação civil para os contratos aperfeiçoados (MARQUES, 2002). No Código de Defesa do Consumidor no caput do artigo 54 trata a definição do que seja um contrato de adesão:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

As cláusulas abusivas não são exclusividade apenas dos contratos de adesão; podem surgir em outros contratos ou em outros que não envolvam relações de consumo. Com o surgimento dos contratos de adesão, pelo fato de não permitirem uma prévia discussão acerca de seus termos, pois as condições gerais do contrato são unilateralmente fixadas por uma das partes, muitas vezes trazem em seu bojo uma afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade, da tutela da confiança e do equilíbrio contratual (PADILHA, 2003).

As cláusulas abusivas são aquelas que, de acordo com o artigo 424 do Código Civil de 2002, estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Dentre as regras protetivas no campo contratual, destaca-se a determinação no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 46 e 47. O consumidor é desobrigado a cumprir com o contrato se este não tiver seu conteúdo previamente conhecido ou se sua compreensão for dificultada (SOUZA, 2012). Além disto, o Código de Defesa do Consumidor define em seu artigo 51 quais são as cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo elas nulas de pleno direito.

Serão consideradas abusivas, por exemplo, as disposições em que o consumidor renunciar às normas do CDC em prol da aplicação exclusiva do Código Civil ou ainda cláusula que deixe a eleição de foro a critério do fornecedor, sendo certo que a escolha ensejará dificuldades para a defesa do consumidor.

A definição de cláusulas abusivas e os efeitos dela decorrentes são aplicáveis tanto aos contratos de adesão quanto aos contratos paritários e são sempre considerados nulos, prevendo a norma geral a proibição de cláusulas contra a boa-fé. A teor do disposto no parágrafo 2º do artigo 51 do CDC, a nulidade de qualquer cláusula considerada abusiva não invalida o contrato, exceto quando sua ausência, apesar dos esforços de integração, acarretar ônus excessivo a qualquer das partes; o CDC adotou o princípio da conservação dos contratos ao determinar que somente a cláusula abusiva é nula, permanecendo válidas as demais cláusulas contratuais, subsistindo o contrato, desde que se averigüe o justo equilíbrio entre as partes (BARCELLOS, 2002).

Na formulação dos artigos 46, 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, foram utilizados princípios opostos aos que foram usados para a elaboração da Lei n. 13.874/2019. Isto representa um conflito entre as fontes com a Lei n. 13.874/2019; no Código do Consumidor se prioriza a interpretação a favor do consumidor e na Lei da Liberdade Econômica isto é relativizado e analisado conforme o caso concreto e conforme o que foi estabelecido em contrato, podendo até mesmo a interpretação ser

normatizada em cláusula contratual. Em um caso concreto de cláusula contratual abusiva será impossível a utilização do diálogo das fontes para resolução do litígio.

Pensando nisto, deve ser salientado que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado apenas quando a parte for o destinatário final do produto, com exceção de quando comprovada vulnerabilidade de alguma das partes frente a outra. O Superior Tribunal de Justiça defende a corrente finalista mitigada, pautada na ideia de se enquadrar a pessoa jurídica como consumidora desde que comprovada sua vulnerabilidade, ou seja, tal posicionamento realiza o exame *in concreto* do conceito de consumidor. Esta corrente se apresenta como uma corrente intermediária quando comparada às teorias finalista e maximalistas (ALMEIDA, 2019).

O argumento também é válido quando o consumidor não for vulnerável frente ao fabricante. No estudo do Dr. Antônio Carlos Efiging (2020), verificou-se que a Lei da Liberdade Econômica não objetiva realizar alterações no Direito do Consumidor; mesmo que o fizesse, não teria poder para tanto, uma vez que as normas consumeristas são de ordem pública e possuem natureza cogente.

A definição do que seja cláusulas abusivas em um contrato civil passa por maiores dificuldades do que as encontradas em contratos consumeristas. Consentir que a simples declaração pelo julgador de que tal contrato, ou tal cláusula contratual é injusta, ou não equitativa, ou simplesmente abusiva, com base unicamente no conceito indeterminado das cláusulas gerais do Código Civil, seria apostar na discricionariedade judicial, enfim, um perigoso convite à arbitrariedade (COSTA, 2020). Tendo isto em vista, fica clara a existência da necessidade de renovação processual, estimulando a padronização do fluxo de informações na jurisprudência. No sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, na esfera judicial ou na administrativa, o critério utilizado é o da persuasão racional, que não impõe valores tarifados na apreciação das provas, observando certa margem de liberdade para decidir, contudo a decisão proferida pelo destinatário exige que se dê em consonância com o conjunto probatório presente no processo.

As cláusulas abusivas seriam, portanto, uma especialização do fenômeno do abuso. Destarte, pode-se concluir que o fundamento do repúdio às cláusulas abusivas assenta no princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé pode encontrar amparo legal inserindo-se como conceito indeterminado numa cláusula geral, ou vigorar como um princípio subjacente ao ordenamento jurídico, aflorando casuisticamente na construção do caso concreto. Nesta feição é que o princípio da boa-fé se faz largamente presente no sistema brasileiro (BARCELLOS, 2002).

Nos contratos de adesão regidos exclusivamente pelo Código Civil, não existe a presunção da vulnerabilidade de uma das partes pelo fato de o contrato possuir cláusulas padronizadas ou que não puderam ser negociadas substancialmente. A constatação da vulnerabilidade de uma parte fica a critério do exame individual fático e probatório. Esse fato acarreta consequências significativas no campo processual, já que a parte que alega necessita provar sua situação de vulnerabilidade e o aproveitamento patológico dessa condição pela outra parte (ZANETTI, 2017).

Com o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, empresas privadas têm suas normas exclusivas para o regimento de seus contratos, excluindo estatais de qualquer natureza. Não mais é possível utilizar da interpretação

de uma norma geral para sobrepor o contrato. Sobre os negócios jurídicos, a Lei da Liberdade Econômica traz que as partes envolvidas no negócio poderão pactuar regras de interpretação acerca do contrato firmado entre elas, mesmo que diferentes das previstas em lei, como dispõe o §2º do artigo 113, do Código Civil (EFING, 2020).

Como foi evidenciado por Caroline Christina Dias (2014), nos dez anos da implementação do Código Civil de 2002, percebe-se uma intenção do Sistema de abrandar a máxima *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos), permitindo que permeiem o direito privado noções e valores tipicamente públicos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; doutro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável. O Estado, por sua vez, com muito mais frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas.

6 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS

Na atual conjuntura de globalização, de intensas relações comerciais e de consumo, não apenas o Estado, por se encontrar em uma posição de superioridade hierárquica, pode ser um agente violador dos direitos fundamentais dos indivíduos. Os próprios particulares, por também ocuparem posições desiguais de poder e de índole econômica, podem, ao estabelecer suas relações privadas, lesar os direitos de seus pares.

A positivação dos direitos fundamentais no ordenamento nacional, em um primeiro momento, atribuiu-lhes efeitos apenas no que tange às relações públicas (Estado-indivíduo), servindo como meio de proteção da pessoa frente ao Estado. Havia uma dicotomia entre os ramos do direito público e do direito privado, separando-se a aplicação das disposições constitucionais das prescrições do direito privado (DIAS, 2016).

Tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil estabelecem a função social como elemento a ser respeitado nas relações contratuais, cabendo ao operador do Direito tornar factível a aplicação desse princípio, conforme a literatura da área. (GREVETTI, 2020). Com o advento do Código de 2002, houve um rompimento do aspecto individualista que até então predominava, principalmente na seara contratual. Os novos dispositivos legais desse código passam a disciplinar um conjunto de interesses estruturados no princípio da função social do contrato, em que, por exemplo, a força obrigatória dos contratos é mitigada para proteger o bem comum e a função social do contrato (BEVILAQUA, 2020). É definido no Código Civil de 2002 em seu artigo 421 que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Hantts Eugenio dos Santos (2016) define o contrato de forma a abranger sua função social e a manter seu intuito fundamental:

Passando, então, por um enorme movimento evolutivo das sociedades pode-se em pleno século XXI dizer que o contrato é o acordo de vontades entre pessoas com o objetivo de se adquirir ou satisfazer alguma necessidade através de uma negociação contratual formal ou informal. Desta feita, o contrato possui como principal função em uma sociedade promover a circulação de riquezas e educar a sociedade em

suas relações diárias, ou seja, manter a segurança jurídica entre os diversos interesses sociais (SANTOS, 2016, p. 2).

A função social do contrato é defendida em diversos instantes no ordenamento brasileiro, tanto em sua constituição quanto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. A função social do contrato não visa extinguir sua força vinculante, mas somente torná-lo um instrumento que busca promover as trocas econômicas de forma mais justa e igualmente seguras. A segurança jurídica, tanto quanto a justiça, é elemento primordial para a sobrevivência do Estado e da nação, de acordo com os escritos da área.

Um estudo do PhD Júlio Cesar de Aguiar (2014) propõe que existam apenas duas possíveis definições da função social do contrato: uma econômica, de geração de cooperação, e outra política, de distribuição. Sugere ainda que a distinção é relevante na medida em que serve para identificar a maneira mais eficiente para que a lei alcance os objetivos buscados, distributivos ou de cooperação.

Assim, não seria possível às pessoas manterem uma vida em sociedade de forma igualitária, justa, digna, sem o resguardo de seus direitos fundamentais e sem a preservação da finalidade coletiva. Dessa forma, não mais se vislumbra a prevalência de uma relação de direito privado que não cumpra um fim social e que não observe os direitos individuais dos indivíduos, dado que em todo o âmbito do direito e em todos os seus ramos fala-se no cumprimento de uma função social, tornando-se assim uma característica inerente ao direito. A Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi definiu a função social do contrato como um princípio aberto para a consecução da justiça, nas seguintes palavras (AGUIAR, 2014, p. 101):

O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade.

O princípio da função social do contrato surge como um garantidor de cumprimento dos acordos pactuados entre as partes e, com isso, promover o equilíbrio e organizar a sociedade. Dessa forma, é possível afirmar a existência de duas funções primordiais dos contratos, sendo a função econômica e a pedagógica social. O contrato é instrumento de circulação de riqueza, ajudando a distribuir a renda e a gerar empregos, pois, em uma perspectiva contemporânea, contrato é um conceito funcional e, como tal, desempenha importante papel (SANTOS, 2016).

A Lei n. 13.874/2019 traz liberdade na interpretação de contratos, desde que pactuados entre as partes e respeite a função social do contrato. Tal dispositivo está elencado na modificação do artigo 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

O surgimento de novas legislações para a expansão da livre contratação é adotado para regulamentar a relação contratual, ampliando os poderes individuais e priorizando a função social do contrato em conjunto com a intervenção mínima do Estado. Faz parte do neoliberalismo adotar um tipo de governo em que se prioriza a ordem econômica, construindo institucional e legalmente os frágeis mecanismos concorrenciais do mercado de modo a evitar a concentração econômica, a favorecer as empresas médias, a multiplicar o acesso à propriedade, a erigir as coberturas sociais do risco e a regulamentar o meio ambiente (ANDRADE, 2019).

Nesse cenário, o presente Código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade. Desse modo, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade, conforme a literatura específica.

Antes da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, não havia uma legislação específica a respeito das cláusulas contratuais gerais. O Poder Judiciário se utilizava das regras gerais contidas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil para suprir essa lacuna, além do art. 85: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

A interpretação dos contratos era formada conforme a analogia, valendo-se do direito comparado e ainda atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum (PADILHA, 2003). De acordo com a Constituição Federal, o princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, que diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, é vetado que os legisladores criem ou editem leis que a violem. O princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

A Lei n. 13.874/2019 positiva princípios para nortear não só o disposto na constituição, mas também toda relação econômica, tornando sólida a importância e a forma de interpretar contratos:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

- I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
- II - a boa-fé do particular perante o poder público;
- III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
- IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Existe, notadamente, um movimento por parte do poder legislativo com finalidade de trazer ao ordenamento uma maior liberdade contratual, porém com o maior equilíbrio entre as partes possível. Mudanças nesse sentido pretendem gerar maior segurança jurídica, buscando reduzir ações judiciais relacionadas às cláusulas contratuais em geral. Prevalece a liberdade entre as partes e, somente quando houver cláusulas que não estejam suficientemente claras, ou seja, quando consideradas

ambíguas ou contraditórias, poderá haver uma interpretação mais favorável a quem contrata (RIOS, 2019).

O fato é que a formação de grandes aparatos burocráticos por dentro do Estado e das instituições representativas, como os partidos políticos, os sindicatos, o governo, etc., implica grande perigo à excessiva autonomização e insulamento dos agentes políticos e dos técnicos em face dos representados, criando núcleos de poder que não se comunicam e ficam desprovidas de controle adequado (LEAL, 2013). O capítulo IV da chamada Lei da liberdade Econômica tem essa preocupação sobre a burocracia no sistema econômico. Nele é estabelecido que qualquer alteração normativa de interesse econômico deve passar por um estudo de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Da mesma forma, a redução de procedimentos burocráticos e administrativos irá facilitar o exercício da atividade econômica e a redução de tempo e recursos (RIOS, 2019). A conduta da colaboração e cooperação, com vistas a alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica, sendo mais comum no âmbito de contratos, destinado a pautar a conduta dos contratantes, num silogismo de honradez, honestidade e probidade, é aplicada em diversas áreas jurídicas. Sendo assim, o artigo quinto estipula que alterações normativas de interesse dos agentes econômicos devem ser previamente estudadas para se mensurar impactos regulatórios na economia.

7 CONCLUSÃO

A Lei n. 13.874/2019 foi sancionada com o principal objetivo de viabilizar o livre exercício da atividade econômica e a livre iniciativa, deixando evidente a intenção do legislador em garantir autonomia do particular para empreender. A lei marca uma facilidade e previsibilidade maior para que novas empresas, nacionais e estrangeiras, entrem no mercado incentivando o crescimento econômico do país, trazendo desenvolvimento social.

A norma elaborada na Lei n. 13.874/2019 tem característica tanto instrumental, regulando como se dá a solução dos conflitos em juízo criando interpretações autênticas de outras normas, quanto substancial disciplinando mediatamente a cooperação entre pessoas e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade. É classificada como uma norma ordinária taxativa, resguarda interesses fundamentais da sociedade e por isso atua independente da vontade das partes.

O motivo para se desejar que certas instituições, como os contratos, se sujeitem a princípios de justiça, se mostra em sua importância no cotidiano da sociedade. Nele é importante definir a divisão dos benefícios e ônus dentro da cooperação social. Por essa razão, o direito contratual é parte da estrutura básica social, pois a divisão dos benefícios e ônus da cooperação dependem de normas que tratam da aquisição e transferência de direitos de propriedade.

A definição de cláusulas abusivas em contratos civis passa pela interpretação contratual. Diferentemente de contratos de consumo regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a igualdade das partes é presumida e a interpretação mais benéfica a favor do contratante inexistente. Isto leva a interpretação das cláusulas contratuais e sua definição

como abusiva em contratos civis passar pelo crivo da razoabilidade e do equilíbrio entre as partes, trazendo o verdadeiro princípio constitucional de igualdade do artigo 5º.

O dispositivo normativo aqui tratado torna o equilíbrio e o respeito aos contratos essencial. Isto representa maior confiança e seguridade nas relações contratuais. Uma vez estabelecidas normas instrumentais para interpretação processual de contratos, sua capacidade de gerar obrigações se torna mais forte e segura. Isto decorre da previsibilidade de possíveis julgamentos processuais, pois agora essas decisões não trarão surpresas restritivas ao que foi pactuado em contrato e que a analogia na interpretação da norma não será usada para prejudicar o cidadão. A Lei da Liberdade Econômica acabou por positivizar o princípio da autonomia privada, valorizando a liberdade contratual, desde que isso não contrarie normas cogentes ou de ordem pública.

Ainda que celebrando a liberdade individual, e sendo considerada uma das leis mais “liberais” economicamente do ordenamento, a chamada Lei da Liberdade Econômica tem suas ressalvas. Mesmo em contratos civis ou empresariais paritários, com conteúdo amplamente negociado entre as partes em posição de igualdade, existem proibições e restrições. Ainda que em se tratando de tais contratos, celebrados entre grandes e poderoso agentes econômicos, há a necessidade de se observar os preceitos de ordem pública e princípios fundamentais garantidores do Estado de Direito.

Isto só retifica o interesse público dentro da instituição contratual. Ainda que em se tratando da manifestação da liberdade individual, a interpretação contratual possui interesse público, uma vez que seus resultados interferem na vida coletiva em sociedade.

O Estado de Direito tem um papel fundamental em relação a outras liberdades básicas. Essas liberdades falham em prover condições para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais se não forem especificadas ou se o conteúdo das disposições que as especificam e, principalmente, o seu modo de aplicação afrontarem grosseiramente o Estado de Direito. A Lei n. 13.874/2019 procurou dar um sentido à interpretação e à aplicação da norma em contratos, tratando as cláusulas abusivas como exceção a norma.

O uso de princípios positivados como os aqui tratados faz com que a interpretação de contratos e a identificação de cláusulas abusivas seja de forma mais justa e equilibrada para ambas as partes do contrato.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALVES JUNIOR, Ademir Soares. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão**. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

ANDRADE, Daniel Pereira. O que é o neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 211-239, abr. 2019.

AGUIAR, Julio Cesar de. Função Social do Contrato: uma Análise Lógico-Empírica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 1, p. 101-126, mar. 2014.

BARCELLOS, Bayard de Freitas. **As cláusulas abusivas à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2002. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-11/as-clausulas-abusivas-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia/#_ftn6. Acesso em: 06 nov. 2020.

BEVILAQUA, Newton. 2020. **Direito das obrigações: pacta sunt servanda**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65895/direito-das-obrigacoes-pacta-sunt-servanda>. Acesso em: 02 out. 2020.

CABRAL, Eurico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, ano 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 87.

COSTA, Luis Alberto da. **O processo de generalização das cláusulas abusivas sob a perspectiva da função social dos contratos**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21835/o-processo-de-generalizacao-das-clausulas-abusivas-sob-a-perspectiva-da-funcao-social-dos-contratos#:~:text=O%20art.,declara%20nulas%20de%20pleno%20direito.&text=Parte%20expressiva%20da%20doutrina%20sustenta,somente%20aos%20contratos%20de%20adesão>. Acesso em: 02 out. 2020.

DIAS, Caroline Christina. **10 anos de Código Civil: o que mudou no direito contratual?**. 2014. Disponível em: <https://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434429/10-anos-de-codigo-civil-o-que-mudou-no-direitohttps://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434429/10-anos-de-codigo-civil-o-que-mudou-no-direito-contratual>. Acesso em: 22 out. 2020.

DIAS, Nathália da Mota Santos. **Apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais**. 2016. 106 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Fadir, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

EFING, Antônio Carlos. A inexistência de reflexos diretos da lei da liberdade econômica no direito do consumidor. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB, Paraná**, ano 5, n. 1, abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MACHADO, André Roberto de Souza. **Negociação e Formação do Contrato**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, mar. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158-159.

MARQUES, Cláudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro**: crise de confiança ou de crescimento do contrato. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 1ª parte, vol. 4, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

ONÇA, Luciane da Silva. **Autonomia da vontade privada e extinção dos contratos**. Universidade Estadual de Maringá – UEM, Maringa, v. 1, n. 1, p. 1-30, jan. 2008.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Prim@ Facie**, [S. l.], ano 2, n. 3, jul./dez. 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIOS, Jessica Ferreira. **A Lei da Liberdade Econômica e a autonomia para os contratos**. 2019. Disponível em: <https://www.andradesilva.com.br/artigos/lei-liberdade-economica/>. Acesso em: 01 out. 2020.

SANTOS, Hantts Eugenio dos. **Evolução histórica do conceito de contrato e sua realção com os direitos humanos**. 2016. 15 f. Curso de Direito, AJES, Vale do Jurema, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, Brasília, v. 50, n. 23, p. 23-46, jan. 2002.

