

Revista Jurídica

# THEMIS

Nº 34 - 2022/23 ISSN 1983-2036



# REVISTA JURÍDICA THEMIS – 34ª EDIÇÃO (2022/2023)

## CONSELHO EDITORIAL

Aline Alves Aleluia  
Adrya Alessandra Souza Costa  
Lucas Miguel Gonçalves Bugalski  
Mariana da Rosa e Silva  
Geovanna Mayumi Possiede Taira  
Giulia Mahnke Noé

## CONSELHO ADMINISTRATIVO CAHS – IMAGINA O AMANHÃ

Gabriela Vasselik	Giulia Mahnke Noé
Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	Gabriel Henrique Cintra
Amábile Natália Daufenbach	Giulia Gabrielle Krulikowski Czarnik
Geovanna Mayumi Possiede Taira	Luiz Augusto Lemos de Souza
Fauzi Bakri Filho	Matheus Henrique Braga de Oliveira
Melanie Gallego Sabbag	Sofia Eloá de Oliveira Souza Brighenti
Lucas André Stadykoski	Lyan Jesus de Andrade

Revista Jurídica Themis / Centro Acadêmico Hugo Simas (organizador). – nº 34 (2024) – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 15,5x22,5 cm, 228 p.

Publicação periódica

Revista contendo artigos científicos escritos por acadêmicos de Direito, selecionados em concurso organizado pelo Centro Acadêmico Hugo Simas.

1. Direito – periódico – Brasil

ISSN nº 1983-2036

Editora Íthala Ltda.  
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70  
Bairro Mercês  
80.710-130 – Curitiba – PR  
Fone: +55 (41) 3093-5252  
+55 (41) 3093-5257  
<http://www.ithala.com.br>  
E-mail: [editora@ithala.com.br](mailto:editora@ithala.com.br)

Revisão: Fabricia Romaniv Chicaroni  
Capa: Geovanna Mayumi Possiede Taira



As ideias apresentadas são de inteira responsabilidade dos seus respectivos autores. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

# Revista Jurídica **THEMIS**

Edição nº 34



**EDITORA ÍTHALA**  
**CURITIBA – 2024**



# APRESENTAÇÃO

Com muita alegria e satisfação, temos o prazer de publicar a Edição nº 34 da Revista Jurídica Themis, esse espaço de publicação científica que preza, desde a sua criação, pelas produções teóricas das e dos estudantes de direito no ensino superior do Paraná. Sendo uma Revista Científica destinada à discussão de temáticas atuais no campo jurídico, apresentamos, brevemente, alguns dos temas tratados pelas pesquisadoras e pesquisadores, de forma fomentar as discussões sobre suas respectivas produções.

Na área do Direito Ambiental, Cristian Mallmann e Vittoria dos Santos Marcelino discutiram a coerção exercida pelo Estado brasileiro sobre os povos tradicionais e seu direito à terra, a partir da discussão sobre a inconstitucionalidade do Marco Temporal.

Na área do Direito Penal e Criminologia, Isabella Soltosky Dallamico e Sofia Radunz Karloh realizaram a análise do direito ao esquecimento no campo digital, a partir do Projeto de Lei 4418/20 e de casos concretos. Ainda nesta área de estudo, Fernando Augusto Campos Palhares discute os crimes relacionados à prática da prostituição, tais sejam o tráfico de pessoas e demais formas de exploração sexual.

Na área do Direito Civil, Fernando Augusto Campos Palhares analisaram a morosidade na execução das ações de despejo por inadimplência em locações urbanas, com base nas modificações legislativas trazidas pela Nova Lei do Inquilinato e no direito comparado.

Na área do Direito Processual Penal, Fernando Augusto Campos Palhares e Hudson Coutinho Hilário realizaram uma investigação sobre as nulidades processuais, assente no viés do processo penal democrático, tomando o Caso da Boate Kiss como caso paradigmático.

Na área do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, Fernando Augusto Campos Palhares examinou a limitação normativa da atividade laboral, pela análise da modalidade de teletrabalho e do direito à desconexão dos trabalhadores no ambiente virtual.

Na área do Direito Empresarial, Felipe Antonio Nunes Valloto analisou a execução da sentença arbitral estrangeira, pela incidência dos princípios da ordem pública processual nos casos de procedimentos arbitrais em casos de corrupção.

Na área da Teoria do Estado e Filosofia do Direito, Felipe Antonio Nunes Valloto e João Pedro de Oliveira Sozo investigaram a liberdade de expressão pelo conflito entre a liberdade de expressão pensada por Stuart Mill e por Ronald Dworkin, a partir da liberdade de expressão como um direito de pessoas públicas.

Na área da História do Direito, Erick Camargo de Almeida, Natan Henrique Stofela, Pedro Henrique Moreno Toreto Navarro e Vitor Pacífico Colla realizaram uma análise das ações na jurisprudência romana imperial, pelas Institutas do Jururisconsulto Gaio.

Na área da Antropologia Jurídica e Sociologia do Direito, Matheus Antunes Riguete investigou o uso dos recursos naturais nos países do sul global e o quanto a exploração destes recursos ensejam a responsabilização dos países ricos e desenvolvidos, haja vista a subordinação econômica de países periféricos aos interesses de países centrais e suas grandes empresas de capital privado.

Na área da Teoria Crítica da Raça, Matheus Bonfim Picussa pesquisou a política da necropolítica, tendo como recorte de análise a cidade do Rio de Janeiro e os conflitos armados travados no ambiente urbano.

Na área do Direito dos Povos Originários e Comunidades Traducionais, Matheus Antunes Riguete realizou uma análise crítica da ideia de crime a partir da cultura de povos indígenas latino-americanos, tomando-o como categoria própria do direito ocidental.

Na área do Direito e Lutas LGBTQIA+, Eduardo Ramires de Castilho traçou uma análise sobre a vulnerabilidade da população LGBTQIA+ em face do resguardo constitucional dos direitos das pessoas que pertencem a essa comunidade e do silêncio do legislativo em estabelecer normas antidiscriminatórios expressamente voltadas à população.

Por fim, para os grupos de estudo universitários, o Programa de Educação Tutorial (PET) do curso de direito da Universidade Federal do Paraná realizou um relato de experiência, a partir das e dos estudantes integrantes do programa, para fins de analisar a adoção de ações afirmativas no PET Direito UFPR, tomando como base a história da organização da educação tutorial e seus processos de demandas internas pela implementação das cotas.

Portanto, é defronte as mais diversas temáticas e dos mais variados objetos de estudo, que a Revista Jurídica Themis nº 34 apresenta, neste breve introito, a disposição dos artigos, ora publicados, por cada pesquisadora e pesquisador. Pois sendo o direito um campo que ainda sofre grande influência da dogmática, é de extrema importância que continuemos a fomentar a publicação de pesquisas que fujam do óbvio, contribuindo, assim, para o incentivo de produções acadêmicas qualificadas e de acesso facilitado a toda comunidade científica.

# SUMÁRIO

## DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL

PL 490/2007 E A DISCUSSÃO ACERCA DO MARCO TEMPORAL: UMA POTENCIAL AMEAÇA AOS POVOS ORIGINÁRIOS E SEU DIREITO À TERRA .....	11
<i>Cristian Mallmann   Vittoria dos Santos Marcelino</i>	

## DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

UMA ANÁLISE DO ESQUECIMENTO DIANTE À ERA DA IMORTALIDADE DIGITAL SOB O PRISMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	31
<i>Isabella Soltosky Dallamico   Sofia Radunz Karloh</i>	
DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: OS CRIMES PARASITÁRIOS À ATIVIDADE PROSTITUTIVA .....	47
<i>Fernando Augusto Campos Palhares</i>	

## DIREITO CIVIL

DESPEJO POR INADIMPLÊNCIA: A MOROSIDADE NA EXECUÇÃO DAS AÇÕES DE DESPEJO POR INADIMPLÊNCIA EM LOCAÇÕES URBANAS .....	61
<i>Fernando Augusto Campos Palhares</i>	

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

NULIDADES PROCESSUAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DAS NULIDADES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO NA APELAÇÃO APRESENTADA PELA DEFESA NO CASO DA BOATE KISS .....	85
<i>Fernando Augusto Campos Palhares   Hudson Coutinho Hilário</i>	

## DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO

DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO: A LIMITAÇÃO NORMATIVA À ATIVIDADE LABORAL DIANTE DA COMPLEXIDADE DE DELIMITÁ-LA NO TEMPO E ESPAÇO.....	95
<i>Fernando Augusto Campos Palhares</i>	

## DIREITO EMPRESARIAL

EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA: CORRUPÇÃO E OFENSAS À ORDEM PÚBLICA.....	113
<i>Felipe Antonio Nunes Valloto</i>	

## **TEORIA DO ESTADO E FILOSOFIA DO DIREITO**

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA CONSTITUTIVA DE RONALD DWORKIN: UMA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL DE FIGURAS PÚBLICAS E O PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO .....127

*Felipe Antonio Nunes Valloto | João Pedro de Oliveira Sozo*

## **HISTÓRIA DO DIREITO**

ANÁLISE DAS AÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA ROMANA IMPERIAL COM FOCO NAS INSTITUTAS DO JURISCONSULTO GAIO.....147

*Erick Camargo de Almeida | Natan Henrique Stofela | Pedro Henrique Moreno Toreto Navarro | Vitor Pacífico Colla*

## **ANTROPOLOGIA JURÍDICA E SOCIOLOGIA DO DIREITO**

POBREZA E DESIGUALDADE: UM ENSAIO A PARTIR DA RESPONSABILIDADE DOS PAÍSES RICOS, DO USO DE RECURSOS NATURAIS E DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO SUL GLOBAL .....161

*Matheus Antunes Riquete*

## **TEORIA CRÍTICA DA RAÇA**

CONFLITOS ARMADOS E NECROPOLÍTICA NO RIO DE JANEIRO: CIDADE MARAVILHOSA PARA QUEM? .....175

*Matheus Bonfim Picussa*

## **DIREITO DOS POVOS ORIGINÁRIOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS**

O CRIME, AFINAL, É CRIME PARA QUEM? UMA REFLEXÃO CRÍTICA A PARTIR DA CULTURA DE POVOS INDÍGENAS LATINO-AMERICANOS.....185

*Matheus Antunes Riquete*

## **DIREITO E LUTAS LGBTQIA+**

O ESTADO DE CEGUEIRA LEGISLATIVA FRENTE AOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQI+ NO BRASIL.....199

*Eduardo Ramires de Castilho*

## **GRUPO DE ESTUDOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

IMPLANTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL.....213

*Grupo PET-UFPR*



**DIREITO  
ADMINISTRATIVO E  
AMBIENTAL**



# PL 490/2007 E A DISCUSSÃO ACERCA DO MARCO TEMPORAL: UMA POTENCIAL AMEAÇA AOS POVOS ORIGINÁRIOS E SEU DIREITO À TERRA

*Cristian Mallmann<sup>1</sup>*

*Vittoria dos Santos Marcelino<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Desde as invasões das terras brasileiras, no ano de 1500, pela coroa portuguesa e de outros reinos europeus em busca de matérias-primas e metais preciosos, com o objetivo de manter a sua balança comercial favorável, a colonialidade se expressa de inúmeras formas distintas, além do encobrimento das culturas, línguas, costumes e religiões dos povos originários ou de qualquer outra forma cultural que não fosse a tradicional vivida pelos europeus invasores.

Este “passado colonial” teve grande respaldo no campo jurídico, pois, ao longo de várias constituições, houve o objetivo de inserir os povos indígenas na sociedade brasileira, na então chamada comunhão nacional, sendo-lhes obrigados a adoção de uma cultura eurocêntrica, com a desvalorização de sua própria cultura, e, por consequência, o abandono efetivo das práticas ancestrais dos povos indígenas, tendo sido utilizadas práticas coloniais de encobrimento e negação da alteridade durante grande parte do constitucionalismo brasileiro, tanto em regimes democráticos, quanto em regimes ditatoriais.

Tais perspectivas só começaram a perder forças com a promulgação da Constituição, vigente no país em 1988, ao proporcionar o lugar a uma ideia de horizontalidade entre os indivíduos. O texto constitucional propõe margem à proteção e reparação de muitos danos históricos causados a estes povos, como também a Comissão Nacional da Verdade (2014), responsável por instaurar uma investigação aprofundada acerca do ocorrido, outrora em períodos ditatoriais, e as graves violações aos direitos humanos de forma sistemática por razões de Estado.

Com os avanços dos Projetos de Lei n. 490/2007 nas discussões da Comissão de Constituição e Justiça, como também na Câmara dos deputados em regime de urgên-

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.

cia, pautado pelo então presidente da casa Arthur Lira, o projeto do Marco Temporal pretende mais uma vez usar a coerção do Estado contra povos originários, os expulsando de suas terras em nome do agronegócio e da acumulação de capital. Por outro lado, não é segredo para ninguém o interesse de grandes ruralistas em áreas de proteção ambiental, áreas demarcadas e reservas da Funai (Fundação Nacional do Índio) por serem grandes redentoras recursos naturais onde há caudalosos rios, importantes para a geração de energia elétrica, gerando especulação de capital por essas áreas, tendo em vista seu potencial de produção.

Este tema está em debate no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, dando parecer negativo ao projeto de lei, porém ainda não sendo derrubado totalmente, pois precisa da tramitação e julgamento dos demais ministros acerca do Marco Temporal. A história do povo brasileiro não começa na data da promulgação da constituinte de 1988, desde os “descobrimto” do Brasil já havia exploração de seu povo em detrimento do capital, a escravização de suas populações e seu extermínio cultural, explosão de seus territórios em detrimento da acumulação de capital do homem branco.

Dessa forma, o presente artigo tenta buscar explicações acerca do andamento constitucional do marco temporal e os motivos pelos quais tais povos continuam sendo massacrados ideologicamente e culturalmente no estado brasileiro, bem como contrapor os fatos apresentados nos relatórios da Comissão Nacional da Verdade, refletindo acerca da positivação dos direitos dos povos originários. A abordagem se dará em frentes que discutam a legitimidade de tais projetos, e a continuação do modo colonial de tratar os povos indígenas.

## **2. AS QUESTÕES LIGADAS AO ACESSO À TERRA E À PROPRIEDADE EFETIVA**

A propriedade na grande maioria dos sistemas jurídicos do mundo é vista como um denominador comum que busca a perpetuação do acesso à terra de alguns indivíduos já previamente denominados (Gilbert, 2013 p. 121).

Além disso, grande parte das constituições mundo afora compreendem o direito à terra, por consequência a propriedade da terra, como um direito fundamental. Contudo, tais sistemas jurídicos ainda não solucionaram a questão da distribuição igualitária da terra ou quem vai ter o pleno direito de acessar tais terras.

Por consequência, pode-se compreender a partir dos entendimentos de Gilbert que o direito à perspectiva, estando presente em documentos como a Declaração Francesa do Homem e do Cidadão, a qual apenas protege o direito de propriedade de alguns indivíduos determinados que possuem acesso a esse direito. Sendo assim, torna-se excludente e discriminador, embora seja previsto como um direito fundamental, ou seja, “igualitário”.

Enquanto isso, outros indivíduos ainda ficam à mercê da própria sorte dentro desse mesmo sistema capitalista.

É preciso compreender que para povos originários e a sua relação com a terra é o enfoque dessa pesquisa, pois o acesso à terra não basta. É necessário garantir a posse e a propriedade da terra daqueles que nela vivem muito antes desses conceitos serem estabelecidos pelo homem europeu, conseqüentemente, pelo direito em si.

O devido acesso à terra para os povos originários é não somente uma forma de garantir a preservação das terras e da natureza, como também é uma forma de preservação da cultura e dos costumes desses povos.

Tal fato pode ser perfeitamente compreendido ao ser analisado o Marco Temporal, que busca expulsar aqueles povos indígenas que não estavam ocupando as suas terras até o dia da promulgação da Constituição vigente, como será abordado mais à frente nesta pesquisa.

Para além do que já foi exposto, é possível compreender que o direito e a terra assegurados para os povos indígenas não somente faria com que existisse uma determinada proteção a estes indivíduos, mas também garantiria a eles a permanência da sua cultura ligada àquele território e às práticas que lá ocorrem.

É dentro desta perspectiva de garantir às comunidades tradicionais para que continuem a preservar a fauna e flora, além do seu direito de preservação cultural ligado explicitamente ao território que ocupa. Nesse viés, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos afirmou que caso a comunidade dos Endorois tivesse o seu acesso a terra negado e fossem expulsos de seus territórios, levaria o povo a uma extinção cultural em massa.

A comunidade tradicional afirmou por sua vez: “além de garantir a subsistência e a sobrevivência, é visto como sagrado, estando intrinsecamente relacionado com a integridade cultural da comunidade e seu modo de vida tradicional” (African Commission on Human and Peoples Rights, 2010, par. 16).

Para a maior compreensão do tema da demarcação de terras indígenas no Brasil, por sua vez, foi necessário debruçar-se inteiramente sobre as questões tangíveis à historiografia, para então compreender a forma com a qual o território brasileiro foi sendo dividido e como tal divisão ainda possui muitos reflexos dentro do nosso sistema brasileiro.

No entanto, é necessário compreender alguns conceitos básicos antes de se adentrar em questões mais profundas. Existem diversas formas de territórios e terras indígenas, pois, em primeiro lugar, o território indígena é a forma com a qual resultam esforços de uma sociedade para ocupar aquele território. Por outro lado, a terra indígena diz respeito ao processo político, envolvido com essa questão de territorialidade.

Assim leciona Dominique Tilkin Golle:

A diferença entre “terra” e “território” remete a distintas perspectivas e atores envolvidos no processo de reconhecimento e demarcação de uma Terra Indígena. A noção de ‘Terra Indígena’ diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial (Golles, 2004, p. 39).

Por outro lado, as visões coloniais e neocoloniais buscam satisfazer suas necessidades por meio de uma organização de cosmovisões, como afirma Oliveira:

a diferença entre territorialização (um processo social deflagrado pela instância política) e ‘territorialidade’ (um estado ou qualidade inerente a cada cultura). Esta última é uma noção utilizada por geógrafos franceses (Raffestin, Barel) que destaca, naturaliza e coloca em termos atemporais a relação entre cultura e meio ambiente [...] (Oliveira, 2004, p. 24).

Assim, faz-se necessário a compreensão da organização sistemática da demarcação das terras indígenas no Brasil, assim como compreender de fato como tais populações sempre foram afetadas, por questões políticas, tangentes à terra e ao efetivo e regular acesso a elas.

### **3. OS REFLEXOS DA COLONIALIDADE NOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A MARGINALIZAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL**

O processo de descobrimento do novo mundo pelos europeus propiciou, na verdade, pelo processo de encobrimento das culturas, costumes, línguas e dos povos que aqui habitavam, retirando-lhes qualquer conceito de humanidade existente. Assim, sua dominação e escravização seria facilitada e pacificada até mesmo pela igreja católica.

Entretanto, tal concepção de que não há humanidade em certos povos ainda permanece enraizada na sociedade como um todo, mantendo-se pela negação da viabilidade da alteridade, estabelecendo o padrão hegemônico de ser e viver. Sendo que tal negação de humanidade ainda serviu de preceito para a exploração das terras do novo mundo.

Este tratamento em relação aos povos indígenas, mantendo suas culturas como inferiores ou subumanas, acabou por influenciar a tutela jurídica em textos constitucionais futuros. Pois antes da invasão dos portugueses, os americanos não possuíam regimes de saberes jurídicos como havia na Europa, tendo em vista que os habitantes nativos possuíam seus próprios regramentos sociais e, por vezes, não possuíam quase nenhuma hierarquia.

Entretanto, as constituições brasileiras, quando analisadas de formas sucessivas, apresentam melhoras em relação à forma com a qual o texto constitucional tratava as populações indígenas, pois partiam da ideia integralista desses povos que defendiam o abandono dos costumes ancestrais e adoção dos modos de vida tradicionais, implementados pelos povos europeus ao longo dos mais de 500 anos de colonização, chegando até os padrões atuais do texto constitucional, responsável por assegurar normativamente que os povos originários têm direitos a manter a sua cultura e seus hábitos e costumes de forma livre.

Todavia, segundo dados da Comissão Nacional da Verdade, no período da ditadura militar houve inúmeros casos de envenenamento de populações indígenas. Diante desse contexto, torna-se nítido que relatos de violência não são raros durante o período, como também a infecção proposital de doenças, visto que indígenas não possuíam anticorpos, assim sucumbiam facilmente, bem como relatos de sequestro de crianças na ditadura militar, a princípio por fazendeiros que queriam o esvaziamento das aldeias e depois pela própria Funai.

Todavia, com os avanços legais do Estatuto do Índio, ainda houve inúmeros massacres em terras indígenas, como relatado nos textos da Comissão Nacional da Verdade, como no caso dos Cinta Larga no estado do Mato Grosso.

Além do mais, o direito das terras indígenas é considerado constitucional, desde a Constituição de 1934, dando vedada a alienação. Entretanto, os direitos dessas populações sempre foram excluídos e esquecidos pelos demais campos da sociedade. Em exceção ao Estatuto do Índio em 1977, que obrigava a Federação a demarcação das terras indígenas, porém nunca havia sido realizada. Na mesma linha de raciocínio, está assegurada na Constituição de 1988 o direito às terras destas populações nos seguintes artigos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas

em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo e dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais

energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

No entanto, durante alguns períodos da ditadura militar, houve na criação de atos institucionais, por exemplo, o Ato Institucional n. 01 de 1964, que o defere como nulos todos os efeitos jurídicos sobre as terras indígenas da União, que tinha por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras indígenas. Dessa forma, além do usufruto do apagamento histórico e cultural por meio da violência com a institucionalização desse ato, além da imposição de uma cultura branca por meio da coesão do Estado. Posto isso, com este ato o Estado passa a ter legitimidade legal para o controle populacional de tais pessoas.

No que tange à responsabilidade da demarcação de terras, até o presente ano, ainda existem vários conflitos envolvendo as terras indígenas no Brasil, pois a Federação já iniciou mais de 600 processos de demarcação; no entanto, tais processos ainda não foram homologados pelo estado, dando margem a grileiros e ruralistas de explorarem tais terras sem a autorização de seus donos, muitas vezes cedendo a tal exploração de seus recursos naturais e minerais por medo da repressão violenta por superioridade bélica.

A exploração dessas populações no Brasil não fica reclusa na história, pois ainda se perpetuam ciclos de escravidão e maus-tratos, por vezes a retirando sua humanidade ou a reduzindo a animais. Mas esta realidade está longe de ser erradicada na sociedade brasileira, pois em mais de 500 anos de história os povos originários do Brasil foram silenciados pelos povos invasores, sendo atacados e dizimados.

#### **4. O PROJETO DE LEI N. 490/2007 E O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO A TERRA DOS POVOS ORIGINÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O PL n. 490 é um projeto de lei de autoria do ex-deputado federal Homero Pereira (PR/MT) e parte da bancada ruralista. Teve seu texto original rejeitado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em 2009. Logo, haveria de ser esquecido, porém agora o texto volta à tramitação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJ), presidida pela atual Deputada Federal Bia Kicis (PSL/DF). Em suas emendas tinha como objetivo alterar o Estatuto do Índio da Lei n. 6.001/73, para que a competência da demarcação fosse passada da FUNAI para o congresso em parceria com as sanções e aprovações do Presidente da República.

Em suas entrelinhas, o então deputado usa como argumento que somente os reais representantes do povo democraticamente eleitos podem decidir sobre as terras tuteladas



pelo Estado. Entretanto, volta-se a frisar, até 2018 não havia representantes no Congresso Nacional dos povos originários, em sua maioria dos eleitos hoje no Brasil são homens brancos e de classes econômicas altas, que sempre estarão lá para defenderem seus reais interesses e os de quem os apoia.

No decorrer dos vetos, tal texto possui certas problemáticas, como exemplo a justificativa para a promulgação do Projeto de Lei a partir de uma análise de que é necessário dar apoio às comunidades indígenas em reservas ambientais para alcança-se um desenvolvimento nacional, essa concepção permanece ainda originária da ideia de desenvolvimento nacional da segunda metade do século XX.

Nesse contexto, o PL dá margem para grandes obras dentro das reservas ambientais a entrada de várias empresas interessadas em seus recursos naturais e ambientais, isto com aval governamental assegurado por Lei, sendo que os povos que habitam estes lugares não têm acesso devido ao poder judiciário para buscarem por seus direitos, tanto por ineficiência do estado, quanto por falta de representantes desses povos.

No entanto, o PL havia sido arquivado de 2007 para cá, o projeto volta a tomar força nos debates da CCJ com o aval do Governo Federal, que tenta a todo custo deslegitimar as pautas ambientais e sociais, tanto com negligência por parte do poder público que pouco faz para impedir desastres ambientais, como no caso do Pantanal que queima arduamente culminado com o desmatamento da Amazônia e do Cerrado, em favor do agronegócio.

Por isso, o Projeto de Lei tem conseguido tanta visibilidade, pois, caso aprovado, o projeto dá plenos poderes ao Presidente da República de arbitrar sobre a demarcação de terras indígenas e conceder tutela que antes era do Estado para a iniciativa privada.

Todavia, no ano de 2021, tal projeto volta a tomar força na grande mídia pelas tramitações dos processos de demarcação de terras indígenas Parque Indígena do Xingu (MT), a Terra Indígena Ventarra (RS), como também de terras indígenas dos povos Nambikwara e Parece, inclusive, houve movimentações alguns setores da sociedade como, por exemplo, vários povos indígenas do país inteiro se reuniram na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, para protestar referente ao projeto de lei e aos julgamentos em questão.

Na ocasião, a APIB divulgou uma carta afirmando que “o marco temporal legitima e legaliza as violações e violências cometidas contra os povos até o dia de outubro de 1988: uma realidade de confinamento em reservas diminutas, remoções forçadas em massa, tortura, assassinatos e até a criação de prisões.” Nesse sentido, a coordenadora nacional da Apib, Sonia Guajajara, afirma que “aprovar o marco temporal significa anistiar crimes cometidos contra esses povos e dizer aos que hoje seguem invadindo suas terras que a grilagem, a explosão e o extermínio de indígenas é uma prática vantajosa, pois premiada pelo estado brasileiro” (Guajajara, 2022).

Dessa forma, tal projeto de lei viola os princípios constitucionais da redação de 1988, pois a constituição reconhece os direitos dessa população, além de assegurar positivamente a garantia de que seu modo de vida não será afetado pelo modo de vida da maioria, mesmo assim, infelizmente, ainda existem propostas contrárias ao previsto, que estimulem o garimpo e a exploração de recursos em terras indígenas, tal como o projeto de lei aqui apresentado. Tendo em vista que esses avanços têm por objetivo superar o passado colonial e de repressão aos povos indígenas, os concedendo o princípio de autodeterminação ao respeitar culturas, tradições e crenças, assim como a regulação de seus conflitos.

Destaco também, o artigo 231 da Constituição Federal, que confere proteção à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Demonstrando que terras tradicionalmente habitadas em caráter permanente são utilizadas para suas atividades produtivas, isto é, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e à reprodução física e cultural, seguindo usos, costumes e tradições.

Dessa forma, a questão da terra é um ponto-chave nesta discussão referentes o acesso e a fiscalização do Estado, tendo em vista o uso da coerção estatal para garantir a esses povos desfavorecidos pelo tempo o pleno gozo das suas terras. Diante desse contexto, a própria CF/88 concede este direito às populações indígenas do usufruto de suas riquezas e dos seus rios, porém até hoje não dá nenhuma segurança que isso realmente é assegurado pelo estado de direito, ou quando tal direito é violado não há um controle estatal para assegurar que haja as devidas medidas legais sejam tomadas.

Portanto, a CF/88 ainda veda a remoção dessas etnias de suas terras ancestrais, salvo em casos de risco a nação ou epidemias, garantindo ainda sim, o retorno imediato aos seus territórios, assim que possível. De tal forma, usar como critério apenas a data da promulgação da Constituição Federal como marco regulatório da posse e gozo dessas terras, além de ser inconstitucional, viola os direitos conquistados por tais povos mediante a constituição. Visto que havendo uma comunidade indígena desamparada com suas terras usurpadas, cabe ao Estado fazer valer as garantias constitucionais, viabilizando seu retorno.

Desta forma, com o pleno acesso às garantias constitucionais e gozo as suas terras pertencentes, haverá a proteção da multiculturalidade brasileira. A proteção da cultura brasileira é dever do estado brasileiro, sendo a demarcação de terras indígenas uma forma de proteção da nossa cultura, pois assim parte das tradições culturais e ancestrais estará protegida, fazendo – se valer do Art. 216 da CF/88.

## 5. CASO SERRA RAPOSA DO SOL EM JULGAMENTO NO STF, O IMPASSE NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS E A RELAÇÃO DE POSSE IMEMORIAL

A então chamada “transição democrática” do final da ditadura militar no Brasil e a promulgação da CF/88 trouxeram a sociedade civil um lapso e esperança, porém se passado algumas décadas ainda não saímos do lugar em relação aos avanços dos direitos aos povos indígenas que tanto já sofreram ao longo da história, ainda é preciso se deparar com enormes retrocessos nos direitos assegurados por esta carta constitucional.

O maior objetivo constitucional da CF/88 era garantir o acesso às terras ancestrais dos povos indígenas, respeitando-se o modo como cada povo ocupa essas terras, sendo assegurado a quantidade de terras precisas para manterem sua subsistência e manterem vivas as suas tradições.

Nesse sentido, a nova interpretação do STF e do PL 490/2007 não representa mais que o sufocamento da memória e cultura do povo indígena brasileiro, articulando-se de dentro para fora das instituições, restringindo seus direitos.

Assim, não se trata de compreender ocupação tradicional como posse imemorial, como quiseram parecer crer os Ministros do STF, pois evidente que os conceitos não se confundem, tanto que essa discussão foi superada ainda quando da elaboração da atual carta constitucional. Tampouco, o próprio termo “posse imemorial” remete a algo que não se tem mais memória, porém a memória que vincula essas terras em discussão a estas pessoas ainda está viva.

Dessa forma, a concepção dos territórios indígenas como espaços de memória na construção de identidades e manutenção de sua cultura é fundamental para a preservação da cultura nacional. Assim, com o objetivo de pacificação de conflitos judiciais, se observa no extrato do voto-vista da Min. Carmem Lúcia, no julgamento do RMS 29087:

(...) O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial (Brasil, 2014).

Tal entendimento foi adotado pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, em seu julgamento referente ao processo de demarcação de mais de 1,67 milhões de hectares na Terra Indígena Serra Raposa do Sol, em Roraima, que ficou parado cerca de 30 anos. Ainda em suas entranhas do processo, o Ministro reafirma que o direito à terra dessas populações não há como haver preclusão ou apagamento, tendo em vista que estes

povos já se encontravam habitando o Brasil, antes mesmo da ideia de Brasil existir. Por outro lado, o Ministro ainda afirma que o único argumento se fazendo valer da condição da data da promulgação da constituição é algo retórico:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a preocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios (Brasil, 2014).

Além disso, ao longo da história vem se negando direitos básicos a esses povos, mesmo sendo sujeitos de direito, assegurados pela Constituição Federal, com acessos a bens e serviços garantidos pelo Estado. Entretanto, ainda não basta sabendo que existem populações sem o direito garantido de ocupar suas terras com o avanço do garimpo ilegal e da retirada de madeira ilegal de seus territórios. Contudo, ainda existem tribos ameaçadas por organizações de garimpo, por exemplo, as tribos Yanomami na região norte que estão tendo suas terras invadidas e seus filhos mortos a serviço da exploração de pedras preciosas dentro de suas reservas. Dessa maneira, a questão hoje em tramitação no STF leva a crer que haverá mais retrocessos e ataques às populações de índios no Brasil.

A questão por volta da demarcação dessas terras são interesses puramente econômicos, ainda sendo reflexo da visão de “desenvolvimento” do século passado a serviço da agropecuária que usa o fogo para colocar a floresta abaixo, correspondente à plantação de *Commodity* em biomas, como do Cerrado e da Amazônia (hoje sendo os mais afetados pelo desmatamento e a grilagem), utilizando o espaço da mata para pastagens e a criação de animais em larga escala.

Entretanto, as *Commodity* assim produzidas, frutos do desmatamento e da grilagem, não servem para alimentar a população brasileira, pois são voltadas para o mercado externo com o aumento do dólar. Esse contexto torna-se base na venda de *Commodity*, fazendo com que as atenções do agronegócio estejam todas voltadas ao mercado externo. Por consequência, nossa população é prejudicada com o desabastecimento e a alta dos preços de produtos básicos para a sobrevivência.

Assim, é possível afirmar que o agronegócio não está a serviço da alimentação do nosso povo, muito menos da soberania alimentar do Brasil, mas sim em favor dos seus

interesses em acumulação de capital sem precedentes para tal. A questão da demarcação das terras indígenas, no Brasil, é de suma importância, pois segundo dados do Greenpeace de 2021, entre os anos de 1984 e 2018 os entornos da Reserva Nacional do Xingu foram sendo destruídos em função do desmatamento, no qual a área de reserva está completamente preservada pelas suas populações.

Dessa forma, haveria como se preservar a floresta dando direito legal a estas populações que lá vivem de as explorar e as preservar, posto que em terras indígenas há sempre espaço para a agricultura familiar de subsistência. Nesse sentido, é importante associar que muitas comunidades indígenas contribuem com o PNAE (Programa Nacional de Alimentação Escolar) com alimentos orgânicos e saudáveis.

Nesse contexto, a derrubada das florestas brasileiras não representa somente um uma ameaça ao meio ambiente, mas também é um retrocesso para a nossa biodiversidade, pois ainda não conhecemos todas as plantas e seus potenciais, usos farmacêuticos, para fins de pesquisa.

Dessa forma, além de contribuir para a ciência e a possível cura de algumas doenças, a nossa floresta pode nos ajudar a controlar os efeitos do aquecimento global e o regime de chuvas por toda América do Sul, com seus rios voadores que levam umidade por todo o continente.

Por fim, o impasse sobre a demarcação de terras será longo e não levará em consideração o direito ancestral de tais populações às suas terras de origem. O Marco Temporal trabalha a serviço daqueles que lucram sob o sofrimento e o suor das populações menos favorecidas, em favor de acumular sempre mais e mais capital.

## **6. SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI N. 490/2007**

Com no Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina, sob voto do relator o Senhor Ministro Edson Fachin, tratando da tutela deferida às terras indígenas do Brasil dando usufruto aos seus ocupantes, neste relatório há uma discussão eminente sobre como ocupar tais terras e fazer uso dos bens que elas produzem.

É notório o avanço dos direitos pelas terras e cartas constitucionais, como mencionado pelo relator nos seguintes artigos e de suas respectivas constituições:

Constituição de 1934:

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (Brasil, 1934).

Constituição de 1937:

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação delas (Brasil, 1937).

Constituição de 1946:

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (Brasil, 1946).

Constituição de 1967:

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Emenda nº 1/1969:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (Brasil, 1967).

Dessa forma, o relator do voto mostra que, ao longo de todas as redações constitucionais, nunca houve a incorporação de particulares em áreas indígenas para a exploração de seus recursos capitalistas, sendo vista como inconstitucional até na redação atual.

Ademais, como ressalta Fachin, a teoria do Marco Temporal em discussão ignora completamente áreas isoladas do interior do país, propiciando visibilidade apenas as áreas próximas as cidades, grandes latifúndios possibilitando sua expansão ilegal, bem como áreas de preservação e terras públicas que são invadidas ilegalmente para o garimpo. Portanto, estabelecer legitimidade ao uso da terra aos povos originários não por usucapião, como afirma o Ministro, porém legitimando e positivando o direito ao acesso dessas terras comum aos indígenas. Pois as terras públicas de preservação permanente são de tutela do Estado, assim como as terras indígenas, portanto, cabe ao Estado brasileiro realizar esta demarcação e oferecer condições de habitação a estes povos.

Em sua tese original, como já ressaltado, a teoria do marco temporal destruiria as terras indígenas não demarcadas e ocupadas posteriormente a data do dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual redação constitucional. Para tanto, muitas terras foram ocupadas após essa data, assim muitas famílias teriam que ser realizadas em outras localidades, abrindo mais espaços para a apropriação destas terras de forma ilegal, como no garimpo e por latifúndios. Por toda via, nossa atual constituição já proíbe a retirada de indígenas de suas terras, no qual é assegurado e positivado alguns de seus direitos no capítulo VIII da carta constitucional vigente:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1 São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2 As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3 O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4 As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5 É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6 São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7 Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3o e 4o.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (Brasil, 1988).

Assim, com o avanço do Marco Temporal seria inconstitucional a retirada de povos originários de seus territórios sem uma grande epidemia ou catástrofe, a fim de oferecer acesso às terras a empresas e particulares para a exploração de seus recursos naturais e minerais.

Ademais, no voto o relator ainda ressalta sobre como ao longo da história tanto colonial, monárquica e republicana do Brasil, tais povos foram explorados, torturados e mortos a serviço do avanço social, destruindo assim o meio ambiente, a fauna e flora, abrindo espaço para a construção de cidades, estradas e grandes latifúndios.

Sendo assim, ao rebaixar tais pessoas a sub-humanos sem necessidade de reconhecimento de direitos na prática, pois aos olhos do colonizador tal modo de vida praticado por essas pessoas não era válido, já que não geram lucros e nem se preocupavam com acumulação de riquezas.

Dessa forma, o relator vota pela não adoção da teoria do Marco Temporal em debate, uma vez que vê com maus olhos a entrada de particulares para a exploração de recursos naturais e minerais ou até mesmo para a exploração agrícola em terras consideradas de ocupação indígena no Brasil.

Nesse sentido, Fachin ainda ressalta que adotar tal tese reduz as populações originárias das condições de pobreza, as deixam à mercê da própria sorte, cabendo ao Estado brasileiro demarcar as terras públicas já ocupadas pelos povos indígenas, na medida em que é de extrema urgência que tais povos tenham proteção estatal contra invasões para usufruto de seus recursos naturais e minerais por forasteiros.

Por fim, como enfatiza o relator, adequa-se ao usufruto dos recursos hídricos e naturais somente das populações indígenas como descrito no dispositivo constitucional §§ 3º, 5º e 7º.

Fachin ainda explicita que a terra em seu sentido civil tem um uso mercantil e comercial, porém as terras indígenas precisam de outras formas de serem protegidas por lei:

a perda da posse das terras tradicionais por comunidade indígena, significa o progressivo etnocídio de sua cultura, pela dispersão dos índios integrantes daquele grupo, além de lançar essas pessoas em situação de miserabilidade e aculturação, negando-lhes o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade envolvente, expressão maior do pluralismo político assentado pelo artigo



1º do texto constitucional. Não há segurança jurídica maior que cumprir a Constituição (Brasil, 2021).

Dessa forma, caso o marco temporal fosse aprovado, reconhecidos pela ONU, como guardiões da floresta possuiriam seus recursos ambientais e minerais saqueados, sendo suas terras invadidas para a construção de fazendas. Para tanto, não só o direito ao seu modo de vida estaria em risco, mas também o meio ambiente, a fauna e flora, em outras palavras, o país seria entregue a grandes ruralistas de olho nessas vastas terras.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A negação da alteridade, a continuação do modo de operação e pensamento colonial em relação aos povos originários do Brasil, é trazida como justificativa a apropriação de bens materiais e imateriais desses povos, bem como o apagamento da sua cultura, em consequência, a cultura do país todo.

Por outro lado, é preciso compreender como a terra é um bem fundamental a ser discutido para além da questão do desenvolvimento. Haja vista que o pleno acesso à terra é uma questão fundamental aos direitos humanos, pois do ponto de vista jurídico o direito à terra, via de regra, é visto no âmbito do direito agrário, dos contratos sobre posse de terra, ou das normas de planejamento, mas raramente é associado a normas de direitos humanos (Gilbert, 2013).

O direito à terra, portanto, precisa ser regulado pelo Estado, para garantir aos mais pobres e aos mais afetados pelo sistema capitalista, que tenham acesso e garantido o direito à terra, pois somente com tal afirmação é possível garantir o acesso destas populações aos seus territórios, assegurando que haja uma soberania alimentar daqueles que ocupam tais terras e para além disso, o fato de garantir o acesso e a devida demarcação de terras, como um fator de conservação da cultura, religiosidade e a própria preservação do meio ambiente.

Dessa forma, em detrimento aos avanços do marco temporal e os avanços sob as terras e recursos naturais presentes nas terras indígenas, pois assim inexistindo o outro, não se faz necessária a tutela estatal, abrindo o campo para a atuação dos dominantes sobre os dominados.

Contudo, a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual perante a lei, não excluindo qualquer forma de vida ou modo de viver. Tendo por objetivo reunir todas as etnias presentes no Brasil dentro de um eixo comum, o povo brasileiro. Sem desistir de proteger as diferentes manifestações culturais para que estas sejam utilizadas em benefício do desenvolvimento de toda a na-

ção. Concede, assim, aos povos originários, a liberdade de escolherem como viver, não o impondo cultura diversa, a não ser que assim o queiram.

Assim, a Constituição de 1988 rompe com inúmeros paradigmas dentro da sociedade brasileira, tendo em vista que as redações anteriores ainda possuíam certo caráter integracionista, porém com uma visão totalmente eurocêntrica, excluindo do debate acerca das próprias decisões e os povos originários, permitindo a tais povos o direito assegurado pelo Estado brasileiro a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Todavia, a Constituição de 1988 não inovou conferindo garantia aos indígenas das terras por eles ocupadas, apenas reafirmou este direito que sempre existiu, normatizado desde o período colonial, elevado a direito constitucional em 1934. Dessa forma, a questão da terra é uma questão fundamental e necessária na Constituição de 1988, pois os direitos assegurados por esta mesma carta só podem ser definitivamente gozados plenamente com acesso às terras que pertencem a esses povos. Não se faz uso da data desta carta constitucional, pois a história dos povos que já habitavam o Brasil vem antes mesmo de o país ser caracterizado como Brasil.

Nesse sentido, pode-se afirmar que também a cultura indígena precisa de suas terras, posto que não há como haver uma dissociação de suas terras ancestrais que são passadas para as gerações futuras.

O processo de tutela, defendido em cartas constitucionais anteriores, mostra-se ineficaz, dado que estados e municípios historicamente não enxergam com bons olhos terras indígenas, pois as veem contra o progresso da nação. Como relatado pelas pesquisas CNV, muitas terras indígenas foram desocupadas com uso de força extrema de violência e repressão estatal, ditada pela lógica colonial da apropriação das coisas pertencentes ao “outro”, esbulhando, assim, as terras dos povos originários.

Nesse sentido, o processo de demarcação de terras indígenas é de exclusividade constitucional, com pré-requisitos definidos e da União; entretanto, ainda há interesses explícitos em relação à demarcação de terras indígenas, visando à exploração de seus recursos naturais, minerais e agricultáveis, mais uma vez não levando em consideração o que tais populações pensam sobre o projeto de lei. Fazendo, assim, uma visão colonial persistir, reprimindo essas populações, como sub-humanos, sem acesso a direitos, por sua vez, violando os direitos constitucionais assegurados em nossa carta constitucional vigente.

Por sua vez, a Justiça de Transição, como método, necessita de adequações à necessidade brasileira e latino-americana, que permitam reconhecer esse histórico de violências, sem restrição temporal, de forma memorial, pois a memória desses povos está viva e presente, mesmo que impedida de ser compartilhada no espaço público.

O Projeto de Lei n. 490/2007 se mostra como uma ameaça tanto às populações indígenas do Brasil, quanto ao meio ambiente, pois não somente as pessoas que vivem em

reservas indígenas ou que aguardam a demarcação de terras indígenas estão sob ameaça. Há atrelado a esse emaranhado de fatores os interesses de garimpeiros que, por vezes, acabam por poluir o ambiente com o mercúrio utilizado para a extração de metais. Ou seja, há um conflito de interesses desigual, em que os mais vulneráveis são sempre violentados e silenciados.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer n. GMF - 05. Processo n. 00400.002203/2016-01. Brasília, 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (ACHPR). Communication 276/2003, Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and Minority Rights Group International (MRG) (on behalf of the Endorois) v Kenya, 2010.

**BRASIL. Lei n. 601, Lei de Terras, 18 jul. 1850.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm).

**BRASIL. Lei n. 6.001, promulgada em 19 de dezembro de 1973.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm).

**BRASIL. Projeto de Lei n. 490/2007, altera a Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311&fichaAmigavel=nao>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EX 1.017.365-MS. Relator para Acórdão Luiz Edson Fachin. Brasília. Disponível em <re1017365-parecer-posses-indigena-marco-temporal.pdf> (cimi.org.br).

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388-4. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA. RELATOR: EDSON FACHIN. Brasília – DF 09/09/2021

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado:** pesquisas de antropologia política. São Paulo; Cosac Naify, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV). Relatório: textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In RICARDO, Fany (Org). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza:** o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

GILBERT, Jérémie. Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, SUR, ed. 18, ano 2013, p. 121-143, Anual. Disponível em: <https://sur.conectas.org/direito-terra-como-direito-humano/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** STF. Petição 3.388/RR. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&d ocID=630133>.

# **DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA**



# UMA ANÁLISE DO ESQUECIMENTO DIANTE À ERA DA IMORTALIDADE DIGITAL SOB O PRISMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Isabella Soltosky Dallamico<sup>1</sup>*

*Sofia Radunz Karloh<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O filme intitulado como “Brilho Eterno de uma Mente sem Lembranças” busca expor a história de um casal que apresenta algumas adversidades com o passar dos anos. Dessa forma, após uma briga do casal, seguida da decisão pelo fim do relacionamento, Clementine Krucynski, uma das protagonistas, se submete a um procedimento a fim de remover todas as lembranças que possui com Joel Barish, seu par romântico no longa, que, ao tomar conhecimento de sua decisão, busca realizar o mesmo apagamento. Dessa maneira, é evidente que o esquecimento possui a função de impedir as lembranças, erros e escolhas do passado que apenas nos remetem a angústias e sofrimentos. Entretanto, a importância do tempo para a cicatrização de certas memórias acaba por ser mitigado com a evolução da tecnologia, com ela surge a necessidade do estudo mais aprofundado do direito ao esquecimento e suas variedades como o direito a desindexação, objetos de estudo do presente artigo.

Os seres humanos são seres sociais, e essa é a base da composição de uma sociedade. A transmissão de conhecimentos, experiências e memórias é algo já intrínseco à experiência humana, desde os primórdios de seus relatos. Esse acervo coletivo de dados, no entanto, nem sempre são repletos de registros bons, podendo ser desagradáveis e constrangedores para alguns.

Essa situação pode ser exemplificada tanto por simples fotos de datas comemorativas em família, como dados digitais de informações dolorosas e difíceis de serem superadas. Dentro desse assunto, o direito ao esquecimento é a materialização da permissão de abstração de fatos, ainda que verdadeiros, depois de transcorrido certo intervalo de tempo.

De acordo com o Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil, do CFJ/STJ, sobre a dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, inclui o direito ao esquecimen-

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal do Paraná.

to, dados os danos provocados pelas novas tecnologias de informação. Sendo enquadrado, portanto, como parte do direito à ressocialização garantido legalmente ao ex-detento. Dessa forma, segundo a justificativa oficial: “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”.

É considerado, assim sendo, uma consequência direta do art. 5º, X, Constituição Federal de 1988 e do art. 21, Código Civil de 2002, relacionado ao direito à vida privada, intimidade e honra. Apesar disso, no mundo, gera muitos conflitos de divergência de entendimentos dos tribunais nacionais, uma vez que pode afetar a liberdade de expressão e informação.

O Direito Penal, no entanto, sofre influência da teoria da pena aplicada no âmbito nacional. Encarado enquanto meio de controle social de *ultima ratio*, prevê a aplicação de sanções para a infração de condutas previamente estabelecidas. Essas sanções são divididas em tipos diferentes, que possuem, também, funções, sejam elas individuais ou sociais, podendo ser tratadas como meio de retaliação do ser com a sociedade, a fim da realização da justiça, ou, como forma de intimidação do sujeito, para prevenir futuros delitos, pensamento mais utilitarista da penalização.

O Brasil, porém, se utiliza de ambos os ramos por meio da teoria mista. De acordo com Claus Roxin<sup>3</sup>, a pena deve ser justa e útil, ao mesmo tempo, de forma a garantir a prevenção da violação de bens jurídicos alheios, bem como a proteção geral, além do potencial ressocializador do infrator.

Sendo assim, é encarado um novo conflito diante dos princípios básicos estabelecidos. Além daquele apresentado anteriormente, com relação à Constituição Federal, é travada a briga entre a, de fato, ressocialização de um sujeito que veio a praticar um delito, foi punido e cumpriu sua pena estipulada em juízo, e a impossibilidade social de permitir uma “segunda chance”, ou reabilitação, garantida no Código Penal, em seus art. 93, 94 e 95.

## 2. DIREITO CONSTITUCIONAL

Entendido como a possibilidade de desconsideração e abstração de fatos anteriores que podem prejudicar a vida atual, o direito ao esquecimento está ganhando cada vez mais espaço na era contemporânea virtual.

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito – volume 1. Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.



De acordo com Correia Jr., é “[...] o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida”<sup>4</sup>. Apesar de que não deve ser entendido como instrumento para que as pessoas apaguem, sem razão plausível, informações pessoais passadas, que remetam a eventos vexatórios ou traumáticos.

O direito ao esquecimento também é chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. Em outros países, é conhecido como *the right to be let alone* ou *derecho al olvido*.

Em conformidade com Anderson Schreiber, é exercido por pessoa humana em face de outros que tenham aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública, de forma a realizar uma recordação opressiva dos fatos.

A discussão surge com mais assiduidade em 2009, com Viktor Mayer-Schönberger, quando disserta sobre “*the right to be forgotten*” dentro da realidade mercadológica. Segundo o professor da Universidade de Oxford, na era moderna, de fácil acesso e fluxo de dados, a memória social não se resume à humana, bem como suas linguagens, pintura e escrita, e o esquecimento, antes inevitável, acabou sendo cessado. O tema acaba ganhando mais visibilidade na comunidade europeia, ao ponto que, em 2012, o Conselho e o Parlamento Europeu propuseram a codificação do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento, sendo tratado não como censura ou afronta à liberdade de expressão.

Sendo assim, o autor desenvolve a ideia de que a solução moderna, portanto, seria o aprimoramento do direito. Essa é a mais cabível e realista, dentro de outras apresentadas pelo autor, como a total abstinência digital.

O Direito, segundo Norberto Bobbio, expoente do positivismo jurídico italiano, “é um conjunto de regras de comportamento expressas em proposições normativas”, em um conjunto de discursos e comunicações linguísticas. Ou seja, em sua Teoria Geral do Direito, o direito deve ser uma realidade empírica contextualizada historicamente.

Seguindo essa lógica, o Direito, enquanto entidade complexa da sociedade, deve se contextualizar de acordo com as novas realidades emergentes. Na era moderna, as pessoas se tornaram digitalmente adaptadas, assim, as normas dos ordenamentos devem seguir o mesmo caminho. O surgimento do Direito Digital, em 2007, o Marco Civil da Internet, de 2014, a homologação da Lei Geral da Proteção de Dados, em 2018, são algumas das evidências dessa mudança, mas não bastam por si só.

Segundo Erik Noleta Kirik Palma Lima, no seu artigo Direito ao esquecimento, a proteção de dados pessoais se tornou um dilema, dada a incapacidade aparente de controle de privacidade. As mudanças no mundo exigem que sejam feitas mudanças no ordenamento

---

<sup>4</sup> CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito civil: da memória ao esquecimento. *In*: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (org.). **Direito à memória e direito ao esquecimento**. Maceió: Edufal, 2015. p. 22.

jurídico, para que se adequem às novas causas. Assim, é considerado pelo autor em questão como uma “legítima requisição para balancear o poder sobre dados pessoais” (p. 281).

O Direito ao esquecimento ainda é considerado inconstitucional, dada sua incompatibilidade com o documento oficial, uma consequência da sua ausência expressa, amparado apenas nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Em outras palavras, é entendido, por parte da doutrina defensora, como direito fundamental implícito na Constituição Federal, ainda que fora do Título II, que leva o nome “Dos direitos e garantias fundamentais”.

De acordo com o Tema 786, do Supremo Tribunal Federal, intitulado “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”, o ministro Dias Toffoli defende que a liberdade de expressão deve ser preservada, tendo seus abusos analisados individualmente. Assim, prezando pela individualização da pena, a constitucionalidade desse direito acaba por se tornar relativa.

Enquanto o ordenamento jurídico é explícito com relação à previsão temporal relacionada à supressão de dados e informações, elas se restringem ao efeito do fato típico. Ou seja, não se aplicam, de fato, no apagamento da existência ou ocorrência deste, podendo ser o autor confrontado acerca, de forma que se enquadram como informações ou eventos verídicos do passado, não podendo serem apagadas ou ocultadas, apesar de terem perdido seu efeito jurídico.

Essas informações, de acordo com a Ementa do Recurso Extraordinário relacionado ao caso Aída Curi (caso detalhado à frente, no ponto 4), “permanecem passíveis de circulação”. Seu impedimento, como solicitado, seria um desacato com o art. 5º, IV, CF/88.

Dessa forma, esse direito faz surgir a guerra interna entre a liberdade de expressão e informação e os direitos individuais da pessoa humana, entendidos como a intimidade, a privacidade e a honra. Esses direitos estão expressamente assegurados no ordenamento brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º, III e 5º, X.

Dados esses impasses, o Supremo Tribunal Federal determinou, por meio de jurisprudência específica, acerca da primazia do direito de informação e de expressão, bem como da liberdade de imprensa. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, se baseia na explícita função social da mídia de informar, alertar e debater sobre o caso.

Ademais, deve ser destacado aqui a diferença que deveria existir entre a exposição midiática e a retomada legal do passado de um sujeito de direitos. Enquanto esse possui caráter documental, necessário para o conhecimento e julgamento das partes de um processo, aquele tem o poder de contribuir para a imortalidade no imaginário social, revisitando os fatos incessantemente, sem justificativa plausível.