SOUZA, Maria Carolina Rosa de. **Cláusulas Contratuais Abusivas nos Contratos de Consumo**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/clausulas-contratuais-abusivas-nos-contratos-de-consumo/#_edn9. Acesso em: 01 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>. Acesso em: 6 nov. 2020.

VENOSA, Silvio. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013 (Coleção direito civil; v. 2).

WALKER, Mark Pickersgill; SIERRA, Joana de Souza. **Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual**. Congresso do CONPEDI XXV, 2016, Florianópolis SC, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/ylu20h4l/nOtF4G1Ylj7O4BN2.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

ZANETTI, Andréa Cristina. Atualização do CDC: Boa-fé, Superendividamento e Proibição da Arbitragem de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, 30 jan. 2017.

O fenômeno da revitimização como suposta causa da diminuição das denúncias do crime de estupro no Estado de Minas Gerais

The phenomenon of re-victimisation as the supposed cause of the rape crime reduction in report in the state of Minas Gerais

LETÍCIA JHULY MATEUS SILVA

Graduanda em Direito no Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)
E-mail: leticiajhuly@unipam.edu.br

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOREIRA

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: paulomoreira.jus@gmail.com

Resumo: O objetivo geral desta pesquisa é tentar constatar qual a causa da diminuição do crime de estupro em Minas Gerais. Para isso, foi necessário analisar o contexto do crime de estupro e seu processo de apuração desde o momento da denúncia até a sentença. O fenômeno denominado revitimização, no qual a vítima é tratada como culpada do delito, foi tratado como uma das possíveis causas da diminuição do crime de estupro. Ademais, versou-se sobre o estudo da vítima, para compreender melhor como se dá sua atuação no processo penal mediante o estudo da vitimologia e como ela pode contribuir para o combate a revitimização. A pesquisa será feita de forma exploratória, e a fonte será secundária aplicando o método dedutivo, o estudo terá os resultados qualitativos e quantitativos com foco no exame de documentos e dados com a junção de toda pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Vítima. Provas. Processo. Profissionais do Direito.

Abstract: The general objective of this research is to try to find out what is the cause of the decrease of rape crime in Minas Gerais. For this, it was necessary to analyze the context of rape crime and its investigation case from the moment of the complaint to the sentence. The phenomenon called re-victimisation, in which the victim is treated as guilty of the crime was treated as one of the possible causes of the decrease in rape crime. Furthermore, it will deal with the study of the victim, to better understand how they act in criminal proceedings through the study of victimology and how it can contribute to combat re-victimization. The research will be done in an exploratory way, and the source will be secondary applying the deductive method, the study will have qualitative and quantitative results with a focus on the examination of documents and data with the addition of all bibliographic research.

Keywords: Victim. Evidence. Process. Legal professionals.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crime de estupro se caracteriza por forçar outrem a ter relações sexuais ou a

praticar qualquer ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça. Encontra-se tipificado no art. 213 do Código Penal e é um delito de Ação Penal Incondicionada, isso significa que não é preciso de representação da vítima para dar início à ação penal. Contudo, a autoridade policial, para tomar conhecimento do crime de estupro, precisa geralmente da denúncia da vítima, em virtude da forma como o delito é cometido e de sua escassez de provas.

O fenômeno da revitimização pode surgir no momento da denúncia dado que é caracterizado pela atuação de profissionais que abordam a vítima de um crime como culpadas. Essa atuação pode acontecer durante o inquérito policial e durante o processo criminal.

Em face do exposto, manifestam-se as seguintes dúvidas: a revitimização pode desmotivar as vítimas a denunciarem? Se os dados do crime de estupro estão diminuindo em uma determinada região, eles estão mesmo cessando ou as vítimas não estão mais denunciando?

Este estudo será feito no território do Estado de Minas Gerais tentando identificar se o crime de estupro está realmente diminuindo ou as denúncias não estão sendo feitas. Este estudo é importante visto que, no combate ao estupro, espera-se que a Justiça Criminal contribua para a punição de estupradores, e que não auxilie na impunidade do delito.

Para buscar constatar isso, foi essencial descrever quais as características do crime de estupro e como é feito o processo criminal de apuração desse crime; diagnosticar dados do crime de estupro em Minas Gerais; avaliar como a vítima é tratada e visualizada pelos profissionais do Direito a partir da análise do fenômeno da revitimização identificando a finalidade para que é usado; analisar a vitimologia e sua seriedade no combate à revitimização e no fortalecimento da palavra da vítima.

Dessa maneira, para alcançar os objetivos propostos para esta pesquisa, utilizou-se do método exploratório-bibliográfico mediante estudo de obras nacionais como livros, doutrinas, artigos científicos, monografias, dissertações, teses, legislações e dados do crime de estupro.

2 O CRIME DE ESTUPRO E SEU PROCESSO DE APURAÇÃO

O crime de estupro é considerado um dos delitos contra a dignidade sexual, listado no Título VI, no Capítulo I- Dos crimes contra a liberdade sexual, do Código Penal, que prevê que, para sua consumação, o autor deve praticar conjunção carnal sob violência ou grave ameaça, ou qualquer outro ato libidinoso com outrem. Como o crime de estupro está entre os crimes contra a dignidade sexual, então o seu objeto é a dignidade sexual de outrem violada pela conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. O delito geralmente é praticado na surdina, sem a presença de testemunhas e de provas, podendo o sujeito passivo ser mulher ou homem.

Para Estefam (2020, p. 754), o estupro pertence à categoria de crime contra a dignidade sexual, em que a objeção do sujeito passivo é o elemento básico do crime. Assim sendo, conforme o autor, verifica-se que é necessária para a consumação do crime a resistência séria e inequívoca imposta pela vítima. Essa característica do delito é uma forma que dificulta a constatação do crime, por não possuir mais nenhuma prova além

da palavra da vítima.

A exigência da resistência da vítima se faz necessário, pois sem ela o ato seria simplesmente sexual, o que se trata de um fato que não constitui crime. A negação do ofendido deve perdurar durante todo o ato sexual, logo não se configura estupro quando há a negação por um simples jogo de sedução. Portanto, a negação deve ser sincera, de forma que o autor do delito saiba que está praticando a conjunção carnal ou o ato libidinoso em razão da sua atitude ameaçadora ou violenta.

De acordo com Estefam (2020, p. 747), “a Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, passou a determinar que todos os delitos previstos nos capítulos I e II do Título VI da Parte Especial são de ação penal pública incondicionada”. Fernandes (1995, p. 59) aduz que “o próprio sucesso da investigação e, conseqüentemente, o bom resultado final do processo dependem muito do interesse da vítima em colaborar”.

Estefam (2020) traz em sua doutrina a informação de que o crime de estupro é um crime de Ação Penal Incondicionada, o que significa que não precisa da representação da vítima para dar início ao processo criminal. A partir da Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, o titular da ação é o Ministério Público quando verifica as circunstâncias da ação para propô-la perante o órgão jurisdicional.

Fernandes (1995) ressalta a importância da manifestação do ofendido no processo criminal, alegando que o sucesso do processo depende muito da colaboração da vítima. Posto isso, o crime de estupro, em regra, depende exclusivamente da vítima para ser noticiado, em razão da forma como é cometido.

Para dar início à apuração, o crime precisa ser noticiado ao delegado de polícia, que é, na maioria das vezes, o primeiro órgão a tomar conhecimento da infração penal e fornecer elementos investigatórios ao Ministério Público para avaliar se é necessário levar o fato à Justiça Criminal.

Logo em seguida, é feita a instrução criminal, que é o momento da investigação e produção de provas de um crime; a instrução se trata de um ato do inquérito policial. Na instrução, são produzidas as provas mais importantes para serem levadas e analisadas em juízo. Insta salientar que as provas no processo penal não possuem hierarquia, ou seja, qualquer prova produzida será importante para formular o livre convencimento em juízo.

O processo criminal se finaliza com a sentença do juiz, quando encerra a fase de julgamento e se inicia a fase de execução da pena. O juiz analisará todas as provas produzidas para formar sua decisão. Por conseguinte, o juiz deve apresentar sua decisão fundamentada com base em todas as informações, provas ao que foi pedido durante o processo penal.

No processo penal, o depoimento da vítima não possui valor probatório em virtude de não ser obrigada a dizer a verdade. Entretanto, no crime de estupro o depoimento da vítima ganha força. Conforme Nascimento (2019, p. 33), “nos crimes sexuais a palavra da vítima tem o mais relevante valor probatório, pois é da natureza desse tipo de crime ser praticado às escondidas e muitas vezes sem deixar vestígios”. Desse modo, a palavra da vítima é suficiente para fundamentar a decisão do juiz.

Apesar da relevância da palavra da vítima, no momento da sentença surgem suspeitas em relação ao seu depoimento, se esta não atender ao estereótipo de mulher honesta exigido, e a suspeita é ainda maior se o acusado pertencer a um círculo social da

vítima. Segundo Nascimento (2019, p. 48), a conclusão a que se chega ao se estudar as sentenças é a de que não basta a mulher honesta ter sido vítima de estupro; ela precisa parecer ter sido vítima.

Durante toda apuração do crime de estupro, ocorre uma análise dos perfis sociais de forma a tentar responsabilizar alguém pelo ocorrido, conforme descreve Rossi (2015, p. 53):

Salienta-se que a ideia de honestidade e, conseqüentemente, de credibilidade, é diferente entre os gêneros, tendo em vista que, enquanto a honestidade das mulheres relaciona-se intimamente com a sua virtude moral no sentido sexual, a dos homens é medida de acordo com a sua relação com o trabalho. Assim, a existência do estupro só irá ganhar plausibilidade quando os envolvidos se enquadrarem a certa moral sexual que é definida por condutas e atributos específicos de cada sexo. Desta forma, no julgamento, serão escolhidos fatos da vida de cada um dos protagonistas de maneira a enquadrá-los em estereótipos opostos: vítima x pretensa vítima e estuprador x acusado incapaz de cometer um estupro. Portanto, as condições aplicadas pelos operadores do direito para que a vítima seja digna de credibilidade transcendem o limiar do ordenamento jurídico, porquanto incrustadas da vivência, da cultura e, sobretudo, dos preceitos sociais e morais absorvidos pelos operadores.

Dessa forma, é evidente que há uma despreparação dos profissionais do Direito em lidar com a apuração do crime de estupro, pois geralmente se baseiam em estereótipos para receber denúncia, para dar início ao processo e para julgar. Na busca por justiça, a vítima, muitas vezes, se encontra desamparada por autoridades que na lógica deveriam protegê-las.

Os padrões sociais evoluem, porém ainda existe o estigma muito grande em desfavor da vítima do crime de estupro, em razão da forma como é praticado, e das concepções sociais machistas. Sendo assim, é importante analisar de forma detalhada a vítima do crime de estupro em virtude do seu papel na apuração desse delito.

2.1 DENÚNCIA

A denúncia no crime de estupro é um marco muito importante, pois desse momento se origina duas repercussões: o momento de valorizar a palavra da vítima e o conhecimento do crime pela autoridade policial e demais profissionais jurídicos. Como demonstrado anteriormente, a palavra da vítima é um meio de prova importante para a constatação do crime de estupro.

O conhecimento pela autoridade policial, sobre o crime, também denominado *Notticia Criminis*, dá ensejo à instauração do inquérito policial. De acordo com Nucci (2016, p.150), a *notticia criminis* pode acontecer de duas formas: a direta, que acontece quando o crime é investigado pelos policiais; a indireta, que se dá quando a vítima vai até a autoridade policial dar conhecimento do delito. A denúncia do crime de estupro

melhor se ajusta na *notticia criminis* indireta, visto que o delito é cometido, geralmente, em situações de testemunhas ausentes.

O momento de denúncia é um momento de muita dificuldade para a vítima, mais ainda se for vítima mulher, pois, além da situação deplorável pela qual passou, ainda possui o receio de sofrer ameaças pelo acusado e ser revitimizada no momento de denunciar o crime. Portanto, não se trata de uma denúncia de um crime qualquer, nem de um atendimento de uma vítima qualquer, por essas razões exigem de ambos os lados seriedade e respeito. Apesar de a denúncia pela vítima ser um dos únicos meios de noticiar o fato criminoso, ela pode estar sendo pouco utilizada por falta de amparo e tato no momento de denunciar, além do julgamento social.

2.2 PROVAS DO CRIME DE ESTUPRO

As provas são utilizadas diariamente para convencer outrem do que se alega. A palavra *prova* se origina do latim *probo*, que significa inspeção, exame, comprovação. As provas no Processo Penal são instrumentos usados para reconstruir o caminho dos fatos perante o juízo, contribuindo para influenciar sua decisão.

Conforme descreve Lima (2020, p. 657), as provas no processo penal são um agrupamento de acontecimentos que possuem o propósito de traduzir a verdade dos fatos para julgamento. O professor ressalta que as provas não podem ser produzidas de qualquer maneira, pois devem observar os princípios do processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Lima (2020, p. 66) ressalta que existem três formas de provas: documental, material e testemunhal. Desse modo, as provas se apresentam em juízo por meio dessas formas, e para a sua produção dependem também de como o crime foi praticado.

É compreensível a importância da prova no processo penal, uma vez que sua falta pode gerar condenações injustas. Além disso, são significativas a imparcialidade e a preparação dos profissionais durante a apuração do crime, para que saibam averiguar de forma correta as provas, principalmente a atuação do magistrado, pois este possui o poder de decisão do caso.

A prova possui como finalidade a decisão do órgão julgador; desse modo, exige muito desta perspicácia no momento de analisá-las. Destarte, o juiz deve utilizar de todos os instrumentos necessários, legais e disponíveis para realizar a inspeção das provas no processo penal. No entanto, isso não significa que o magistrado deve deter o conhecimento, mas pode buscar auxílio de peritos ou técnicos de acordo com o caso que lhe for apresentado.

Como nos demais crimes, o de estupro deve apresentar provas como fim de contribuir para o convencimento do magistrado. Segundo Moutinho e Sol (2021, p. 01), “a coleta de provas é extrema importância para o auxílio do magistrado em proferir uma decisão íntegra, mas em crimes contra a dignidade sexual a apuração de provas é também a parte mais difícil”. Além disso, a jurisprudência do STJ já decidiu no AgRg no AREsp 1275114/DF que “em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas nos autos”.

No crime de estupro, por se tratar de um delito repudiante, a existência de provas é de maior relevância para não haver condenação injusta. No entanto, conforme Moutinho e Sol (2020) pontuaram, a coleta dessas provas muitas vezes se torna quase impossível em virtude da forma como o delito é praticado, restando geralmente apenas o depoimento da vítima. O Superior Tribunal de Justiça já afirmou diversas vezes em seus julgados que, para a palavra da vítima possuir relevância, deve estar coerente com as demais provas juntadas no processo.

Tanto Moutinho e Sol (2020) como o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a importância das provas nos delitos sexuais, nos quais o crime de estupro está incluso. Entretanto, as autoras entendem como é dificultosa a produção de provas em delitos que são praticados na clandestinidade; já o Superior Tribunal admite apenas a relevância da palavra da vítima quando não há outros elementos comprobatórios no processo.

Consequentemente, em razão da limitação de provas do crime de estupro para aumentar a relevância da palavra da vítima, os magistrados, ao invés de aumentar sua importância dependendo de outros elementos probatórios, poderiam adotar instrumentos técnicos, como a ajuda de outros profissionais para detectar possíveis mentiras no depoimento da vítima. Assim sendo, há uma contradição nos julgados do STJ, pois não existe relevância da palavra da vítima se deve estar consoante com os demais elementos probatórios.

Para compreender melhor a contradição do Superior Tribunal de Justiça e suas consequências, devem-se analisar os principais meios de provas para apurar o crime de estupro, são eles: a prova testemunhal, o depoimento da vítima e o exame de corpo de delito. A prova testemunhal consiste em um terceiro que presenciou a consumação do delito pelo sujeito ativo, as testemunhas auxiliam na coerência com os fatos relatados pela vítima e pelo investigado. Contudo, no crime de estupro é difícil haver testemunhas, pois possui a característica de ser praticado às ocultas, além disso possui diversas formas de cometimento, bastando que haja a negativa da vítima e a existência de violência ou grave ameaça.

A palavra da vítima possui grande relevância, pois o crime é praticado às ocultas sem a presença de testemunhas. Contudo, deve haver cuidado ao se analisar este depoimento para que não seja calunioso, assim sendo é necessário que o magistrado possua conhecimento ou ajuda técnica para analisar o depoimento de forma perspicaz. Posto isto, o magistrado deve reconhecer que a relevância da palavra da vítima não se dá com outros elementos probatórios acostados nos autos, mas, sim, buscando meios para validar essa relevância.

No que concerne à prova pericial, mais uma vez depende da forma como o crime de estupro é praticado, ademais pendente ao lapso temporal entre a consumação do crime e o momento da denúncia. Se o crime for praticado por conjunção carnal e houver ejaculação, bem como a vítima realizar a denúncia momentos após a consumação do estupro, haverá a possibilidade de prova pericial para recolhimento do material genético do suspeito. No entanto, a perícia se torna impossível se o crime é praticado por ato libidinoso, ou se a denúncia foi feita muito tempo após a consumação do crime, ou se não tiver acontecido a ejaculação, se o sujeito passivo for um homem torna-se mais inviável ainda a prova pericial. Desse modo, a perícia é um dos melhores meios de provar o crime de estupro, contudo nem sempre ela será possível.

A análise das provas possíveis a serem produzidas no crime de estupro remete à palavra da vítima, é a única que sempre estará presente em todos os casos, por isso se deve buscar meios de analisá-las. A respeito do depoimento da vítima, reitera Lopes (1994, p. 118 *apud* NUCCI, 2013, p. 466):

A palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que seja consistente, firme e harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução, sendo impossível aceitá-la quando do contrário.

Ademais, o que se busca no ordenamento jurídico no que diz respeito às provas do crime de estupro não é condenar o suspeito com um mero depoimento, mas é buscar todo apoio técnico e disponível para constatar esse depoimento e conseqüentemente valorizá-lo. Esse apoio técnico não se traduz aos outros elementos probatórios, como tenta impor o STJ, pois nem sempre esses outros elementos probatórios estarão disponíveis em todos os casos. Essa ilegítima valoração da vítima do STJ leva apenas à impunidade e à revitimização.

Portanto, o certo seria contar com a ajuda de profissionais como psicólogos técnicos em análise comportamental, dentre outros profissionais que analisam comportamento, para saber lidar com essa vítima e emitir um laudo com o diagnóstico para o magistrado.

3 FENÔMENO DA REVITIMIZAÇÃO: COMO ACONTECE

A revitimização acontece quando a vítima é tratada como culpada durante a apuração de um crime. O fenômeno pode ser feito por qualquer profissional que atue no atendimento com a vítima. No que diz respeito ao crime de estupro e a revitimização, o gênero mais atingido por esse fenômeno é o feminino, por razões da condição de ser mulher.

Sobre a revitimização no crime de estupro, Carneiro (2020, p. 32) define que o corpo da mulher durante muito tempo apenas serviu como forma de satisfação masculina. Portanto, conforme conclui a autora, por esse motivo as vítimas do crime de estupro são em maioria mulheres, assim acontece a revitimização, pois para muitos homens a mulher deve se comportar para não provocar os instintos masculinos.

Essa ideia acima vem tentando ser combatida há muito tempo, no entanto está muito enraizada na sociedade. Essas atitudes podem ser detectadas quando julgam a roupa da vítima ou o lugar frequentado e a sua situação, no entanto isso são fatores que não determinam a consumação do estupro. Logo, a sociedade e os profissionais trocam os papéis dos sujeitos do crime de estupro, colocando a vítima no lugar do suspeito.

A revitimização pode ser compreendida como violência institucional, por ser praticada por agentes que apuram crimes, sujeitando a vítima a situações desprezíveis. Para Rossi (2015, p. 73), “o discurso jurídico, tal como é concebido, exerce sobre as mulheres uma segunda violência, agora simbólica e institucionalizada”. O discurso jurídico frente ao caso de estupro possui origem em uma sociedade com cultura tolerante à violência masculina, de acordo com a filósofa Tiburi (2016). A autora ainda determina

que, “quando essas pessoas começam a julgar a vítima do estupro, elas agem como se fossem estupradoras também, começam a agir segundo a lógica do estupro, essa de quem não consegue se colocar no lugar da vítima”. (Tiburi em entrevista à Marilu Cabañas, 2016).