## 2.1. Direito à verdade e à memória

Comprometido com o respeito dos direitos humanos e o fortalecimento das instituições democráticas, o direito à memória busca a superação de um passado social traumático, a fim de afastá-lo do repetimento. Grande ponto de estudo acerca do tema é o fenômeno das Justiças de Transição, em toda América Latina, no final do século XX.

Tema de recorrente discussão na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, o direito à memória e à verdade busca, em primazia, o não esquecimento de eventos. Ou seja, seguir em frente com um projeto de futuro, sem abster a responsabilização dos dirigentes pelos crimes cometidos.

De acordo com o Deputado Luiz Couto, presidente da Comissão, o desejo maior é de um futuro em que a luta por memória não seja mais necessária. Além do Poder Público, a Comissão conta com a ajuda de jornalistas e da sociedade civil para construir o momento da sociedade presente, por meio de depoimentos e análises históricas, voltadas principalmente ao período de exceção que se instaurou no Brasil, após o golpe de 64. Por meio da Comissão Parlamentar Memória, Verdade e Justiça, os órgãos de autoridade buscam resgatar os terrores desse período (1946-1988), das graves violações dos direitos humanos, como perseguições, sequestros, prisões, torturas e assassinatos.

É de entendimento do judiciário nacional, portanto, que a memória é um direito do povo, bem como um dever do Estado.

## 2.2. Potencial aplicação do Direito ao Esquecimento

O presente capítulo visa promover considerações mais amplas acerca da possibilidade de adoção e aplicação do que vem sendo discutido como direito ao esquecimento. Em primeira instância, portanto, é importante destacar que a discussão vai para além do âmbito jurídico, envolvendo como já exposto, um paradigma tecnológico e societário. Entre as várias revoluções, industriais e capitais, com suas respectivas invenções, foi com o advento da internet que ocorreu a promoção de um novo paradigma entre as relações entre comunidade e informação.

Com a origem da internet, teve-se a verificação de uma centralidade da informação nos modos de produção e o uso inédito da informação não apenas como um meio do processo de produção para a obtenção de um fim, mas também com o intuito de aprimoramento da própria memória. Dessa forma, por intermédio das tecnologias, a capacidade de armazenamento e processamento de informação foi notoriamente ampliada. Entretanto, o questionamento presente se encontra em como a sociedade em rede, terminologia utilizada pelo jurista Castells, reconfigurou a temática da memória e do esquecimento diante desse cenário de transformações. Isso pois o padrão de esquecer que sempre acompanhou a

humanidade é substituído pela facilidade em decorar, conduzindo debates entre as proposições: armazenamento barato, recuperação fácil e alcance global. Ou seja, perde-se o domínio da ordem de esquecimento.

O avanço da tecnologia, como já analisado, por vezes se mostra de forma conflitante quando relacionado ao Direito visto que, em determinada medida, essas tecnologias se tornam instrumentos de geração de conflitos, como se verifica com o chamado “efeito Streisand”. Esse fenômeno social se resume quando a tentativa de ocultar, censurar ou remover algum tipo de informação, se volta contra o censor, gerando uma consequência paradoxal na medida que ocasiona na vasta replicação da informação que se pretendia mitigar, ou seja, se ocorre no âmbito judicial, causa o efeito contrário ao pretendido, privando-o da efetiva tutela judicial. Em suma, como será visto posteriormente, com o ajuizamento da demanda, o litígio muitas vezes se vincula a sites de notícias, gerando um aumento da publicidade do caso.

A fim de exemplificação da situação acima descrita, tem-se o caso envolvendo a apresentadora e modelo Daniella Cicarelli. A modelo foi flagrada por um paparazzi mantendo relações sexuais em uma praia da Espanha, em meados de 2006. O vídeo então foi divulgado no YouTube e alcançou grandes proporções. A atriz e seu companheiro na época ajuizaram uma ação contra o produtor de conteúdo e, por meio de liminar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi estabelecido o bloqueio do vídeo, ocasionando na difusão do conteúdo em inúmeros outros sites que colaboraram com a transmissão da existência do litígio ao público, aumentando o número de buscas e de acessos ao conteúdo em questão, efetivando o efeito Streisand.

Ou seja, a proteção à personalidade na sociedade em rede demanda uma especial ponderação em âmbito judicial com o intuito de que o resultado útil que se espera ao final do processo seja alcançado. A aplicação apenas do segredo de justiça, por exemplo, como uma fuga do Efeito Streisand, por mais que de certa forma se mostre efetivo, não parece ser suficiente para legislar sobre todas as demandas envolvendo o direito ao esquecimento.

Dessa forma, evidente que o direito ao esquecimento encontra suas raízes no conflito entre direitos da personalidade, como a intimidade e a vida privada e a liberdade de expressão, contendo as liberdades de informação e de imprensa. Sobre a temática, é notável que o respeito à privacidade e a liberdade de informação, ambos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, impõe limites recíprocos e é nesse intermédio que se encontra o direito ao esquecimento.

Com relação a esse conflito, surgem então dois principais pareceres, se utilizando das premissas fundamentais dos direitos anteriormente apresentados. A primeira posição se mostra contrária a aplicação do direito ao esquecimento, justamente pois o impedimento da divulgação de fatos verídicos, licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo

o decurso do tempo que tornaria ilícita ou abusiva sua publicação, seria considerado uma restrição ao direito de liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

No Brasil, essa posição ganhou registro expresso em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como também do Supremo Tribunal Federal, assim como será visto posteriormente em uma divisão específica para análise de jurisprudências acerca do tema.

Em contrapartida, aqueles que adotam a segunda posição e, portanto, são favoráveis à aplicação do referido direito, afirmam que, na análise do caso concreto, é possível a aplicação do direito ao esquecimento. A defesa dessa teoria se baseia, de forma primordial, no direito à dignidade do indivíduo, entende-se que a ligação de uma informação negativa à imagem de uma pessoa acaba por rotulá-la perante a sociedade e em muitos dos casos, denegrindo sua imagem. Diante desse cenário, a tecnologia reafirma a lógica do etiquetamento (ponto 3.2.).

### 3. DIREITO PENAL

O Código Penal brasileiro, de 1940, determina a existência de limites temporais para cada tipo predefinido, sendo a inexistência de prisão perpétua (art. 75), a prescribibilidade dos crimes (art. 109) e a definição do tempo de reabilitação e reincidência (art. 93 e 61, respectivamente). Com relação aos antecedentes criminais, porém, tal previsão legal é menos específica, sendo de responsabilidade (autorizada) dos magistrados, ou seja, podem considerar, apesar das circunstâncias judiciais.

O Direito ao esquecimento já era aplicado pelo Direito Civil, enquanto suposto ramo do princípio da dignidade humana, favorecendo a manutenção da índole e dignidade do indivíduo. Porém, com a emergência da nova era da informação e das tecnologias, esse remédio está sendo solicitado em outros âmbitos jurídicos, como o Penal. Isso se deve à facilidade de acesso de terceiros à informações relativas à intimidade, vida privada, imagem, nome ou memória das pessoas, podendo ser prejudicial, dada a imortalidade digital.

Entretanto, a fim de analisarmos a importância da discussão da temática no âmbito do Direito Penal, se mostra de notória importância a análise das habituais funções atribuídas a aplicação da pena. A partir dos estudos da teoria da pena e das possíveis funções outorgadas a ela, surgem duas teorias que buscam explicar o propósito da aplicação de sanções decorrentes da infração de uma norma penal. Essas teorias são chamadas de teorias relativas, ou preventivas e teorias absolutas, ou retributivas. A primeira, por sua vez, defende modelos punitivos direcionados a uma finalidade extrínseca, ou seja, a pena busca prevenir delitos e/ou funções ilegítimas. Contudo, a segunda teoria, baseada na abordagem contratual, busca afirmar que a pena possui um fim em si mesma.

Ambas as teorias compreendem a pena como uma retribuição na medida que o crime é fruto do livre agir do indivíduo. Porém, para os filósofos Immanuel Kant e Georg

Wilhelm Friedrich Hegel, defensores do juízo da teoria absoluta, mesmo que cada um com suas peculiaridades, a pena visa tão somente à imposição de uma retribuição do mal causado com a prática do delito, tratando-se portanto de uma consequência lógica-jurídica do descumprimento da lei penal, a fim de afirmar o direito e restabelecer o ordenamento jurídico vigente.

Entretanto, assim como bem expõe o jurista Rogério Greco,

*A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense (Greco, 2015, p. 122).*

Dessa forma, apesar do Brasil adotar uma teoria mista da pena, é evidente que a teoria apresentada se desvincula de uma política criminal focada na necessidade de recuperação e posterior reinserção na sociedade, impondo erroneamente que apenas a imposição ao cárcere seria o remédio contra a criminalidade.

Dessa maneira, para o presente trabalho, se mostra de extrema relevância a análise de forma mais aprofundada da teoria relativa e as quatro principais funções impostas a aplicação da pena. Para tanto, a fim de prevenir a prática do delito, esse ramo de pensamento divide a forma de prevenção em geral, negativa e positiva, e especial, também subdividida em negativa e positiva. Ou seja, de maneira resumida, a pena possui função de prevenção geral quando se relaciona com as consequências produzidas no âmbito social, e especial quando se trata das consequências produzidas efetivamente no condenado.

A pena possui função de prevenção geral negativa, quando a mesma serve de intimidação perante a sociedade, ou seja, a pena imposta ao autor do delito tende a refletir na sociedade de modo que as demais pessoas, ao verificarem a prática efetiva da aplicação da pena a partir da prática do crime, se veem intimidadas e ponderam antes de cometer alguma infração penal. Ademais, a função de prevenção geral positiva é a estabilidade do ordenamento jurídico e das relações sociais na medida que a pena reafirma o direito penal que fora violado através da prática do delito.

Outrossim, ao tratar das funções especiais, positivas e negativas da pena, a primeira diz respeito do intuito ressocializador do criminoso, que, após o cumprimento da pena, estaria apto ao pleno convívio social. Enquanto a segunda afirma a função de neutralização

do sujeito criminosos, isto é, a pena busca evitar a prática infratora na medida que retira o infrator da sociedade.

Dessa forma, assim como já exposto anteriormente, apesar do ordenamento jurídico se utilizar de uma teoria mista da pena, ou seja, a pena como obtendo a finalidade de retribuir proporcionalmente o mal causado pela prática do delito, bem como de prevenir a prática de novos crimes e a promover a ressocialização do agente, é evidente a necessidade das consequências extrínsecas a pena em nosso ordenamento. Isso porque essas utilidades devem ser analisadas e consideradas como indispensáveis para o funcionamento de nossa prática jurídica visto que elas se mostram de extremo valor a fim de evitar práticas autoritárias e negacionistas do Estado Democrático de Direito.

Isso pois, sem a necessidade de uma razão para a aplicação da pena, abre-se a possibilidade da criação de inúmeras condenações infundadas, baseadas apenas no critério de obediência e submissão, pretextos esses, inadmissíveis e incoerentes.

A importância da discussão da temática no âmbito do Direito Penal se encontra na medida que a negação da utilização do Direito ao Esquecimento pelo Supremo Tribunal Federal nega a possibilidade de reintegração do indivíduo na sociedade e reafirma a “lógica do etiquetamento”.

O direito ao esquecimento, nesse contexto, significaria uma efetiva quebra do elo entre o passado e o presente, possibilitando uma autonomia de exercício pessoal, considerando os danos do passado já reparados e suas penas cumpridas. Favoráveis à proteção da privacidade da pessoa afetada, juristas europeus e americanos já reavaliam suas doutrinas internas.

### **3.1. Teoria do etiquetamento social ou *Labeling Approach Theory***

A teoria em questão é uma vertente da criminologia crítica que defende a ideia de que a noção de crime e criminoso são construídas socialmente, partindo da definição legal do delito. A partir disso, ficam evidentes algumas falhas das políticas estatais em suas funções sociais, findando na atribuição de características para a estigmatização de sujeitos.

A partir dessa, é entendido que a criminalidade não é algo inerente do sujeito, mas uma rotulação concedida pelo que é socialmente entendido como “delinquentes”. Ou seja, uma espécie de “etiqueta” era construída com base nos entendimentos da consciência coletiva de fatos patológicos e normais.

A teoria implica uma indissociabilidade, por parte do indivíduo, do estigma ao qual é submetido, e, por esse motivo, torna-se quase impossível a reinserção desse na socie-

dade. Diante desse conjunto de fatores, é muito frequente a reincidência dos “etiquetados” aos crimes, reforçando a característica.

A Teoria do Etiquetamento possui 5 aspectos: o desvio primário, o desvio secundário, o etiquetamento, a seletividade penal e a estigmatização. O primeiro é entendido como o primeiro delito cometido pelo indivíduo, geralmente decorrente de fatores culturais, sociais, psicológicos e até fisiológicos. O segundo, por outro lado, é fruto da reação ao problema originado da reação social ao primeiro. O etiquetamento, propriamente dito, é o efeito desses dois, deixando com que a vida desse seja reduzida aos dois desvios. A seletividade penal, portanto, é o fato de que o ordenamento é direcionado aos que cometem delitos, ou seja, os etiquetados oriundos do primeiro desvio. O último aspecto, por fim, nada mais é do que fruto de todo esse percurso vitimizador.

A grande massa carcerária possui, no fim, as mesmas características, ou, os mesmos critérios para receber o codinome “delinquentes”: de baixa renda, baixo status social e baixa escolaridade. Dentro do conceito, torna-se “aceitável” excluir e estigmatizar esse sujeito.

### 3.2. Correntes do Direito ao Esquecimento

Fruto da construção doutrinária e jurisprudencial, o direito ao esquecimento já é considerado (para alguns) como direito de personalidade, dada sua natureza pessoal e íntima, tornando-se uma espécie desse.

O Supremo Tribunal Federal, sob presidência do Ministro Dias Toffoli, foi palco dessa construção em 2017, quando, em audiência pública, 3 correntes de ideais foram delineadas:

- 1) Pró-informação: para estes, simplesmente não existe esquecimento, pelo fato da sua ausência no ordenamento jurídico nacional, sua inconstitucionalidade e incompatibilidade com os princípios fundamentais. Defendida, majoritariamente, por membros de setores de comunicação, que alegavam a primazia da liberdade de expressão.
- 2) Pró-esquecimento: esses prezam não só pela existência, mas bem como pela sua preponderância como direito da pessoa humana, de sua reserva, privacidade e intimidade, devendo, por isso, prevalecer sobre a liberdade de expressão. Seus maiores defensores são da área, membros do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), respaldados na decisão proferida pelo STJ no caso da Chacina do Candelária, que o definia como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> REsp 1.334.097/RJ.



- 3) Intermediárias: entendem que a hierarquização de princípios constitucionais não é permitida, não havendo primazia de um sobre outro (com relação à liberdade de expressão e privacidade), colocando o direito ao esquecimento como um desdobramento infeliz da intersecção deles. A solução encontrada (pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil) foi a utilização do método de ponderação, baseado na teoria de Robert Alexy, em busca do ponto ótimo, com o menor sacrifício de ambas as partes<sup>6</sup>.

### 3.3. Direito à desindexação

Após a análise das possíveis aplicações do Direito ao Esquecimento, é evidente que o problema cardinal nessa temática gira em torno de estabelecer parâmetros adequados para a aplicação desse direito, de maneira que também preserve, na medida certa, a liberdade de expressão de informação e de comunicação, a historicidade dos fatos e a memória coletiva.

Dessa maneira surge no âmbito jurídico a criação de um Direito à desindexação, isto é, um direito próprio do sistema de informação. Ele pode ser explicado como a “desvinculação” de uma informação a um certo indivíduo, tanto pelo decurso de um certo prazo, quanto pelo já cumprimento da sentença, quando analisamos sua aplicação no âmbito do Direito Penal.

Vale ressaltar, portanto, que o Direito ao Esquecimento, como a defesa do desaparecimento de algumas informações e o Direito à Desindexação, como há não vinculação de alguns determinados fatos, não são sinônimos, até mesmo, pois o presente trabalho se mostraria dispensável, visto que não se busca aqui adotar uma posição contrária adotada pelo Supremo Tribunal Federal que, como já exposto anteriormente, entende que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.

### 3.4 O Projeto de Lei n. 4418/20

O Projeto de Lei institui e regulamenta o direito ao esquecimento no âmbito do direito penal segundo a ementa.

De acordo com a proposta, de autoria de David Soares (DEM-SP), o objetivo é de garantir o direito de não ser citado nominalmente, ou de forma facilmente identificável, após seis anos (ou doze, nos processos de crimes hediondos ou de corrupção), aos indivíduos

---

<sup>6</sup> A “lei de colisão”, um dos principais fundamentos da teoria dos princípios de Alexy, é um reflexo da característica de otimização dos princípios e da inexistência de prioridades absolutas entre eles. Através da ponderação se soluciona o conflito entre princípios e a regra que se extrai da aplicação da ponderação de princípios, para Alexy, integra o rol das normas adscritas.

que cumpriram integralmente com as penalidades, sem necessidade de solicitação formal à Justiça.

O motivo do projeto está respaldado no sentido que é necessário esse “esquecimento” para que ex-detentos possam reintegrar a sociedade, sem prejuízos tão grandes, “com metas e objetivos diferentes dos que o levaram ao mundo do crime”. Pessoas inocentadas, de acordo com a proposta, terão esquecimento imediato e automático.

Projeto de lei parecido surgiu em 2014, o PL n. 7881, de redação do ex-presidente da casa, Eduardo Cunha. Esse previa obrigar a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que fazessem referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Esse foi rejeitado sob o argumento de que a legislação nacional não pode proferir mandos para com empresas estadunidenses, principal sede dos mecanismos de busca em questão, além do argumento de que a Lei n. 12.965/14, do Marco Civil da Internet, já oportuna essa busca por remoção de conteúdo digital por meios judiciais.

#### **4. Casos concretos**

Como já anteriormente citado, o direito ao esquecimento veio para impedir que um erro do passado venha a se tornar um enorme obstáculo no desenvolvimento pessoal futuro de um cidadão de direitos. A imortalização de eventos pretéritos pode impedir a efetivação da reabilitação prevista no CP/40, deixando-o acorrentado ao seu próprio passado.

Para mais, o Caso Lebach ficou conhecido como o precursor do direito ao esquecimento, marcando o precedente de que esse direito é incompatível com a Constituição Federal Brasileira. Esse caso se resume a um crime de grande repercussão que ocorreu no Rio de Janeiro em 1958. Entretanto, em 2004, o Programa Linha Direta da TV Globo retomou o caso, provocando a própria família da vítima a ingressar com uma ação solicitando a reparação dos danos visto que essa reconstituição do caso se traduz em uma pena perpétua para a família, que precisa ficar lembrando dos fatos ocorridos há 46 anos atrás.

No presente caso, o STF entendeu que a família buscava apagar informações na internet acerca do caso, o que seria contrário à liberdade de informação e, portanto, inconstitucional.

O Recurso Especial n. 1335153 (RE 1.010.606, Tema 786 do STF), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão no contexto de mídia televisiva, com respaldo no princípio da liberdade de expressão e liberdade de imprensa. No caso em questão, Aída Curi foi vítima do crime de violência seguida de morte, atentado violento ao pudor, além de tentativa de estupro, ocorrido em 1958, e teve seu nome e imagens divulgadas amplamente, novamente, pelo mesmo Programa “Linha Direta”. Seus familiares, então, entraram com pedido de indenização em favor ao direito de esquecimento, para não serem obrigados a lembrar e

reviver o sofrimento e morte dela, enquadrando a atitude da rede televisiva como abusiva e violadora de direitos fundamentais.

Esse caso, extremamente íntimo e marcante para a sociedade, busca “não se submeterem à desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas”. O Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo caso, teve o entendimento que a vítima era indissociável na divulgação do crime, de forma que, não teria ocorrido o abuso relatado pela família, permitindo com que a imprensa divulgasse o “fato histórico”.

Um dos primeiros relatos desse tema no Brasil, foi ainda nos anos 1970, a respeito do assassinato da socialite Ângela Diniz, por seu marido Doca Street (apelido de Raul Fernando do Amaral Street), julgado e absolvido pelo júri, mas condenado quando o caso foi reaberto por conta da revolta social. Apesar disso, em 2003, foi exibida uma reportagem pela Rede Globo de televisão, cedendo espaço para que Doca recorresse à justiça, solicitando o direito ao esquecimento contra a reportagem, além de indenização por dano moral. Como resultado, foi garantido o direito da emissora de expor o caso, enquanto liberdade de expressão, apesar do pagamento da indenização.

Um dos casos mais emblemáticos do assunto é o Google Spain vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Esse último solicitou, em 2009, ao jornal *La Vanguardia*, que seu nome não fosse mais vinculado à matérias de 1998 a respeito de um processo da venda de imóveis de sua propriedade e a quitação de dívidas, que foi posteriormente inocentado, mas teve seu pedido rejeitado. Em 2010, entrou com o mesmo pedido ao Google do seu país, mas teve o pedido novamente rejeitado. O argumento utilizado por eles, González e AEPD, era de que o Google deveria ser responsável pela maneira com que exerce a divulgação de informações.

O TJUE determinou, por fim, a responsabilização do Google pelo tratamento dado aos dados pessoais, bem como reconheceu a influência de mecanismos de busca como esse sobre os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais do indivíduo. Com relação à territorialidade, apesar da matriz ser estadunidense (Califórnia/EUA), a Espanha possui direito de aplicar suas disposições nacionais (Direito nacional aplicável, art. 4º). Em conclusão, o TJUE decidiu pela possibilidade do cidadão europeu de pedir aos provedores de buscas a exclusão de dados pessoais próprios da lista de resultados licitamente.

Por fim, o último caso que acreditamos ser importante a ser citado é o caso Google Brasil x TJPR. Nesse caso, o relator desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, entendeu que há realmente uma diferença entre o Direito à Desindexação e o Direito ao Esquecimento e em decorrência disso, foi garantido ao indivíduo o direito de ser “deixado em paz” pelo Google logo após ter tido

seu nome relacionado a uma operação policial, ainda que ele não tenha nem sequer sido denunciado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após meses de pesquisa acerca do assunto, podemos concluir que o direito ao esquecimento é confrontante com vários princípios constitucionais explícitos, de forma acertada e inconstitucional pelo STF. Ainda assim, o mais adequado no cenário normativo nacional é a possibilidade e a facilitação do direito à desindexação.

Pensamentos como o presente já existem, como é visto no PL n. 4418/20, apesar do equívoco nominal. A nomenclatura “direito ao esquecimento” é amplamente utilizada e ainda muito confundida com o “direito à desindexação”, sendo essa última a mais adequada para o projeto em questão.

Assim, concluímos que o direito ao esquecimento é, de fato, incompatível com a Constituição Federal/88, porém outras formas mais adequadas que não interfiram no princípio de liberdade de expressão, informação e imprensa, nem nos direitos fundamentais à privacidade e honra, como a desindexação.

O filme *Brilho Eterno de uma Mente sem Lembranças*, apesar de focar em relacionamentos amorosos, reflete a experiência da vida humana como um todo. Evidenciando a necessidade humana de esquecer certos eventos traumáticos para que possa seguir e evoluir com sua vida individual.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL.** Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, Resp Nº 1.335.153 - RJ (2011□0057428-0). Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgamento: 10/09/2013. A Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865642274/inteiro-teor-865642298>. Acesso em: 15 maio 2023.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário, RE 1010606 - RJ). Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI. Tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Julgamento: 11/02/2021. O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 786 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em 15 maio 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento. **Buscador Dizer o Direito, Manaus**. Disponível em: <https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/10fb6cfa4c990d2bad5ddef4f70e8ba2>. Acesso em: 02 abr. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto institui direito ao esquecimento penal para ex-detentos. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/689545-projeto-institui-direito-ao-esquecimento-penal-para-ex-detentos/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rejeitada remoção de links da internet para dados irrelevantes ou defasados. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/rejeitada-remocao-de-links-da-internet-para-dados-irrelevantes-ou-defasados/473547003>. Acesso em: 07 abr. 2023.

CORRAL, Eduarda Vaz. **Teoria do etiquetamento social: do estigma aos aspectos seletivos do sistema penal**. Trabalho de Conclusão de Especialização. Ciências Sociais Aplicadas, UFRGS, 2015.

DIREITO ao esquecimento - Caso Lebach e decisão atual do STF. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-ao-esquecimento-caso-lebach-e-decisao-atual-do-stf/1166653821#:~:text=0%20Caso%20Lebach%20ficou%20conhecido%20como%20o%20precursor,ao%20esquecimento%20%C3%A9%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%22>. Acesso em: 14 abr. 2023.

**Document 62012CJ0131**. EUR-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acesso em: 02 abr. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>. Acesso em: 10 abr. 2023.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril\\_v50\\_n199\\_p271](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p271). Acesso em: 15 maio 2023.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2000.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. **Princeton University Press**, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt7t09g>. Accessed 17 Mar 2023.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think**. Reino Unido, 2013: Houghton Mifflin Harcourt.

MENEZES, Victor Hugo. **O Caso Google Spain vs. Mário Costeja González**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/1-o-caso-google-spain-vs-mario-costeja-gonzalez/441755309>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Teoria do etiquetamento social**. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/teoria-do-etiquetamento-social/322548543>. Acesso em 27 de mar de 2023.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em 15 de mar de 2023.

VIEIRA, Luana Ramos. Teoria do etiquetamento. *In.*: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). **Dicionário criminológico**. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/teoria-do-etiquetamento/61>. ISBN 978-85-92712-50-1. Acesso em: 14 mar. 2023.

STJ deve julgar semana que vem caso sobre vídeo polêmico de Daniela Cicarelli, Recurso discute multa milionária supostamente devida pelo Google ao ex-casal pela não retirada das cenas do ar. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/228150/stj-deve-julgar-semana-que-vem-caso-sobre-video-polemico-de-daniela-cicarelli>. Acesso em: 04 maio 2023.

TJ do Paraná reconhece direito a desindexação de nome em buscas do Google. **Revista Consultor Jurídico**, Por Alex Tajra, 31 de março de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-31/tj-parana-reconhece-direito-desindexacao-buscas-google#:~:text=Com%20esse%20entendimento%2C%20a%2018%C2%AA%20C%3%A2mara%20C%3ADvel%20do,policia%20sem%20que%20ele%20tenha%20sido%20sequer%20denunciado>. Acesso em: 31 mar. 2023.

SANTOS, Ana Luiza Liz dos. Advento do direito à desindexação e sua importância na era digital. **Revista Consultor Jurídico**, 27 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-27/ana-santos-advento-direito-desindexacao>. Acesso em: 16 maio 2023.

# DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: OS CRIMES PARASITÁRIOS À ATIVIDADE PROSTITUTIVA

*Fernando Augusto Campos Palhares<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

A prostituição é um tema indissociável à sociedade. Não há qualquer período histórico em que não haja relato da atividade prostitutiva, bem como de infindas abordagens jurídicas deste fenômeno. A miríade de articulações jurisdicionais da prostituição vai da criminalização ostensiva à regulamentação estatal extensiva, passando pela simples tolerância e descriminalização de tal prática.