As principais características da revitimização são o atendimento deficitário e o pensamento machista. A revitimização tem início geralmente na delegacia de polícia, no momento da denúncia. Quando a vítima do estupro é uma mulher, pode haver o machismo e, em decorrência disso, existirá questionamento acerca da situação da vítima no momento do crime e a tentativa de culpabilizá-la. Lima e Torres (2013, p.17) destacam:

A investigação social sobre a contribuição da vítima para a ocorrência do crime está edificada no controle da sexualidade feminina. Na verdade, todos os modelos de conduta apontados como tipicamente femininos são explicados culturalmente como a melhor forma de evitar maiores males. Para as massas, se a mulher é cuidadosa e não se desvia das regras comportamentais do seio social, certamente terá menores chances de se tornar vítima de violência sexual. Implica dizer que, para o senso comum, normalmente a mulher só é estuprada se der algum motivo, o qual geralmente está imbricado com sua moral sexual (LIMA; TORRES, 2013, p. 17).

O machismo é um comportamento que usualmente é praticado por homens, pois tende a favorecê-los, possui suas raízes no patriarcado, no qual o homem sempre será o representante principal da família. Barbano e Cruz (2015, p. 161) conceituam o machismo como:

Opressão sexista masculina se pode pensar que suas origens remontam à sociedade burguesa gestada após o fim da Idade Média e é resultado da decadência da Moral Tradicional. Denota a supremacia masculina em todos os âmbitos – físico, social e psicológico justificando, assim, que o homem tem o poder para maltratar uma mulher (BARABANO; CRUZ, 2015, p. 161).

O machismo causa o atendimento deficitário nos casos de crime de estupro e resulta em um sistema que busca motivos para a culpabilização da vítima. As instituições não são mais refúgios, mas sim a causa de mais traumas da vítima do estupro. Destarte, o fenômeno da revitimização constrói um sistema intimidador capaz de diminuir denúncias, afastar as vítimas e, logo, deixar estupradores impunes.

3.1 VITIMOLOGIA E A VÍTIMA DO CRIME DE ESTUPRO

A vitimologia é a ciência que estuda a vítima do crime e a vitimização. Ela se realiza por meio da ampliação da rede de proteção de toda a sociedade. Logo a vitimologia age pela identificação de potenciais vítimas, promoção de soluções justas. Portanto, não se trata de uma ciência que estuda apenas a vítima, mas o estudo da vitimologia incentiva o desenvolvimento da prevenção, pesquisas e ampliação dos

canais de denúncia.

O estudo da vítima busca garantir os direitos humanos de toda a sociedade, já que a vitimologia visa agir também preventivamente. Freitas (2018, p. 24) defende que a vítima não é mais considerada apenas o sujeito passivo do crime, mas seu papel no crime é valorizado e sua proteção é considerada uma espécie de tratamento justo e igual para a realização dos direitos humanos. Dessa maneira, com a vitimologia o foco do processo penal não será apenas no acusado.

A vítima durante muito tempo foi excluída do processo, sendo o foco apenas no acusado, não analisando seus depoimentos ou lhe garantindo segurança. Conforme a descrição de Freitas (2018), é necessário esse enfoque na vítima justamente para lhe proteger, garantir seus direitos e até contribuir para a análise do acusado. Por mais que o seu depoimento não possua um valor probante, o seu papel no processo penal é importante.

Conforme o estudo de Freitas (2018, p. 48), a vítima do crime de estupro é classificada como: “vítima ideal, vítima resistente ou cooperadora, vítima inocente, vítima determinada, indiferente, indeterminada”. A respeito dessa classificação vale destacar duas: vítima inocente e vítima cooperada. A vítima inocente pode ser conceituada, de acordo com Benjamin Mendelsohn (*apud* OLIVEIRA, 2005, p. 194), como aquela vítima que não teve nenhuma colaboração para o desencadeamento do evento danoso. A vítima cooperada, de acordo com Hans von Henting (*apud* MOREIRA FILHO, 2004, p. 48) é a vítima que contribui para a produção do resultado.

A vítima inocente não contribui de forma alguma para a consumação do crime. Logo, o acusado é único responsável pela realização do crime. A classificação da vítima feita por Mendelsohn tem origem na relação do criminoso com a vítima. Para chegar a essa conclusão, deve-se realizar uma análise das provas para identificar se a vítima reagiu de alguma forma ao crime e detalhar qual foram seus atos de reação.

Quando os atos da vítima de alguma forma contribuem para a consumação do crime, recebe a denominação de vítima cooperada. Assim sendo, a ação da vítima diante o agressor se dá em razão da má-fé ou de imprudência. Os atos do ofendido e do acusado possuem finalidades diferentes, mas suas práticas dispõem do mesmo resultado final.

O ofendido do crime de estupro pode se adequar mais na classificação de vítima inocente, pois suas roupas e seus comportamentos não são um convite para ser estuprado. No entanto, a classificação de vítima cooperada não possui tanta coerência com a vítima do crime de estupro, pois os supostos atos da vítima que levam ao resultado do crime não são uma contribuição. Ou seja, no que diz respeito às substâncias que a vítima ingeriu ou usou, ou as roupas utilizadas por exemplo, não podem ser justificantes de colaboração para a consumação do crime.

A vítima e o acusado do crime de estupro possuem estereótipos. A vítima ou é uma pessoa provocadora e sensual, ou é uma pessoa honesta, trabalhadora e sem vícios. O estuprador ou é uma pessoa que não consegue controlar seus desejos sexuais, ou é uma pessoa de índole e incapaz realizar um crime desse. No entanto, esses estereótipos não possuem nenhuma relevância no momento do cometimento do crime, podendo o sujeito passivo e o ativo serem quaisquer pessoas.

Os estereótipos feitos referentes à vítima são uma forma de aliviar a responsabilização estatal e social pelo acontecimento do crime. Quando o ofendido é

uma pessoa que foge da ideia de pessoa honesta e sem vício, geralmente é taxado como o responsabilizado pelo delito. Porém, o crime de estupro para a sociedade somente acontece quando é feito contra uma pessoa honesta.

Com o acusado, o que acontece é que a sociedade e a justiça não querem responsabilizar pessoas socialmente honestas ou indivíduos que pertencem ao círculo social da vítima. A princípio, o acusado deve apresentar conduta social divergente para ser condenado por esse crime. A justiça e a sociedade tentam desacreditar que o crime de estupro acontece de forma assustadoramente frequente. No que diz respeito aos estereótipos, Freitas (2018, p. 53) descreve em seu estudo: “assim como não existe uma vítima una ou genuína nesse crime, bem como é diversa também a motivação para este delito, também não há um tipo padrão de estuprador”.

Quando há a frequência desses estereótipos em apuração de crimes, é uma forma de preservar uma estrutura socialmente construída. Barros e Jorge-Birol (2009, p. 05) conceituam: “quando não há nem a justificativa nem a suposta provocação da vítima, busca-se ainda imputar as mesmas características negativas, no intuito desmerecê-las, e torná-las de alguma forma merecedoras da violência que lhes abateu”. Desse modo, o processo de desconstrução do ideal machista é dificultoso, por isso a sociedade e os órgãos estatais, para se desincumbirem da parcela de responsabilidade pela consumação do crime, culpam a vítima.

Os desdobramentos do estudo da vítima são diversos, principalmente da vítima do crime de estupro que tem que lidar com o processo de forma mais intensa. A vitimologia contribui de forma direta para o fortalecimento da palavra da vítima, já que seu estudo tenta concretizar uma estrutura de cuidado e proteção.

O que se averigua nesse estudo não é condenar pessoas inocentes pelo que não cometeram, mas, ao contrário, usar da vitimologia para saber atender e diferenciar, uma vítima que diz a verdade da vítima que está mentindo. A vitimologia engloba a apuração do estudo da revitimização, no qual identifica quais são os fatores que causam esse fenômeno e como é realizado.

4 DIMINUIÇÃO DAS DENÚNCIAS DO CRIME DE ESTUPRO NO ESTADO DE MINAS GERAIS E SUA SUPOSTAS CAUSAS

No Estado de Minas Gerais, de acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 e 2021, desde 2017 os dados do crime de estupro estão diminuindo. Muitos comemoram essa diminuição. Assim sendo, serão analisadas duas possíveis e principais causas: o crime de estupro está acontecendo, mas não está sendo denunciado, ou realmente o crime está diminuindo.

Cabe ressaltar que o estupro se diferencia dos demais crimes, pois dificilmente haverá testemunhas ou o exame do corpo de delito. Para a consumação do crime de estupro, não é necessário que haja um resultado material, por isso nem sempre é possível a realização do corpo de delito ou a presença de testemunhas.

Em contrapartida, Minas Gerais vem registrando diminuição de ocorrência nos casos de crimes violentos, sendo que apenas no primeiro semestre de 2021 as ocorrências diminuíram 24% em relação ao ano anterior conforme divulgou a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP). Vale ressaltar que a diminuição da

criminalidade depende de diversos fatores como investimentos em saúde, educação, moradia, cultura e emprego, logo a diminuição não depende apenas de investimento em armamentos ou em mais policiais.

Ademais, outro fator a ser analisado é o aplicativo criado pelo Governo de Minas mediante a SEJUSP, denominado MG Mulher, lançado em março de 2020 para dar suporte às vítimas de violência doméstica ou qualquer vítima mulher. O aplicativo possui orientações sobre a violência contra a mulher, os pontos de atendimento mais próximos para realizar denúncias e buscar ajuda, além de contar com uma rede de apoio que, em caso de violência, poderá acioná-la. O aplicativo pode contribuir para fornecer informações, contudo sua eficácia pode ser questionada, dado que o resultado do aplicativo seria o aumento de denúncias por causa da disseminação de informações contidas nele.

Os poucos pontos e forma de denunciar o crime de estupro podem ser uma causa que contribua para a sobrecarga dos profissionais, principalmente os policiais e os profissionais que atuam em delegacias, já que são os primeiros a terem contato com as vítimas. Essa sobrecarga tem potencial de impedir a melhor preparação dos profissionais quando a vítima decide denunciar o crime de estupro. Dessa maneira, a falta de pontos de denúncia constitui a sobrecarga dos policiais e profissionais, gerando a falta de preparo que pode levar a revitimização do crime de estupro.

A notícia de diminuição dos crimes no Estado de Minas Gerais é realmente empolgante de forma geral. No entanto, essa estatística pode não demonstrar a realidade em razão da forma como os crimes são cometidos. No que concerne ao estupro, o estudo deve ser analisado observando outras bases de dados.

4.1 DADOS DO CRIME DE ESTUPRO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Minas Gerais foi o terceiro estado que mais gastou com segurança pública per capita em 2020. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, foram R\$ 718,98 por pessoa. O investimento em segurança pode contribuir para a diminuição desse delito? Talvez as circunstâncias citadas possam influenciar no combate a esse crime, mas dependem de como o investimento é aplicado.

Os dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, nos anos de 2017 e 2018 o Estado de Minas Gerais, registraram 5.245 e 5.346 casos de estupro respectivamente. Já de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, nos anos de 2019 e 2020, os casos do crime de estupro no estado foram de 1.490 e 1.237 respectivamente. A queda de dados do crime de estupro de 2018 para 2019 foi grande.

O Anuário ainda traz os dados de vítimas mulheres em Minas Gerais, sendo que em 2017 e 2018 foram 4.552 e 4.615, e em 2019 e 2020 foram 1.399 e 1.158 vítimas do estupro apenas do sexo feminino. Logo, é evidente que a maioria das vítimas de estupro no Estado são mulheres, isso pode confirmar as concepções sociais machistas já que muitos homens acreditam que podem possuir a mulher quando eles desejarem.

A plataforma DATASUS traz dados de notificações de estupro feitas no Sistema Único de Saúde (SUS). No estado de Minas Gerais em 2018 a plataforma registrou 2.800 casos, por isso foi menor que os casos notificados nas delegacias, mas o que chama

atenção são os dados de 2019, sendo que o DATASUS registrou 3.059 casos de estupro, logo foram 1.569 casos a mais que os notificados. Os dados de 2019 mostram que foi o ano em que os casos de estupros tiveram uma grande diminuição em relação ao ano anterior. Ainda que esses dados demonstrem que os casos de estupro não estão sendo notificados, não foi possível apurar qual o número exato de subnotificação no estado de Minas Gerais visto que a vítima pode recorrer a outros institutos para buscar ajuda, ou não procurar ajuda.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou uma nota técnica em maio de 2020 tratando sobre a Violência Doméstica durante a Pandemia da Covid-19, trazendo dados do crime de estupro também. A pesquisa foi realizada comparando as denúncias feitas nos meses de março e abril de 2019 e 2020. No período analisado, o crime de estupro em Minas Gerais teve -49,4% de estupros registrados no Estado em 2020 em comparação ao ano anterior.

A pesquisa busca demonstrar como a pandemia contribuiu para a diminuição das denúncias, em razão do isolamento social. Além disso, um ponto que chama atenção na Nota Técnica é que o Rio Grande do Norte foi o único estado a mostrar crescimento nos registros de estupro, isso porque, como é relatado na pesquisa, o estado estava em fase de ampliação do SINESP (Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública), o que aumentou a quantidade de delegacias capazes de inserir os dados no sistema e a consequente redução da subnotificação de casos.

Como demonstrado, Minas Gerais possui o projeto que auxilia a mulher no momento que sofre alguma agressão, como o aplicativo MG mulher, porém, conforme o exemplo do Rio Grande do Norte, um dos pontos que podem influenciar na realização da *notticia criminis* são o aumento de pontos de denúncia e, mesmo que o aplicativo informe locais para buscar ajudar, não houve um aumento de lugares para denunciar ou uma forma de denúncia imediata.

No entanto, a tese sobre a sobrecarga pode ser questionada, pois existem 900 delegados em Minas Gerais no ano de 2020. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021 e no primeiro semestre de 2020, houve o registro de 25.676 ocorrências de crimes violentos conforme a SEJUSP, portanto, dividindo esse número de ocorrências pela quantidade de delegados, há em média 28 ocorrências por delegado, isso sem analisar o número de agentes, escrivães e policiais militares que trabalham em equipe, ou seja, pressupõe que eles dispõem de tempo para aprender a lidar com a vítima de estupro.

A possível inexistência da sobrecarga dos profissionais em Minas Gerais demonstra que eles dispõem de tempo para preparação, no entanto a despreparação pode estar associada a acreditar que o crime acontece devido aos comportamentos das vítimas.

4.2 CORRELAÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO COM A DENÚNCIA DO CRIME DE ESTUPRO

O processo de revitimização não possui início na tentativa ou na consumação do crime de estupro; é uma violência institucional. Dessa forma, o seu início pode ser caracterizado quando a vítima decide denunciar. O seu início, de certa forma, é

contraditório, por não corresponder a ideia principal de uma instituição estatal, que é tentar defender as pessoas. Todavia, a revitimização depende da denúncia da vítima, pois as autoridades precisam tomar ciência do fato para culpar a vítima.

A violência institucional está relacionada à atuação deficitária causando a falta da democracia, por isso a revitimização acontece. Zocca (2018, p. 581) expõe: “a classe social, a cor da pele e o gênero influem significativamente nas análises dos conflitos penais realizadas por membros da instituição, que muitas vezes não atingem a impessoalidade necessária”. Marsicano (2018, p. 569) complementa essa ideia com os seguintes dizeres: “o sistema de Justiça Criminal é balizado por representações sociais que ditam o que é considerado normal para homens e mulheres”.

A revitimização depende da denúncia do crime de estupro, no entanto a busca é saber se ambos possuem correlação e causalidade, se a diminuição das denúncias está sendo causada pelo aumento da violência institucional. O problema institucional existe e pode estar se desviando do seu principal ideal, que é tentar proteger observando os direitos fundamentais.

Quando há o crime de estupro, mas não existe a denúncia, surgem as subnotificações, quando a vítima procura outro tipo de ajuda, exceto a proteção estatal. As subnotificações são presunções da análise dos dados do crime de estupro acompanhado de outros dados. A subnotificação é um contexto trágico que traduz a falta de amparo do Estado.

O *Relatório Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil 2021*, que realizou uma pesquisa em 130 municípios brasileiros com perguntas referentes aos últimos 12 meses, apresentou os seguintes dados sobre qual a atitude as mulheres tomam quando sofrem agressão sexual ou tentativa forçada de relação sexual: apenas 27,4 % das mulheres procuraram ajuda de órgãos oficiais; 48,9 % procuraram órgãos não oficiais e 31,5% não fizeram nada. O percentual de mulheres que não procuraram ajuda é maior do que as que procuram um órgão oficial e, por mais que os dados não tratem especificadamente do crime de estupro, o abrange por estar incluído em violência sexual.

Além disso, o *Relatório* ainda traz quais os motivos que as mulheres não procuraram os órgãos oficiais: 15,3% não queriam envolver a polícia; 12,6% não possuíam provas; 5,6% não acreditam na polícia. A soma desses três fatores pode sinalizar reflexos da revitimização. A questão de não querer envolver a polícia pode estar relacionada ao medo de sofrer a violência institucional por não possuírem as “características tradicionais da vítima do estupro”, no entanto isso não é requisito para a consumação do crime conforme o Código Penal. Como afirma Figueiredo (2018, p. 163), “para se enquadrarem na categoria de mulheres ‘estupráveis’ devem provar no decorrer da instrução criminal que são merecedoras de ‘tutela’”.

A ideia fundada de não possuírem provas reflete as decisões dos tribunais que exigem que a palavra da vítima esteja fundamentada em outros elementos probatórios; dessa maneira, sem nenhuma prova, sem punição também. E o descrédito das vítimas na polícia é gerado por casos que saem impunes; assim sendo, qual intuito de denunciar se o acusado possui grandes chances de sair impune? A falta de procura por órgãos oficiais para realizar a denúncia pode estar relacionada a outros motivos também, no entanto a revitimização como possível reflexo desses três fatores analisados antes pode ser uma das causas das subnotificações.

Ante o exposto, verifica-se que as possíveis origens da revitimização são concepções machistas e patriarcais, visto que a maioria das vítimas do crime de estupro são mulheres. O Projeto de Lei n. 5091/2020 visa alterar a Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional, assim o agente que cause revitimização à vítima será punido. A respeito da violência institucional vale destacar o que Martins e Guaer (2020, p.168) dispõe:

A revitimização das mulheres no Sistema de Justiça Criminal não se configura enquanto “erro de percurso”, mas sim como inerente ao poder punitivo e a sua formação patriarcal institucionalizada pela dominação masculina que estruturalmente constrói, sustenta, reforça e potencializa os processos judiciais de violência de gênero.

Para Zaffaroni (2010) e demais sociólogos do Direito Penal, não existe nenhum estudo autêntico e prático que conseguiu demonstrar a eficácia da pena. Dessa forma, as tipificações da violência estatal vão ser, por hora, apenas uma resolução legislativa, visto que essas alterações legais não vão conseguir impor à Justiça Criminal a mudança de posturas machistas e patriarcais. De acordo com Ramos (2021, p.31), “Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”. Sendo assim, o machismo e o patriarcado devem ser visualizados sob a perspectiva de violadores dos direitos humanos, dado que violam a liberdade, a igualdade e a dignidade da vítima e das mulheres, quando apoiam o crime de estupro mediante a vitimização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda pesquisa realizada, foi plausível a identificação da revitimização no cenário da Justiça Criminal no que concerne ao crime de estupro.

O crime de estupro é difícil de ser apurado se não houver a denúncia, sendo que os outros meios de provas no crime de estupro, normalmente, são escassos. Conforme os posicionamentos jurisprudenciais, a palavra da vítima possui relevância no crime de estupro somente se estiver acostada de outros meios de provas. Em razão dessa exigência jurisprudencial e escassez de provas, a vítima desse crime é cercada de tratamentos que tentam culpá-la pelo ocorrido, o que é incompatível para apuração do crime.