Em geral, socialmente marginalizada, a prostituição tende a estabelecer-se em ambientes violentos e apartados da efetiva tutela estatal, amalgamando-se a toda sorte de tipificações delitivas e, muitas vezes, alojando-se em um contexto de exploração sexual daquele que a prática.

No Brasil, não há tipificação da conduta prostitutiva. No entanto, a legislação no presente momento proscreeve todo tipo de conduta externa à relação entre aquele que oferta os serviços sexuais e o cliente, restando lícita a negociação direta, desde que preservada a volição efetiva e livre da intervenção, facilitação, mediação, imposição ou coação dos agentes.

Ainda, em âmbito nacional, conforme o alastramento da aceitação da prática prostitutiva, os delitos elencados no Código Penal relacionados a ela tendem a ser também relevados pela jurisprudência, passando a exigir circunstâncias mais restritivas em seu enquadramento. Assim sendo, permanece e ao mesmo tempo aviva-se o enfoque ao combate à exploração sexual. Esta transição paradigmática reflete-se sobretudo nas alterações recentemente empreendidas no texto normativo alterando o objeto de tutela dos crimes tangenciais à prática da prostituição dos costumes para a dignidade sexual.

A transmutação do texto codificado somada às evoluções culturais corporizadas de forma célere pela sociedade torna a aplicação dos tipos elencados no Capítulo V, do Título VI do Código Penal complexa, nebulosa e heterogênea.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

## 2. LENOCÍDIO E TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Os crimes albergados pelas tipificações contidas no Capítulo V do Título VI do Código Penal tratam do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. É possível identificar que os artigos 227 a 232 compreendem um conjunto de delitos que orbitam em torno da prática da prostituição, considerando, porém, que a prática em si não é tipificada pela lei pátria.

As tipificações descritas no Capítulo V descrevem um rol de atividades parasitárias à prática da prostituição a fim de coibir a operação daqueles que se locupletam da prostituição alheia. A prática da prostituição também é intimamente relacionada ao tráfico de pessoas (Brito; Sanches, 2019) e à exploração infantil (Santos *et al.*, 1990), constituindo estas a parte mais gravosa dos delitos do Capítulo V.

A diferença essencial dos tipos do Capítulo V para os demais crimes do Título VI consta no fato de que as práticas são empreendidas em favor da lascívia alheia (Hungria, 1981, p. 258). O rol tipificado pelo Capítulo V constitui-se basicamente de três grupos de práticas: o proxenetismo; o rufianismo e o tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual (Hungria, 1981, p. 259).

### 2.1 Proxenetismo

A atividade do proxeneta é descrita nos artigos 227; 228; e 229 do Código Penal. Trata-se do induzimento, aliciamento e constrangimento à prostituição. A pena cominada acentua-se para os casos em que há relação de parentesco, tutela ou matrimônio e também nos casos onde haja o envolvimento de menores de idade.

Também é proscrita o estabelecimento e administração de casa de prostituição (Souza, 2020, art. 227).

A redação da tipificação do art. 229 foi alterada no ano de 2009, convertendo a descrição “casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso” em “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. A conduta, no entanto, embora pareça tornar lícito a exploração comercial institucionalizada da prostituição, acaba por contrastar com os artigos anteriores (227 e 228), em que a prática da prostituição e a satisfação da lascívia de outrem figuram alternativamente com a exploração sexual, tornando extremamente nebulosa a licitude de estabelecimentos espalhados pelo território nacional em grande número.



A doutrina e a jurisprudência também alargaram o entendimento do termo intitulada casa de prostituição para abarcar além do local físico onde dá-se o comercial sexual, abrangendo também eventos em locais alternantes promovidos com o mesmo intuito.

Em sentido oposto, a conduta prevista no art. 229, embora permaneça tipificada, no entanto, vem sendo concebida como atípica em acórdãos dos tribunais de justiça, em suposta consonância com o Princípio da Adequação Social. Assim, o estabelecimento de casas de prostituição acabaria por ser descriminalizado, uma vez que é largamente aceito pela sociedade (Apelação Crime Nº 70077305266, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 04/07/2018). Permanece, portanto, a tensão entre a distinção do albergamento da prática da prostituição e da disponibilização de estrutura onde haja exploração sexual.

O Supremo Tribunal Federal (STF), todavia, segue mantendo a tipicidade do fato:

Não compete ao órgão julgador descriminalizar conduta tipificada formal e materialmente pela legislação penal. Com esse entendimento, a 1ª Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de condenados pela prática do crime descrito na antiga redação do art. 229 do CP [Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.]. A defesa sustentava que, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da adequação social, a conduta perpetrada seria materialmente atípica, visto que, conforme alegado, o caráter criminoso do fato estaria superado, por força dos costumes. (HC 104467/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 8.2.2011.)

Tem-se, portanto, como regra geral, que o artigo 229 permanece vigorando, porém requer circunstâncias mais específicas para sua aplicação nos casos em que seja configurada a exploração sexual:

Mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, a conduta consistente em manter Casa de Prostituição segue sendo crime tipificado no artigo 229 do Código Penal. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a “exploração sexual” como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. (REsp 1683375/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018)

## 2.2 RUFIANISMO

A figura do rufião consiste naquele que participa dos lucros da prostituição alheia (rufianismo ativo) ou sustenta-se dela mesmo que parcialmente (rufianismo passivo). A diferença fucral entre o proxenetismo lucrativo e o rufianismo é o fato da persistência da continuada acepção dos lucros.

O Prof. Nelson Hungria Hoffbauer, ex-ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), também distingue o rufianismo passivo, em que há alguma relação subjetiva entre o indivíduo que pratica a prostituição e aquele que recebe ou desfruta dos rendimentos dela (normalmente, uma relação afetiva) e o rufianismo ativo. No segundo caso, trata-se exemplarmente de uma relação de proteção mediante cobrança coativa implícita ou explícita de pagamento. Ressalta ainda que a iniciativa da relação pode partir do próprio indivíduo que pratica a prostituição, permanecendo assim a conduta típica daquele que se locupleta dos frutos obtidos (Hungria, 1981, p. 258).

De modo análogo aos artigos referentes ao proxenetismo, a pena cominada às práticas de rufianismo acentua-se para os casos nos quais há relação de parentesco, tutela ou matrimônio e também nos casos onde haja o envolvimento de menores de idade.

## 2.3 Tráfico de pessoa para fins de exploração sexual

O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual apresenta-se, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), como uma das práticas delitivas mais rentáveis do mundo (Santos, 2015?).

O delito é caracterizado pelo Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, nominado Protocolo de Palermo de 2003, do qual o Brasil é signatário como recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração (United Nations, 2004).

## 3. A ILICITUDE, A PROSCRIÇÃO MORAL DA PROSTITUIÇÃO E OS MODELOS JURÍDICOS DE NORMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE PROSTITUTIVA

Historicamente, a atividade da prostituição e sua proscrição legal oscilam em um pêndulo que vai da criminalização coercitiva à liberdade de exercício. Mesmo na atualidade,

o tratamento dado à atividade diverge entre ordenamentos normativos distintos. Hodiernamente, encontramos dois modelos básicos distintos de abordagem do tema: a criminalização; a e a regulamentação.

A criminalização divide-se em mais três categorias: o proibicionismo; o neoabolicionismo e o abolicionismo (OWP, 2020). O proibicionismo consiste na proscricção punitiva da prática da prostituição sobre a fundamentação de que esta, por si, consiste em uma atividade degradante ao praticante e à sociedade. Neste modelo, o agente da prática é criminalizado, assim como todos aqueles envolvidos no delito (facilitadores, intermediadores e clientes contratantes). O modelo proibicionista vigora na maior parte dos estados norte-americanos, no Oriente Médio e em territórios do Leste Europeu.

O modelo abolicionista é o modelo adotado pelo Brasil. Embora a oferta e a contratação de serviços sexuais não configure ofensa penal, há um esforço para criminalizar toda estrutura que possa vir contribuir para o incentivo ou tirar proveito da atividade. Este modelo fundamenta-se na tolerância da atividade prostitutiva, considerando-a inevitavelmente inerente à sociedade.

Nota-se uma prevalência do modelo abolicionista em países onde a sociedade possui uma larga influência do Catolicismo. Podemos remeter esta concepção ao filósofo patrístico Santo Agostinho através do enunciado: *Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinibus*<sup>2</sup> (Agustín De Ordine *apud* Osaba, 2014). A visão de Agostinho é que, embora imoral, além de inevitável, a prostituição teria a função de aplacar os impulsos nefandos da libido e, uma vez proscrita, teria efeitos mais danosos ao tecido social do que a sua tolerância (Lauand, 2009):

O modelo neoabolicionista, partindo da concepção de que a prostituição é uma prática degradante, porém concebendo aquele que a exerce como uma vítima de uma condição social de vulnerabilidade, além de proscriver as atividades de exploração à prostituição, criminaliza também a conduta da negociação e contratação de serviços sexuais.

São exemplos deste modelo a Suécia, Noruega e Islândia que, embora não criminalizem a prática ativa da prostituição, tipificam penalmente a contratação dos serviços sexuais, focando como agente do delito aquele que faz a contratação e não aquele que os oferece. Por ter sido adotado pelos ordenamentos do Norte da Europa, este modelo penal ficou conhecido como modelo nórdico e expandiu-se por outros ordenamentos principalmente no território europeu (Vogel, 2022).

Islândia, Canadá, Cingapura, África do Sul, Coreia do Sul, Irlanda do Norte e endossam o modelo nórdico França (Sahuquillo, 2016), concebendo a prostituta como uma parte hipossuficiente vítima do cliente que explora sua vulnerabilidade social contratando seus serviços.

---

<sup>2</sup> Suprimam-se as prostitutas e tudo será tomado pela luxúria.

No espectro oposto, temos a descriminalização e a legalização. A descriminalização da prostituição consistiria na revogação de todas as leis referentes às práticas, incluindo aquelas que tipificam as atividades relacionadas ao complexo de oferta e mediação de serviços sexuais. O modelo da descriminalização acredita que a mitigação da estigmatização do comércio sexual pode trazer uma melhor qualidade e segurança àqueles que se dedicariam a ofertar estes serviços, afastando-os da marginalidade e da proximidade com outras condutas ilícitas. O modelo de descriminalização foi adotado em parte do território australiano, parte da Europa e grande fração da América do Sul (OWP, 2020).

A legalização enseja um passo além da descriminalização, ambicionando proporcionar uma estrutura de garantias laborais àqueles que oferecem serviços sexuais. Também objetiva incluir as atividades ligadas ao comércio de serviços sexuais na esfera tributária e previdenciária, além da regulamentação e da fiscalização estatal sobre o exercício da prostituição, afastando a marginalização de todo o complexo de atividades de comércio sexual.

O modelo mais conhecido da regulamentação da prostituição pelo Estado é o modelo holandês adotado de forma similar na Alemanha, Áustria, Grécia, Turquia, Senegal, parte da Austrália e no estado norte-americano de Nevada (OWP, 2020). Críticos deste modelo alegam que a excessiva regulamentação estatal tende a propulsionar a formação de monopólios por empresários de maior poderio, muitas vezes proporcionando uma situação prejudicial aos trabalhadores, marginalizando parte daqueles que não conseguem adequar-se à regulamentação como imigrantes e pessoas em situação de vulnerabilidade social e criando assim uma nova esfera de marginalização no círculo da prostituição ilegal externo ao mercado regulamentado pelo Estado.

#### **4. PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL**

No Brasil, houve diversas propostas legislativas visando a regulamentação da atividade de comércio sexual, dentre elas, a mais proeminente é conhecida como Projeto de Lei Gabriela Leite (4.211/2012) de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys (BRASIL, 2012).

A proposta ensinaria uma estrutura jurídica viável aos profissionais do comércio sexual, transferindo o objeto de antagonismo que atualmente é a atividade da prostituição para o combate a exploração sexual por meio da alteração drástica das tipificações contidas no Capítulo V, substituindo textualmente um termo pelo outro. Em sua justificativa, o projeto de lei externaliza a preocupação com a estigmatização da atividade de comércio sexual e suas consequências deletérias ao indivíduo que a pratica:

O objetivo principal do presente Projeto de Lei não é só desmarginalizar a profissão e, com isso, permitir, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, ao Direito do Trabalho, à segurança pública e, principalmente, à dignidade humana. Mais que isso, a regularização

da profissão do sexo constitui instrumento eficaz ao combate à exploração sexual, pois possibilitará a fiscalização em casas de prostituição e o controle do Estado sobre o serviço (Brasil, 2012).

A legalização e regulamentação centraria o combate empreendido pelo Capítulo V do Título VI do Código Penal na exploração sexual definida na justificativa do projeto de lei:

Importante frisar que a profissão do sexo difere da exploração sexual conforme texto legal ora apresentado. A exploração sexual se conceitua (1) pela apropriação total ou maior que 50% do rendimento da atividade sexual por terceiro(s); (2) pelo não pagamento do serviço sexual prestado voluntariamente; ou (3) por forçar alguém a se prostituir mediante grave ameaça ou violência. Neste sentido, a exploração sexual é crime e se tipifica independente da maioridade ou da capacidade civil da vítima (Brasil, 2012).

O projeto de Lei n. 4.211/2012, que também prescreve a manutenção da firmeza no combate ao tráfico de pessoas e à exploração infantil para fins sexuais, encontra-se, neste momento, arquivado.

## 5. O COMÉRCIO DE ATIVIDADES SEXUAIS NO BRASIL

Haja vista a prostituição no Brasil não constituir crime, percebe-se, no entanto, a compreensão histórica de tratar-se de uma atividade marcada por uma aura de marginalização (Barroso, 2015?). A atividade, contudo, na atualidade, começa a ganhar aceitação social e migra dos pontos tradicionalmente periféricos das cidades para a oferta de serviços on-line com remuneração expressiva passando a ser cada vez mais tolerada e, até mesmo, largamente aceita culturalmente pela sociedade (Angelo, 2019). A prostituição neste nível ganha prestígio, rentabilidade, mesclando-se com a indústria da pornografia e do entretenimento.

Entretanto, a parte do mercado de prostituição referente ao nicho luxuoso e de faturamento expressivo corresponde a uma parcela muito reduzida do universo total. A maior parte daqueles que exercem a prostituição o fazem sob uma atmosfera de marginalidade, estando sujeita ao risco de violência e exploração.

O contingente majoritário daqueles que exercem a prostituição é constituído por mulheres. No Brasil, essa fração corresponde a 78%, sendo o restante composto por transsexuais (15%) e por último homens (7%) (QG Feminista, 2018).

De fato, podemos traçar uma linha bem clara entre os indivíduos que se dedicam à atividade pela necessidade de sustento e pela impulsão da condição social miserável, ou a falta de perspectiva laboral alternativa e aqueles que a exercem como uma lucrativa carreira profissional.

O faturamento de uma profissional na fatia mais lucrativa do mercado chega a até trinta mil reais mensais (Túlio, 2015). A maior parte das profissionais é responsável pelo sustento da própria família (Jornal O Mais Positivo, 2016).

Fora do escopo elitizado, a prostituição assenta-se na marginalização social e neste ambiente é possível identificar a vulnerabilidade daqueles que a exercem. A suscetibilidade à agressões físicas, violência sexual e doenças sexualmente transmissíveis (Matos *et al.*, 2013). A indústria sexual em sua fatia mais marginalizada também se apresenta intimamente relacionada ao comércio de drogas ilícitas, outras atividades criminosas e ao tráfico de pessoas e exploração infantil (Qg Feminista, 2018).

Despida da moralidade dos tempos pretéritos, é nesta fenda de vulnerabilidade social que a legislação referente aos tipos penais do Capítulo V do Título VI do Código Penal atua objetivando refrear a locupletação e exploração da situação de marginalidade daqueles que exercem a prostituição em caráter de desproteção.

## 6. A LEI N. 12.015 DE 2009

A Lei n. 12.015, de 2009, buscou consonar a legislação penal ao texto da Constituição Federal de 1988 que consagra como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, figurando em um de seus aspectos a dignidade sexual, objeto de tutela do texto normativo da referida lei.

A própria natureza do Título VI (DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL), do qual o Capítulo V (DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL) faz parte e que, originalmente, na redação antecedente à Lei n. 12.015/09 (Brasil, 2009) enunciava o conteúdo daquele compartimento como DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES (Holanda, 2015?) nos impulsiona a compreender uma translação em relação ao objeto da tutela intentada pelo legislador.

As modificações efetivadas pela Lei n. 12.015/09 apontam para uma mitigação da valoração da moralidade em favor de um esforço consonante com o texto constitucional de 1988, ensejando o resguardo dos princípios fundamentais (Greco, 2011?), especificamente da dignidade da pessoa humana (Andrade, 2003) da qual a dignidade sexual é parte intrínseca.

Dessa forma, as modificações ocorridas no Título VI, embora mantenham as tipificações semelhantes, mudam dramaticamente a valoração teleológica dos artigos ali contidos. O texto transmuta-se de um prescritor de condutas de moralidade sexual estabelecidos pela sociedade para um dispositivo de amparo a uma parcela fundamental da personalidade humana (Greco, 2011?), da qual sua plenitude e integridade goza de estatura de princípio fundamental no ordenamento jurídico em âmbito constitucional e em âmbito

universal com tamanha importância que pode ser identificada nas primeiras linhas da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...) (ONU, 1948)

O Prof. Dr. Rogério Greco, Procurador de Justiça do MPMG (Ministério Público do Estado de Minas Gerais), Pós-Doutor pela Università de Messina (Itália) identifica este movimento, atribuindo sua causa ao anacronismo da tutela dos costumes dentro da esfera penal na contemporaneidade:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana (Greco, p. 111, 2011).

Segundo Greco, as alterações transcendem uma mera expressividade textual influenciando funcionalmente na interpretação sistêmica do texto legal ali (Greco, 2011). Esta movimentação axial implicará efetivamente nas operações jurídicas envolvendo os artigos enunciados sob aquele título:

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas (Greco, 2011).

Nota-se, portanto, que tal concepção claramente se manifesta no Capítulo V em sua organização, no qual uma conduta repudiada pela moralidade social contemporânea, a prostituição, não é tipificada, mas sim toda a rede de condutas periféricas que podem, gravitando em torno da prática, macular a dignidade sexual do indivíduo.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, é raro que seja identificado um tema que não apresente uma convergência conceitual em âmbito internacional, ao menos, se considerarmos os ordenamentos jurídicos ocidentais eurocêntricos. O mais comum é que haja um vetor uníssono em direção a uma valoração específica de uma concepção de tutela jurídica, normalmente, apoiada pela generalidade dos órgãos internacionais governamentais ou não.

A normatividade referente à atividade prostitutiva, no entanto, apresenta correntes dissonantes de forma síncrona. Enquanto uma parte ao norte da Europa tende a abraçar a criminalização do contratante dos serviços sexuais, temos concomitantemente movimentos legislativos no sentido do abrandamento da tipificação legal ou da regulamentação do exercício da atividade prostitutiva. Paralelamente, alguns Estados a exemplo do Oriente Médio e parte dos Estados Unidos seguem criminalizando todo tipo de oferta e negociação de serviços sexuais.

No Brasil, há uma clara tendência no sentido de dissipar a tutela dos costumes como algo extrínseco ao Direito Penal e abraçar a proteção da liberdade e dignidade sexual. Não obstante os esforços pela regulamentação profissional da prostituição não tenha encontrado avanço na atividade legislativa recente, os movimentos jurisprudenciais e doutrinários apontam cada vez mais no sentido da majoração da liberdade individual daquele que contrata tendo como objeto os serviços sexuais (seja como consumidor ou fornecedor desses serviços) ao mesmo tempo que tutela a dignidade sexual daquele que os oferta volitivamente.

Permanece, todavia, nebulosa a aplicação do Capítulo V do Título VI, uma vez que sua redação se apresenta flagrantemente anacrônica aos anseios da sociedade brasileira mesmo decorridas as alterações em seu texto nas décadas passadas.

Uma vez que a própria prostituição se despe da avaliação depreciativa por parte da sociedade, de modo geral, os tipos ali apresentados tendem a ser aplicados de forma mais restritiva em circunstâncias específicas onde há, de fato, a necessidade da tutela da liberdade e da dignidade sexual.

## REFERÊNCIAS

AGUSTÍN DE ORDINE, 2,4,12; PL Migne 32. In: OSABA, E. Imagen y represión de la prostitución en época visigoda. **Fundamina** (Pretoria), v.20, n.2, Pretoria, 2014. Disponível em: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1021-545X2014000200015](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000200015). Acesso em: 25 set. 2022.

ANDRADE, A.G.C. O Princípio Fundamental da Dignidade e sua Concretização Judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: Acesso em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_316.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.



ANGELO, L. Influencers do sexo: a vida das prostitutas que são famosas na web. **Revista Marie Claire**, 16 fev. 2018, atualizado em 20 ago 2019. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Amor-e-Sexo/noticia/2018/02/influencers-do-sexo-vida-das-prostitutas-que-sao-famosas-na-web.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

BARROSO, S. L. Prostituição é crime? E tirar proveito dela?. **JusBrasil**, 2015? Disponível em: <https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/noticias/311054835/prostituicao-e-crime>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.211/2012**, Lei Gabriela Leite, que regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1012829](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829) Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Planalto, 2009. Publicado em 10/08/2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm). Acesso em: 25 set. 2022.

GRECO, R. Crimes contra a dignidade sexual. **JusBrasil**. 2011? Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 25 set. 2022.

HOLANDA, L. Mudanças nos crimes sexuais do Código Penal desde a Primeira República. **JusBrasil**. 2015? Disponível em: <https://lucasholanda95.jusbrasil.com.br/artigos/473136307/mudancas-nos-crimes-sexuais-do-codigo-penal-desde-a-primeira-republica>. Acesso em: 25 set. 2022.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal, volume 8. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

JORNAL O MAIS POSITIVO. **Quem são as prostitutas de Goiânia**. 2016. Publicado em 10/09/2016. Disponível em: <https://secom.ufg.br/p/17375-estudo-inedito-identifica-caracteristicas-das-profissionais-do-sexo-e-locais-de-prostituicao-na-capital>. Acesso em: 25 set. 2022.

LAUAND, J. O diálogo entre a fé e a razão. **Revista Internacional d´ Humanitats**, 15 jan-abr, 2009. Disponível em: <http://www.hottopos.com/rih15/laund.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

MATOS, M.A.; CAETANO, K.A.A.; FRANÇA, D.D.S.; PINHEIRO, R.S.; MORAES, L. C.; TELES, S.A. Vulnerability to Sexually Transmitted Infections in women who sell sex on the route of prostitution and sex tourism in Central Brazil. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, v.21, n.4, P906-912, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rlae/article/view/76002/79592>. Acesso em: 25 set. 2022.

ONU, Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 set. 2022.

OWP – The Organization for World Peace. **How Different Legislative Approaches Impact Sex-Workers**, publicado por Emily Mullin em 20 Jan. 2020. Disponível em: <https://theowp.org/reports/how-different-legislative-approaches-impact-sex-workers/>. Acesso em: 25 set. 2022.

QG FEMINISTA. Prostituição: dados internacionais e situação do Brasil. **Medium**, 4 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/prostitui%C3%A7%C3%A3o-dados-internacionais-e-situa%C3%A7%C3%A3o-do-brasil-10b32b3b2689>. Acesso em: 25 set. 2022.

REsp 1683375/SP, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 14/08/2018, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 29/08/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/619214183>. Acesso em: 25 set. 2022.

SAHUQUILLO, M. R. É proibido pagar por sexo na Suécia, França e outros seis países. **El País**, 21 abr. 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306\\_463588.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306_463588.html). Acesso em: 25 set. 2022.

SANCHES, A.F.; BRITO, E. A. Tráfico de pessoas e a prostituição: aspectos de uma profissão antiga e de um problema atual. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7, n. 1, p. 158-176, jan./jun. 2019

SANTOS, A.M. Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, o crime do Século XXI. **JusBrasil**, 2015? Disponível em: <https://drafonsomendes.jusbrasil.com.br/artigos/178786659/trafico-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-o-crime-do-seculo-xxi>. Acesso em: 25 set. 2022.

SANTOS, C. M. A.; RODRIGUES, J. V.; QUEIROZ, M. O. PINHEIRO, A. A. A. Prostituição Infantil: Considerações Teóricas E Observações Sobre A Realidade Da Cidade De Fortaleza. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v.7 (1/2), V.8 (1/2): p. 97-113, Jan./Dez., 1990. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/10901/1/1990\\_art\\_cmasantos.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/10901/1/1990_art_cmasantos.pdf)

SOUZA, L. Art. 227. In: SOUZA, L. **Direito Penal: Parte Especial**: Art. 155 a 234-B. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1153088942/art-227-direito-penal-parte-especial-arts-155-a-234-b-do-cp-direito-penal-parte-especial-arts-155-a-234-b>. Acesso em: 22 set. 2022.

STF - HC: 104467/RS, Relator: Ministra Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 09/03/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3908850>. Acesso em: 25 set. 2022.

TJ-RS. Apelação Crime n. 70077305266, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 04/07/2018, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/599049143/inteiro-teor-599049163> Acesso em: 25 Set. 2022.

TÚLIO, S. Prostitutas recebem até R\$ 30 mil e sustentam a casa em GO, diz UFG. **G1-Globo**, 9 nov. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/goias/noticia/2015/11/prostitutas-recebem-ate-r-30-mil-e-sustentam-casa-diz-estudo-da-ufg.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto. New York: 2004. Disponível: <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

VOGEL, L. H. A Prostituição na Suécia e Noruega Como um Crime do Consumidor dos Serviços Sexuais. **Câmara Dos Deputados**, Estudo: junho de 2022, 2022.

# **DIREITO CIVIL**



# DESPEJO POR INADIMPLÊNCIA: A MOROSIDADE NA EXECUÇÃO DAS AÇÕES DE DESPEJO POR INADIMPLÊNCIA EM LOCAÇÕES URBANAS

*Fernando Augusto Campos Palhares<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o princípio do século XX, o crescimento da migração da população rural em direção aos grandes centros urbanos (Luna; Klein, p.146, 2016) aumentou vertiginosamente a demanda por imóveis, seja para utilização habitacional, seja para atividades comerciais ou industriais. Por impossibilidade financeira para aquisição de um imóvel próprio ou por estratégia empresarial – a fim de evitar a imobilização de uma grande fração patrimonial –, diversos indivíduos e empresas passaram a recorrer ao negócio jurídico *inter-vivos* da locação de imóveis. Consequentemente, o número crescente de litígios, desavenças e desacordos entre proprietários e inquilinos, inflados pelo aumento da prática desse negócio, trouxe a atenção do Estado aos contratos que, previamente, eram compactuados de forma puramente voluntária e irrestrita. Inicia-se então um processo de produção legislativa, o qual, desde 1921, ora penderá a favorecer e proteger o locatário como parte hipossuficiente e merecedora da tutela do dirigismo estatal, ora primará pela dinamicidade da economia e garantia da proteção da propriedade do locador buscando assim ampliar a oferta existente no mercado imobiliário. No entanto, este estudo pretende mostrar, que, até o presente momento, a intenção do legislador não colhe sucesso, uma vez que a morosidade da justiça, o sistema processual e os prazos acabam por servir de instrumentos protelatórios para o inquilino atrasar o despejo.

Da mesma forma, o Chile não menciona em sua legislação vigente nenhum procedimento especial para um rápido despejo, sem tutela de urgência uma ação leva em média de 8 a 12 meses para ter seu desfecho (Ibacache, 2022). Entretanto, o Chile vem propondo projetos de lei para modificar a lei de locações (Ley de Arriendo n. 18.101), que visam aumentar a celeridade processual, reduzir o prazo de despejo para no máximo de 3 meses e coibir os abusos de direito do inquilino durante a ação de despejo (Baeza, 2019).

Ainda nesse contexto, os recorrentes ciclos de instabilidade econômica e cambial no país, moldam, desde a década de 1960, como opção de alocação de patrimônio, a

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

compra de imóveis. Os proprietários, porém, muitas vezes sentem-se inseguros em dispô-los à locação com receio de ter dificuldades para reaver a propriedade e os potenciais prejuízos em caso de inadimplência. Assim, percebe-se uma ingente quantidade de imóveis desocupados e inertes, colaborando para a crise habitacional e para a elevação dos valores praticados nos aluguéis urbanos.

Gilson Delgado Miranda, juiz do TJ-SP, elenca dados sobre imóveis desocupados no Brasil em seu artigo “A Ampliação das Hipóteses de Despejo Antecipado”:

Para alguns especialistas, os imóveis vazios são frutos de uma lei excessivamente protetiva, além de um claro e profundo desgaste do Poder Judiciário, ou seja, uma descrença motivada especialmente pela morosidade na solução dos processos. Tudo isso prejudica, na ótica dos proprietários e possuidores, a retomada rápida do imóvel alugado, o que desestimula novas locações (Miranda, 2018).

O alto índice de inadimplência característico do cenário econômico do país e a morosidade judicial, causada pelo inchaço das vias processuais, são vistos pelos investidores do mercado imobiliário – principalmente os pequenos, particulares proprietários de um imóvel dispostos a locá-lo – como fatores de repulsão, dificultando assim a dinamicidade do mercado, diminuindo a oferta e aumentando os valores dos aluguéis (Novas, 2019). Diante da insegurança jurídica, proprietários receosos deixam de ofertar seus imóveis à locação ou têm suas propriedades imobilizadas por inquilinos inadimplentes (Nova, 2009). Essa já é uma realidade enfrentada por Portugal, que outrora inovou e avançou com o procedimento especial de despejo dando competência a um ente extrajudicial para agilizar o despejo, mas que agora caminha na contramão: por razões sociais, a legislação sofreu alterações recentes – para proteger o inquilino –, que irão dificultar a execução do despejo (Neto, 2019).

A legislação vigente à locação urbana é a Lei do Inquilinato de 1991 (Lei n. 8.245), alterada pela Nova Lei do Inquilinato de 2009 (Lei n. 12.112). Avanços obtidos na celeridade processual e os novos dispositivos previstos trouxeram mudanças favoráveis, mas os proprietários ainda sofrem para ter seus direitos atendidos enquanto locatários afirmam até mesmo na imprensa que a inadimplência “é uma estratégia comercial” (Soares, 2019).

Este trabalho também apresenta a legislação comparada entre o Brasil e dois estados norte-americanos (Nova Iorque e Califórnia), um país latino-americanos (Argentina) e um país europeu (Portugal). Os critérios para escolha se deram pela diversidade. A análise comparativa da legislação buscou avaliar não só o tempo médio do processo de despejo por inadimplência, mas também os procedimentos necessários (regras, prazos para notificação, tipo de notificação, necessidade de assessoria jurídica ou não, custos processuais etc.) para o devido processo legal e as proteções existentes para o inquilino. Em suma, todos os fatores que interferem no tempo do despejo e culminam em danos e prejuízos ir-

reparáveis sob a ótica do legislador. Das diversas situações que dão causa ao despejo, esta investigação se limita ao despejo por inadimplência. Buscou-se apontar as convergências nos dispositivos de proteção e sistemas processuais que levam o inquilino inadimplente a atrasar o despejo, porém com foco em divergências que garantem de fato a proteção da propriedade e a celeridade processual. Ao final, deseja-se responder: a legislação brasileira, consoante intenção do legislador, caminha no avanço ou na contramão para a proteção da propriedade e do locador?

## **2. A ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DE LOCAÇÃO URBANA NO BRASIL**

### **2.1. Histórico da legislação**

O primeiro diploma nacional específico a regular as relações locatícias em território nacional foi o Decreto Legislativo 4.403 de 1921, sancionado pelo presidente Epitácio Pessoa. Anteriormente, a regulamentação dos vínculos locatícios era exercida pelo Código Civil de 1916. O curto texto do decreto delegava ampla liberdade de contratação entre as partes sem grandes intervenções ou reservas normativas, sendo, em boa parte, um suplemento à ausência de um contrato particular detalhado.

Em 1934, é sancionada por Getúlio Vargas a Lei de Luvas, o Decreto-Lei n. 24.150, trazendo um controle mais sofisticado e restringindo a liberdade contratual dos imóveis comerciais. A legislação de 1934 traz como sua mais relevante inovação a figura do fundo de comércio, reconhecendo ao locatário do direito à renovação do contrato ou indenização proporcional ao valor gerado pela exploração do ponto para comercial ou industrial por um período mais extenso do que três anos.

A legislação ainda seria alterada por diversas vezes. Em 1946, pelo Decreto-Lei n. 9.669, sancionado por Eurico Gaspar Dutra. Por sua vez, revogado em 1950 pela Lei n. 1.300, sancionada pelo mesmo presidente. A lei de 1950 foi novamente revogada pela Lei n. 4.494 de 1964, posteriormente revogada pela Lei n. 6.649 de 1979, durante o governo de João Figueiredo. O diploma de 1979 foi finalmente revogado pela Lei n. 8.245 (Lei do Inquilinato), de 18 de outubro de 1991, elaborada pelo Congresso Nacional e sancionada por Fernando Collor de Mello, vigente até o presente momento, parcialmente alterada pela Lei n. 12.744, de 19 de dezembro de 2012, chamada a Nova Lei do Inquilinato, sancionada por Dilma Rouseff.

## 2.2. A Lei do Inquilinato de 1991

O texto legisla sobre todos os imóveis urbanos nas modalidades: residencial, não residencial, e aluguel por temporada, excluindo os casos elencados pelo art 1º atribuídos à regência do Capítulo V do Código Civil. Em seu Art 5º. declara que: “Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.” As normas das ações de despejo são descritas no Capítulo II do Título II do texto. É previsto sua tramitação de acordo com o rito ordinário do Código de Processo Civil, a partir de então, diferentemente da legislação de 1979, havendo a possibilidade de concessão de liminar para a desocupação em quinze dias, porém ainda não contemplando o despejo por razão de inadimplência.

O Código de Processo Civil de 1973 já prevê a antecipação de tutela subjetiva aos casos de inadimplemento, porém a falta de uma legislação específica agrava a insegurança referente aos pedidos. Luiz Fux, atual ministro do STF e na ocasião ministro do STJ, já havia se manifestado sobre a antecipação de tutela em ações de despejo em sua obra “Tutela Antecipada e Locações: Os Fundamentos da Antecipação da Tutela e sua Aplicação na Relação Locatícia”:

Observada a ressalva anterior de que fora desses casos a evidência, em princípio, não autoriza a tutela antecipada, mister assentar que há casos de direito em estado de periclitacão que reclamam a tutela antecipada de segurança e que escapam à letra do artigo 59 da Lei (Fux, p. 45, 1995)

A inexistência de uma lei mais severa e objetiva, entretanto, deixava uma superlativa margem subjetiva aos julgadores agravando a insegurança dos proprietários. Outros dispositivos modestos, no entanto, intencionando a celeridade processual como o art. 58, que prevê que os processos tramitam durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas mostram-se na legislação de 1991. Na prática, as ações de despejo duravam anos e os recursos processuais privilegiavam o inquilino inadimplente.

## 2.3. A nova Lei do Inquilinato de 2009

A inadimplência no setor imobiliário foi o cerne da legislação de 2009, que altera parcialmente a Lei do Inquilinato de 1991 (Fontanella, 2009) A fim de aumentar a dinâmica do mercado imobiliário e ampliar a oferta de imóveis, as alterações previstas procuram diminuir o tempo para obtenção da desocupação de um imóvel tomado por um locatário inadimplente.

Dentre as principais alterações textuais podemos elencar, primeiramente, a inclusão no rol de possibilidades de obtenção de liminar do Inciso IX: a falta de pagamento de



aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. Assim, embora em situações exageradamente específicas, a lei cria uma possibilidade alternativa ao pedido de tutela antecipada subjetiva prevista no Código de Processo Civil, dando mais solidez à perspectiva de celeridade na resolução dos litígios. No entanto, o dispositivo exige a prestação de caução por parte do proponente no valor equivalente a três meses de aluguel – o que, ainda mais, numa situação de inadimplência, torna-se uma despesa demasiado pesada ao proponente.

Outro avanço em direção a rigidez do adimplemento dos pagamentos previstas na lei é a limitação do direito da purga de mora, somente concedida se nos últimos vinte e quatro meses o locatário não a tiver utilizado. Pela lei anterior ele poderia ser utilizado uma vez a cada período de doze meses de locação.

O enrijecimento da legislação, parcialmente, demonstrou coibir o abuso no descumprimento das obrigações do locatário. A dívida dos imóveis que eram relegadas a uma prioridade secundária, haja vista o longo processo necessário para cobrança passa a ser tratada com preeminência, uma vez que o risco de sanções legais aumenta.

Com a maior previsibilidade jurídica, o mercado volta a oferecer um maior número de imóveis para locação (Despejo, 2012). Nota-se, após a vigência da lei de 2009, o maior acionamento do Judiciário para casos de despejo por inadimplemento havendo entre 2009 e 2013, um crescimento de 118,61% no número de ações (Tavares, 2014; Veneri, 2006).

Na prática, as ações permanecem estendendo-se por longos períodos que vão de 8 (oito) meses a um ano. Na ausência da liminar prevista no art. 59, a infinidade de possibilidade de recursos protela o resultado prático, prejudicando os locadores que, mesmo durante a inadimplência, arcam solitariamente com os custos de manutenção e taxas referentes aos imóveis locados.

## 2.4. A AÇÃO DE DESPEJO

Ausência de prazo de inadimplência para ajuizamento da ação. Diferentemente do que será exposta na discussão dos países propostos para comparação, a lei do inquilinato não propõe qualquer restrição de prazo de inadimplência para ação de despejo, nem para notificação. Claro, é recomendável que seja feita a notificação para oportunizar o inquilino de cumprir com a obrigação. No entanto, a ação pode ser ajuizada já a partir do 1º dia de atraso no pagamento do aluguel (Montenegro Filho, 2015). As obrigações acessórias (condomínio, impostos, taxas e encargos) também configuram inadimplência e dão causa para ajuizamento da ação de despejo ainda que o aluguel esteja em conformidade.

Justiça Competente. A Lei n. 9.099/95 em seu artigo 3º, III, menciona a competência do Juizado Especial Cível para julgar “ações de despejo para uso próprio”, cujo valor da causa limitar-se a 40 salários-mínimos. Assim, as ações de despejo por falta de pagamento são de competência da Justiça Comum, com procedimento especial específico da Lei n. 8.245/91, necessitando do intermédio de um advogado.

Purga de mora. Conforme a Lei n. 12.112/09, o artigo 62, II, o locatário ou fiador podem evitar o despejo, uma única vez em um período de 24 meses, efetuando a “purga de mora” através de depósito em juízo de todos os valores devidos, incluindo as obrigações acessórias, sem prejuízo das custas processuais e honorários advocatícios do locador, no prazo de 15 dias. Conforme STJ (REsp 1.624.005): “na ação de despejo, o prazo de 15 (quinze) dias para a purgação da mora deve ser contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação/aviso de recebimento devidamente cumprido”.

## 2.5. Consignação de pagamento e mecanismos protelatórios na locação não residencial

Pela nova lei, o inquilino agora terá 30 dias para desocupar o imóvel residencial ou comercial quando houver sentença de 1ª instância de despejo favorável ao locador. Porém, na prática, não é o que acontece, afirmam os advogados: “Você pode falar para o inquilino sair de seu apartamento em 30 dias. Mas se a petição ficar em cartório 90 dias, por exemplo, não dá para esperar que o inquilino saia em um mês. O que mudou foram as questões processuais. A legislação trouxe as mudanças necessárias, mas resta saber se o Judiciário vai se ajustar. Independente das mudanças, o Judiciário é muito lento” (Alencastro, 2010). Este prazo pode ser ainda maior, ultrapassando 2 anos, se o inquilino vier a ajuizar ação de consignação de pagamento em face do locador, como mecanismo protelatório. O que pode acontecer é: o locador, diante da inadimplência, notifica o réu da rescisão contratual e da reintegração do imóvel; o inquilino, como forma de se proteger do despejo e das obrigações, ajuíza ação de consignação de pagamento em face do réu alegando vícios de contrato. Esta situação ocorreu no TJ-RJ, quando três sublocatárias, já inadimplentes há 7 meses, para se libertar de pagar o valor do aluguel após este ter sofrido reajuste previsto em cláusula contratual, assim ajuizou ação de consignação de pagamento em face do réu em 2017, para se eximir de suas obrigações contratuais, alegando vícios de contrato. Cite-se trecho da decisão de juízo de 1ª instância (TJ-RJ – APL. 02936598120178190001) citado pelo Des. Alcides Neto em apelação cível que, igualmente, não colheu sucesso:

(...) todas as suas demais cláusulas são válidas, e produzem efeitos, não só no que diz respeito ao fato de que passou-se a ter duas sublocatárias (primeira e segunda autoras), mas também no que tange aos montantes por esta devidos a título de alugueres e encargos. Isto porque, **não demonstraram as autoras tenham sido**

**enganadas quando da celebração deste último pacto, e muito menos coagidas a assiná-lo.** As partes são livres e capazes, tendo o aditivo contratual decorrido da autonomia de suas vontades, devendo ser observado (...) (RIO DE JANEIRO, 2019a).

Inconformadas, as autoras impetraram recurso que também não colheu sucesso em 2ª instância (TJ-RJ, APL. 0293659-81.2017.8.19.0001):

“ACRÉSCIMO DE OUTRA SUBLOCATÁRIA E ALTERAÇÃO DO VALOR LOCATÍCIO LIVREMENTE PACTUADOS. (...) Apelações que não prosperam. Parte autora que, a despeito de alegar ter sido prejudicada quando da celebração de aditivo contratual não trouxe qualquer indício de que tal tenha sido ajustada sob vício de vontade, sequer especificado na corrente demanda” (RIO DE JANEIRO, 2019).

Não obstante, as autoras impetraram embargos de declaração (ED. 0293659-81.2017.8.19.0001) sobre o acórdão, relatado pelo Des. Alcides Neto:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. MERO INCONFORMISMO COM O DESFECHO DO DECISUM. (...) Evidente insatisfação da recorrente com o resultado do julgamento, o que não autoriza a utilização dos embargos de declaração, que não se prestam a reexaminar questões já decididas e preclusas. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO, 2019b).

Ainda, com intuito protelatório, as inquilinas entraram com pedido de recurso especial (REsp. 0293659-81.2017.8.19.0001), que foi inadmitido pela Des. Elisabete Assunção por estar sem pertinência alguma em sua fundamentação, citando um dispositivo legal que nada tem a ver com tema em questão:

(...) Os recorrentes alegam violação ao artigo 535, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o acórdão padece de omissão. (...) De plano, convém pontuar que o recurso não pode ter trânsito, ante a nítida deficiência em sua fundamentação, eis que os recorrentes não indicaram, de forma expressa, a real violação à norma genericamente invocada. (...) Ressalta-se que, no atual código de ritos, o artigo invocado sequer corresponde à eventual omissão de decisão judicial, o que revela a falta de pertinência temática entre os fundamentos apresentados pelos recorrentes e a norma cuja violação foi alegada as referidas deficiências. (...) (RIO DE JANEIRO, 2019c).

Nas palavras da ministra do STJ Nancy Andrighi (RMS 31.78): “a injustificada resistência oposta pelos recorrentes ao andamento da ação de execução e sua insistência em lançar mãos de recursos processuais manifestamente inadmissíveis caracterizam a litigância de má-fé” (Jus Spertiandi, 2013).

## 2.6. A tutela de urgência e o prazo do despejo

Como se vê, são muitos os recursos que um locatário pode impetrar com fundamento na lei do inquilinato que podem culminar no atraso do despejo, em no mínimo, 2 anos. É no contexto do abuso do direito de recorrer e o manifesto propósito protelatório do locatário que entra o pleito da tutela antecipada.

O instrumento da tutela antecipada garante a desocupação no prazo de máximo de 15 dias através de medida liminar concedida pelo juiz, mediante prestação de garantia real e fidejussória em juízo – geralmente depósito de caução de 3 (três) meses de aluguel –, antes da oitiva do réu, desde que o contrato de locação esteja desprovido de garantia. Por exemplo, quando a inadimplência é maior do que o valor da caução; quando não há fiador. Embora seja medida de urgência, na prática, este processo pode levar até 3 meses. O depósito da caução constitui medida de proteção ao inquilino, uma vez que prevê a indenização do réu em caso de insucesso do despejo. Nos demais casos, o processo seguirá seu curso normal e o despejo só acontecerá com a sentença final. Na prática, o procedimento comum leva no mínimo 12-18 meses (Cruz, 2019).

Ressalte-se nos pleitos que a permanência do devedor locatário no imóvel do qual não paga os aluguéis, ou seja, por mais tempo, fatalmente causará ainda maiores prejuízos financeiros, bem como emocionais e psicológicos. A sua permanência no imóvel trará ainda mais prejuízos e danos ao locador, que fica com seu imóvel parado, sem obter lucros, tendo prejuízos, já que não consegue alugar para outra pessoa *séria e de caráter* (Albuquerque, 2015). Há de se destacar que não há qualquer garantia de que os danos e prejuízos causados ao locador serão reparados ao final do processo, diante de todos os abusos cometidos pelos inquilinos nestes três anos; e diante da tentativa de livrar da obrigação uma das partes do contrato se valendo de comprovada má-fé. Entretanto, o mínimo que cabe ao requerente, seria ter a restituição do imóvel de forma rápida e acessível.

Adicionalmente, muitas vezes, a locação constitui fonte de renda principal do locador e o abuso de direito de defesa coloca em risco a solução do litígio e o êxito do direito invocado, colocando em risco a subsistência do senhorio miserável. Nesse sentido, já pontuou o ministro Luiz Fux na fundamentação da tutela antecipada de despejo em caso de falta de pagamento:

Inúmeras hipóteses da prática judiciária denotam que nem sempre o locador vive de rendas e o locatário é a parte economicamente hipossuficiente de contrato. (...) Os exemplos que se colhem também revelam locadores que vivem dos poucos aluguéis que recebem de locatários que ostentam condições econômico-financeiras melhores do que o senhorio, ou porque possuem bens próprios ou porque podem pagar aluguel mais expressivo do que aquele que está em atraso” (Fux, 1992, p.139).

No que tange à infinidade de recursos possíveis com fundamento na lei do inquilinato a serem usados pelo locatário, e a necessidade de depósito da caução pelo locador para a tutela antecipada: como pode proteger a propriedade e a segurança comercial, consoante vontade do legislador, a lei brasileira que obriga o locador a ofertar caução no valor de três meses de aluguel, sendo que este já sofreu danos e prejuízos de difícil reparação durante uma tentativa de despejo que ultrapassa 2 (dois) anos? Há de se considerar que a concessão da medida liminar não causará prejuízo ao locador, pois se tivessem alguma preocupação e boa-fé, não teriam deixado o problema chegar a esse patamar.

### **3. LEGISLAÇÃO E RITO PROCESSUAL INTERNACIONAL REFERENTE À LOCAÇÃO URBANA**

#### **3.1. Estado da Califórnia, Estados Unidos**

A Califórnia é um dos estados norte-americanos que contam com a maior quantidade de dispositivos legais para proteção do inquilino contra o despejo e de normas específicas para o despejo (California Rules, 2019). A começar por vários tipos de controle de preços de aluguel e das circunstâncias que um inquilino pode ser despejado, garantido por lei em muitas cidades, tais como San Francisco, Los Angeles, San Diego. No entanto, a inadimplência, obviamente, não encontra proteção em nenhuma situação.

O estado da Califórnia possui regras e procedimentos específicos para rescisão contratual de uma locação por inadimplência, que deve ser realizado de acordo com o “Estatuto dos detentores ilegais”, pelo Código Processual Civil da Califórnia (California, 2019a) e pelo Código Civil (California, 2019b). Se um inquilino não pagar o aluguel antes do final do dia de vencimento, no caso de o contrato de locação não prever um período carência, o proprietário pode enviar imediatamente um aviso de rescisão. O aviso de rescisão, chamado de “aviso de três dias para pagar aluguel ou sair”, oferece ao inquilino três dias para pagar o aluguel ou deixar o imóvel. Se no término do prazo do aviso o inquilino não sair do imóvel ou pagar o aluguel, é necessário entrar com uma ação judicial de despejo (também chamada de Unlawful Detainer lawsuit) (HOW, 2019).

Destaca-se aqui que, desde que seja feito dentro da legalidade, o locador tem a possibilidade de realizar todo o processo por conta própria, sem a necessidade de contratação de um advogado. O locador pode preparar sozinho o aviso de rescisão, através do Centro de Direito de Auto-Ajuda dos Tribunais da Califórnia (The California, 2019). Obviamente, é ilegal utilizar táticas de coerção e/ou intimidação, como remoção física do inquilino, troca de chaves, remoção de portas e janelas, ou o corte dos serviços públicos de água quente, gás ou eletricidade (Landlords, 2019). O não envio do aviso de rescisão coloca em risco a legalidade do despejo. Somente após o protocolada e vencida uma ação de reintegração

de posse, o xerife ou o oficial de justiça podem despejar fisicamente um inquilino que se recusa a sair depois de perder a ação. Importante destacar que o proprietário deve seguir com perfeição todos os detalhes das regras e procedimentos básicos para a preparação e comunicação do aviso de rescisão, conforme os parágrafos 1161 e 1162 do Código de Processo Civil da Califórnia. Os erros cometidos com a notificação podem ensejar motivo válido para contestação do inquilino, ou no mínimo atrasar o processo de despejo. A importância desta notificação é tamanha, que se o proprietário perder a ação por erros cometidos com a notificação deverá arcar com os custos judiciais e com o ônus da sucumbência, além de reiniciar o processo de notificação (California Rules, 2019). Dessa forma, é recomendável a contratação de um advogado para evitar perda automática do processo em função de erros. O mesmo se aplica ao inquilino: é recomendado um advogado para sua defesa, mas não é necessária. O inquilino pode manifestar sua resposta de forma oral ou escrita para o funcionário do tribunal. Com relação aos erros cometidos durante o aviso de rescisão, destacam-se alguns pontos:

1. O aluguel é devido conforme data especificada no contrato: O aluguel vence no dia especificado no contrato, independente se este dia cai em um fim de semana ou feriado. Os tribunais da Califórnia decidiram que a lei (parágrafos 7 e 11 do Código Civil; parágrafo 12 do CPCC-CA) (Califórnia, 2019a; 2019b), que concede um dia extra (próximo dia útil) para pagamento que cai em um feriado ou fim de semana, não se estende aos prazos de aluguel, salvo se previsto tal concessão no contrato. Assim, o proprietário poderá enviar a notificação qualquer dia após um dia de atraso, mas nunca no dia do vencimento, pois seria suficiente para caracterizar o erro processual.

2. Contagem do prazo após o envio do aviso. O dia de envio do aviso não deve ser incorporado ao prazo de três dias corridos. Se o aluguel é devido na segunda-feira e o aviso for enviado na terça-feira, o inquilino tem até o final da sexta-feira para pagar ou sair do imóvel, independente se sexta for Dia de Ação de Graças. Se ocorrer erro, o processo pode ser arquivado, podendo ser reiniciado – é o chamado *dismissal without prejudice*.

3. Não inclusão de encargos moratórios no aluguel vencido. Não deverá ser incluído encargos moratórios, taxas de cheque devolvido ou outro dinheiro que o inquilino deva, como encargos de serviços públicos, devendo a sua recuperação ser obtida na ação de despejo ou deduzida os valores do depósito da caução.

4. Consequências possíveis do envio do aviso de rescisão. 1) Se o inquilino realizar o pagamento total do aluguel devido dentro dos três dias após a notificação adequada, o aviso de rescisão é “cancelado” e o inquilino tem o direito legal de permanecer no imóvel. O aviso também é cancelado, na hipótese de o proprietário aceitar um pagamento parcial do aluguel, restando-lhe apenas o direito prosseguir com a tentativa reintegração, aceitando o pagamento parcial e, simultaneamente, dando ao inquilino um novo aviso de três dias exigindo que o inquilino pague o saldo ou saia. 2) Se o inquilino não pagar o aluguel, mas

deixar o imóvel dentro de três dias, podendo o depósito da garantia ser utilizado para cobrir o aluguel não pago. Do contrário, o proprietário poderá processar o inquilino em um tribunal de pequenas causas pelo aluguel não pago. 3) Se no término do prazo da notificação de três dias o inquilino não quitar o pagamento ou deixar o imóvel, a locação é rescindida. Somente neste momento que o proprietário possui o direito legal sobre a propriedade locada, podendo instaurar uma ação de despejo para reintegração da posse. A Figura 1 resume de forma esquemática o processo de despejo compreendido em 7 etapas a ser seguido pelo proprietário para reintegração do imóvel nos casos de inadimplência.

O processo de despejo pode avançar rapidamente com um despejo ocorrendo alguns dias após o primeiro aviso de desocupação. Entretanto, não raro, a maioria dos inquilinos luta para permanecer no imóvel, prolongando o processo. Ressalta-se a relativa rapidez e facilidade do processo para o locador: assim como na etapa de aviso de rescisão, ao instaurar a ação de despejo, o locador pode citar o réu pessoalmente, através de membros da família > 18 anos residentes no imóvel, ou ainda através de um aviso na porta do imóvel seguido de aviso postal. O inquilino terá o prazo de 5 (cinco) dias para responder se a citação pessoal ou 15 dias para citações via serviço postal, sendo de responsabilidade do locador verificar o prazo antes de prosseguir com o processo e pedir o julgamento. Se o inquilino se opuser, uma nova audiência será marcada dentro de 21 dias (Evicting, 2019).

**FIGURA 1. PROCESSO LEGAL DE DESPEJO POR INADIMPLÊNCIA NA CALIFÓRNIA**



Fonte: o autor.