Considerando o que foi expresso, no Estado de Minas Gerais as denúncias do crime de estupro estão reduzindo e a causa tem chances de ser a revitimização, todavia, tem poucas possibilidades de estar relacionada à sobrecarga das delegacias, visto que pode ser inexistente. Apesar do investimento em segurança pública em Minas Gerais, percebe-se pouco direcionamento para diminuir subnotificações dos casos de estupro.

Dessa maneira, a partir da análise dos dados, infelizmente a probabilidade de haver muitas subnotificações do estupro se torna cada vez maior em Minas Gerais. Assim sendo, a Justiça Criminal para a vítima se torna um lugar de receio e não mais de tutela de direitos. Contudo, as estratégias criminalizadoras não são uma opção, dado que desvia a atenção de soluções mais eficazes como a produção de políticas públicas

que foquem em cessar com a cultura machista discriminatória em toda sociedade. Para cessar essa adversidade, requerem-se demais discussões jurisprudenciais e doutrinárias, além da realização de pesquisas que gerem dados para melhor apuração de subnotificações e constatação da presença da revitimização. Desse modo, espera que esse artigo contribua como incentivo de análises do tema tratado.

REFERÊNCIAS

BARBANO, Letícia; CRUZ, Daniel Marinho César. Machismo, patriarcalismo, moral e a dissolução dos papéis ocupacionais. **Revista Família, Ciclos de Vida e Saúde no Contexto Social**, Uberaba, v. 3, p. 135-156, 2015. Disponível em:

<http://seer.uftm.edu.br/revistaeletronica/index.php/refacs/article/view/1097>. Acesso em: 20 set. 2021.

BARROS, Lívya Ramos Sales Mendes; JORGE-BIROL, Alline Pedra. Crime de Estupro e a Vítima: a discriminação da mulher na aplicação da pena. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, n. 21, p. 135-156, jan./jun. 2009.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, Senado, 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, Senado, 1941.

BRASIL. Projeto de Lei PL 5091 (2020). **Propõe a alteração Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 –Lei de Abuso de Autoridade**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Condenação. reexame de provas. Súmula n. 7 do STJ. Pena-base. Consequências. Motivação válida. Continuidade delitiva. Fração adequada. Agravo Regimental não provido. **STJ - AGRG NO ARESP 1275114/DF 2018/0081491-5**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, set. 2018.

CABAÑAS, Marilu. Julgar a vítima é agir como estuproador. Entrevista com Marcia Tiburi. **Revista do Brasil**, ed. 118, São Paulo, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/revistas/2016/06/julgar-a-vitima-e-agir-como-o-estuproador-380/>. Acesso em: 02 set. 2021.

CARNEIRO, Maria Eduarda Fernandes. **Os reflexos da estrutura androcêntrica no crime de estupro**. 2020. 60 fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente/SP, 2020.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 6. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2019.

DATAFOLHA, Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP/UFMG) e Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização 2013**. Belo Horizonte, maio 2013.

DATASUS, Ministério da Saúde. Tecnologia da Informação a Serviço do SUS. **Violência interpessoal/autoprovocada – Brasil**. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinannet/cnv/violebr.def>. Acesso em: 03 set. 2021.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Natália Sant'Anna. Violência Sexual Contra a Mulher: uma Análise Criminológica. *In*: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; BENEVIDES, Laize (orgs.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p. 161-180.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. 13. ed. São Paulo: 10 set. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2020. 14. ed. São Paulo: 19 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2021. 15. ed. São Paulo, 15 jul. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA e DATAFOLHA. **Relatório Visível e Invisível**: a vitimização das mulheres no Brasil. 2021. 3. ed. São Paulo, 19 ago. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA e DATAFOLHA. **Nota Técnica**: Violência Doméstica durante a Pandemia do Covid-19. 2. ed. São Paulo, 29 maio 2020.

FREITAS, Elaine Aires. **A vitimologia e mulher enquanto vítima de crime de estupro**. 2018. 63 fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz/MA, 2018.

LIMA, Rebeca Napoleão de Araújo; TORRES, Marina. O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3734, 21 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25354>. Acesso em: 16 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador:

Juspodivm, 2020.

MARTINS, Fernanda; GUAER, Ruth Maria Chittó. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, 2020, p. 145-178.

MARSICANO, Ana Carolina de Oliveira. Controle Social e Pena como *continuum* no processo de dominação das mulheres. *In*: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; BENEVIDES, Laize (orgs.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p. 567-576.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. **MG Mulher**. SSP/MG, maio 2020. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3117-mg-mulher>. Acesso em: 18 set. 2021.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. **Criminalidade violenta cai 24% em Minas Gerais no primeiro semestre do ano**. SSP/MG, jul. 2021. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/story/4019-criminalidade-violenta-cai-24-em-minas-gerais-no-primeiro-semester-do-ano>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

MOUTINHO, Jessica Pamela da Silva; SOL, Nayalla Ferreira. **Crime de estupro: análise do valor probatório nos depoimentos da vítima**. 2021. 22 fls. Artigo Científico (Bacharel em Direito) - Ânima Educação, Porto Alegre/RS, 2021.

NASCIMENTO, Gerlany Silva do. **Processo de revitimização nos crimes sexuais contra a mulher**. 2019. 68 fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica:** análise do discurso judicial no crime de estupro. 2015. 92 fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** São Paulo: Revan, 2010

ZOCCA, Mariana Pinto. Sistema de Justiça Criminal: instituições, personagens e gêneros. *In:* BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; BENEVIDES, Laize (orgs.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça:** discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p. 577-588.

O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de descriminalização da maconha no Brasil

The principle of proportionality and the possibility of marijuana decriminalizing in Brazil

PAULO HENRIQUE RAUSIS NASCIMENTO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: paulohrn@unipam.edu.br

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gabrielgcvn@unipam.edu.br

Resumo: De acordo com a Constituição Federal de 1988, a liberdade é um direito fundamental do indivíduo. Porém, no que diz respeito ao uso da *Cannabis*, para fins medicinais ou recreativos, o meio jurídico, a sociedade e a doutrina sempre encararam o tema com receio, tendo como justificativa o maior interesse coletivo. Logo, utilizando-se de pesquisa teórica e documental, foi questionada a possibilidade da descriminalização da *Cannabis* no Brasil, levando em conta principalmente os requisitos encontrados no princípio da proporcionalidade. Assim será possível compreender em que medida a política de descriminalização do uso de *Cannabis* está em consonância com o princípio da proporcionalidade. Além de entender qual é o melhor método de enfrentamento da questão.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. *Cannabis*. Descriminalização. Inconstitucionalidade. Menor ofensividade social.

Abstract: According to the Federal Constitution of 1988, freedom is a fundamental right of the individual. However, with regard to the use of *Cannabis*, for medicinal or recreational purposes, the legal environment, society and doctrine have always faced the issue with fear, having as justification the greater collective interest. Therefore, using theoretical research, conceived through the deductive and documental method, the possibility of decriminalizing *Cannabis* in Brazil was questioned, mainly taking into account the requirements found in the principle of proportionality. How will it be possible to understand to what extent the policy of decriminalizing the use of *Cannabis* is in line with the principle of proportionality. In addition to understanding the best method for dealing with the issue.

Keywords: Principle of proportionality. *Cannabis*. Decriminalization. Unconstitutionality. Low-level offenses.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na maior parte da história, a *cannabis* fez parte de um processo que envolve preconceito, pré-julgamentos e muitas discussões. No Brasil, a maconha foi introduzida

por escravos angolanos em 1549, que a cultivavam entre as plantações de cana-de-açúcar (COURTWRIGHT, 2002). Dessa forma, a planta rapidamente passou a ser utilizada pelos índios e mestiços para os mais diversos fins – medicinais, recreativos e revigorantes. Chegou até a ser recomendada por médicos, no fim do século XIX, para o tratamento de bronquite, asma e insônia.

Posteriormente, em um momento em que já era considerada ilícita, a *cannabis* foi incorporada à cultura *hippie*, resultando assim em uma grande exposição e despertando o interesse de jovens e intelectuais durante a década de 1950. Conseqüentemente, muito influenciado pelos Estados Unidos da América, em 1930, o Brasil começou a reprimir o uso e o consumo da maconha, que foi à época associada à população negra, historicamente marginalizada.

A condição jurídica da *cannabis* no Brasil configura um esforço para a sua proibição, com uma forte intervenção militar e penal do Estado para definhar e reduzir o comércio, o uso e o consumo.

Percebe-se, portanto, que a proscrição da maconha repercute diretamente na esfera da liberdade individual, em nome do interesse coletivo. Logo, levando em consideração que, nos últimos anos, países como Estados Unidos, Uruguai e Holanda mudaram suas legislações para autorizar o consumo de maconha tanto para fins recreativos quanto medicinais, faz-se necessário que se submeta a proibição da *cannabis* ao crivo da proporcionalidade, para aferir a sua constitucionalidade, em uma ponderação de valores fundamentais.

Para alcançar os objetivos propostos na presente investigação científica, escolheu-se a pesquisa teórica, levando como norte materiais já publicados, como obras jurídicas nacionais e internacionais constantes de livros principalmente obras que abordam o assunto, periódicos e materiais disponibilizados na internet que discutem a temática traçada neste projeto de pesquisa.

Outrossim, a pesquisa também será documental, uma vez que serão utilizados e analisados julgados atinentes ao assunto, com enfoque nos disponibilizados pelos tribunais superiores, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, além do estudo do direito equiparado, ou seja, decisões relacionadas ao tema da pesquisa na ordem jurídica de outros países.

Desse modo, para uma certa compreensão do princípio da proporcionalidade, é fundamental que se contextualizem a evolução histórica e o seu desenvolvimento no meio jurídico, passando ainda pelo controle da atividade administrativa dos Estados até a sua dogmatização atual.

Como o objetivo desta pesquisa é analisar a proporcionalidade de uma norma penal, é importante também destacar as manifestações do princípio da proporcionalidade quando ao seu crivo se submete uma norma incriminadora. Para tanto, deve-se ponderar o conflito entre o interesse individual, no campo da liberdade, e os interesses coletivos, no âmbito da tutela eficaz de seus direitos.

Logo, deve ser feita uma ponderação através dos subprincípios que dão forma e conteúdo ao princípio da proporcionalidade, de modo que uma norma só poderá ser considerada proporcional se mostrar-se: adequada, por cumprir a finalidade pretendida; necessária, quando não há um meio menos gravoso para obter o fim almejado; proporcional em sentido estrito, na hipótese da sanção imposta ao indivíduo ser

equivalente ao dano que se pretendeu prevenir; socialmente menos ofensiva, em razão de a medida trazer consequências à coletividade menos gravosas do que os males que se propôs evitar.

Por outro lado, ao analisar a possibilidade da legalização da *cannabis*, através da análise da proporcionalidade da norma que a proíbe, é preciso atentar-se ao caráter da proibição de proteção insuficiente. Sobre esse aspecto, o Estado, para obtenção dos seus fins, não pode agir de modo insuficiente, devendo criar medidas necessárias e suficientes para, ao menos, responder à eficácia mínima de cada direito fundamental, ele individual ou coletivo.

Nesse sentido, estabelece-se o cerne da pesquisa ora proposta que, no âmbito do direito constitucional, sobretudo na sua justaposição penal, sem deixar de lado o viés criminológico, econômico e social, analisará de que forma e em que medida a política de descriminalização da maconha está em consonância com o princípio da proporcionalidade.

2 A CANNABIS

A *Cannabis* é uma planta milenar, natural da região central da Ásia e do norte da China, onde até hoje crescem em seu estado selvagem. Esteve presente na civilização egípcia e assíria e, segundo Alain Labrousse (2011), é utilizada pelo homem há mais de seis mil anos para diversos fins – um cultivo valioso, multiuso, que propiciava a produção de um poderoso fármaco e também óleo de cozinha, forragem e fibras de cânhamo, matéria-prima de cordas, redes de pescas e roupas.

Ainda no continente asiático, a *Cannabis* foi integrada aos rituais do hinduísmo e do budismo, durante a sua fase de difusão pela região. Já nos séculos I e II, o cânhamo era amplamente usado pelos romanos na produção das cordas de seus navios. A partir do século VII, com a expansão do islamismo, a planta começou a ser utilizada na cultura mulçumana. Dessa forma, devido ao caráter de mercadores do povo mulçumano, a *Cannabis* passa a ser introduzida em todo o Oriente Médio. Em seguida, no século XI, a levaram para a África Subsaariana e Marrocos.

Por outro lado, quando a planta chegou à Europa Ocidental, devido à sua associação com outras religiões, foi condenada e marginalizada pela Igreja Católica, em contraste a outras substâncias aceitas pela religião, como o vinho e a cerveja.

No que pese a intolerância da Igreja, tem-se que o fato não representou prejuízo na expansão da *Cannabis* no continente europeu, nem impediu de ser utilizada para outros fins. A história registra, por conseguinte, a popularização da utilização das fibras do cânhamo em embarcações, chegando a planta ser utilizada também nas expedições de Napoleão Bonaparte, no século XVIII, o que contribuiu para a popularização da planta entre médicos e escritores. Nesse mesmo período, a *Cannabis* chega à Espanha e à Inglaterra, que, por serem grandes conquistadores de colônias, começam a cultivá-la nas terras de seus respectivos reinos. Dessa maneira, ela foi introduzida na Jamaica, onde passou a ser utilizada pelos negros para fins ritualísticos e recreativos.

No Brasil, embora todos os navios da expedição de Pedro Álvares Cabral utilizassem o cânhamo em suas composições, a *Cannabis* como planta foi introduzida no Brasil por escravos angolanos em 1549. Razão pela qual a planta era inicialmente

conhecida como “fumo de Angola” ou pelos nomes africanos djamba, liamba e pango. Nesse ponto, devido a uma mudança na ordem das letras da palavra “cânhamo”, a *Cannabis* começa a ser chamada, pelos angolanos, também como maconha.

Nesse contexto, a maconha era cultivada entre as plantações de cana de açúcar com a permissão dos “senhores” proprietários de escravos. Com o passar do tempo, a planta se popularizou, passando a ser utilizada por índios e mestiços, para fins medicinais e recreativos e para a confecção de cordas e roupas.

Na América do Norte, a *Cannabis* foi introduzida por jamaicanos; os camponeses lhe atribuíram o nome de *marijuana*. Em seguida, a planta cruzou a fronteira e se instalou nos Estados Unidos da América no começo do século XX, trazida por imigrantes daquele país e marinheiros do Caribe (Labrousse, 2011).

Na potência norte-americana, o hábito de fumar maconha rapidamente se espalhou. A cultura do cigarro facilitou a sua propagação, contanto inclusive com uma forte oferta doméstica do fumo. Posteriormente, quando já era considerada ilícita, a *Cannabis* foi associada ao movimento *hippie*, proveniente do movimento *beat*, que envolvia muitos intelectuais na década de 1950.

Percebe-se que, com a grande influencia dos *hippies*, o interesse dos jovens pela maconha aumentou significativamente, como forma de protesto cultural, contra as guerras do século XX, ao materialismo suburbano e à segregação. Dessa maneira, a *cannabis* passou a ser enxergada como um símbolo de rebelião popular, no Brasil e no mundo.

A aceitação da maconha era gigantesca, que rapidamente se tornou um fenômeno mundial. Hoje em dia, os canabinoides apresentam três formas diferentes de psicotrópicos: a maconha, o haxixe e o óleo de haxixe. A maconha é extraída das folhas e flores secas da *cannabis*, tendo uma concentração de THC que varia de 0,5% a 5%. O haxixe se obtém da resina extraída das flores da planta, possuindo de 10% a 20% de THC. Já o óleo, é extraído da destilação da *cannabis* e pode chegar até 85% de concentração de THC.

De acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas da UNODC, em 2018 mais de 192 milhões de pessoas fizeram o uso de maconha no mundo. Atualmente, a *Cannabis* é a substância ilícita mais consumida no planeta e continua sendo a principal droga que coloca as pessoas em contato com o sistema de justiça criminal, sendo responsável por mais da metade dos casos de infrações à lei de drogas, com base em dados de 69 países, no período de 2014 a 2018.

Entretanto, é importante ressaltar que a maconha não necessariamente apresenta os mesmos riscos de outras determinadas drogas, como à cocaína e os derivados do ópio. Como exemplificou uma pesquisa desenvolvida pela USP em 2006, que constatou que é um psicoativo suave e que não gera dependência física. (HONÓRIO, ARROIO; SILVA, 2006).

2.1 BREVE ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA PROIBIÇÃO DO CONSUMO DE CANNABIS

A *Cannabis*, que hoje é considerada uma substância proibida, ganhou esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar em uma

relação comercial de caráter punitivo maior do que relativo à venda de um copo de nitroglicerina, foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, falta de discernimento oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos.

O mantra que existe nos tratados internacionais que versam sobre drogas, incluindo a *Cannabis*, estabelecem que a proscrição existe para salvaguardar a saúde pública e a moral da humanidade, induzindo, conseqüentemente, a maior parte das legislações a adotarem o bem jurídico tutelado nesses crimes como sendo a saúde pública.

No Brasil, seguindo os parâmetros dos tratados internacionais, optou-se por considerar o comércio de drogas como violadores da saúde pública. Originariamente no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública), do Título VIII (Dos crimes contra a incolumidade pública), do Código Penal, os crimes relacionados às drogas passaram para a legislação especial sem maiores problemas ou críticas, continuando com a tradição de serem condutas que ameaçam a saúde pública.

Sobre esse aspecto, Luís Carlos Valois (2016, p. 435) critica:

Com tudo isso, o bem jurídico tido como tutelado nos crimes de tráfico de drogas está distante de criar um limite no jus puniendi estatal, servindo mais como escárnio contra a população pobre, únicos punidos pelo sistema, do que como verdadeiro balizador da atividade punitiva.

A Constituição Federal, no artigo 5º, XLIII, considera “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Logo, percebe-se o rigor do legislador ao equipar a venda de drogas com a tortura e o terrorismo.

O legislador constituinte optou por agir de acordo com o senso comum e na concepção de quem vende ou consome drogas é um indivíduo violento, sem qualquer questionamento sobre a proibição nem sobre o agravamento da violência que ela provoca. Fato que se percebe no pronunciamento do deputado Farabulini Júnior, deputado federal constituinte, que consta dos Anais da Assembléia Constituinte de 1987:

Examinado a redação final do Anteprojeto de norma constitucional, fiquei a refletir sobre a parte que se refere à produção e ao tráfico de tóxicos, que segundo o relatório, constitui crime inafiançável. Perfeito, Sr. Presidente. Na verdade, a Nação está precisando moralizar os seus costumes, punir rigorosamente os criminosos violentos, que praticam atos libidinosos, que praticam o contrabando, o tráfico de tóxicos, que desagregam as famílias brasileiras, tudo isso tem de ser coibido. (BRASIL, 1987, p. 101).

Assim, o consumo da *Cannabis* foi considerado imoral, comparado a atos libidinosos e violentos, como se a comercialização da planta não se desse de forma voluntária e a oferta não estivesse ligada à demanda.

Em 2019, de acordo com um Estudo da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 50% dos encarcerados em razão da Lei de Drogas foram presos por estar na posse de menos de 100 g de maconha, fato que ajuda a superlotar o já sucateado sistema penitenciário, provocando, na maioria dos casos, rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Dessa maneira, explica Luís Carlos Valois (2016, p. 517):

A guerra às drogas desvirtua a própria noção de Judiciário como órgão destinado a dirimir conflitos. O crime deveria ser algo esporádico em uma sociedade, como todo e qualquer litígio, a fim de que o judiciário fosse chamado para solucionar aquele conflito específico, aquela lide, e não ser naturalizado com a tipificação de uma conduta comum em todas as sociedades, da pré-história aos dias atuais.

Em outras palavras, justificar a proscrição da *Cannabis* na proteção da saúde pública se mostra uma grande hipocrisia. Isso porque a própria saúde pública é abandonada pelo Estado, seja em hospitais, seja em áreas periféricas, além da sanção para quem conspira contra este bem, o consumidor e o vendedor da maconha, ser o encarceramento em presídios insalubres, onde é sabido que também existem drogas.