Se o locador não comparecer à audiência, a ação é julgada improcedente; se o inquilino não comparecer, o juiz emitirá uma sentença padrão a favor do proprietário. Basta

que sejam reunidas provas suficientes dos atos e seguido à risca o protocolo do tribunal. Os tribunais da Califórnia dão prioridade às ações de despejo, de modo que o julgamento anda rapidamente. Em geral, o despejo ocorre dentro de 35-60 dias se não houver contestação do inquilino, podendo levar de 60 a 90 dias nos casos em que há contestação do inquilino (Leonard, 2018; How Long, 2019).

Os mandados de despejo ordenam o prazo de 5 dias para desocupação voluntária. As apelações e os recursos não contêm efeito interruptivo do despejo. Se inquilino quiser adiar o despejo, deverá pedir *suspensão da execução* (*Stay of Eviction*) antes de expirar o prazo de 5 dias. Não há formulários disponíveis, devendo o inquilino acionar um advogado.

### 3.2. Estado de Nova Iorque, Estados Unidos

O despejo no estado de Nova Iorque, antes regido pelas regras dispostas no parágrafo 711 da Lei de Ações e Processos Imobiliários de Nova Iorque (New York, 2019a), sofreu alterações significativas com a nova lei de despejo – a Lei de Estabilidade da Habitação e Proteção de Inquilinos de 14 de junho de 2019 (New York, 2019b). A nova lei prevê o controle de preços de aluguel e mais proteções para os inquilinos. Citem-se alguns pontos que o diferencia da Califórnia, em que em sua maioria constituem possibilidades de o inquilino atrasar mais o despejo por inadimplência.

**Prazo para a notificação.** A nova lei de despejo do estado de Nova Iorque determina que, antes de ingressar com ação judicial, o locador só poderá enviar, por escrito, via serviço postal, a notificação de cobrança a partir do 6º dia de aluguel vencido, sob pena de nulidade da ação de despejo. Quando isso ocorre, o locador deverá retornar da etapa 15 para a etapa 4 (ver Figura 2) (New York State's, 2019). Além disso, o aviso de rescisão deve prever não mais 3 dias, mas sim o mínimo de 14 dias para o inquilino pagar ou deixar o imóvel (no total, 20 dias após o vencimento antes de ingressar com uma ação judicial). Este prazo se estende para 30 dias no caso de parques de habitações móveis (New York State's, 2019).

**Data para audiência.** O locador deverá escolher uma data para a audiência, devendo esta ocorrer entre 10-17 dias após a citação do inquilino, que assim como na Califórnia, ocorre por iniciativa do locador de acordo com as regras do tribunal (NY Courts, 2019).

**Adjournment.** Quando há discordância do réu com o processo, ele poderá solicitar ao juiz adiamento da data de audiência, devendo o tribunal conceder um adiamento mínimo de 14 dias, sendo que um adiamento já poderá ter sido concedido antes pelo locador. (Ny Courts, 2019; Legal Assistance of Western of New York, 2019). Esse é um dos instrumentos que o inquilino pode usar para atrasar o despejo.

**Prazo para execução do mandado.** Após expedição do mandado, o inquilino tem 14 dias para deixar o imóvel antes de ser fisicamente removido pela força policial. Porém,



se residir em um parque de casas móveis – os conhecidos *trailers* –, ganha 30 dias (NY Courts, 2019). Considerando todos os prazos, o proprietário teria que esperar no mínimo até o 9º e o 10º dia do mês seguinte para execução do mandado.

**Interrupção do despejo.** O inquilino pode pedir ao tribunal que interrompa o despejo, fazendo uma petição para mostrar as suas razões. O inquilino tem a chance de purgar a mora, cancelando a ordem de despejo para desocupação voluntária. Todavia, se o locador provar a má-fé no não pagamento, o despejo continua (Ny Courts, 2019).

**A reconvenção na necessidade de reparos no imóvel.** Em alguns tribunais é aceito que a réu peça a reconvenção, solicitando redução do aluguel se provar que o imóvel necessita de reparos. Outra possibilidade de reconvenção se aplica ao imóvel pelo controle de aluguel (*stabilized apartment*), o inquilino pode alegar o não pagamento por sobretaxa no valor do aluguel cobrado (Stewart, 2019; Legal Assistance Of Western Of New York, 2019; Tenant, 2019).

**Obtenção de um mandado.** Decretada a sentença, ao requerer um mandado de despejo, o proprietário deverá arcar com uma taxa judicial. Existem os programas de formulários de autoatendimento (*DIY Forms*), livre de custos, ficando o programa responsável pelo julgamento e pelo mandado (NY Courts, 2019).

Nota-se que em Nova Iorque, comparado com a Califórnia, a nova lei possui mais dispositivos com instrumentos de proteção para o inquilino inadimplente. O tempo médio para o despejo em Nova Iorque pode levar no mínimo de 3 meses a 6 meses (City-Data, 2009).

### 3.3. Portugal

Em Portugal, a inadimplência do inquilino em um contrato de locação, se estabelece a partir do momento que este entra em mora pelo não pagamento de três meses ou mais de aluguel vencido, e ainda, quando não cumpre com as suas obrigações de pagar as despesas do condomínio. Neste momento, o senhorio tem o direito legal de reintegração da posse, conforme a Lei n. 31/2012, de 14 de agosto, nas alterações dos artigos 1048º, 1083º e 1084º do Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) (Portugal, 2019; Estima, 2019).

A morosidade no julgamento dos processos do tribunal português já levou o Estado a ser condenado diversas vezes pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, incluindo um processo de despejo que levou 14 meses para desocupação do imóvel (Garcia, 2010). Com o objetivo de aliviar os tribunais, em 2013 foi criado pelo governo português o Balcão Nacional de Arrendamento (BNA), com o objetivo de acelerar o processo de desocupação do imóvel e fornecer soluções rápidas (Despejo, 2019b). Assim, entre outras causas, quando um inquilino está inadimplente com o aluguel e não desocupa o imóvel na data

prevista, pode ser instaurado o Procedimento Especial de Despejo (PED) que ocorre por tramitação eletrônica de competência exclusiva do BNA. Este processo se aplica a todo o território nacional e se destina a execução dos aluguéis e despesas vencidas.

Na ausência de contestação do inquilino, O BNA é mais célere do que os tribunais, com o despejo sendo geralmente previsto para o prazo de três meses, a contar da data de entrada da execução (Valles, 2019). A atuação do BNA tem sido motivo de calorosas discussões em Portugal: de um lado, o inquilino mau pagador que não quer ser despejado defende a sua extinção, de outro lado o locador que conta com uma solução “menos má” e lembra a morosidade dos processos no tribunal. Sua atuação ocorre predominantemente em Lisboa e em Porto, as duas cidades mais populosas (Neto, 2019). Cerca de 40% dos pedidos terminaram com a saída do inquilino. Ainda assim, estima-se que quase metade dos requerimentos entregues pelos senhorios são recusados. Isto, pois, de acordo com o governo, o BNA recebeu 20.806 requerimentos, entre janeiro de 2013 e novembro de 2017, mas recusou 8.304 (Despejo, 2019b; Tiago, 2018). Todavia, o elevado número de recusas também não justifica a extinção do BNA, por estarem motivadas em erros processuais. Há uma série de obstáculos que impedem o prosseguimento do processo, citem-se apenas algumas:

(1) Ausência do fundamento e dos documentos obrigatórios do despejo; (2) Ausência de notificação do inquilino por carta registrada; (3) Ausência de indicação da modalidade de apoio judiciário ou não juntar documento comprovativo do seu pedido ou da sua concessão; (4) Ausência de indicação do lugar de notificação do inquilino; (5) Ausência de identificação de todas as partes, quando se trata de cônjuges, os dois têm de ser indicados no requerimento, ainda que o contrato seja antigo e assinado por apenas um dos cônjuges; (6) Ausência de contrato escrito. Por exemplo, locações transmitidas com o consentimento do senhorio para familiares do inquilino; (7) Falta de comprovante do pagamento do imposto de selo – situação comum nos contratos anteriores a 1990; ou indicação dos aluguéis pagos pelo locatário, em liquidação de imposto de renda dos últimos 4 anos.

O inquilino tem um prazo de 15 dias para apresentar contestação, caso em que o PED, de caráter especial e urgente, seguirá obrigatoriamente para o tribunal. Todavia, importante destacar a *intenção do legislador de evitar que o inquilino use o instrumento da contestação em vias de atrasar o despejo*. O inquilino somente deve fazer a contestação se estiver convicto de sua razão, pois: deverá contratar um advogado, sob pena de pagamento de multa; deverá arcar com custos judiciais mais altos do que o do senhorio; deverá depositar uma taxa judiciária de € 306 a € 612; deverá pagar ainda uma caução no valor do débito em atraso, que pode chegar a seis meses do valor do aluguel, caso a inadimplência seja superior a dois meses consecutivos ou a oito dias por mais de quatro vezes, consecutivas ou não, no período de um ano. Se perder a ação, o inquilino não só deverá sair do imóvel, como quitar o pagamento de todos os valores em atraso e pagar ao inquilino uma

multa de no mínimo € 3.000. Existe a possibilidade de solicitar apoio judiciário com os honorários advocatícios, custos e taxas judiciais (Apoio Judiciário, 2016) por parte daqueles que apresentem comprovada hipossuficiência econômica. O inquilino pode ainda requerer ao tribunal o adiamento do despejo (prazo máximo de 5 meses), por razões sociais do inquilino (como em casos de doença, idade avançada, situação econômica e social precária, ou não ter outro imóvel para morar) (Despejo Acelerado, 2018) A validade do adiamento será julgada pelo tribunal mediante análise da apresentação de provas e até 3 testemunhas.

Apesar de ser uma solução rápida para o locador, o BNA, obviamente, é odiado pelos inquilinos, tanto que o Partido Comunista Português e o Bloco de Esquerda ingressaram com projeto de lei para extinção do BNA. Entretanto, mais de 95% dos despejos realizados pelo BNA são por falta de pagamento. Esta situação somada à celeridade nos processos reforça que a necessidade da permanência de atuação do BNA é imperiosa e não deve acompanhar as mudanças necessárias na legislação (Tiago, 2018).

Além disso, visando à proteção do inquilino, os despejos incorretos e injustificados também não ganham vez em Portugal com a entrada em vigor da alteração de 12 de fevereiro de 2019 no NRAU (NRAU, 2019). Tal alteração prevê a proibição e a punição pecuniária do locador que cometa assédios contra o inquilino no despejo. A nova lei contém medidas destinadas a corrigir situações de desequilíbrio entre locatários e locadores, reforçar a segurança e a estabilidade da locação urbana, e proteger locatários em situação de especial fragilidade. Por razões sociais, em 2018, com os votos a favor da esquerda parlamentar, foi promulgada lei de suspensão temporária de despejos de inquilinos em situação vulnerável pelo presidente Marcelo Rebelo de Souza (Luso, 2018). Tais mudanças já são refletidas na queda significativa do número de despejos feitos pelo BNA: cerca de 980 despejos foram realizados em 2018. Os locadores sabem que dificilmente conseguiriam avançar com as ações ao dar entrada no despejo (Neto, 2018). Na contramão, o número de processos no tribunal veio a aumentar, segundo os últimos dados disponíveis que compreendem o período de 2013 a 2017. Nas palavras do Presidente da Associação Nacional dos Proprietários, as recentes alterações na legislação de locação trouxeram mudanças que dificultarão a execução do despejo em Portugal. Por consequência, somado ao fato de que há cada vez menos casas para locação (Neto, 2019), a valorização imobiliária, a retração do mercado e o histórico de inadimplência, os senhorios começaram a prevenir-se mais contra os inquilinos: hoje em dia, quase todos pedem fiador como garantia e a declaração do IR dos 4 últimos anos (Neto, 2018).

### **3.4. Buenos Aires, Argentina**

Na província de Buenos Aires, na Argentina, o despejo por falta de pagamento é regulado pelo Código Processual Civil e Comercial da Buenos Aires (CPCC-PBA) em seu Título VII, artigo 676-bis (Bueno Aires, 2019a, 209b). As alterações preveem, ainda, em

seu artigo 676-ter o *desalojo abreviado*. Após a notificação da demanda (*Traba de la litis*), a possibilidade de, mediante oferta de caução real e fidejussória, de o locador requerer a desocupação imediata do imóvel antes da conclusão do processo de despejo. Não constitui medida de precaução, mas sim procedimento especial de despejo. A intenção com a nova lei foi proteger o locador e punir os maus pagadores. A aplicação da tutela antecipada tem reduzido o tempo para desocupação de um inquilino inadimplente, e leva em torno de 4 a 5 meses (Nueva Ley, 2005). Na visão dos argentinos, tal dispositivo é considerado uma sábia decisão por parte do legislador local, de que descartando atrasos desnecessários na recuperação da propriedade com inadimplência de aluguel, traz maior segurança jurídica e benefício às relações locatícias, principalmente aos inquilinos em conformidade com as obrigações (Rocca, 2018).

Multa e caução real. O artigo 676-ter garante ainda que se comprovada má-fé do locador em vias de prejudicar o inquilino (por exemplo, ocultando fatos ou documentos comprobatórios do aluguel), este deverá ser penalizado em multa de até 20.000 pesos argentinos, sem prejuízo de eventuais danos causados mais a caução de segurança em favor do inquilino (ART. 676 TER CPCC -PBA12). Se o inquilino mentiu e usou dados falsos para ter a reconvenção, a este também se aplica a multa. O montante do valor do bem ou da parcela livre a ser ofertado como caução (*caución real*) é determinada pelo magistrado que atua no caso, e quanto maior a probabilidade do direito invocado, menor a contracautela a ser ofertada.

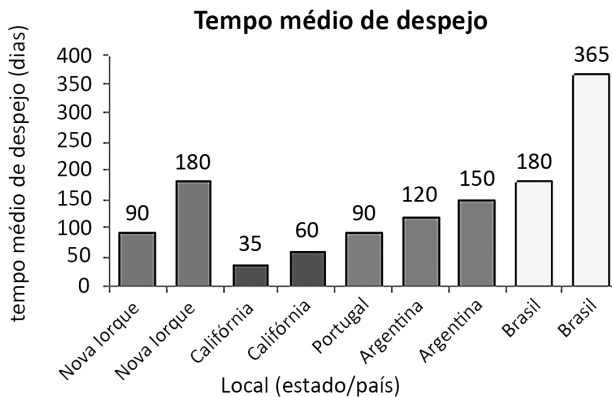
Probabilidade do direito invocado. Para garantir a defesa em juízo, o réu deverá ser notificado previamente ante a demanda de desocupação, isto é a citação prévia. Assim, o autor do despejo poderá tão logo o término da notificação, peticionar para recuperação imediata do bem. Há a necessidade de requerer do inquilino, instrumento formal ou informal, desde que escrito, que configure a legitimidade passiva do réu na ação (*verosimilitud del derecho invocado*). Com relação ao recurso de apelação contra a restituição antecipada, defende a doutrina e concorda a jurisprudência que deve ser concedida apenas com efeito devolutivo, mas nunca com efeito suspensivo (arts. 275 e 277 CPCC -PBA). Não pode o juiz ir contra a vontade do legislador, que visou o despejo rápido para proteção do bem e da segurança comercial. Além disso, ainda que diante da hipótese do uso ilegal da medida cautelar, previu indenização aos danos que possam ser causados ao despejado (Rocca, 2018).

### 3.5. Comparação do tempo médio de despejo

A Figura 2 apresenta um gráfico de comparação do tempo médio de despejo em dias para os países estudados. Foi apresentado o tempo mínimo e máximo levantados no estudo. A Califórnia é local estudado que apresenta a maior celeridade processual. As alterações feitas na legislação que rege o despejo em Nova Iorque, visando maior proteção

do inquilino (maior prazo de notificação, maior prazo para citação do réu, possibilidade de adiamento da data de audiência), resultaram no aumento do tempo médio de despejo, que pode levar o processo a durar até 6 meses, atrasando o despejo. Destaca-se a celeridade processual de Portugal que prevê o tempo máximo de despejo para 90 dias. A celeridade processual foi um resultado alcançado pelo governo após a instituição do BNA, que aliviou o poder judiciário; e aos obstáculos e punições para o inquilino que fizer a contestação com intuito protelatório. No entanto, as recentes alterações em sua legislação trazem maior dificuldade para a execução do despejo. Assim já foram realizadas previsões dos impactos socioeconômicos que poderá trazer: maior dificuldade em alugar um imóvel (os senhorios passaram a pedir quase que com totalidade fiador e comprovante de renda). Buenos Aires, por sua vez, condiciona o menor valor da caução na tutela antecipada com a maior probabilidade de verossimilhança do direito invocado. Vê-se que o Brasil apresenta o despejo mais longo em comparação aos outros países, mostrando que, na realidade, a intenção do legislador não colhe sucesso com as últimas alterações na lei do inquilinato, em razão da morosidade do judiciário.

**FIGURA 2 - TEMPO MÉDIO DE DESPEJO (CONSIDERANDO MÁXIMO E MÍNIMO) PARA OS PAÍSES ESTUDADOS**



Fonte: O autor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do estudo comparado foi possível concluir que a legislação brasileira evoluiu no sentido de garantir a proteção da propriedade e a segurança dos negócios jurídicos

locatícios. Ressalta-se que de todos os lugares estudados, o Brasil é o único que não exige prazo para ajuizamento da ação de despejo. Entretanto, o despejo pode levar no mínimo 12 meses para ser executado. Considerando a morosidade da justiça, é imperioso que ocorram mudanças nos procedimentos processuais, visando agilizar o despejo, prevenindo o locador dos abusos do direito de recurso por parte do inquilino e os danos e prejuízos de difícil reparação. A legislação comparada pode prover exemplos de mecanismos para mitigar a morosidade do despejo. Como exemplo, cite-se Portugal com a instituição do BNA e do PED; com a previsão de obstáculos para contestação; e com punições pecuniárias para o inquilino que contesta e apela no despejo com intuito protelatório. A legislação de Buenos Aires, que condiciona o menor valor da caução na tutela antecipada com a maior probabilidade de verossimilhança do direito invocado. Os entraves existentes na estrutura material por onde correm os processos no Brasil impedem a legislação de atingir a celeridade ensejada pelo legislador e demandada e pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, L.C.V.C. Da ação de despejo e rescisão contratual por falta de pagamento cumulada com pedido liminar: do cabimento e seus requisitos. **Conteúdo Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45169/da-acao-de-despejo-e-rescisao-contratual-por-falta-de-pagamento-cumulada-com-pedido-liminar-do-cabimento-e-seus-requisitos> . Acesso em: 7 maio 2023.

ALENCASTRO, I. B. L. In: ALENCASTRO, I. B. L.; CAMARGO, Renata. Nova Lei do Inquilinato gera polêmica entre advogados, locadores e inquilinos. **Congresso em Foco**, Brasília, 2010. Disponível em: <http://cervereadvogados.com.br/home/nova-lei-do-inquilinato-gera-polemica-entre-advogados-locadores-e-locatorios/> Acesso em: 7 maio 2023.

APOIO JUDICIÁRIO: justiça ao alcance de quem tem pouco. **Deco Proteste**, Lisboa, 25 out. 2016. Disponível em: <https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/herancas/dicas/apoio-judiciario-justica-ao-alcance-de-quem-tem-pouco>. Acesso em: 7 maio 2023.

BAEZA, A. Siete claves para entender la “ley de arriendo”: el proyecto que pretende terminar con los “abusos”. **Latercera**, Santiago, 16 jul. 2019. Disponível: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/asi-funcionaria-la-nueva-ley-arriendo-proyecto-pretende-terminar-los-abusos/741696/>. Acesso em: 03 maio 2023.

BUENOS AIRES. Decreto-lei n. 7.425, 24 de outubro de 1968. Dispõe sobre O Código Processual Civil e Comercial de Buenos Aires. **Portal da Legislação**. Buenos Aires. Título 6, Artigo 676 BIS. Disponível em: <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/1968/7425/7888> Acesso em: 1º maio 2023.

BUENOS AIRES. **Lei 11.443**, **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11443.html>. Acesso em: 1º maio 2023.

CALIFORNIA RULES for Terminating a Tenancy for Nonpayment of Rent. Landlord And Tenant Laws Firm. **Nolo**. Disponível em: <https://www.landlordtenantlawfirms.com/resources/california-rules-terminating-a-tenancy-nonpayment-rent.htm>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CALIFORNIA. **Código Civil**. Portal da Legislação, CA. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CIV>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CALIFORNIA. **Código Processual Civil**. Portal da Legislação, CA, Parágrafo 1161, inciso 2, 1162. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displaySection.xhtml?sectionNum=1161.&nodeTreePath=6.3.4&lawCode=CCP](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=1161.&nodeTreePath=6.3.4&lawCode=CCP). Acesso em: 14 abr. 2023.

CITY-DATA. **how long does it take to evict a tenant in nyc?** City-data fórum, Nova Iorque, 21 set. 2009. Disponível em: <http://www.city-data.com/forum/new-york-city/837826-how-long-does-take-evict-tenant-19.html#ixzz661taTdsR>. Acesso em: 20 out. 2019

CRUZ, L. Liminares possíveis em ações de despejo e rescisão de contrato. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/luciana-cruz-liminares-possiveis-acoas-despejo>. Acesso em: 20 out. 2022.

DESPEJO ACELERADO, mas pouco. **Deco Proteste**, Lisboa, 24 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/mais/analises-deco/detalhe/despejo-acelerado-mas-pouco>. Acesso em: 19 nov. 2022.

DESPEJO por falta de pagamento de aluguel aumenta no Estado de SP. **G1**, São Carlos e Araraquara, 04 set. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2012/09/despejo-por-falta-de-pagamento-de-aluguel-aumenta-no-estado-de-sp.html>. Acesso em: 17 jun. 2022.

DESPEJO: tudo o que precisa de saber. **Deco Proteste**, Lisboa, 2 mai. 2018. Disponível em: <https://www.deco.proteste.pt/dinheiro/arrendamento/noticias/despejo-tudo-o-que-deve-saber>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ESTIMA, Paulo; ROCHA, Isabel. **Novo Regime do Arrendamento Urbano** - Notas práticas e jurisprudência recente. 5 ed. Porto: Porto Editora, 2019.

EVICTING a Residential Tenant in California. **Legal Math**. Disponível em: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/evicting-a-residential-tenant-in-california.html>. Acesso em: 07 maio 2023.

FONTANELLA, J. Lei do Inquilinato facilita despejo do mau pagador. CRECI-PR, Maringá, 2009. In: Fontanela, J. **O Diário de Maringá**. Disponível em: [http://www.crecipr.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=552:lei-do-inquilinato-facilita-despejo=-do-mau-pagador&catid=1:latest-news&Itemid=60](http://www.crecipr.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=552:lei-do-inquilinato-facilita-despejo=-do-mau-pagador&catid=1:latest-news&Itemid=60). Acesso em: 3 maio 2023

FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaques, 1995.

GARCIA, R. Tribunal Europeu condena mais uma vez Portugal por morosidade da justiça. **Público**, 17 fev. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/17/sociedade/noticia/tribunal-europeu-condena-mais-uma-vez-portugal-por-morosidade-na-justica-1423043>. Acesso em: 1º maio 2023

HOW LONG Does It Take To Evict A Tenant? **Fast Eviction Service**, Califórnia. <http://www.fasteviction-service.com/how-long-does-it-take-to-evict-tenant>. Acesso em: 05 maio 2023.

HOW to Evict a Tenant in California. **UpConseul**. Disponível em: <https://www.upcounsel.com/how-to-evict-a-tenant-in-california>. Acesso em: 19 out. 2022.

IBACACHE, Víctor Arroyo. Todo sobre la Ley de arriendo y el Juicio de arrendamiento en Chile. **Blog Mis Abogados**, Las Condes, 14 out. 2022. <https://www.misabogados.com/juicios-de-arrendamiento-#causales-de-termino-del-contrato-de-arriendo>. Acesso em: 06 maio 2023.

JUS SPERNIANDI: quando o inconformismo natural se torna abuso do direito de recorrer. **JusBrasil**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112358771/jus-sperniandi-quando-o-inconformismo-natural-se-torna-abuso-do-direito-de-recorrer>. Acesso em: 04 maio 2023.

LANDLORDS, Don't Make These Eviction Mistakes. **Express Eviction**. 6 set. 2018. Disponível em: <https://Expressevictions.Com/Blog/Landlords-Dont-Make-Eviction-Mistakes/>. Acesso em: 24 out. 2022.

LEGAL ASSISTANCE OF WESTERN OF NEW YORK. **General Eviction Information for New York**. 27 jun. 2019. Disponível em: <https://www.lawny.org/node/69/general-eviction-information-new-york>. Acesso em: 13 jul. 2019.

LEONARD, K. How Long Does it Take to Evict a Tenant in California? **Home Guides**, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://homeguides.sfgate.com/long-evict-tenant-california-8035.html>. Acesso em: 15 set. 2022

LUNA, F.V.; KLEIN, H.S. **História econômica e social do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p.146, 2016.

LUSO, L. PR promulga suspensão temporária de despejos de inquilinos em situação vulnerável. **ECO**, Lisboa, 8 jul. 2018. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2018/07/08/pr-promulga-suspensao-temporaria-de-despejos-de-inquilinos-em-situacao-vulneravel/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MIRANDA, Gilson Delgado. A ampliação das hipóteses de despejo antecipado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Bevilacqua por ocasião do centenário do Direito Civil Codificado no Brasil**. 1. ed.São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, v. 2º, p. 587-602.

MONTENEGRO FILHO, L.A.M. Despejo por falta de pagamento: como funciona?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 20, 4338, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/33591/despejo-por-falta-de-pagamento-como-funciona>. Acesso em: 19 nov. 2022.

NETO, R. Houve 980 despejos em 2018. Número está em queda há dois anos. **ECO**, Lisboa, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2019/03/22/houve-980-despejos-em-2018-numero-esta-em-queda-ha-dois-anos>. Acesso em: 20 jun. 2022.

NETO, R. Vender uma casa vai demorar o dobro do tempo. Pode ir até meio ano. **ECO**, Lisboa, 4 mar. 2019. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2019/03/04/vender-uma-casa-vai-demorar-o-dobro-do-tempo-pode-ir-ate-meio-ano/>. Acesso em: 20 jun. 2022.



NEW YORK STATE'S New Eviction Laws. **Barclay Damon**, Nova Iorque, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://www.barclaydamon.com/alerts/new-york-states-new- eviction-laws>. Acesso em: 13 set. 2022.

NEW YORK. **New York City Landlords & Owners - New York State Unified Court System**. New York: 2012. Disponível em: <https://nycourts.gov/courts/nyc/housing/pdfs/landlordbooklet.pdf> Acesso em: 17 abr. 2023.

NEW YORK. **The Laws of New York**. Consolidated Laws of New York, Chapter 50 - Real Property, Article 7 Landlord and Tenant. New York State Senate, New York, Seção 232, 232-A, Artigo 711. Disponível em: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/RPP/232-A>. Acesso em: 05 maio 2023.