No Brasil e também no cenário internacional, a guerra de proibição da maconha traduz uma campanha de intervenção política e militar empreendida pelos Estados Unidos da América. Logo, após ganhar apoio de outros países pelo globo e dominados por um sentimento moral que existia na sociedade norte-americana, definiu-se o claro objetivo de reduzir o comércio de *Cannabis*, embora os resultados dessa luta sejam percebidos no mundo inteiro.

Desde o século XX, mesmo com alternâncias no governo, os estadunidenses sempre estiveram no comando das questões sobre as drogas. Dessa maneira, na Conferência de Genebra de 1931, conseguiram, com poucas exceções, um compromisso dos Estados participantes de tomarem as providências contra a disseminação do vício.

Nessa conjuntura, em 1937, foi aprovada a *Marihuana Tax Act*, dificultando qualquer atividade comercial ou medicinal remunerada do cânhamo. Prevendo, ainda, multa de dois mil dólares e prisão de 5 anos para qualquer violação à regulamentação. Percebe-se, porém, que os objetivos da legislação eram outros, sendo a proteção das grandes indústrias o principal, uma vez que o cânhamo havia se tornado uma alternativa mais barata e mais viável para a produção têxtil.

Por outro lado, isso não era suficiente para que a narrativa da proibição do consumo da *Cannabis* fosse eficiente; era preciso também uma base social. Logo, nos EUA dos anos 1930, a maconha era associada a grupos marginalizados, como os trabalhadores e imigrantes mexicanos. No Brasil, esse aspecto foi atribuído principalmente aos negros, fato perceptível desde as primeiras tentativas de criminalizar o consumo de *Cannabis*, bem antes da campanha norte-americana.

Ainda nos tempos do império, mais precisamente em outubro de 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro promulgou a Lei de Posturas. Em seu artigo sétimo, lia-se:

É proibida a venda e o uso de pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas que dele usarem, em dias de cadeia.

Nota-se, dessa maneira, que a maconha foi criminalizada no Brasil bem antes de ser considerada uma droga, pois na época a planta era consumida principalmente por negros escravizados. Esse caráter racista reflete e provoca consequências até hoje, pois o sucesso da guerra contra a *Cannabis* foi justamente atribuir ao consciente coletivo que há um grupo social mais propenso à criminalidade.

Recentemente, a Holanda, em decisão pioneira, descriminalizou o uso da *Cannabis* e, logo após, outros países adotaram o mesmo modelo, como Espanha, Itália, Portugal e Uruguai, neste o uso foi legalizado. Nos Estados Unidos, um dos maiores entusiastas da guerra conta a maconha, em um terço dos Estados a planta é legal para maiores de 21 anos.

Entretanto, no Brasil, o uso da *Cannabis* ainda é considerado ilegal e tipificado como crime, conforme os termos da Lei n. 11.343 de 2006. Importante ressaltar ainda que a lei não traz expressamente a proscrição da maconha, pois a definição ficou a cargo da Portaria n. 344 de 1998 da ANVISA.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Compreender corretamente o princípio da proporcionalidade exige, inicialmente, uma breve contextualização histórica do seu desenvolvimento na cultura jurídica mundial, passando pelos direitos fundamentais, bem como pelos subprincípios que lhe dão forma e conteúdo. Dessa maneira, é preciso fazer conexões com a sua ideia embrionária, no controle da atividade administrativa estatal, com a sua atual postulação, que lhe garantiu aspecto e utilidade constitucional.

Nos primórdios das civilizações, bem antes da primeira definição de princípio jurídico, a proporcionalidade já era considerada pelo homem. Na Lei de Talião, cujo dogma “olho por olho, dente por dente” é lembrado até os dias modernos, buscava-se aplicar uma pena estritamente proporcional ao prejuízo causado. Noção esta que esteve presente em todos os conjuntos de normas arcaicas, como o Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas e a Bíblia.

Com o surgimento do Estado de Direito Moderno, a ideia de equilíbrio nasceu para o mundo jurídico. Segundo o professor Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 84-85), já era possível observá-la na Magna Carta inglesa, de 1215, que esclarece:

O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.

Logo, tem-se que a ideia de proporcionalidade e de razoabilidade, amplamente dotadas de sentido técnico no direito público e teoria do direito alemão, que significa uma limitação do poder do Estado em benefício da plenitude moral e física dos

indivíduos – teve sua fecundação no início do Estado de Direito. Um marco histórico, em que se passou a priorizar o equilíbrio entre os poderes do Estado e o respeito recíproco entre os indivíduos a eles subordinados, a quem são garantidos direitos fundamentais e inalienáveis.

Paralelamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América confirma que a noção de ponderação advém da Magna Carta, sendo inclusive replicada no *Bill of Rights* e no texto da Oitava Emenda à Constituição norte-americana, de 1971, que proibiu fianças exageradas, multas em excesso e penas cruéis. Como é possível perceber no trecho transcrito a seguir, do caso *Solem vs. Halem*, de 1983:

The principle of proportionality is deeply rooted in common law jurisprudence. It was expressed in Magna Carta, applied by the English courts for centuries, and repeated in the English Bill of Rights in language that was adopted in the Eighth Amendment. When the Framers of the Eighth Amendment adopted this language, they adopted the principle of proportionality that was implicit in it. (SUPREME ..., 1983).

Por outro lado, nos países latinos da Europa, a proporcionalidade e a razoabilidade nasceram como uma limitação do poder, atuando principalmente no âmbito do direito administrativo e do direito penal. Nesse período, marcado pelos ideais iluministas do século XVIII, Charles-Louis de Secondat, popularmente conhecido como Montesquieu, contribuiu com a temática, estabelecendo que nos Estados moderados não são necessárias penas severas. Pois, uma pena fixa e de qualidade, com os sentimentos de desaprovação moral que a ela se liga, seria o suficiente para influenciar a vontade dos indivíduos.

Tem-se, entretanto, que, apesar da dimensão da proporcionalidade no direito penal, principalmente na verificação das penas de Montesquieu, foi no direito administrativo em que a ideia de ponderação primeiramente se firmou, ainda no século XVIII.

Segundo o professor Anderson Sant'Ana Pedra (2006), a proporcionalidade funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada. Logo, presume-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade surgiram no direito administrativo, na medida em que nascia o jusnaturalismo – passando, assim, a limitar o Poder Executivo, como medida de ponderação para as restrições administrativas na liberdade individual.

Consequentemente, já no século XIII, a razoabilidade era detentora do aspecto de norma superpositiva. Nesse sentido, durante o século XIX, no bojo do direito administrativo, era considerada princípio geral do direito de polícia e, posteriormente, foi elevada à condição de princípio constitucional.

Entretanto, é de extrema importância ressaltar que, embora estivesse presente no direito norte-americano desde o advento da Oitava Emenda, o princípio da proporcionalidade, com a sistematização e dimensão que conhecemos atualmente, foi idealizado pela escola constitucional alemã.

De acordo com os ensinamentos do professor André Ramos Tavares, após ser construído na doutrina e jurisprudência germânicas, o postulado da proporcionalidade teve ampla aceitação no direito europeu. É considerado, na Constituição alemã, um princípio constitucional não escrito, derivado do Estado Democrático de Direito.

À vista disso, o juízo de proporcionalidade, é aplicado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir de 1950, sendo facilmente recebido na doutrina local e rapidamente exportado para vários outros Estados. Nessa linha de pensamento, escreveu o professor Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 30):

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim.

A maneira como proporcionalidade foi incorporada e aplicada pelos tribunais alemães deve ser observada como uma consequência das discussões jurídicas e filosóficas que aconteceram após a Segunda Guerra Mundial. Após o traumático período do regime nazista, foi necessário buscar em outras fontes, além da legislação, parâmetros para a correta aplicação das regras em uma sociedade, como muito bem afirma Paulo Bonavides (2004, p. 408):

Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação de caráter constitucional, em mais de 150 arestos.

Dessa maneira, pode-se admitir que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não são sinônimos. Embora tenham objetivos semelhantes, só é possível observar o aspecto constitucional da proporcionalidade após a conceituação da escola alemã. Por outro lado, é inegável que o desenvolvimento desse princípio só aconteceu graças à evolução histórica da ideia de razoabilidade, no sentido da ponderação. Assim, não é possível fazer uma contextualização da proporcionalidade sem atentar-se para os acontecimentos que permitiram a sua concretização.

No Brasil, a jurisprudência e a doutrina não procuraram diferenciar a noção de proporcionalidade, do direito alemão, da ideia de razoabilidade, própria da cultura jurídica norte-americana. Conforme ensina uma das maiores autoridades brasileiras no estudo da proporcionalidade, o jurista Luís Roberto Barroso (2009, p. 304):

Abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos, razão pela qual são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.

Portanto, a exemplo do que acontece no direito alemão, é possível observar a importância de se analisar a compatibilidade de uma norma que limita direitos fundamentais. A restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deve ser submetida ao crivo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*). Ou seja, proceder-se à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*), e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

Após ser consolidada pela corte alemã, a noção de proporcionalidade migrou para os Estados da Península Ibérica, o que determinou rapidamente a sua recepção no Brasil. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2001) afirma, em sua obra, que o princípio da proporcionalidade já figurava nos julgados do Supremo Tribunal Federal em meados da década de 1960. É, por exemplo, possível perceber a sua aplicação na declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei de Segurança Nacional, que proibia o acusado que houvesse praticado o crime por ele previsto de desempenhar qualquer atividade profissional.

Nesse caso, que foi julgado no HC 45.232, o Supremo Tribunal do Brasil reconheceu que a restrição se revelava desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação) e era, portanto, inconstitucional.

Percebe-se que, desde então, o princípio da proporcionalidade tem sido aceito pelo Supremo Tribunal Federal, atuando no controle de constitucionalidade dos atos legislativos, pelo que tem prestigiado normas que não se mostram arbitrárias ou irrazoáveis, nas suas determinações ou nas suas proibições.

Dessa forma, Paulo Bonavides (2004, p. 436) considera que, “o princípio da proporcionalidade se apresenta atualmente como um axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”.

Logo, para a plena tutela dos bens jurídicos que possuem fundamento constitucional, deve-se priorizar o estudo do princípio da proporcionalidade, examinando, minuciosamente, requisitos como adequação, necessidade e proporcionalidade, nas limitações a direitos fundamentais.

4 ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como o princípio da proporcionalidade atua como regulador da função legiferante, prevenindo possíveis abusos aos direitos fundamentais, é primordial compreender os seus atributos. A análise do princípio da proporcionalidade, desenvolvido no direito europeu e reproduzido em vários ordenamentos jurídicos pelo globo, mostra-se como um procedimento, sucessivamente, classificatório (adequação), eliminatório (necessidade) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito).

4.1 ADEQUAÇÃO

O primeiro parâmetro a ser observado na análise do princípio da proporcionalidade é o juízo de adequação. A norma inadequada à finalidade do que se propôs é uma intenção sem conteúdo, não podendo ser caracterizada como norma.

O subprincípio da adequação é compreendido como o meio correto para a concretização de um objetivo baseado no interesse público. Obriga que a medida legislativa utilizada para garantir a realização desse interesse seja apropriada para o alcance dos fins propostos.

Logo, se as medidas estatais não resultarem nessa conexão, comprovável de maneira empírica, serão taxadas como desproporcionais e, por consequência, inconstitucionais. A adequação é verificada através da eficiência da medida para a concretização dos fins objetivados. Entretanto, deve-se adiantar que não é no juízo da adequação que se procura identificar os eventuais efeitos colaterais da interferência na sociedade, mas sim se a norma tem capacidade de atingir o resultado que se propôs.

Vale ressaltar, ainda, que também não é na fase em que se examina a adequação que é ponderado o nível de eficácia dos meios utilizados para alcançar tal objetivo. Cabe ao juízo do elemento da necessidade escolher o melhor método ou o menos oneroso ao indivíduo e ao direito individual.

Estabelecendo o subprincípio da adequação no âmbito do direito criminal, a jurista Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 129-130), utiliza o termo idoneidade:

Verifica-se que a efetividade da norma, neste sentido, encontra-se fortemente relacionada com o princípio da idoneidade, na medida em que este indica, justamente, que a legitimidade do direito penal acha-se vinculada à capacidade de suas normas para serem respeitadas pelos seus destinatários, ou se se preferir, à capacidade destas para tutelar o bem jurídico de índole constitucional.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que o requisito da adequação em uma norma penal foi respeitado quando ela é apta para tutelar o bem jurídico de natureza constitucional, para o qual foi criada. Pois, nada mais é o direito penal do que um instrumento, embora o último seja para viabilizar os bens preconizados constitucionalmente.

Nesse sentido, a lei que não permite ou penaliza a venda e o consumo de substâncias psicotrópicas só será adequada ou idônea, se for capaz de tutelar a incolumidade coletiva, prevenir o uso de drogas e, ao menos, diminuir os danos que lhe são inerentes.

Finalmente, percebe-se que é plausível que uma norma contemple, ao tempo de sua edição, uma correlação com os seus objetivos, ou seja, mostrar-se adequada. Porém, como o decorrer do tempo, ela pode demonstrar-se discordante e inadequada com aquilo que estabelece o texto constitucional.

4.2 NECESSIDADE

Na análise da necessidade, há é importante que a norma se apresente como a melhor hipótese para a obtenção do resultado planejado, com o menor prejuízo ao indivíduo, atendendo à relação de custo-benefício, para que os seus direitos sejam protegidos em maior potência.

Em outras palavras, o meio não será considerado necessário se o objetivo almejado puder ser atingido com a utilização de outra medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Isso acontece porque o elemento da necessidade traz consigo o requisito da adequação, como ensinam Gilmar Mendes e Paulo Branco (2018, p. 227):

Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. [...] Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste da necessidade se revelar negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Na esfera penal, a arguição do elemento necessidade encontra espaço na exigência de que o interesse a ser protegido, ou seja, o bem jurídico tutelado por norma incriminadora, mostre importância suficiente para legitimar uma limitação na liberdade individual. Como bem estabeleceu Claus Roxin (2001, p. 406), “seria, portanto, melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso”. Percebe-se, dessa forma, que somente os bens de caráter constitucional, aqueles relevantes à efetivação dos direitos fundamentais, legitimam a sua tutela através do direito penal.

Por outro lado, não são só essas características que bastam ao subprincípio da necessidade no contexto criminal. Além de ser garantido o meio menos oneroso, deve-se demonstrar que não seria possível a tutela do bem fundamental através de outro mecanismo que não fosse a lei penal.

Assim, chega-se ao conceito de intervenção mínima. Ou seja, só se justifica constitucionalmente a intervenção penal se existirem: a importância do bem jurídico protegido e a escassez, dentre as circunstâncias, de outra medida de menor lesão ao interesse particular.

Portanto, a norma que proíbe e criminaliza o consumo e a venda de substâncias psicoativas só será necessária se a incolumidade e a saúde pública forem consideradas bens constitucionalmente essenciais ao pleno desenvolvimento da sociedade e demonstrar-se que não seria possível a prevenção do uso de drogas (nem a diminuição de seus efeitos nocivos) a partir de outro meio, administrativo ou legal, que não seja a criminalização.

4.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Para um juízo satisfatório sobre a proporcionalidade, há de se observar também o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito. Em linhas gerais, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a relevância da efetivação do direito fundamental que com ele colide, fato que pode legitimar a adoção de medida restritiva.

Dessa forma, quando se trata de matéria penal, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, como subprincípio da proporcionalidade, deve-se observar a correlação entre o delito e a sua respectiva pena. Análise esta que figura entre

os primeiros postulados do direito penal, como sistematiza o doutrinador Cesare Beccaria (2001, p. 665):

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Ou seja, ao vincular o legislador à proporcionalidade em sentido estrito, não se diminuiu a sua atuação apenas no sentido da qualificação de uma conduta como ilícito penal, mas também da escolha de uma sanção proporcional. Pode-se, inclusive, chegar à conclusão de que pena alguma seria razoável.

Portanto, além de sopesar a gravidade da ofensa e a pena cominada em abstrato, deve-se ainda considerar a sanção do crime como integrante de um sistema complexo, em que será analisada a pena imposta em relação ao demais delitos, bens violados e cominações, que estão presentes no ordenamento jurídico. Assim, pode-se aferir a proporcionalidade em sentido estrito.

4.4 MENOR OFENSIVIDADE SOCIAL COMO ELEMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Considerando que, em se tratando de matéria penal, a ponderação do princípio da proporcionalidade não se finda com a análise dos clássicos três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), deve-se acrescentar ao seu leque o pressuposto da menor ofensividade social.

Assim, como enfrentado anteriormente, a norma penal será adequada se for apta a proteger o bem por ela tutelado, cumprindo assim a finalidade pretendida; necessária, se não houver outro método menos gravoso à liberdade individual para proteger o bem tutelado; proporcional, *stricto sensu*, se a sanção atribuída for proporcional à gravidade do fato tipificado e similar às outras penas do ordenamento jurídico que faz parte.

Os bens que são ponderados a partir desses três requisitos são os que são tutelados pela norma penal, ou seja, o interesse social e a liberdade do sujeito infrator, de caráter individual. Logo, somente com os clássicos elementos, não se pode realizar uma certa comparação dos bens, que, embora contrapostos, interessam essencialmente à sociedade.

Mesmo que a norma incriminadora se mostre adequada, necessária e estritamente proporcional, os prejuízos trazidos por ela podem rivalizar com os benefícios que justificaram a sua criação. Essa análise de custo-benefício não pode ser realizada somente com os pressupostos básicos da proporcionalidade, portanto demonstra-se importante a observação da menor ofensividade social, ora proposto como elemento formador da proporcionalidade.

Nesse sentido, a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, ainda em 1994, através da *Sentenza 341*, estabeleceu que:

Infatti, più in generale, 'il principio di proporzionalità .. nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni' (CORTE, 1994 – *Sentenza 341*).

Observa-se que são situações em que há a necessidade de ponderação de todas as consequências no contexto social. Consequências estas que surgem da norma incriminadora, em que se deve analisar a vantagem de manter a norma penal no ordenamento jurídico em comparação com os eventos que foram provocados com a sua criação.

Importante ressaltar que o elemento da menor ofensividade social não se confunde com a análise de adequação. Nesse juízo não se ponderam os efeitos colaterais da tutela do Estado, atentando-se somente a averiguar se com a interferência os resultados propostos pela norma serão atingidos.

Não há também relação com o pressuposto da necessidade, posto que neste, ao averiguar os meios disponíveis para a concretização do objetivo da norma penal, escolhe-se aquele que proporcionar o menor ônus aos direitos individuais, sem perquirir as consequências da norma para a sociedade.

Vale dizer ainda que, na ponderação da pena imposta ao indivíduo com o ato ilícito por ele cometido, característica típica da avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, não se encontra a análise dos prejuízos sociais indesejados da norma.

Dessa maneira, é possível perceber a necessidade de uma reflexão, especialmente quando se trata de matéria penal, sobre um quarto elemento do princípio da proporcionalidade, em que é possível a ponderação dos benefícios sociais ocasionados pela norma incriminadora e os malefícios decorrentes da mesma norma, que atingem toda a sociedade.

Como exemplo, para demonstrar que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não esgotam o princípio da proporcionalidade, pode-se utilizar a situação do aborto. A criminalização do aborto é adequada à diminuição dos casos de interrupção voluntária da gestação; necessária, pois oferece proteção ao direito à vida do nascituro e não se encontra eficácia da tutela deste direito fundamental a não ser na esfera penal; proporcional em sentido estrito, já que a sanção atribuída é compatível com a gravidade do crime, além de guardar relação com as demais penas do sistema penal.

Por outro lado, não é difícil perceber que a proibição do aborto provoca um sério problema na saúde pública, considerando o alto número de abortos clandestinos que são realizados. De acordo com o SUS, só em 2020, foram feitos 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos.