NOVA lei deve reduzir ação de despejo a 4 meses. **Zap Imóveis**, 02 nov. 2009. Disponível em: <https://www.zapimoveis.com.br/blog/anunciar/meu-imovel/nova-lei-deve-reduzir-acao-de-despejo-a-4-meses/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

NOVAS regras do aluguel. **Jornal do Advogado**, São Paulo, 347, 2010. Disponível em: <https://issuu.com/oabsp/docs/347>. Acesso em: 24 jun 2019.

NRAU - Novo Regime de Arrendamento Urbano. Lei n. 12/2019, de 12 de fevereiro de 2019. **Diário da República Eletrônico**. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/12-2019-119397714>. Acesso em: 07 maio 2023.

NUEVA LEY busca proteger al locador y castigar a los pícaros. **El territorio**, 11 jun. 2005. Disponível em: <https://www.eltterritorio.com.ar/nueva-ley-busca-proteger-al-locador-y-castigar-a-los-picaros-4256510115712350-et>. Acesso em: 19 nov. 2022.

NY COURTS. Find the help you need to represent yourself in NY Courts. **NY Courts Unified State System**, Nova Iorque. Disponível em: <https://www.nycourts.gov/courthelp/GoingToCourt/service.shtml>. Acesso em: 20 set. 2022.

PORTUGAL. Lei n. 31/2012, de 14 de Agosto. **Procuradoria-geral Distrital de Lisboa**, Lisboa. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1779&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1779&tabela=leis). Acesso em: 20 nov. 2019

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24ª Câmara Cível). Apelação cível nº 0293659-81.2017.8.19.0001. Relator: Des. Alcides da Fonseca Neto. Rio de Janeiro, 5 jun. 2019a. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719104379/apelacao-apl-2936598120178190001?ref=serp>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24ª Câmara Cível). Apelação cível nº 0293659-81.2017.8.19.0001. Relator: Des. Alcides da Fonseca Neto. Rio de Janeiro, 31 jul. 2019b. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738800610/apelacao-apl-2936598120178190001/inteiro-teor-738800622>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24ª Câmara Cível). Apelação cível nº 0293659-81.2017.8.19.0001. Relator: Des(a). Elisabete Filizzola Assunção. Rio de Janeiro, 1 nov. 2019c. **JusBrasil**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDI->

D=00045FC1DC25779A7D1183C3D866DA7AF61DC50B34213234&USER=. Acesso em: 20 nov. 2022

ROCCA, Abatti. Cómo Es El Procedimiento De Desalojo Abreviado En La Prov. De Buenos Aires Que Implica Menos Tiempo Para Desalojar A Inquilinos Incumplidores. **Garcia Alonso**, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://garciaalonso.com.ar/blog/como-es-el-procedimiento-de-desalojo-abreviado-en-la-prov-de-buenos-aires-que-implica-menos-tiempo-para-desalojar-inquilinos-incumplidores/>

SOARES, Ana Carolina. “É uma estratégia”, diz dona de salão badalado sobre calote no aluguel. **Veja São Paulo**. São Paulo, 3 mai. 2019. Disponível em: <https://veja.sp.abril.com.br/blog/terraceo-paulistano/tereza-cury-despejo-estrategico/> Acesso em: 6 maio 2023

STEWART, M. **New York Tenant Rights to Withhold Rent or “Repair and Deduct”**. <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/new-york-tenant-rights-withhold-rent-repair-deduct.html>. Acesso em: 06 maio 2023.

TAVARES, Karine. Rio: ações de despejo dobram em quatro anos, mas morosidade da Justiça continua. **O Globo**, Rio de Janeiro, 01 jun. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/rio-acoes-de-despejo-dobram-em-quatro-anos-mas-morosidade-da-justica-continua-12681917>. Acesso em: 06 maio 2023.

TENANT Questions & Answers In Nonpayment Eviction Cases. **New York State Unified Court System**, Nova Iorque. Disponível em: [https://www.nycourts.gov/courthelp/pdfs/TenantsGuide\\_nonpayment.pdf](https://www.nycourts.gov/courthelp/pdfs/TenantsGuide_nonpayment.pdf). Acesso em: 06 maio 2023.

THE CALIFORNIA Courts Self Help Center. **California Courts**, The judicial Branch of California. Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/selfhelp.htm>. Acesso em 06 mai 2023

TIAGO, L. Despejos baixaram 13% em 2017. Maioria por falta de pagamento. **Dinheiro Vivo**, Portugal, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/despejos-baixaram-13-em-2017-maioria-por-falta-de-pagamento/>. Acesso em: 06 maio 2023.

VALLES, E. Quanto tempo demora o despejo? **Consultório de Justiça**. Disponível em: [http://static.publico.pt/consultorios/Noticias/Arrendamento/quanto-tempo-demora-o-despejo\\_1476610](http://static.publico.pt/consultorios/Noticias/Arrendamento/quanto-tempo-demora-o-despejo_1476610). Acesso em: 06 maio 2023.

VENERI, Emanuela. Um ano da lei do inquilinato aponta mudanças. **Consultor Jurídico**, 10 fev. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-fev-10/ano-lei-inquilinato-aponta-mudancas-positivas>. Acesso em: 06 maio 2023.

**DIREITO  
PROCESSUAL  
PENAL**



# **NULIDADES PROCESSUAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DAS NULIDADES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO NA APELAÇÃO APRESENTADA PELA DEFESA NO CASO DA BOATE KISS**

*Fernando Augusto Campos Palhares<sup>1</sup>*

*Hudson Coutinho Hilário<sup>2</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

Na madrugada de 27 de janeiro de 2013, um incêndio em uma boate que albergava uma festa universitária, na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul (RS) provocou a morte de pessoas, 145 internações e 623 feridos, sendo as vítimas, em sua maioria, jovens estudantes universitários (Dal Ponte *et al.*, 2015) . O ocorrido figura em terceiro lugar na lista dos mais trágicos eventos de incêndios em casa noturnas, uma categoria de tragédia bastante recorrente no mundo (Wikipedia Contributors, 2023).

As investigações apontam que o incêndio foi ocasionado pelo mau uso de um artefato de pirotecnia pelo conjunto musical que se apresentava na festa. O inquérito apurou também que os instrumentos pirotécnicos utilizados pelo grupo eram inadequados ao ambiente interno do estabelecimento. Ainda, foi constatado que a casa possuía diversas irregularidades no tocante à sua arquitetura e isolamento acústica, os quais poderiam ter contribuído para a materialização da tragédia (Imprensa; TJ/RS, 2013).

O então batizado Caso Kiss sofreu uma repercussão midiática acentuada, sendo também veiculado largamente na imprensa internacional. A superlativa exposição midiática proporcionou uma ampla comoção social diante do caso, ensejando uma pressão vigorosa sobre as instituições investigativas e judiciárias no apontamento dos responsáveis pela tragédia (Silva, 2022).

Celeremente, o juízo responsável pelo caso decreta a indisponibilidade dos bens dos sócios da empresa que operava a casa noturna, assim como a prisão preventiva daqueles apontados como responsáveis pela tragédia, sendo eles: os sócios da boate e os

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

integrantes do grupo musical e da equipe do conjunto sob a denúncia de homicídio doloso configurado pelo dolo eventual (Imprensa; TJ/RS, 2013).

Decorre a partir daí, então, um dos processos mais exaustivamente difundidos nos meios de comunicação e um dos mais controversos. A parcialidade das decisões foi inúmeras vezes suscitada pela defesa, visto que a cobertura midiática exaustiva e a robusta pressão popular pelo apontamento dos culpados acabavam por fomentar um julgamento antecipado do caso na sociedade (Silva, 2022). Por fim, o caso é levado ao Tribunal do Júri de Porto Alegre após deferimento de pedido de desaforamento por um dos réus, transferindo o julgamento da comarca de Santa Maria para a capital (Imprensa; TJ/RS, 2020).

Quase uma década após, os meandros processuais chegaram à condenação dos réus, proferida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Os anos que antecederam a condenação foram repletos de controvérsias, o que incluiu uma condenação a membro do corpo de bombeiros de Santa Maria por fraude de documentos relacionados ao processo (Imprensa; TJ/RS, 2015), contendas judiciais entre os familiares das vítimas e membros do Ministério Público incumbidos da acusação (Imprensa; TJ/RS, 2016).

A condenação, proferida pelo Tribunal do Juri, ocorre em dezembro de 2021, presidido pelo Juiz de Direito Orlando Faccini Neto, titular do 2º Juizado da 1ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre, configurando o Caso Kiss como o mais extenso julgamento do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, estendendo-se por dez dias de trabalhos.

Em ato sequente, a defesa dos réus impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), alegando nulidades processuais. Os defensores argumentam, dentre outras inobservâncias às formalidades processuais, que não foram cumpridos os ditames processuais penais que envolviam a composição do corpo de jurados.

O Desembargador Manuel José Martinez Lucas, que sustentava o desacolhimento das nulidades apontadas pela defesa, teve seu voto vencido pelos Desembargadores José Conrado Kurtz de Souza e Jayme Weingartner Neto, os quais acolheram a tese de que, de fato, houve irregularidades na composição do corpo de jurados, assim como outras irregularidades processuais formais, corroborando a tese de apontamento das nulidades processuais apresentada pela defesa.

## 2. DAS NULIDADES APRESENTADAS PELOS APELANTES

Em sua apelação, a defesa apresenta uma séria de nulidades processuais ocorridas pleiteando a invalidação da sentença proferida. Paralelamente, a defesa apresenta as razões pelas quais as inobservâncias das regras processuais formais ensejaram a lesão direta do exercício da tese defensiva.

A primeira das nulidades arguidas pela defesa aponta a irregularidade na forma da realização do sorteio dos jurados. Além do número excessivo de sorteios mencionado pela

tese defensiva, o último dos sorteios ocorre apenas quatro dias úteis do julgamento, violando o art. 433, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal (CPP), o qual expressa que: “O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.”

Ainda em relação à seleção dos jurados, a defesa apresenta que o Ministério Público, tendo acesso ao Sistema de Consultas Integradas (CSI) obtém uma vantagem ferralmental na triagem dos jurados que não é proporcionada à defesa, violando, desta maneira, o princípio da paridade de armas.

A tese defensiva menciona a violação do art. 478, inciso II do CPP no tangente às referências feitas pela acusação a respeito do silêncio dos réus. Sequencialmente, a apelação aponta a ocorrência de defeitos na quesitação, sob o fundamento de inadequação em sua formulação e afronta ao princípio da correlação entre a decisão de pronúncia e a quesitação.

A apelação também consigna a irrisignação diante do apontamento da ocorrência de inovação acusatória na réplica, demonstrado que o Ministério Público apresenta em momento inoportuno as teorias da cegueira deliberada e do domínio do fato que não haviam sido abordadas previamente.

Dentre as supostas nulidades apresentadas, a apelante aponta ainda a ocorrência de manifestações indevidas da plateia durante o julgamento, assim como a parcialidade do juiz, além do proferimento de opiniões acerta do caso no momento da elaboração da dosimetria da pena na sentença. A afronta aos art. 271 e 422 do CPP, no tocante ao arrolamento das testemunhas; quebra da incomunicabilidade das testemunhas em ofensa ao art. 460 do CPP; violação da plenitude de defesa fundamentada na limitação imposta ao número de advogados em favor de um dos acusados; referências proferidas durante os debates à decisão de pronúncia por parte dos promotores em aviltamento ao art. 478, inciso I do CPP; Reunião indevida do magistrado com os jurados distante do acompanhamento das partes; Irregularidades na disponibilização das provas para o reconhecimento da defesa, especificamente, o modelo em três dimensões da casa, descrito como de imensa complexidade (Pereira; Lopes Jr., 2022), impedindo o pleno exercício da paridade de armas e da ampla defesa pelos defensores dos réus.

De todas as nulidades apresentadas pela defesa, foram acolhidas por maioria aqueles referentes ao número exagerado de sorteios e a sua ocorrência fora do prazo prescrito pela legislação. Sobre a mesma questão, o tribunal reconhece o dano à tese defensiva por impossibilitar o pleno exercício da contestação dos jurados selecionados, prejudicando assim o direito de plena defesa dos réus.

Igualmente, logrou acolhimento a nulidade referente à reunião do magistrado com os jurados em reservado, considerando que a segregação das partes ao acesso da citada discussão impossibilita até mesmo a avaliação do teor das informações trocadas. Dessa forma, frustrando completamente o exercício do contraditório.

Por fim, houve acolhimento da nulidade apresentada referente à quesitação, considerando que as imputações feitas na denúncia haviam sido excluídas da decisão de pronúncia, havendo retornado, indevidamente na formulação dos quesitos.

### 3. DAS NULIDADES PROCESSUAIS E DA FORMA COMO PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO PROCESSUAL

Embora a doutrina seja amplamente consonante na concepção de que o processo penal não tem sua dimensão teleológica fundada em si mesmo (Zaclis, 2015), deve-se atentar para a periculosidade de uma flexibilidade demasiada como alerta Ricardo Jacobson Gloeckner:

A argumentação em torno da premissa de que o processo “não é um fim em si mesmo” é conhecido de inúmeros regimes autoritários de governo, que construíram um processo penal segundo “finalidades” teleologicamente orientadas” (Gloeckner, 2017, p.190).

Germina do reconhecimento da função teleológica do processo a ideia que assume posto de princípio da instrumentalidade das formas. A ideia contida na teoria da instrumentalidade das formas pressupõe que a observância rigorosa das formas dos atos processuais não é um fim em si mesmo, mas sim uma garantia para o processo de investigação e julgamento dos acusados, possibilitando o saneamento de nulidades processuais quando não comprometerem a observação das garantias e dos princípios processuais no tocante a ambas as partes.

Tal princípio encontra-se prescrito no art. 566 do CPP, enunciando que “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

É notória e razoável que a instrumentalidade processual se revele mais acentuada no universo do Direito Processual Civil, em que é compreensível uma maior tolerância em relação às solenidades dos atos, no processo penal, no entanto, uma observação mais rígida às formalidades torna-se imperativa. Gloeckner, em consonância com o pensamento anterior, em uma concepção claramente crítica, alerta ainda:

Fica o registro de que a instrumentalidade das formas constitui-se como uma engrenagem capaz de mobilizar determinados afetos (autoritários) no processo penal. Em tal registro política, a articulação entre o sistema inquisitorial amórfico e uma “nova função” desempenhada pela Constituição da República permitiu marcar a proveniência e os sentidos de inúmeros traços constitutivos do sistema de nulidades. Podemos falar, portanto, no sentido de Faye, de linguagens totalitárias, que acabam introduzindo matrizes políticas no seio do processo por meio de conceitos, categorias, princípios que reproduzem lógicas antidemocráticas no seio de um ordenamen-



to jurídico cuja Constituição representa, ao menos simbolicamente, o alvorecer de uma democracia (Gloeckner, 2017, p.191).

Diante de tais advertências, é possível aferir que a ideia de que as nulidades processuais representam um formalismo excessivo pode ser afrontosa ao equilíbrio processual e a garantia de direitos fundamentais, especialmente quando se opera no universo do processo penal, considerando a gravosidade das decisões proferidas pelo Direito Penal, este concebido como *ultima ratio* do sistema jurídico.

No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Caso Kiss, a relevância da observação da forma foi destacada:

No Tribunal do Júri a forma, mais do que em qualquer outro rito de natureza processual penal, tem marcada natureza constitutiva e estrutural - *forma dat esse rei* -, considerando-se que o Conselho de Sentença, diferentemente dos juizes togados, que, de regra, têm jurisdição sempre e plena, é composto por julgadores leigos para o ato, razão pela qual a forma constitui garantia da imparcialidade objetiva do Jurado em favor da igualdade, da paridade de armas e da plenitude de defesa, princípios insculpidos na Constituição Federal, gerando, sua inobservância, nulidade absoluta (Acórdão TJ- RS - Apelação Criminal: APR 5123185- 30.2020.8.21.0001 PORTO ALEGRE - Primeira Câmara Criminal. Relator Manuel José Martinez Lucas. Data do Julgamento: 03/08/2022. Publicação: 08/08/2022).

Ainda no mesmo documento, podemos apontar o comentário do Desembargador Jayme Weingartner Neto sobre a acentuação do respeito às formas nos casos em que há maior peculiaridade:

Por mais paradigmático que se apresente (e, até por isso, ao exigir profunda e atenta revisão sistemática sem perder de vista a justiça tópica), não se pode, não se deve tratar este processo como uma exceção fulgurante, que coloque em suspensão a coerência jurisprudencial e a segurança jurídica. (Acórdão TJ- RS - Apelação Criminal: APR 5123185- 30.2020.8.21.0001 PORTO ALEGRE - Primeira Câmara Criminal. Relator Manuel José Martinez Lucas. Data do Julgamento: 03/08/2022. Publicação: 08/08/2022).

Em convergência, o Prof. Gustavo Henrique Badaró também ressalta a importância da formalidade processual a fim de preservar a segurança das partes no decorrer do processo, ressaltando a necessidade de impedir uma vinculação desproporcional ao formalismo exacerbado o qual denomina de “fetichismo formalista”:

A tipicidade das formas é uma garantia para as partes e para a correta prestação jurisdicional. As partes ficariam profundamente inseguras se, ao praticarem um ato

processual, não soubessem se este seria eficaz ou ineficaz, ficando a produção ou não dos efeitos ao mero capricho do juiz. Por outro lado, havendo um modelo a ser seguido, as partes saberão que, se o seguirem, inevitavelmente, o ato será eficaz, produzindo seus efeitos normais. O que se deve impedir é o “fetichismo formalista” que prejudique a própria substância dos atos (Badaró, 2015, p.783).

### 3.1. Do princípio do prejuízo (*Pas de Nullité Sans Grief*)

Uma faceta especial do princípio da instrumentalidade das formas é o princípio do prejuízo, enunciado no art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” Trata-se de fato de uma prescrição que enseja a dinamicidade e economia processual, alijando o processo da ocupação de medidas protelatórias.

Tal princípio é um elemento axial do sistema de nulidades processuais (Gloeckner, 2017, p. 199), enunciado pela expressão *pas de nullité sans grief*<sup>3</sup>, proporcionando uma ferramenta de equilíbrio entre a proteção de direitos fundamentais e a eficiência do processo.

De maneira consonante, afirma o Desembargador Jayme Weingartner Neto sobre o princípio do prejuízo no acórdão em tela:

Se há um princípio basilar ao edifício das nulidades é o da instrumentalidade das formas, consagrado no artigo 563 do CPP e multicitado em elegante galicismo, que se concretiza no vetor prejuízo, cuja ausência obsta pronuncie-se a consequente sanção (*pas de nullit sans grief*). Em outras palavras, sem ofensa a direitos e garantias fundamentais – e que tenham maculado os objetivos do processo ou sua estrutura matricial – não há que falar em nulidade (Acórdão TJ- RS - Apelação Criminal: APR 5123185-30.2020.8.21.0001 PORTO ALEGRE - Primeira Câmara Criminal. Relator Manuel José Martinez Lucas. Data do Julgamento: 03/08/2022. Publicação: 08/08/2022)

Gloeckner, sempre crítico às teorias de flexibilização das formas processuais, sublinha que a ideia de dano pode apresentar-se de forma embaçada, ou, nas palavras do autor, de forma fantasmática, transferindo ao julgador um poder discricionário sobre a avaliação do dano gerado pela inobservância da formalidade processual (Gloeckner, 2017, p. 202).

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, deve ser assentado que o Processo Penal se trata de espécie diversa e peculiar em relação ao Processo Civil, considerando as consequências drásticas

---

<sup>3</sup> Não há nulidade sem prejuízo.

da operação do Direito Penal na sociedade. Diante disso, não é possível fagocitar estruturas e princípios que figuram em certo grau no Processo Civil e incorporá-los na estrutura do Processo Penal em grau análogo.

Se o aspecto teleológico do processo penal deve ser observado, apartando a concepção anacrônica do processo como fim em si mesmo, e possibilitando a eficiência processual como uma forma de assecuração da efetiva operacionalidade da justiça, igualmente, é necessário a acentuada observação dos princípios e garantias processuais a fim de que seja respeitado o devido processo legal.

Não resta dúvidas de que a anulação do julgamento efetuado pelo Tribunal do Juri no dia 10/12/2021, diante da apelação apresentada pela defesa, é perfeitamente consonante com teoria das nulidades à luz da Constituição Federal e do processo penal democrático.

Evidente demonstram-se as irregularidades processuais formais na seleção do corpo de jurados como sustentado pela apelação. Também é flagrante, embora rejeitada, a nulidade referente a tal questão, por voto vencido do Desembargador Jayme Weingartner Neto, a violação do princípio da paridade de armas, considerando que o Ministério Público obteve acesso privilegiado às informações dos jurados que era indisponível às partes, assim como a juntada de provas de complexidade exorbitante no limiar do prazo prescrito, imobilizando a reação da defesa. Também é clara a irregularidade da formulação dos quesitos, como foi sustentado pela apelação e confirmado pelo acórdão.

Por fim, de igual modo é incontestável a ocorrência de inobservâncias das formalidades processuais por parte do magistrado no decurso do julgamento, como torna-se explícito na mudança da tese acusatória, e também corroborado pelo acórdão, em momento inoportuno, assim como na reunião do magistrado com os jurados, distante do acompanhamento das partes.

Se é inequívoca a ocorrência de inobservâncias das formalidades processuais impostas, igualmente é flagrante a demonstração do dano que as nulidades ofereceram à parte apelante, em perfeita convergência com o art. 563 do CPP, como bem reconheceu o TJRS.

Também é importante sublinhar que a argumentação apresentada pelo relator, vencido em seu voto, de que, pelas dimensões do processo em tela, deva ser imposta às formalidades processuais uma mitigação à sua rigidez é inconsistente. O tratamento peculiar dado a certo processo a título de excepcionalidade avilta frontalmente o princípio da isonomia enunciado no art. 5º da Constituição Federal.

Vale ainda mencionar que nos casos midiáticos como este analisado, onde há uma exacerbada pressão exercida pela sociedade, em ocasiões de grande, e legítima, comoção, o afincamento à observância das formalidades processuais torna-se ainda mais relevante.

Por fim, deve se registrar o quanto é inoportuno que um julgador, ao proferir seu voto, consigne seu juízo pessoal em relação a valoração de normas positivadas expressa-

mente pelo legislador, como fez, manifestamente, o relator, Desembargador Manuel Jose Martinez Lucas, em relação ao art. 478, inciso II do CPP. Assim como o prognóstico de um veredito desfavorável ao réu no caso do empreendimento de um novo julgamento é inadmissível como parte da fundamentação para a convalidação de nulidades processuais.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos tribunais, 2015.

DAL PONTE, Silvana T. *et al.* Mass-casualty Response to the Kiss Nightclub in Santa Maria, Brazil. **Prehospital and Disaster Medicine**, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 93-96, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. [S. l.]: Saraiva Jur, 2017.

IMPrensa/TJRS. Boate Kiss: Ex-Comandante Regional dos Bombeiros é condenado por fraude processual. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=3947>. Porto Alegre, 1 set. 2015.

IMPrensa/TJRS. Boate Kiss: Ouvidas testemunhas em processo envolvendo pais das vítimas e suposta calúnia contra Promotor. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=19616>, Porto Alegre, 15 maio 2016.

IMPrensa/TJRS. Caso Kiss: concedido desaforamento para mais dois réus. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/caso-kiss-concedido-desafamento-para-mais-dois-reus/>, [s. l.], 12 fev. 2020.

IMPrensa/TJRS. Tragédia de Santa Maria: Prorrogada a prisão de sócios da boate e integrantes da banda. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=4720>, Porto Alegre, 1º fev. 2013.

PEREIRA, Rodrigo Fauz; LOPES JR., Aury. Ilegalidades reconhecidas do Júri levaram à anulação do julgamento da boate Kiss. **ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-04/rodrigo-faucz-aury-lobes-jr-anulacao-juri-boate-kiss2>, [s. l.], 4 ago. 2022.

SILVA, Giovana Braz da. A influência midiática nas decisões do tribunal do júri: análise do caso Boate Kiss. 2022. 1–18 f. **Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II** - Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS), Goiânia, 2022.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. List of nightclub fires. [S. l.], 2023.

ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do “Pas de Nullité Sans Grief” no âmbito do processo penal brasileiro**. 2015. 199 f. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

**DIREITO DO  
TRABALHO E  
PROCESSUAL DO  
TRABALHO**



# DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO: A LIMITAÇÃO NORMATIVA À ATIVIDADE LABORAL DIANTE DA COMPLEXIDADE DE DELIMITÁ-LA NO TEMPO E ESPAÇO

*Fernando Augusto Campos Palhares<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das rupturas paradigmáticas da modernidade é revolução promovida ao conceito de trabalho. Se retrocedermos historicamente até os tempos medievos, veremos que a definição da própria existência do indivíduo era forjada pela atividade por ele exercida, a mesma que exerceria, indefinidamente, por toda sua vida.

O trabalhador feudal, o camponês, tinha no trabalho sua própria finalidade, pois a atividade laboral representava a sua própria purificação metafísica enquanto o afastava da corrupção mundana. A teologia cristã prescrevia o trabalho aos servos, mas condenava os descomedimentos nos esforços produtivos (Gomes, 2019).

A atividade laboral campesina possuía um laço estreito e robusto com a terra e o lavrador dominava a totalidade do processo produtivo. O indivíduo tinha, portanto, em seu labor a aferição de sua própria identidade.

Mesmo aqueles dedicados às atividades artesanais tinham sua existência vinculada àquilo que faziam, muitas vezes, carregando em seu próprio nome a descrição de seu ofício (Franco, 1995, p. 10). Tudo isso dando-se sob uma esfera clerical que se ocupava de circundar toda a sociedade a fim de harmonizá-la e tornar o passar do tempo um processo cíclico que justificava-se por si próprio (Gomes, 2019).

Neste contexto, a concepção da atividade laboral intersecciona intensamente com a vida privada do indivíduo, não havendo qualquer afastamento do ciclo laboral, exceto pela interdição do trabalho dominical, prescrita pelo clero (Gomes, 2019).

Quando o renascimento comercial toma vigor, as possibilidades mercantis começam vagarosamente a florescer. O comércio é uma via que une dois polos, aquele que produz e aquele que consome. Nesse sentido, desperta a brotar uma pequena mudança que eclodirá na era moderna. A reforma protestante promove a valorização da excelência no ofício e a propulsão da capacidade produtiva do indivíduo, ao mesmo tempo o vínculo

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

estreito com a terra passa a ser lentamente comutado por um monetarismo eficiente e dinâmico (Colossi; Cosentino; Giacomassa, 1997).

## 2. A PRIMEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A DELIMITAÇÃO DO TRABALHO NO ESPAÇO

A Primeira Revolução Industrial (século XVIII) eleva exponencialmente a produção, aniquila a atividade dos antigos artesãos, permutando-os pelo modelo fabril, transmutando aqueles cuja produção manual arcaica era incapaz de competir com a velocidade do novo modelo em operários (Oliveira, 2003).