A proscrição do aborto também provoca efeitos na criminalidade, como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 146):

Por outro lado, quando a mulher grávida decide realizar um aborto, é provável que recorra à ajuda de terceiros, ou seja, de pessoas capazes de realizar uma interrupção na gravidez. Assim, tendo-se em vista a dificuldade em realizar esta prática sozinha, a gestante utiliza-se do auxílio de outra pessoa possuidora de conhecimentos técnicos para tal prática, ou de outras pessoas que eventualmente podem também prestar algum tipo de assistência. Essas pessoas que prestam seus serviços para realizar o aborto desejado pela gestante acabam, desta forma, igualmente infringindo a lei e, portanto, praticando crimes.

Nesse contexto, a análise da menor ofensividade social abriria uma discussão que não seria possível somente com outros subprincípios da proporcionalidade, o que possivelmente afetaria o veredito de constitucionalidade da norma – uma mudança que se dá através da ponderação dos interesses sociais, tutelados pela incriminação, em comparação aos próprios interesses sociais, prejudicados pela incriminação.

5 SUBMISSÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA AO CRIVO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A submissão da criminalização do uso e venda da *Cannabis* ao crivo do princípio da proporcionalidade não será aqui realizada tomando especificamente como norte a legislação brasileira, nem a partir de um tipo penal específico (como o que proíbe o uso, por exemplo). A análise será feita através de todas as condutas proibidas e criminalizadas, desde o consumo da maconha, até a sua venda.

Dessa forma, inicia-se pelo juízo de adequação, que, como observado anteriormente, deve ser o primeiro requisito a ser considerado na ponderação de proporcionalidade e, conseqüentemente, de constitucionalidade. Logo, se o conjunto de normas que proíbem o uso, a produção e o consumo da *Cannabis* for útil para diminuir as conseqüências do consumo da droga, decide-se pela sua adequação. Por outro lado, demonstrando-se uma inutilidade das normas para a consagração dos bens constitucionais tutelados (a saúde e a incolumidade pública), tem-se a inadequação das normas.

O combate contra a *Cannabis*, mesmo ceifando várias vidas e sendo caro aos cofres públicos, custando 5,2 bilhões de reais por ano, só para o Rio de Janeiro e São Paulo, não reduziu a oferta de maconha, não diminuiu a procura pela substância nem mitigou os danos provocados por ela.

A criminalização do uso, da produção e da venda da *Cannabis* tornou o tráfico uma atividade perigosa e arriscada, fazendo com que conseqüentemente os lucros dessa atividade aumentassem, por uma simples questão de oferta e demanda. Assim, por ser um negócio altamente lucrativo, cada vez mais pessoas estão dispostas a assumir os riscos do tráfico. Para Mariângela Gomes de Magalhães Gomes (2003, p. 147):

Ao tornar criminoso a conduta que corresponde à comercialização de substância entorpecente, o que se faz, na realidade, é limitar o fornecimento do produto proibido, incrementando o risco do vendedor e fazendo aumentar o preço da mercadoria. [...] ao fazer aumentar o preço, poder-se-ia supor que isto faria com que as pessoas parassem de adquirir a mercadoria proibida. No entanto, a experiência tem demonstrado que não é bem assim que as coisas funcionam, e as pessoas continuam a comprar entorpecentes, ainda que tenham que roubar, por exemplo, para pagarem o preço.

O fracasso ainda pode ser observado em relação à demanda pela substância. O relatório da *Global Drug Survey (GDS)* demonstrou que, no Brasil em 2020, houve um aumento de 17,2% no consumo de maconha. Ou seja, nem mesmo o aumento no preço da droga, provocado pela repressão ao tráfico, é capaz de mitigar a sua procura.

Além de não conseguir frear a oferta e a procura, a proscricção da *Cannabis* também não conseguiu diminuir os danos à saúde pública. Nesse caso, alcançou um trágico resultado oposto ao que foi pretendido. Como bem observa o ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso (2011, p. 3):

Toda a evidência disponível demonstra que as medidas punitivas por si só, por mais duras que sejam, não são capazes de reduzir os consumos. Pior, em muitos casos têm consequências nefastas. Ao estigmatizar os usuários de drogas, o medo da polícia e o risco de prisão tornam mais difícil o acesso ao tratamento.

Percebe-se que a insistência em políticas de criminalização resulta no desperdício de recursos públicos, que poderiam ser utilizados para ações de redução de danos e de demanda. Logo, a criminalização da *Cannabis* mostra-se inadequada para a proteção da saúde pública, uma vez que não atinge os fins por ela pretendidos.

A percepção da inadequação já bastaria para a verificação de não proporcionalidade da proscricção da maconha, entretanto a análise seguirá a fim de se esgotarem todos os pressupostos do referido princípio. Então, passa-se a discutir sobre a necessidade da norma.

Tem-se que, dentre os meios adequados para atingir os fins estabelecidos, só aquele que interferir com menor intensidade no direito fundamental será considerado necessário. Ou seja, existe a ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Por outro lado, quando se trata de uma medida criminal, o pressuposto da necessidade traz para o mundo jurídico a obrigação constitucional de que o interesse coletivo protegido tenha relevância suficiente para, em contrapartida, validar uma limitação na esfera individual, refletindo a noção de *ultima ratio*, como explica Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 13):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras

formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.

Dessa maneira, como o direito penal não possibilita a punição da autolesão, verifica-se que a proscricção da *Cannabis* está amparada na proteção da saúde pública e na possibilidade de causar danos à segurança de outros cidadãos. Logo, é importante ressaltar que, por conta dos vieses ético e moralista que contaminam o debate envolvendo a maconha, não é simplória a busca de meios menos gravosos que a criminalização.

A melhor alternativa para o problema é a “política de redução de danos”. Uma opção que carrega preconceitos, pois o foco está no combate às consequências da *Cannabis* e não em seu combate. Vários Estados ao redor do globo já optam por essa opção e têm obtido mais sucesso do que aqueles que, assim como o Brasil, ainda insistem na proibição da substância.

A experiência do Uruguai, por se tratar de um Estado vizinho ao Brasil, pode, além de servir como exemplo, demonstrar que, quando o preconceito é afastado, a vida e a dignidade da pessoa humana melhoram significativamente. Logo, com o interesse declarado de promover e melhorar a saúde pública, diminuir os riscos e reduzir os danos do consumo da *Cannabis*, o Estado passou a exercer o controle (que era do narcotráfico) e a regulação da importação, exportação, plantio, cultivo, colheita, produção, aquisição, armazenamento e distribuição da planta e dos seus derivados, de maneira direta ou através de instituições certificadas.

No país vizinho, ficou proibido, de qualquer maneira, a promoção, a publicidade ou o patrocínio da substância e a venda para menores de 18 anos. Como efeito, houve o fim do narcotráfico da maconha, uma humanização do usuário e mitigação dos riscos relacionados ao consumo.

O fim da proibição no Uruguai, segundo a Junta Nacional de Drogas do país, não representou um aumento substancial no consumo de *Cannabis*. Em 2014, 9,3% da população adulta usou maconha, já em 2011, ano com menor registro de uso em 14 anos, o uso era de 8,3%. Ou seja, o argumento mais utilizado de que o uso da planta aumentaria significativamente, caso fosse legalizada, não se confirma na experiência uruguaia.

Tem-se, assim, que medidas alternativas à criminalização da maconha são, ao menos, igualmente eficientes, se não mais, do que a norma que proíbe a substância. Logo, chega-se à conclusão da desnecessidade da lei e, conseqüentemente, à sua desproporcionalidade.

Quanto à análise da proporcionalidade estrita, como se trata de uma norma de caráter penal, é preciso fazer uma ponderação acerca da isonomia, observando o tratamento que o sistema jurídico dá às demais substâncias, levando em consideração o potencial lesivo de cada uma delas.

Decorre da razoabilidade, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, a obrigação de punir proporcionalmente de acordo com os danos provocados à sociedade. Na situação da *Cannabis*, isso significa dizer que as sanções devem possuir relação com os riscos que a planta possa oferecer. Por óbvio, não é constitucional, pelo

viés da proporcionalidade *stricto sensu*, proibir o consumo e a venda da maconha, enquanto outra substância, mais nociva à pessoa humana e à sociedade, é considerada legal, sendo regulada pelo campo administrativo.

Muitos estudos já foram realizados com o intuito de comparar o potencial danoso de várias substâncias diferentes. Entretanto, para os fins almejados pela presente pesquisa, pode-se fazer referência ao estudo feito na Holanda, em 2010, coordenado por Jan van Amsterdam, Antoon Opperhuizen, Maarten Koeter e Wim van den Brink. No referido estudo, um grupo de especialistas avaliou os efeitos danosos, individuais e coletivos, de algumas drogas, tendo como meio de pesquisa dados técnicos coletados na Holanda. Numa escala de 0 a 3, foram analisados critérios como toxicidade aguda, toxicidade crônica, potencial viciante, potencial lesivo ao indivíduo e potencial lesivo à sociedade. Os resultados podem ser observados na tabela abaixo:

Tabela 1: Potencial lesivo das drogas

	Puntuación		Daño físico			Depen- dencia	Daño social		
	promedio de daño		Promedio de daño físico	Toxicidad aguda	Toxicidad crónica		Nivel individual	Nivel social	Dife- rencia
	Nivel individual	Nivel social							
Cocaína en Crack	2,63	2,41	2,51	2,39	2,63	2,82	2,55	1,89	0,66
Heroína	2,53	2,30	2,20	2,37	2,03	2,89	2,50	1,78	0,72
Tabaco	2,20	2,27	1,71	0,53	2,89	2,82	2,06	2,28	-0,22
Alcohol	2,16	2,36	2,18	1,89	2,47	2,13	2,16	2,76	-0,61
Metanfetamina	2,06	1,67	2,11	2,03	2,18	2,24	1,84	0,56	1,29
Cocaína	2,06	1,93	2,00	1,95	2,05	2,13	2,05	1,66	0,39
Metadona	1,94	1,68	1,68	1,95	1,42	2,68	1,42	0,68	0,73
Anfetamina	1,84	1,64	1,80	1,71	1,89	1,95	1,76	1,18	0,58
GHB	1,53	1,32	1,32	1,84	0,79	1,71	1,55	0,92	0,63
Benzodiazepinas	1,33	1,36	0,87	0,97	0,76	1,89	1,24	1,32	-0,08
Buprenorfina	1,31	1,00	0,99	1,21	0,76	1,71	1,24	0,29	0,95
Cannabis	1,19	1,26	1,18	0,84	1,53	1,13	1,26	1,47	-0,21
Ketamina	1,07	0,82	1,24	1,55	0,92	0,84	1,13	0,39	0,74
Éxtasis	1,06	1,03	1,34	1,34	1,34	0,61	1,24	1,13	0,11
Metilfenidato	0,85	0,69	0,88	0,92	0,83	0,86	0,81	0,33	0,47
Esteroides anabólicos	0,78	0,67	0,84	0,45	1,24	0,71	0,79	0,45	0,34
Khat	0,66	0,52	0,67	0,39	0,95	0,76	0,55	0,13	0,42
LSD	0,65	0,46	1,08	1,47	0,68	0,03	0,84	0,26	0,58
Hongos mágicos	0,40	0,31	0,51	0,89	0,13	0,03	0,66	0,39	0,26

Fonte: Van Amsterdam *et al.*, 2010, p. 204.

Dessa forma, submetendo à isonomia e levando em consideração o tratamento jurídico dado ao álcool e ao tabaco, observa-se que a criminalização do consumo e do comércio da *Cannabis* não passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito. Tendo, assim, *status* desproporcional e inconstitucional.

Finalmente, como demonstrado anteriormente, a análise da proscrição da maconha, no âmbito da proporcionalidade, não deve ficar restrita aos três clássicos critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Deve-se, ainda, ser submetida ao crivo da menor ofensividade social. Mesmo que a norma se mostre adequada, necessária e estritamente proporcional, há de se averiguar se os

prejuízos sociais que ela eventualmente possa ocasionar são antagônicos aos benefícios que ela objetivou trazer, ou seja, é uma avaliação de custo benefício.

O cerne da proibição da *Cannabis* se dá, em tese, no âmbito da proteção da saúde pública. Assim, a norma teria a sua constitucionalidade assegurada, pois é um bem fundamental. Entretanto, quando se observa a violência urbana que o combate à substância provoca, a dificuldade de se criar outras políticas públicas para a redução de danos e o fato de a proibição conferir ao usuário o caráter de criminoso, dificultando que o contato com a maconha seja controlado, fica claro que a situação atual, além de gerar mais danos para a sociedade, impede que os problemas relacionados à saúde e segurança pública sejam solucionados.

É chegada a hora de o Estado assumir a responsabilidade e retirar o controle da *Cannabis* do crime organizado e ele próprio passar a exercer a fiscalização. Logo, nota-se que a norma que incrimina a maconha não atende ao pressuposto da menor ofensividade social.

6 CONCLUSÃO

A *Cannabis* é uma planta milenar, que possui um grande leque de possibilidades de uso. Entretanto, por diversos fatores, dentre eles a xenofobia, o racismo e a intolerância religiosa, a planta passou a ser perseguida e criminalizada.

O cenário atual de proscrição só existe porque, ao longo de toda história, houve um empenho em estabelecer distúrbios, mentiras científicas e interesses políticos. Logo, amparada na falsa ideia de proteção da saúde pública, a *Cannabis* foi e ainda é criminalizada no Brasil.

Atualmente, é a Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006) que trata a situação da planta no país, demonstrando um notável atraso social e legislativo. Vários países do globo já optam por uma maneira diferente de tratar a situação, com a sua descriminalização e legalização, além da proscrição mostrar-se inconstitucional quando confrontada com o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade que se encontra implícito na Constituição Federal de 1988, mas está expressamente previsto no artigo 2º da Lei n. 9.784 de 1999, existe como uma decorrência do Estado Democrático de Direito, funcionando como um limitador da atuação estatal, principalmente quando a ação limita ou restringe direitos e garantias fundamentais.

Assim, como posto pela doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade ganha forma através de três dimensões, caracterizadas por seus pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo, pode-se dizer que uma lei será: adequada, se cumprir a finalidade por si pretendida; necessária, se não houver outra maneira menos gravosa para a obtenção do resultado almejado; e proporcionalmente estrita, se a intensidade da punição ao indivíduo for equivalente ao dano que se quis prevenir. Todos os bens que são colocados em ponderação nesses critérios são de interesses sociais (tutelados pela norma incriminadora) e de interesses individuais (as liberdades dos indivíduos).

Por outro lado, quando se trata de matéria criminal, como é o caso da proscrição da *Cannabis*, as consequências da norma repercutem diretamente e com mais ênfase na

esfera individual. É necessária, portanto, uma atenção especial na avaliação da proporcionalidade dos bens constitucionais envolvidos, ou seja, saúde e segurança em contraposição à liberdade.

Tendo a constatação anterior como norte, sugere-se um novo pressuposto para o crivo da proporcionalidade. A análise do princípio da proporcionalidade, quando se observa a criminalização da maconha, não finda somente com os três clássicos requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo preciso adicionar ao seu conteúdo o pressuposto da menor ofensividade social.

Nesse novo elemento, observa-se se as consequências da restrição da liberdade individual, ainda que atendam à adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, não são mais gravosas para a sociedade do que os fatos que ela objetivou prevenir. Assim, a norma que proporcionar consequências menos graves do que os males que propôs mitigar será considerada socialmente menos ofensiva.

Quanto à análise da proibição da *Cannabis* no âmbito do princípio da proporcionalidade, mostrou-se necessária a submissão da norma a cada dimensão do referido princípio. Desse modo, na sequência, será apresentado o resultado de cada uma das inspeções.

Na averiguação da adequação da proscrição da maconha, restou demonstrado que a política de criminalização representa um desperdício de dinheiro público que poderia ser utilizado para ações de redução de danos. Além de não conseguir mitigar a oferta e a procura da substância, observa-se que a proibição contribuiu para o fortalecimento do tráfico, que, mesmo sendo uma atividade perigosa, é altamente lucrativa. Assim sendo, não é nenhum exagero concluir pela inadequação da norma que não permite o uso e o comércio da *Cannabis*.

Já no estudo do elemento necessidade, ficou claro que existem outros métodos de salvaguardar a saúde e a segurança pública, que não seja a criminalização. Logo, a melhor solução e a que causaria menor interferência na esfera individual seriam as denominadas políticas de redução de danos. Com o enfoque no combate das consequências da substância e não na sua proibição, essa experiência foi feita no Uruguai, que viu o fim do narcotráfico ligado à maconha, a humanização do usuário e a diminuição dos riscos relacionados ao consumo.

Por outro lado, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, observando os riscos que a *Cannabis* pode oferecer e a sua situação de proibição, evidenciou-se que não é proporcional punir quem consome ou vende a maconha enquanto outra substância, mais perigosa, é considerada legal pelo mesmo ordenamento jurídico. Dessa maneira, levando em consideração a isonomia, que se comunica com a proporcionalidade estrita, além de observar o claro efeito devastador do álcool, não é possível estabelecer concordância da criminalização com a proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, no que toca a menor ofensividade social, como nas dimensões anteriores, só é analisado o confronto entre bens de interesse social e bens de interesse individual – é preciso também colocar nos dois lados da balança os interesses coletivos, que em tese a norma objetivou proteger, e os bens coletivos, que são atingidos pela existência da norma. Portanto, quando se percebe a violência urbana provocada pelo tráfico e o seu combate, a dificuldade de se criar outras políticas públicas para a redução

de danos e o fato de a proibição conferir ao usuário o caráter de criminoso, dificultando que o contato com a maconha seja controlado, fica evidente que a proscricção da maconha não atende ao pressuposto da menor ofensividade social. Além de gerar mais danos para a sociedade, impede que os problemas relacionados à saúde e segurança pública sejam solucionados.

Logo, restou evidenciado que a criminalização da *Cannabis* não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade, sendo por consequência inconstitucional. Entretanto, a sua legalização deve ser realizada com cautela. A liberação deve ser acompanhada por uma série de restrições, que evidentemente não limitariam a liberdade do uso, produção e comercialização, mas sim no sentido de estabelecer quem pode e quem não pode plantar, vender e consumir – assim como acontece com as bebidas alcoólicas, por exemplo.

No que toca ao uso, assim como acontece no Uruguai, somente seria permitido em ambientes privados, não podendo ser feito em locais públicos. No caso de descumprimento, cabe ao Estado estabelecer uma sanção de natureza administrativa, como já é realizado com o tabaco.

Importa dizer ainda que, assim como acontece com o álcool, não seria permitido desenvolver atividades sob o efeito da substância, como dirigir e trabalhar, por exemplo. Já quanto à produção e à venda, as legislações que regulam as indústrias farmacêuticas, de bebidas alcoólicas e a do fumo, mostram experiências aptas para a confecção de um modelo regulatório e de controle de composição e pureza.

Por fim, a comercialização irregular, ou seja, o tráfico, seria amplamente desestimulado. A queda dos preços, provocada pela legalização e livre concorrência, afastaria o crime organizado da atividade.

Nesse sentido, a descriminalização da *Cannabis* atenderia ao princípio da proporcionalidade e acabaria com os inúmeros problemas provocados pela sua proscricção, acarretando em melhorias na saúde e incolumidade pública.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; Vera Malaguti Batista. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro, RJ: Revan. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 5. ed. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento, Paulo Henrique Machado, Regina Machado Garcez, Régis Pizzato e Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed. 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** [S. l.]: Ed. Ridendo Castigat Mores. 2001. *E-book*.

BEWLEY-TAYLOR, David; JESELMA, Martin. La internacionalización de la guerra contra las drogas: las drogas ilícitas como un mal moral y un valioso enemigo. *In: Casus Belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra.* Tradução: Beatriz Martínez Ruiz. Amsterdam: Transnational Institute (Kindle), 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 2008. **Tratado de direito penal.** 13. Vol. I. São Paulo: Saraiva.

BOITEUX, Luciana. Modelos de controle de drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. *In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO, Rubens. Drogas & sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo.* São Paulo: Instituto de Saúde, [s/d], p. 183-201.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte.** Atas e Comissões, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio à edição portuguesa. *In: DOMOSŁAWSKI, A. Política da Droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas,* tradução: Nuno Portugal Capaz. Capaz. Warsaw: Open Society Foundations, 2011.

CARTA CAPITAL. **A quem interessa criminalizar o usuário de drogas.** 2015.

Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-quem-interessa-criminalizar-o-usuario-de-drogas-1546.html>. Acesso em: 20 out. 2021.

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. **Historia de las drogas y de la guerra de su**

difusión. 2007. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4340-historia-de-las-drogas-y-de-la-guerra-de-su-difusion/>. Acesso em: 05 maio 2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização,** 2016.

CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. *Sentenza 341.* 1994.

(Corte costituzionale della Repubblica Italiana, 19 de 07).

COURTWRIGHT, David T. **Forces of habit: drugs and the making of the modern world.** 3. ed. Kindle. Cambridge: Havard University Press, 2002.

CRUZ, José Ángel Fernández. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, p. 51-99, 2010.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** INFOPEN - Atualização Junho de 2016, Departamento Penitenciário Nacional, Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília, 2016.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAEBERLIN, Martín. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, p. 165-199, 2018.

HONÓRIO, Káthia Maria; ARROIO, Arroio & SILVA, Albérico Borges Ferreira da. Aspectos terapêuticos de compostos da planta cannabis sativa. **Química Nova**, março/abril: 318-325. 2006.

LABROUSSE, Alain. **Géopolitique des drogues**. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **Uma história das drogas e do seu proibicionismo transnacional**: relações Brasil-Estados Unidos e os organismos internacionais. Rio de Janeiro, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, ago. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MUNDIM, Pedro Santos. **Das rodas de fumo à esfera pública**: o discurso de legalização da maconha nas músicas do Planet Hemp. São Paulo: Annablume, 2006.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Revista dos Tribunais**, 08, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 23-50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Solem v. Helm**. 1983. 463 U.S. 277 (Supreme Court of the United States, 28 de 07).

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALOIS, Luís Carlos. **Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VAN AMSTERDAM, Jan *et al.* **Ranking the harm of alcohol, tobacco and illicit drugs for the individual and the population.** European Addiction Research, July 2nd: p. 203-207, 2010.

O Supremo Tribunal Federal pode ignorar a função legislativa? Novas técnicas de julgamento no controle concentrado de constitucionalidade federal e os princípios de interpretação constitucional

Can the Federal Supreme Court ignore the legislative function? New judging techniques in the concentrated control of federal constitutionality and the principles of constitutional interpretation

FLÁVIO DOS REIS VIEIRA FREITAS

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: flaviodefraitas34cp@hotmail.com

GABRIEL GOMES CANEDO VIEIRA DE MAGALHÃES

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gabrielgcv@unipam.edu.br

Resumo: O trabalho em tela visa ao estudo da função do Supremo Tribunal Federal (STF) dentro da jurisdição constitucional por meio da qual aquela Corte procura solucionar os conflitos e as demandas judiciais da coletividade e concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República. Serão analisadas as técnicas clássicas de julgamento no controle abstrato de normas federais, bem como as novas técnicas de controle hoje utilizadas pela Suprema Corte, as quais têm produzido relevantes inovações jurisdicionais e, por ostentar efeito vinculante e *erga omnes*, são suscetíveis de produzir consideráveis impactos no âmbito jurídico/legislativo, e igualmente provocar diversos reflexos positivos na tutela dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, promovendo, desse modo, a igualdade. O objetivo principal da pesquisa é verificar em que medida as novas técnicas de controle concentrado de constitucionalidade estão em harmonia com os princípios de hermenêutica constitucional e o Estado Democrático de Direito, de modo a permitir uma compreensão jurídica analítica da matéria em foco.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Constituição. Novas Técnicas. Democracia. Igualdade.

Abstract: The work in question aims to study the function of the Federal Supreme Court (STF) within the constitutional jurisdiction through which that Court seeks to resolve conflicts and judicial demands of the community, and materialize the fundamental rights enshrined in the Constitution of the Republic. Classic judgment techniques will be analyzed in the abstract control of federal rules, as well as the new control techniques used today by the Supreme Court, which have produced relevant jurisdictional innovations, and because they have a binding effect and *erga omnes*, they are likely to produce considerable impacts in the legal/legislative scope, and equally provoke several positive reflexes in the protection of the fundamental rights inherent to the human person, thus promoting equality. The main objective of the research is to verify to what extent the new techniques of concentrated control of constitutionality are in harmony with

the principles of constitutional hermeneutics, and the Democratic Rule of Law, in order to allow an analytical legal understanding of the matter in focus.

Keywords: Fundamental Rights. Constitution. New Techniques. Democracy. Equality.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a constante evolução da sociedade, o Direito vem sofrendo várias transformações. As mudanças sociais, econômicas e culturais provocam reflexos de toda sorte. Verifica-se não apenas um aumento nos conflitos, como também interesses sociais distintos, com isso as matérias de ciências humanas, como filosofia, sociologia e a antropologia, tornaram-se ferramentas basilares, ao lado do direito na busca da melhor compreensão de determinados temas que terminam por alcançar as decisões da Corte Suprema no âmbito do controle concentrado das leis.

É certo afirmar que as leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico devem ser elaboradas tendo a Constituição como fundamento e parâmetro, de forma que as normas jurídicas não apenas estejam em harmonia com os preceitos constantes da Magna Carta, mas também possam efetivamente expressar e exprimir concretamente todos os seus conteúdos.

Respeitando assim a supremacia da Constituição, todos os atos legais, criados pelo poder constituinte derivado reformador e também pelo poder constituinte derivado decorrente devem respeitar os preceitos e as regras tanto formais quanto materiais nela previstos, ou poderão ser declarados como atos inconstitucionais e retirados do ordenamento jurídico.

Diante disso é cada vez mais necessário e primordial no Brasil um sistema Jurídico coerente e invariável em suas decisões, em razão de que se cumpra aquilo que está previsto no texto constitucional. A complexidade das relações sociais da modernidade tem provocado crescentes estudos os quais têm suscitado muitos questionamentos, e levado a inúmeras reflexões.

Na perspectiva de amenizar os diversos litígios provocados pelas desigualdades e diferenças globais que reclamam, com isso, novas técnicas de julgamento no controle concentrado de constitucionalidade já hoje são utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como ferramentas para manter o equilíbrio e a igualdade entre os pares.

Utilizando-se do método teórico bibliográfica nesse sentido, é certo que a investigação subsistirá em um plano geral e abstrato, almejando-se que os resultados sejam tomados em consideração a situações coletivas, para verificar a relação da hermenêutica constitucional com as novas técnicas de controle concentrado, bem como o impacto que as novas técnicas têm produzido na sociedade, por meio da concretização da igualdade e da cidadania para os jurisdicionados. Além disso, revelar ao aplicador do direito a relevância do assunto exposto e conduzi-lo na busca para a sua melhor compreensão.

O objetivo principal da presente pesquisa é verificar em que medida as novas técnicas de controle concentrado de constitucionalidade estão em harmonia com os princípios de hermenêutica constitucional, e o Estado Democrático de Direito, e em que

medida as novas técnicas tem protegido e efetivado os direitos fundamentais da coletividade.

2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS TÉCNICAS TÍPICAS DE JULGAMENTO

O controle concentrado de constitucionalidade é um método usado para verificar a compatibilidade das normas em face da Constituição, sendo certo que somente o Supremo Tribunal Federal (STF) detém a competência para apreciar a constitucionalidade das leis em abstrato, tendo a Constituição da República (CR/1988) como parâmetro.

Para Bulos, (2014) o modelo de controle concentrado federal de constitucionalidade que o Brasil adota é oriundo da Europa, tendo como precursor o Austríaco Jurista Hans Kelsen e foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 16/1965.

Silva (2014) descreve que com a CR/1988 foram adicionadas ao sistema jurídico brasileiro mais duas inovações no controle de constitucionalidade, a saber: previsão da ilegalidade por omissão e expansão do reconhecimento para proposta de ADI por Ação ou omissão.

No controle concentrado federal de constitucionalidade, são analisadas as normas que tiveram a Constituição Federal como seu nascedouro primário, ou seja, normas que foram extraídas diretamente do dispositivo constitucional (Art. 59, CF/88).

O constituinte originário deixa explícito, através do texto constitucional em seu art. 103, CF/88, os legitimados a fazer uso dessa ferramenta, com o intuito de provocar o judiciário através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Segundo Canotilho (1993), a verificação de inconstitucionalidade das leis e atos normativos é vista de duas formas: em concreto e em abstrato. A filtragem das normas pelo Judiciário é essencial e de vital importância para a proteção dos direitos e das garantias, fundamentais inerentes à pessoa humana.

A instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 887).

O STF faz uso de suas atribuições diariamente nos julgamentos em que são necessários o uso do controle concentrado de constitucionalidade, as técnicas típicas utilizadas pela Suprema Corte, substancialmente fundamentadas em princípios modernos de hermenêutica constitucional que buscam extrair com clareza o exposto no texto em exame e também direcionar o intérprete.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE IGNORAR A FUNÇÃO LEGISLATIVA?
NOVAS TÉCNICAS DE JULGAMENTO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL E OS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta (BARROSO, 2018, p. 93).

Para o autor supramencionado, é inafastável a jurisdição constitucional no controle das leis, visando garantir a supremacia da Constituição, a uniformidade do sistema jurídico e a proteção a direitos e garantias fundamentais de relevante valor social. Segundo Barroso (2018), o princípio comporta conjuntamente uma tática de compreensão e um instrumento de equilíbrio da legitimidade constitucional.

Daí se entende a importância dos princípios para o controle concentrado de constitucionalidade federal. A esse respeito, convém se atentar a algumas técnicas tradicionais típicas de julgamento no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

2.1 PRINCÍPIO DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCENTRADO DE NORMAS, OU DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA RESTRITIVA OU LIMITATIVA

O princípio da modulação temporal dos efeitos é aplicado ao caso em tese com a intenção de reduzir os efeitos danosos provocados por normas que causem risco à segurança jurídica ou a um excepcional interesse social. A intenção do legislador ao julgar com base nesse princípio é dirimir o máximo possível o agravo que possa estar ocorrendo no momento, causado diretamente por lei ou ato normativo federal que, de alguma forma, enfraqueça a força da Constituição.

A modulação dos efeitos consiste em uma exceção, uma vez que a retroatividade dos efeitos poderia causar danos à segurança jurídica e ao interesse social, piores do que os causados anteriormente pela inconstitucionalidade da norma em análise, assim sendo o plenário da Suprema Corte pode fixar a decisão de efeitos *ex nunc* ou para o futuro, evitando que seus efeitos gerem danos à sociedade.

A modulação temporal prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 só deve ocorrer em casos de máxima necessidade, conforme dispositivo supracitado. Para Canotilho *et al.* (2013), em alguns casos, livre escolha acaba por se confundir com abuso de poder. Nas decisões em que se faz uso dessa técnica de julgamento no controle concentrado de normas, é necessário que se busque, através de reflexões, a opção mais razoável e que essa opção ofereça a menor lesividade possível à sociedade e à ordem pública.

2.2 PRINCÍPIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO

Tal princípio consiste na preservação do ato ou dispositivo em julgamento pela corte de modo que, após a decisão, não haverá redução alguma concernente a sua redação. O texto de lei continuará intacto; é afastada simplesmente parte de sua aplicação em uma determinada incidência, em uma determinada situação específica,

parte da norma é determinada inconstitucional a alguns fatos, mas permanece constitucional para outra determinada situação. Dessa forma, a lei permanece no ordenamento jurídico, completamente constitucional em alguns casos e parte dela inconstitucional em outros casos, em que a declaração de inconstitucionalidade irá determinar.

Não existe necessariamente a declaração de inconstitucionalidade da norma no todo, mas sim a inconstitucionalidade parcial de uma interpretação da norma em um determinado caso. Após a declaração de inconstitucionalidade da norma em determinadas hipóteses, os efeitos são *erga omnes* (contra todos) e vinculantes aos órgãos do Poder Público, conforme Lei n. 9. 868/99, art. 28, parágrafo único.

Esse sistema de controle de constitucionalidade concentrado federal já vigora no Brasil desde a década de 60. “Sem alterar uma vírgula sequer da carta magna, o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas exegeses possíveis do texto legal, mantendo, assim, a lei ou ato normativo na ordem jurídica” (BULOS, 2014, p. 372).

2.3 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA DE CONTROLE CONCENTRADO DE NORMAS

No princípio de interpretação conforme a Constituição os julgadores irão analisar a legislação a partir da Constituição, onde será sopesado qual será a interpretação que mais se aproxima da Constituição, a redação interpretativa que mais se adequa ao dispositivo constitucional, importante pontuar que esta técnica de controle só será utilizada caso haja diferentes análises interpretativas da lei, é necessário que se tenha mais de uma opção para que se busque a interpretação conforme a Constituição.

“Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais” (BARROSO, 2018, p.183).

Este método de controle também garante que a norma em análise, tenha a mesma fidedignidade inerente da magna carta, caso o dispositivo seja compatível, pois a lei em julgamento terá que se harmonizar com a totalidade do texto, onde o intérprete irá observar o núcleo constitucional sem desprezar a vontade da Constituição, que não é nada mais que a vontade soberana do povo. Caso a lei em análise não passe por esta filtragem, será então declarado a sua inconstitucionalidade.

Empregando esta técnica não será desprezado nem uma nem outra parte do dispositivo constitucional, o intérprete será auxiliado para que não cometa equívoco na exegese interpretativa, e de forma alguma venha dar uma interpretação diversa do que está prevista no texto constitucional. Para o referido Mendes, (2009) a busca cuidadosa pelo reconhecimento da lei não pode ser exorbitante, a ponto de atrair o crítico a manter a lei a prejuízo da Lei maior, muito menos a contradizer o seu significado incontestável, para legitimá-la de algum jeito.

2.4 PRINCÍPIO DA EXPANSÃO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

No princípio da expansão da sentença declaratória de inconstitucionalidade, a norma é simplesmente declarada inconstitucional. É importante pontuar que caso a norma federal tenha sido fonte de outras leis, no ato da declaração de inconstitucionalidade da Lei infra majoritária, todas as normas produzidas por ela, a saber: leis estaduais ou municipais são afetadas de forma direta, e conseqüentemente são arrancadas do ordenamento jurídico, uma vez que a norma que lhes deu vida foi extirpada do sistema de leis.

Essa forma de controle de constitucionalidade produz uma reação em cadeia ou efeito cascata que atingindo a lei federal primaria na raiz, conseqüentemente todas as normas secundarias a ela ligadas morrerão. No sistema jurídico os nomes mais populares deste fenômeno é inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração, com base neste sistema de controle de constitucionalidade a Suprema Corte ao declarar a inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo, automaticamente declara de todas as que estavam a ela ligadas.

Todas as demais normas oriundas da que fora inconstitucional perdem sua eficácia. Para Bulos (2014), no momento em que a decisão ordena a ilegitimidade de certa norma, ampliam-se a normas que não vieram apontadas em definitivo no pedido introdutório que inquiriu a dependência da ação ilegítima, confrontando-se com o impacto cachoeira ou giro da alegação de ilegitimidade.

2.5 PRINCÍPIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA COM A REDUÇÃO DE TEXTO

O princípio da declaração de inconstitucionalidade da norma com a redução de texto deixa claro em seu título o processo que é submetido à norma após a declaração da inconstitucionalidade.

A ilegitimidade da norma gira somente em torno do texto, parcela de texto, ou da palavra que tenha desvirtuado a interpretação constitucional. A lei não será de todo declarada inconstitucional, mais sim a fração ou parte que esteja promovendo a interpretação equivocada, e com isso contrariando o texto constitucional e gerando a inconstitucionalidade da Lei no ordenamento jurídico.

Dessa forma, para que seja reestabelecido o estado de ordem da norma e para que ela produza seus efeitos legais, pede-se que a frase, palavra ou parte do texto seja retirada e com isso é promovida a preservação do texto em sua totalidade, e restabelecida a sua presunção de constitucionalidade no ordenamento jurídico.

3 OS PRINCÍPIOS MODERNOS DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A hermenêutica constitucional é o instrumento fundamental usado para conhecer e compreender a Constituição e as complexidades que a norteiam, ao se fazer uso da hermenêutica através de análises de dissecação do texto constitucional. É possível

ao intérprete entender a vontade do constituinte originário, pois ela é o instrumento que traz luz ao texto que, de certa forma, estava oculto antes de ser descoberto através da pesquisa.

É importante ressaltar que, devido à modernidade, os princípios clássicos de exegese não são mais suficientes por si só para interpretar de forma abrangente e clara a lei maior.

A surpreendente renovação das reflexões jusnaturalistas, desde a conversão de RadBruch ao direito natural, produziu resultados aquém das expectativas, haviam sido muitas as esperanças depositadas naquele movimento, pois o positivismo jurídico por todas as suas escolas e correntes parecia submerso numa impotência doutrinária, simbolizadas pelas descrenças postas na sua metodologia. Em grande parte esta metodologia estava a refletir um racionalismo que já se exauria, inclusive em formalismos estéreis, como haviam sido os do normativíssimo levado as suas últimas consequências. (ANDRADE, 2014, p. 492).

Conforme acima descrito, a frustração que pairava em torno das técnicas de interpretação clássicas conseqüentemente possibilitaram o surgimento e a renovação das reflexões interpretativas jurisdicionais que foram essenciais para superar o formalismo vazio. Há que se observar a nova principiologia hermenêutica que se propagou na década de 60 por meio de constitucionalistas como Martin Kriele, Konrad Hesse, Peter Häberle, entre outros, que, com o passar do tempo, ganharam amplo destaque no direito internacional e no nacional.

3.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

No princípio da unidade da Constituição, é examinada pelo tradutor a dignidade do texto em face da Magna Carta. Esse princípio mostra que não há espaço na carta política para equívocos, erros ou incertezas e que o texto é um todo harmônico e único, que não deve ser analisado separadamente; o mesmo vai declarar que não existem imperfeições no texto constitucional, pois foi redigido de acordo com a perfeita vontade do constituinte originário.

“Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição” (MENDES, 2009, p.136).

De acordo com esse princípio, o texto é um completo sintônico e magnífico, afastando qualquer presunção de incorreção por parte do intérprete, no controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, corrigindo os erros do ato normativo ao declarar sua ilegalidade em parte ou no todo. Esse princípio hermenêutico está dizendo para a norma, em alto e bom tom, que a Constituição é impecável e que, se houver ilegitimidade e descuidos na elaboração do ato, eles só podem ter adentrado o ordenamento por meio da lei infra e não proveniente da Constituição, sendo que ela é, sem dúvidas, irretocável.

3.2 PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA

Ao fazer uso do princípio da força normativa da Constituição, o intérprete pode ordenar que a lei seja cumprida, uma vez que ela esteja em harmonia com a carta política. O aplicador pode dar maior eficácia à norma, principalmente as normas revestidas de direitos fundamentais e sociais, pois de nada adianta a garantia de um direito se ele não for de fato efetivado concretamente. O princípio supramencionado serve para positivar a força normativa e obrigar que a regra seja cumprida, sendo que os princípios têm força vinculante.

Esse princípio pode também refutar a incontestabilidade da norma caso ela seja inconstitucional, pois a força normativa só vincula normas constitucionais vez que ela só tem força para reafirmar dispositivos legais, visto que o princípio não pode em hipótese alguma contradizer o texto constitucional. “A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” (HESSE, 1991, p. 7-8).

3.3 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Tal princípio foi consolidado a partir da CF/88 e sua função é extrair o máximo possível de efetividade do ato normativo. Ele tem um controle efetivo da norma infraconstitucional; não basta a lei estar apenas positivada, ela precisa também ser efetiva concretamente nas situações conflitante para as quais ela foi elaborada para solucionar. É necessário que exista uma realização de direitos por meio da norma nas situações por ela tutelados.

Uma lei que não corresponda a situações de necessidades do Estado e que não funciona ou que não corresponda aos anseios sociais não tem razão de ser, e este princípio busca ao máximo exprimir as razões de existência da norma e sua eficácia funcional plena.

O tema da eficácia e efetividade da Constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Nessa perspectiva, o princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, s/p).

O princípio da máxima efetividade da Constituição também é uma consequência decorrente do art. 5º, §1, CF/88 e, em razão dessa máxima efetividade, o STF tem alterado sua posição com mudanças interpretativas em decisões de julgamentos de grande repercussão, em que há carência de lei específica.

Para suprir a omissão do legislativo, o STF tem atuado como um legislador concretista intermediário como será mostrado mais adiante em algumas decisões da

Excelsa Corte, em que ela busca a máxima efetividade da norma por meio dos princípios, possibilitando aos cidadãos usufruir do exercício imediato dos seus direitos e liberdades sociais.

3.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio da interpretação conforme a Constituição é mais que um simples método técnico de interpretação; é um reforço aos outros princípios já expostos. É evidente que este é um dos princípios hermenêuticos mais adotados pelo julgador, pois, por meio do princípio de interpretação conforme a Constituição, o analista trabalha em função de provar a constitucionalidade da norma infraconstitucional e não a ilegitimidade, vez que há presunção de que todas as normas editadas pelo legislativo são compatíveis com a Constituição.

Com efeito, ao recomendar — nisso se resume este princípio —, que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura (MENDES, 2009, p. 141).

O intérprete trabalha com base na presunção de validade da norma infra ou do ato normativo, na perspectiva de analisar todos os seus itens detalhadamente apenas para reforçar a constitucionalidade da norma através do filtro da Constituição. A intenção do perito não é de fazer uso do instrumento no sentido de buscar a inconstitucionalidade por meio desse sistema de interpretação, o que ocorrerá em concreto a partir do momento em que a norma padecer de algum vício que a determine como norma espúria; caso isso ocorra, ela será declarada inconstitucional.

Segundo Andrade (2014), o princípio de interpretação, conforme a Constituição, ao ser utilizado exprime um duplo conceito, do texto normativo, que se observa em um lado positivo e outro negativo.

Convém, todavia, que o intérprete não se afaste daquele princípio estabelecido pelo tribunal da Áustria de que “a uma lei em caso de dúvida, nunca se lhe de uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional”. Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação conforme a Constituição numa interpretação conforme a lei (“eine gesetzteskonforme auslegung der Verfassung”), distorção que se deve conjurar. Tocante ao lado positivo do método, é de ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto a preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças ou acórdãos, mas tão somente controla-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando,

relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer – lhes sempre que possível a respectiva validade. (ANDRADE, 2014, p. 519-20).

Diante do que foi exposto pelo mestre acima citado, é evidentemente necessária a aplicação desse princípio como técnica fundamental de controle incidental, como também deve ser observada, por meio de ponderações, a imprescindível função do princípio para amoldar a norma infraconstitucional conforme a interpretação da Constituição.

4 NOVAS TÉCNICAS DE JULGAMENTO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não são poucos os constitucionalistas que julgam a insuficiência das técnicas tradicionais de controle concentrado como escassas para declarar a inconstitucionalidade dentro das fronteiras da igualdade e da omissão do Legislativo. Diante do exposto, as novas técnicas de julgamento no controle concentrado federal de constitucionalidade fazem-se necessárias, sendo as mesmas fruto da insuficiência das técnicas modernas típicas e da omissão do legislador, o que é razoavelmente inquietante em uma democracia.

A preocupação estará no excesso do Poder Judiciário em sua atividade de interpretação das normas constitucionais. Este parece ser o ponto central das preocupações da Metodologia Contemporânea do Direito. Dito de outro modo, o “deslocamento” – digamos assim, tectônico – da esfera de tensão deve ser visto com muita cautela, mormente porque não se pode esperar que a justiça constitucional (ou o Poder Judiciário) seja a solução (mágica) dos problemas sociais. (STRECK, 2018, p. 97).

De acordo com o posicionamento do autor acima citado, a Constituição deve ser cumprida, ainda que para isso o judiciário seja levado a interferir diretamente no litígio com a perspectiva de trazer solução ao conflito, o que termina por esbarrar na função legislativa em sua elaboração ou manutenção de determinada lei ou ato normativo; dessa forma, a Corte termina por exercer uma função atípica.

Tal interferência tem trazido para o ordenamento jurídico técnicas interpretativas que, embora preocupantes, também têm se revelado importantíssimas para o equilíbrio das desigualdades e para a satisfação dos anseios sociais de toda sorte.

Montesquieu (2002), em sua obra *O Espírito das Leis*, da qual decorre a separação dos poderes, vai expor que a desigualdade adentra nas situações desprotegidas pela lei, pondo em risco toda a democracia. Assim é imprescindível expor aqui matérias de fato e de direito que evocaram a necessidade de intervenção do STF por meio das novas técnicas de controle concentrado. Tais situações foram o ponto de partida para iniciar mudanças relevantes em diversos julgamentos no âmbito do controle concentrado de leis federais.

No julgamento do Mandado de Injunção (708/2008/DF) no qual o impetrante foi o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, por meio deste MI cujo relator foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, os servidores reivindicaram o seu direito constitucional à greve.

A recente Constituição da República Federativa do Brasil⁵¹ tentou tornar o sentido restritivo da nossa inconstitucionalidade por omissão de duas formas: (1) através (art. 5/LXXI) da consagração do *mandado de injunção* sempre que a «falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (2) através da *ação de inconstitucionalidade por omissão* (art. 105.º/2) por omissão de medida para tornar efectiva norma constitucional. (CANOTILHO, 1993, p. 1094).

No julgamento citado, firmou-se uma mudança hermenêutica que quebrou inúmeros paradigmas interpretativos na jurisdição constitucional, no que se refere ao Mandado de Injunção, um remédio constitucional imprescindível e inerente ao exercício da igualdade e da cidadania.

Na apreciação do MI, a Corte se continha apenas a declarar a mora do poder legislativo e determinar que o mesmo editasse lei específica para tutelar o caso concreto, de forma que o impetrante não tinha o seu direito fundamental efetivado enquanto não houvesse norma específica regulamentando tal interesse.

Na petição inicial, o impetrante pediu que fosse julgado procedente o Mandado de Injunção para que fosse suprida a omissão do Poder Público, mediante a elaboração de norma regulamentadora para o caso concreto, no intuito de viabilizar o exercício imediato do direito de greve por parte dos servidores associados ao Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. (STRECK, 2018, p. 94).

Ao ser questionado em razão da omissão na edição de lei específica, o Congresso Nacional negou o fato, pois havia um projeto de lei complementar (4.497/2001) que tinha por finalidade regulamentar a questão, aguardando aprovação no Congresso, mas o que trouxe contornos relevantes nessa negação foi a postura que tomou o STF em relação a este julgamento, decisão esta que contraria diversos precedentes dos julgamentos de Mandados de Injunção proferidos pela corte até então.

Fugindo à regra, o STF não se conteve em somente declarar a mora legislativa e pedir que o congresso regulamentasse a situação através de uma nova lei, visto que essas decisões da corte acabavam por não produzir nenhum resultado materialmente concreto para o caso e muito menos para a sociedade, pois dependem posteriormente do Congresso Nacional em sua função legiferante, e o STF se enquadrava nos limites da teoria não concretista, reconhecido pela doutrina como legislador negativo.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE IGNORAR A FUNÇÃO LEGISLATIVA?
NOVAS TÉCNICAS DE JULGAMENTO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL E OS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Há, portanto, uma diferença *de princípio* entre legislação e jurisdição (Dworkin). O “dizer em concreto” significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos – a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em *terrae brasilis*) (DWORKIN, *apud* STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2008, p. 61).

O início das mudanças nos precedentes interpretativos estava em ascensão e, no caso supramencionado, em especial foi a partir do momento em que por unanimidade o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu trazer uma solução para o conflito e por esse motivo a corte foi além de suas atribuições típicas ao suprir a lacuna deixada pela ausência de lei própria para o caso concreto, e a decisão da corte permaneceria enquanto não houvesse lei regulamentando a demanda.

No intuito de preencher o vazio causado pelo atraso legislativo, foram aplicadas as leis n. 7.701/1988 e n. 7.783/1989). Por meio de ponderações hermenêuticas e analogias, foi dada aos dispositivos em análise uma interpretação manipulativa, expansiva, instituto que surgiu no tribunal constitucional italiano na década de 60 e que é caracterizado como sentença aditiva de garantia ou adjuntiva.

O STF fez uso das novas técnicas em harmonia com exegese conforme a Constituição, para dar solução ao litígio e garantir ao impetrante o direito de greve. Conforme interpretação analógica do art.2º da CF/1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na apreciação do Mandado de Injunção (708/2008/DF), segue:

Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (BRASIL, 2008).

Nessa nova possibilidade interpretativa, a eficácia da lei em vigor alcançou os fatos em análise no Mandado de Injunção (708/2008/DF), como de igual modo outras situações semelhantes, possibilitando ao impetrante o exercício de seu direito fundamental mais tarde especificamente em 2016 foi conferido a esta decisão eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* conforme o caso concreto, previsto pela (Lei 13.300/16), no que se refere à efetivação de direitos e garantias fundamentais, foi um grande passo da Corte constitucional brasileira.

A evolução jurisprudencial e a doutrinária, como também legislativa por via da lei que regulamenta o mandado de injunção coletivo e individual, se tornaram fatores que colaboram para a multiplicação das técnicas aditivas pela corte, uma vez que a corte adotou com a Lei n. 13.300/16 a corrente concretista intermediária. E 11 anos após o marco interpretativo supracitado, o objetivo do impetrante já não é mais apenas o de declarar a mora legislativa, mas o de buscar a imediata efetivação de um direito fundamental coletivo ou a criminalização de uma determinada conduta.

Assim ocorreu na ADO 26/2019/DF, impetrada pelo Partido Popular Socialista (PPS) cujo relator dos fatos foi o Ministro Celso de Mello, e no Mandado de Injunção 4.733/2019/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros

(ABGLT), do qual o relator foi o Ministro Edson Fachin, ambos os institutos foram julgados e sentenciados conjuntamente no dia 13 de junho de 2019 por terem o mesmo teor e o mesmo objetivo, qual seja, a criminalização da homofobia e da transfobia.

Tanto na ADO 26/2019/DF quanto no MI 4.733/2019/DF, a compreensão da corte foi positiva para em primeiro momento reconhecer a omissão legislativa na edição de lei para criminalizar a homofobia e a transfobia, possibilitando aos impetrantes o direito à igualdade, que é sinônimo de não discriminação, como o reconhecimento do livre exercício da cidadania.

Conforme parecer do Ministro relator Celso de Mello no julgamento da ADO 26/2019/DF, o entendimento unânime da maioria dos ministros na interpretação do parágrafo § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal segue:

- 1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.
- 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. (BRASIL, 2019).

O STF entendeu a urgente necessidade de regulamentação normativa para os casos em apreço que, em defesa dos direitos de igualdade, aplicou a Lei n. 7.716/89, por meio de interpretação conforme a Constituição, expandindo o alcance da norma e possibilitando ao impetrante ter sua demanda tutelada pelo dispositivo infraconstitucional.

Dessa forma, a corte mais uma vez trouxe para suas decisões, no âmbito do controle concentrado, uma decisão aditiva intermediária de garantia, que viabilizou e abreviou a concretização do direito fundamental e essencial para o desenvolvimento da cidadania dos grupos sociais acima descritos.

Segue o raciocínio da corte na decisão conjunta do MI 4.733/2019/DF e do ADO/26/2019/DF.

Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio,

que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019 (BRASIL, 2019).

Diante dos argumentos acima citados, da evolução da sociedade e da incompreensível omissão legislativa, as novas técnicas de julgamento tornaram-se cada vez mais necessárias para as decisões da Suprema Corte em razão da efetivação de um direito fundamental, na perspectiva de cumprir a vontade da Constituição, de tornar a sociedade mais igual e de restabelecer valores principiológicos previstos na Constituição inerentes ao ser humano.

5 A HARMONIA ENTRE A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E AS NOVAS TÉCNICAS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A hermenêutica constitucional torna-se responsável pela imparcialidade do julgador, uma vez que, ao fazer uso dessa ferramenta por meio de recursos específicos, o tradutor se isenta ou pelo menos se distancia de suas ideologias particulares e interesses pessoais.

Segundo Barroso (2010), a exegese origina-se na ciência de juízos coletivos de compreensões bíblicas para hebreus e católicos; seu propósito é revelar as apreciações ocultas nas sagradas escrituras. E o autor supracitado vai além ao expor a imprescindibilidade e a importância da hermenêutica jurídica para a exposição do direito:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade (BARROSO, 2010, p. 277).

Daí a importância da interpretação constitucional que é aplicada por meio de métodos próprios pelos julgadores. São estes os princípios que exprimem e sintetizam a vontade do constituinte originário e que mais bem se adaptam a determinadas situações de conflito nos casos concretos, seja para declarar que determinada norma é ilegítima, seja para declarar a legitimidade do ato normativo.

Tudo é sopesado por meio de instrumentos hermenêuticos que melhor adaptam a norma infraconstitucional à Constituição, para que, através de ponderações e analogias, a corte chegue a uma conclusão, e com isso defina se a norma em investigação no controle é ou não legítima. Para o referido Mestre Canotilho (1993), decorrem da precedência as decifrações exegéticas que, atingindo a firmeza dos alicerces legais, promovem a inovação regulamentária, assegurando igualmente a sua validade e o seu prosseguimento.

É possível visualizar que as técnicas clássicas de hermenêutica e exegeses jurídicas utilizadas pelo liberalismo constitucional foram sofrendo fortes transformações interpretativas e que a insuficiência das mesmas provocou o surgimento das novas técnicas reafirmadas pelo novo constitucionalismo garantidor de direitos e efetivador de liberdades fundamentais.

As técnicas de interpretação constitucional e as novas técnicas de controle concentrado de constitucionalidade em nada são contraditórias, por isso estão em completa harmonia com os aspectos de interpretação, uma vez que, por meio desta, as novas técnicas ganham vida na jurisdição constitucional, por isso são importantíssimas na busca da clareza do texto, exprimindo a vontade do legislador solucionando os conflitos sociais da população.

São elas também instrumentos responsáveis por assegurar a força e a rigidez constitucional dentro do âmbito do controle concentrado de normas federais. As novas técnicas de julgamento no controle concentrado de constitucionalidade fazem-se presentes por meio de interpretações e posições da corte que as tem inserido com frequência na tutela dos direitos fundamentais e sociais, principalmente na última década, tendo a atual Constituição da República como filtro e baliza central para a legitimidade da norma infraconstitucional.

Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico (STRECK, 20114, p. 47).

As técnicas de hermenêutica constitucional são responsáveis por extrair a essência máxima da norma jurídica, e os princípios constitucionais são o fundamento do controle concentrado de constitucionalidade. Vê-se que os novos modelos técnicos de interpretação de julgamento que a Corte brasileira vem adotando é fruto de uma visão doutrinária que busca ultrapassar a crise hermenêutica e agregar maior produção de eficiência ao texto constitucional, como também garantir a sua rigidez.

5.1 CRÍTICAS DA DOCTRINA AS NOVAS TÉCNICAS DE JULGAMENTO NO CONTROLE INCIDENTAL

Uma parcela da doutrina faz boas críticas às novas técnicas, principalmente no que se refere às sentenças aditivas, uma vez que elas estão nas mãos do poder judiciário, em razão de serem utilizadas para efetuar um direito fundamental por meio de uma decisão da Corte e de forma não democrática, o que amedronta e é caracterizado para esta fração da doutrina como um sistema democrático ilegítimo. Segundo STRECK

(2018) aparenta ser claro que a doutrina da divisão dos poderes mostra-se estremecida no estado democrático de direito.

As inovações nas decisões do STF são vistas como desvio de função desafiando o princípio da separação dos poderes determinado pelo constituinte originário como alicerce da soberania popular, a doutrina constitucionalista, que defende a Constituição e as atribuições respectivas de cada poder da união, não deixa espaço para nenhuma usurpação de função.

Questiona-se também a necessária fundamentação das medidas tomadas pela Suprema Corte, no sentido de evitar que tais decisões configurem excesso de poder. De acordo com Streck (2018), a faculdade de examinar de acordo com os dispositivos interpretativos não tem força para transmutar a autoridade do Judiciário em um sistema que seja superior a Magna Carta.

Todavia é compreendido por outra parte da doutrina que fazer uso da teoria concretista intermediária por meio das novas técnicas de julgamento e efetivar um direito fundamental e essencial ao exercício da cidadania, mesmo que por sentença aditiva, não pode significar que o STF tenha ignorado a função legislativa e se tornado um legislador positivo ou usurpador da função legislativa “Assumir esta perspectiva seria promover uma afronta também à separação dos Poderes” (STRECK, 2018, p. 99).

Não há uma fundamentação mais legítima e plausível do que tornar certa a realização dos direitos fundamentais e sociais previsto pela Constituição.

A vontade da Constituição não pode ser sucateada em decorrência da omissão do legislador infraconstitucional, pois, se assim fosse, estaria fragilizada a força normativa da Constituição. A mencionada garantia recebeu influências da Constituição portuguesa de 1976 e da iugoslava de 1979. O mandado de injunção deve ser enquadrado como um remédio de natureza pós-individual, rompendo a dicotomia entre o Estado e o indivíduo (AGRA, 2018, p. 286).

Mesmo o Brasil sendo um país de modernidade tardia, com uma Constituição ainda jovem, as novas técnicas de controle abstrato são responsáveis por produzir um significativo amadurecimento na esfera do controle concentrado, prova disso são as decisões que se propagam diariamente e refletem na vida da sociedade, produzindo relevantes transformações sociais que apontam para um marco inovador e democrático na atual jurisdição constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso concluir que o controle concentrado de constitucionalidade federal busca não só a defesa da Constituição como também a efetivação de direitos e garantias fundamentais que ultrapassam a seara individual, como foi apontado no julgamento do Mandado de Injunção por omissão e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão supracitados, cuja decisões devem ser incorporadas como direitos coletivos, para perpetuação e mais rápida atuação da democracia e dos direitos inerentes aos indivíduos.

As novas técnicas de controle concentrado de constitucionalidade amparadas pela instrumentalidade da hermenêutica constitucional nos julgamentos possibilitaram ao impetrante o imediato uso ou exercício de seus direitos e liberdades individuais, uma vez que a corte vem adotando a teoria concretista intermediária nos julgamentos em que são gritantes os conflitos de interesses sociais.

Embora existam posições doutrinárias contrárias à utilização das novas técnicas, é difícil não compreender pela via mais necessária e improrrogável a importância e eficácia delas; é possível visualizar a finalidade das novas técnicas por meio das decisões proferidas pela Suprema Corte, que objetivam fortalecer e efetivar a Constituição e, por consequência, possibilitar aos cidadãos o uso imediato de seus direitos e garantias fundamentais.

No que se refere aos aspectos sociais do povo e à razão da tutela de defesa típica da norma jurídica, é compreendido que o fundamento de validade da lei é a Constituição. Mesmo que a jurisdição constitucional tenha enfrentado árduos desafios, ainda há inúmeros obstáculos a serem superados e combatidos pelo equilíbrio proveniente das novas técnicas de julgamento no controle concentrado, que corroboram a solução de demandas judiciais da coletividade e a igualdade entre os jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. **Curso Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Título I dos Direitos Fundamentais**, 05 de out. 1988, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Título IV da Organização dos Poderes, Seção VIII do Processo Legislativo, Subseção I Disposição geral**. 05 out. 1988, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Capítulo III do Poder Judiciário, Seção I Disposições Gerais, Seção II do Supremo Tribuna Federal, Processo Legislativo, Subseção I Disposição geral**. 05 out. 1988, Brasília, DF, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 05 ago. 2019

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 4.497, de 2001 da Câmara dos Deputados**. Dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos; tendo parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, pela aprovação deste. Brasília, DF. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FD47695C2B44AA88F99954C326584890.proposicoesWebExterno2?codteor=1522521&filename=Avulso+-PL+4497/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 708/2008/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 13 jun. 2019. Brasília, 31 out. 2008b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733/2019/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em: 13 jun. 2019. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/2019/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 13 jun. 2019. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BULOS, Uadi Lammgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. São Paulo: Sergio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-louis de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista FUNDINOPI**. Jacarezinho - PR, v. 1, n. 7, p. 45-68, jan. 2008.