O trabalho não é mais o exercício protestante da vocação, nem o ritual de purificação católico medieval. Tampouco, o ofício exercido serve de identidade ao indivíduo, uma vez que o próprio não tem o conhecimento da totalidade do processo produtivo e muitas vezes sequer sabe o fim ao qual seu esforço colabora:

É um produto da divisão manufatureira do trabalho opor-lhes as forças intelectuais do processo material de produção como propriedade alheia e poder que os domina. Esse processo de dissociação começa na cooperação simples, em que o capitalista representa em face dos trabalhadores individuais a unidade e a vontade do corpo social de trabalho. O processo desenvolve-se na manufatura, que mutila o trabalhador, convertendo-o em trabalhador parcial. Ele se completa na grande indústria, que separa do trabalho a ciência como potência autônoma de produção e a força a servir ao capital (Marx, 1996, p. 453).

Neste momento, a esfera laborativa é apartada da vida privada do operário. E o trabalho, em vez de ter sua finalidade em si próprio, passa a ter como objetivo o consumo, mesmo que, neste primeiro momento, de bens essenciais à subsistência:

Sem que essa desconexão acontecesse, haveria pouca chance de que o trabalho pudesse ser mentalmente separado da “totalidade” a que ele “por natureza” pertencia e se condensasse em um objeto autocontido. Na visão pré-industrial da riqueza, a “terra” era tal totalidade - completada com aqueles que a aravam e colhiam dela (BAUMAN, 2019, p. 16).

Embora a ausência de uma jornada de trabalho definida (Martins, 2000) impeça a configuração precisa de uma fronteira temporal na atividade laborativa do indivíduo, o trabalho, neste momento, é claramente delimitado pelo espaço:

A modernidade sólida era, de fato, também o tempo do capitalismo pesado — do engajamento entre capital e trabalho fortificado pela mutualidade de sua dependên-



cia. Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência; o capital dependia de empregá-los para sua reprodução e crescimento. Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia mudar-se com facilidade para outra parte — os muros da grande fábrica abrigavam e mantinham os parceiros numa prisão compartilhada (Bauman, 2001, p. 136).

Enquanto no ambiente fabril, um espaço físico administrado pela empresa, o indivíduo é um operário sob a subordinação do empregador e por ele dirigido. O operário vende sua força de trabalho em troca da remuneração para poder empregá-la no consumo dos bens necessários à sua sobrevivência.

### **3. A SEGUNDA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A DELIMITAÇÃO DO TRABALHO NO TEMPO**

A Segunda Revolução Industrial (século XIX) atinge patamares produtivos inimagináveis. O molde de expansão econômica liberal impescinde de uma correlativa elevação dos níveis de consumo por parte da população (Paniago, 2012).

Neste momento, o padrão produtivo industrial torna-se hegemônico e a necessidade do escoamento da produção aniquila definitivamente os últimos resquícios de sistemas de produção escravistas ainda sobreviventes (Williams, 1975, p. 152).

Já no século XX, o liberalismo econômico começa a ser suplantado pela teoria econômica keynesiana e o nascimento do Estado de bem-estar social passa a intervir intensamente nas relações trabalhistas a fim de garantir os direitos essenciais dos operários. A necessidade de um grau elevado de consumo constante torna inelutável a inclusão dos operários entre o exército de consumidores, e, conseqüentemente demanda a delimitação temporal do intervalo laboral, dando surgimento assim à jornada de trabalho (Aquino; Martins, 2007).

A restrição da jornada laboral permitia que o trabalhador pudesse, supostamente, dedicar a metade de seu tempo de vigília (terça parte de seu tempo total) ao lazer, ao descanso e obviamente ao consumo. Toda a sociedade, nesse momento começa a se tornar consumidora voraz de sua própria produção, justificando o ciclo produtivo que persiste até os dias atuais (Aquino; Martins, 2007).

Após a Segunda Revolução Industrial, a percepção da identidade do indivíduo como consumidor irá gradualmente hipertrofiar-se até atingir seu pináculo na segunda metade do século XX. Neste ponto, a identidade do indivíduo pode ser caracterizada mais por seu padrão de consumo do que pelas atividades produtivas que exerce:

*Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers (Kennedy, 1962).<sup>2</sup>*

Há uma clara dicotomia entre a vida privada e a esfera laboral. O tempo torna-se o fator cristalino a delimitar esta fronteira. O indivíduo é um empregado durante a jornada de trabalho, estando assim subordinado àquele que o remunera, e, cumprido esse lapso temporal retorna a sua vida privada. A contemporaneidade também consagra o consumo como a justificação teleológica da atividade laboral, o consumo, por sua vez, passa a ser um fim em si mesmo.

Uma vez que os espaços destinados ao trabalho continuam sendo manifestamente seccionados (a fábrica, a oficina, o escritório) e os horários destinados à atividade laboral são claramente designados, a jornada de trabalho é facilmente estipulada e identificável, tanto normativamente, quanto materialmente.

#### **4. A LIQUEFAÇÃO DAS DELIMITAÇÕES DO TRABALHO E A OMNIPRESENÇA VIRTUAL**

O final do século XX é marcado pela revolução informacional. O incremento tecnológico atingido em seus últimos anos permite a vasta expansão dos meios de comunicação, sobretudo as redes de informação que se estendem internacionalmente, multiplicando-se em alcance e velocidade.

Os novos dispositivos de comunicação permitem ao indivíduo o deslocamento virtual à lugares longínquos sem o dispêndio do deslocamento físico, ao mesmo tempo, provendo-lhe a possibilidade de comparecer a distintos e múltiplos locais simultaneamente.

A produção industrial passa a ser, de forma célere, automatizada. Se em um primeiro momento, os operários são substituídos pelas máquinas, tornando-se apenas seus operadores, posteriormente (Ferreira; Borges, 1984), os trabalhadores responsáveis pela operação das máquinas fabris são substituídos pela I.A. (Inteligência Artificial), esvaziando o espaço fabril da presença humana (Küpper *et al.*, 2018).

Os ofícios mecânicos seguem uma andante marcha à sua extinção, enquanto os trabalhos de caráter intelectual multiplicam-se. A automação no campo proporciona o mesmo fenômeno aos trabalhadores rurais.

---

<sup>2</sup> Consumidores, por definição, somos todos nós. O maior grupo econômico, influenciando e sendo influenciados por praticamente toda decisão econômica pública ou privada. Dois terços de todo o gasto na economia corresponde aos consumidores (Kennedy, 1962).

A constante minguagem da necessidade do trabalho mecânico e as possibilidades tecnológicas inauguradas no final do último século proporcionam o derretimento da delimitação do espaço de trabalho em muitas das relações laborais, levando ao incipiente fenômeno da modalidade de teletrabalho. Os tradicionais ambientes de trabalho (a fábrica, o escritório, as repartições, salas de reuniões, *call centers*) são substituídos por um ambiente virtual programado digitalmente.

A possibilidade de trabalhar remotamente através da tecnologia comunicacional traz vantagens para o empregador que mitiga os seus gastos na albergação da atividade laboral e também ao empregado que não mais priva-se de suas horas de lazer e descanso desperdiçadas no deslocamento da residência ao edifício empresarial.

As delimitações de espaço e tempo da jornada de trabalho neste momento passam a se liquefazer. Não há mais o espaço laboral onde o trabalhador está explicitamente subordinado à observação patronal integralmente e, da mesma forma, torna-se intrincada a delimitação do tempo da jornada de trabalho. Somado a isso, os meios de comunicação e a onnipresença virtual apresentam o trabalhador acessível ao seu gestor a qualquer momento e em qualquer lugar.

O trabalho, como no período medieval, volta a permear a integralidade da existência do trabalhador e cada vez é mais difícil distinguir a atividade laborativa do resto de sua vida. Embora, de forma distinta, a identidade do indivíduo agora está atrelada a se podemos dizer que a maior parte da população está integrada à sociedade contemporânea em seu papel de consumidora, não de produtora (Bauman, 2019, p. 48).

A modalidade do teletrabalho ganha relevo no início da década passada e sua adesão expande-se modestamente. No ano de 2020, todavia, um acontecimento imprevisto potencializa a adoção da modalidade como única alternativa viável à manutenção das atividades produtivas.

A pandemia de Covid-19 instaura-se como uma grande catástrofe sanitária de proporções globais e interdita o contato físico entre os indivíduos por questões profiláticas. O teletrabalho que, até na década anterior, movimentava-se moderadamente em direção a sua dilatação, agora, imperiosamente, aligeira-se e torna-se ponderoso no universo das relações laborais (Oliveira, 2021). Uma considerável parte dessas relações é compelida a desenvolver-se virtualmente no ambiente digital.

## 5. O TELETRABALHO

O teletrabalho é a modalidade laboral que se dá majoritariamente distante do ambiente empresarial, respaldada no uso da tecnologia da comunicação. Embora possa haver a necessidade ou conveniência da frequência ocasional à empresa, a caracterização do teletrabalho dá-se pelo exercício da atividade, em sua maior parte, externamente a este local.

Em âmbito nacional, na atualidade o teletrabalho é caracterizado como uma modalidade própria, distinguindo-se assim dos termos *home-office* ou trabalho remoto. O trabalho remoto pode abranger situações em que o empregado não frequenta a empresa em si, mas locais por ela estabelecidos para o exercício da atividade. Já o *home-office* pode incluir práticas ocasionais em que apenas uma fração menos significativa da atividade seja exercida fora da empresa (Secretaria de Comunicação Social do TST, 2020).

Na legislação brasileira, o contrato de teletrabalho deve ser formalizado por escrito. As normas reguladoras do teletrabalho proscrevem o reconhecimento do contrato de trabalho tácito, havendo a necessidade de uma forma rígida contratual, em distinção ao restante dos vínculos trabalhistas.

A primeira legislação a tratar do assunto de forma direta é a Lei n. 12.551, de 2011. A lei reconhece para fins de vínculos trabalhistas e questões previdenciárias a equiparação do trabalho executado fora das dependências do empregador àquele executado dentro das dependências da empresa. Em 2017, a Lei n. 13.464, fruto da reforma trabalhista, insere na legislação um capítulo integralmente dedicado à regulamentação do teletrabalho.

Durante o período da pandemia de Covid-19, a estrutura normativa incidente nas relações de teletrabalho passa a ser a MP 1.046, de abril de 2021. Se originalmente o trabalhador contratado poderia ser alocado em regime de teletrabalho com acordo mútuo volitivo das partes, diante da MP 1.046, a empresa passa a ter a prerrogativa de alocá-lo unilateralmente, bastando a prévia comunicação.

A possibilidade aberta pela MP 1.046, somada à geral de interdição do trabalho presencial proporcionaram tanto aos empregadores quanto aos empregados uma experiência coagida da dinâmica do teletrabalho. Neste período, a percepção geral, tanto para os empregadores, quanto para os trabalhadores, foi de apontamento de benefícios tanto na produtividade (Agência Senado, 2021) quanto na qualidade de vida do empregado (Terra, 2021), incentivando, portanto, a manutenção deste regime de trabalho remoto mesmo cessadas as interdições sanitárias.

A inerte expressão do texto normativo sobre os repasses ao empregado das verbas instrumentais referentes à adoção do sistema de teletrabalho ensejou uma polêmica em relação à possibilidade da transferência indireta de custos da empresa ao trabalhador, no entanto, embora o texto normativo seja omissivo, a jurisprudência e doutrina caminham no sentido de manter a responsabilidade dos custos referentes às verbas instrumentais sob responsabilidade da empresa contratante.

O Professor Marco Aurélio Serau Junior da Universidade Federal do Paraná (UFPR) considera que apesar da omissividade do texto normativo, é fundamentada a potencial demanda pelo ressarcimento dos custos investidos na estrutura do teletrabalho, uma vez que o responsável pelos custos e riscos da atividade produtiva é o empresário:

Não custa lembrar que, nos termos do artigo 2º da CLT, “empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica”. Assim, e a depender da situação concreta, é defensável a tese do ajuizamento de ação judicial visando o ressarcimento dos custos em torno do teletrabalho, especialmente nos termos do artigo 884, do Código Civil (Junior, 2021).

Nesta perspectiva, temos que a omissão ao ressarcimento dos custos operacionais para a execução da atividade laboral e dos gastos despendidos pelo trabalhador em sua adaptação ao teletrabalho configuraria o enriquecimento ilícito. A prática trabalhista adotada desde o começo da pandemia aponta para situações as mais diversas: desde empresas que negociaram com seus empregados e, assim, levaram a cabo adequadas políticas de ressarcimento de gastos (pagando auxílios geralmente em torno de R\$ 70 a R\$ 100 mensais) até situações em que não há qualquer forma de auxílio ou ressarcimento desses custos com infraestrutura e equipamentos tecnológicos (como tem sido a regra no setor público) — configurando assim uma provável forma de enriquecimento ilícito por parte das empresas (Junior, 2021).

Consonantemente, sentença de primeira instância emitida pelo 2º Tribunal do Trabalho em ação de um funcionário que pleiteava o ressarcimento dos gastos de implementação de seu home-office concede êxito à demanda:

Por todo o exposto, resta incontroverso que o Reclamante laborou em sistema de home office e que se comprometeu com gastos para sua implementação, conforme dispõem alguns dos comprovantes de gastos juntados. Ademais, não houve a demonstração por parte da Reclamada no sentido de que forneceu, ainda que em comodato, os equipamentos e meios adequados para que o obreiro desempenhasse de modo satisfatório o seu labor. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Processo n. 1000766-98.2020.5.02.0472. Parte autora: Valdivino Goncalves de Oliveira. Parte ré: VIA Varejo S/A. Juiz: Isabela Parelli Haddad Flaïtt. Sao Caetano Do Sul, 13 de abril de 2021.

A decisão é fundamentada através da doutrina:

Por óbvio, as ferramentas da profissão no âmbito do contrato de trabalho subordinado recaem sobre o empregador, sendo imprópria qualquer tentativa de compartilhamento dos custos ou dos riscos. Esse é um princípio basilar do direito do trabalho e remonta a suas origens, podendo ser encontrado até mesmo naquela famosa locução de assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, de que trata o art. 2º da CLT (Batista, 2020, p. 32).

O Art. 75-E dispõe que as normas de segurança previstas na legislação, embora o ambiente esteja sob a administração direta do próprio empregado, são aplicáveis. É prescrito ao empregador que forneça de maneira ostensiva às instruções referentes à segurança e prevenção de acidentes, assim como a garantia da tutela da saúde e adaptação ergonômica à atividade exercida.

A jornada laboral na modalidade do teletrabalho não pode ser controlada. Este detalhe cria um impasse em relação à autodeterminação do funcionário e sua subordinação à empresa. O controle do empregador sobre a rotina do empregado pode causar a desconfiguração do teletrabalho. Por outro lado, o empregado não é apto a receber remuneração por horas extras trabalhadas, sendo este o grande impasse para mensuração do trabalho remoto através do uso da tecnologia.

## **6. A IMPOSSIBILIDADE DA DEFINIÇÃO DA JORNADA NA MODALIDADE DO TELETRABALHO SEM PREJUÍZO AO DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR**

O legislador compreendeu que o regime de teletrabalho não é sujeito à controle de jornada, sendo todo o capítulo referente a esta matéria na legislação trabalhista inócuo nesta modalidade de relação. É utilizada então, como regra geral, a aferição da produtividade por metas. Este sistema de aferição na atividade laborativa telemática, naturalmente, mitiga o elemento subordinativo essencial à caracterização do vínculo trabalhista em que o empregador é o responsável pela contratação, coordenação e remuneração do trabalho do empregado.

Se a produção do bem ocorrer sem a subordinação hierárquica, não há contrato individual de trabalho, não encontrando respaldo legal a teoria da subordinação estrutural, data vênua dos entendimentos em sentido contrário (Manus, 2018).

A jurisprudência brasileira, no entanto, reconhece que havendo a comprovação da possibilidade de aferição da jornada de trabalho, o trabalhador está elegível à remuneração pelas horas extras trabalhadas:

Dessa forma, o direito do teletrabalhador à percepção de adicional de horas extras estará condicionado à prova de que seu horário de trabalho era efetivamente fiscalizado/controlado pelo empregador, com realização de atividades específicas (Melo, 2019).

Embora seja possível tecnologicamente a aferição do funcionamento de uma estação de trabalho remota, as técnicas de administração possibilitadas pelos meios telemáti-

cos de controle supervisão, subordinação e verificação do trabalho do empregado podem, por vezes configurar-se invasivas, uma vez que este se encontra em um ambiente que coincide com seu próprio ambiente domiciliar:

Importante ressaltar que o mero log in ou log out de um trabalhador no sistema informatizado designado para o exercício da atividade laborativa não implica, necessariamente, em efetivo labor despendido. O trabalhador pode estar conectado ao sistema e não se encontrar laborando (Melo, 2019).

O juiz do Trabalho Luciano Coelho, da 9ª Região, no Paraná aponta para o mesmo empecilho:

Claro que há risco para o empregado de acabar se conectando excessivamente. E também há risco para o empregador de o empregado dizer que está conectado e estar fazendo outra coisa. Acho que a boa fé das partes é a chave para o sucesso do sistema de home office (Nuzzi, 2020).

A mera aferição da presença do perfil virtual relacionado ao empregado na rede da empresa, de fato, não é o bastante para garantir que a atividade laboral seja cumprida sem o uso de tecnologias mais invasivas:

De igual modo, o trabalho em casa dificulta a ação da fiscalização do trabalho, seja em função da “diluição” dos postos de trabalho, seja em função do direito constitucional à inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, da CRFB) (Rocha, 2021).

O controle efetivo do trabalho do funcionário a distância, com o agravante de que a atividade seria desenvolvida em ambiente domiciliar, acaba por constantemente pendular entre uma aferição cronométrica incerta da produtividade e a invasão da privacidade do empregado:

De maneira mais grave, e incisiva no aspecto da esfera individual, alguns softwares, para além do controle da jornada de trabalho e inatividade, exigem dos empregados a manutenção das câmeras constantemente ligada do computador, para efeito de captura de imagem (e gravação) em tempo real ou até para obtenção de foto minuto-a-minuto do rosto dos empregados e do ambiente domiciliar e familiar circunscrito ao tratamento de dados (Figueiredo, 2021).

A jurisprudência brasileira é objetivamente mais permissiva em relação ao uso tecnológico da fiscalização do trabalhador em seu domicílio, porém esta fiscalização pode, por vezes, confrontar-se com a ordem constitucional:

Embora o poder fiscalizatório encontre respaldo na legislação trabalhista, os direitos fundamentais do empregado encontram-se exteriorizados na Constituição Federal, e são baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual rege toda a ordem constitucional. Sem legislação adequada, é provável que o empregado tenha o seu direito fundamental à intimidade e vida privada violado em face do poder de fiscalização empregatício (Mocelin; Briancini, [20-?]).

É evidente o quanto torna-se dificultoso até mesmo assegurar o elemento essencial da personalidade inerente ao vínculo empregatício no exercício do trabalho domiciliar sem que haja a potencial invasão da privacidade do laborador, uma vez que podemos conceber até mesmo a participação de outros membros do convívio familiar na atividade laboral do empregado:

Por se revelarem mais atenuados os requisitos da pessoalidade e da subordinação no trabalho realizado em domicílio, é a constatação destes que, geralmente, ganha relevância quando do reconhecimento do vínculo empregatício. Isto porque, apesar de o pressuposto da pessoalidade não ser aferido com tanto rigor no trabalho realizado em domicílio, ainda assim se faz indispensável o seu exame, já que, se o labor for desempenhado por outrem que atue em substituição ao obreiro, não se terá pacto laboral (Fernandes, 2014).

Ainda, uma vez que o ambiente domiciliar, que se intersecciona com o ambiente laboral, está sujeito às imprevisibilidades em maior grau do que a estrutura tradicional provida pelo empregador, a jornada de trabalho toma uma configuração de descontinuidade constante (Pereira, 2020).

Do mesmo modo, a maior autonomia característica da modalidade, somada ao direito essencial da privacidade que, de maneira alguma pode ser afrontado pelo empregador, cria uma situação de impossibilidade mensurativa assegurada da jornada de trabalho.

Esta imprecisão também é desvantajosa ao empregado, uma vez que a legislação não prevê a remuneração do trabalho fora da jornada remunerada. A ausência da remuneração de horas extras ao trabalhador pode fazer com que muitas vezes este tenha o seu tempo e sua força laboral usurpadas pelo empregador.

## **7. O DIREITO À DESCONEXÃO**

A ofensa ao direito à desconexão do trabalhador é pertencente a um fenômeno mais abrangente que pode ser definido pela invasão da esfera laboral na vida privada dos indivíduos.



Este ataque pode materializar-se de diversas formas em que as relações laborais sejam usadas de forma a interferir na privacidade ou intimidade do empregado, ocorrendo até mesmo dentro do ambiente de trabalho mediante a extrapolação de limites óbvios do caráter privado como a intimidade, posicionamento político, relacionamentos familiares e sociais etc. (Oliveira, 2005).

O problema da impugnação ao direito de desconexão também não é exclusivo do teletrabalho. Surge diretamente atrelado ao avanço dos meios de telecomunicação e o barateamento dos custos e entraves técnicos de acesso a uma rede de comunicação imediata e permanente como os aplicativos de mensagens, os sistemas de e-mails e similares:

O direito a desconexão nasce da moderna relação entre tecnologia e trabalho, consistindo no direito a desconectar-se do seu trabalho. É o direito a “se desconectar completamente da empresa, ou seja, desligar o computador, o telefone, ou qualquer que seja o meio pelo qual ele se comunique com o seu empregador” (Azevedo; Santos, 2021).

Neste contexto, é dificultoso para o empregador isolar-se da atividade laborativa no período em que não está nela aplicado, uma vez que a necessidade de comunicação do indivíduo não cessa ao fim do expediente. Diante do permanente exercício da atividade de comunicação por meios coincidentes àqueles utilizados nas atividades laborais, o trabalhador se vê impossibilitado de tornar-se inacessível ao empregador.

O direito de desconexão consiste na vedação do contato da direção empregatícia com o trabalhador nos horários externos aos da jornada de trabalho. Na modalidade do teletrabalho, com a estiramento do conceito da jornada laboral, estes horários carecem de uma definição precisa.

O direito ao descanso e ao lazer é uma garantia fundamental de sede constitucional (art. 6), também tutelada pela OIT (Organização Internacional do Trabalho). Por consequência, o direito do trabalhador à desconexão recebe a mesma tutela que decorre dessa garantia, configurando-se como direito fundamental, embora não seja textualmente classificado desta forma na legislação específica:

A desconexão do trabalho é um direito fundamental do trabalhador, assegurado no diploma constitucional e em tratados internacionais. Tal direito mantém correlação com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, principalmente com as normas previstas no art. 5º, inciso X, e art. 7º, incisos XIII, XV, XVII, e XXII, tais dispositivos asseguram a proteção à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, bem como a proteção à saúde e segurança do trabalhador, por meio da limitação da jornada de trabalho, do descanso semanal remunerado, da concessão de férias anuais (Teodoro *et al.*, 2017).

A violação do direito à desconexão representa não somente a infringência de um dano moral, mas também de um dano existencial, uma vez que afeta a totalidade da vida do trabalhador:

Deste modo, a partir do momento em que o empregador privar o seu empregado do direito de se desconectar efetivamente do trabalho, em decorrência de práticas ou exigências que o levem à uma jornada excessiva, tolhindo sua liberdade, inviabilizando sua convivência familiar e social, e frustrando o seu projeto de vida, configurada estará uma interferência indevida do empregador em sua esfera existencial com violação à sua dignidade, ensejando, assim, a possibilidade de se pleitear judicialmente uma indenização pelo dano ocasionado. Essa indenização foi denominada de dano existencial. (Ferreira; Rocha; Ferreira, 2020)

A questão da desconexão permeia também os debates sobre a saúde pública considerando a ligação do desenvolvimento da síndrome de esgotamento do trabalho (Síndrome de Burnout) com a violação do direito de desconexão (Rigo; Perim, 2021).

Embora, normativamente, não haja distinção entre o trabalho presencial e o teletrabalho, a legislação permite tutelar o direito à desconexão de forma satisfatória nas relações trabalhistas tradicionais; no entanto, no teletrabalho, em que a jornada laboral tem um caráter indefinido e os meios tecnológicos de comunicação assumem o protagonismo da relação trabalhista, esta proteção torna-se menos eficiente.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, o teletrabalho é uma realidade irreversível que apresenta grandes proveitos e benefícios tanto ao empregador quanto ao trabalhador. Os índices aferidos mostram que há um aumento na produtividade em áreas em que é adotado e, além disso, a mitigação de custos de manutenção de uma sede para albergar os empregados durante a jornada de trabalho e todos os custos relacionados ao seu funcionamento mostram-se bastante atrativos aos empregadores.

A viabilidade de extirpar de sua rotina o tempo de deslocamento da residência ao trabalho e a maior autonomia em relação ao ambiente laboral também soam bastante vantajosas aos empregados.

Esta realidade irreversível provavelmente seria adotada de forma branda, lentamente adaptando-se aos percalços que se apresentassem, porém, a pandemia de Covid-19, disseminada em 2020, acelerou vertiginosamente a implantação desta modalidade de relação trabalhista e este movimento súbito fez emergir simultaneamente uma série de tensões e complicações.

A mensuração precisa da jornada de trabalho proporciona ao empregado a certeza de que está cumprindo sua função contratual na exata proporção devida sem ser lesado por estar produzindo sem a justa remuneração. Por outro lado, proporciona ao empregador a garantia de que está recebendo a força laboral a qual está custeando.

A delimitação concreta e precisa da jornada de trabalho é um problema central na adoção da modalidade laboral remota através da tecnologia. Sem as delimitações tradicionais de tempo e espaço da jornada de trabalho existentes no passado, é preciso traçar de formas claras limites mensuráveis à atividade laboral.

Além disso, é necessário garantir que os meios de aferimento da jornada laboral não sejam invasivos a ponto de violar a privacidade domiciliar do empregado e que, situando-se externamente aos intervalos estipulados pela jornada de trabalho, o empregado possa usufruir de seu direito de desconexão integralmente.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Pesquisa do DataSenado aponta aumento da produtividade em decorrência do teletrabalho na pandemia. *In: Senado Notícias*. [S. l.], 3 ago. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/02/pesquisa-do-datasenado-aponta-aumento-da-produtividade-em-decorrenca-do-teletrabalho-na-pandemia>. Acesso em: 25 jul. 2021.

AQUINO, Cássio Adriano Braz; MARTINS, José Clerton de Oliveira. Ócio, lazer e tempo livre na sociedade do consumo e do trabalho. *Revista Mal-estar e Subjetividade*, Fortaleza, v. VII, ed. 2, p. 479-500, set 2007. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/1595/3577>. Acesso em: 25 jul. 2021.

AZÉVEDO, Thaís de Siqueira Campos; SANTOS, Ernanda Prado dos. O teletrabalho e o risco de violação do direito à desconexão. *In: Migalhas: Migalha Trabalhista*. [S. l.], 3 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/335706/o-teletrabalho-e-o-risco-de-violacao-do-direito-a-desconexao>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BATISTA, Homero. **Legislação trabalhista em tempos de pandemia**: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2001. ISBN 978-85-378-0772-9.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2019. ISBN 978-85-378-0107-9.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (2. Região)**. Processo nº 1000766-98.2020.5.02.0472. Parte autora: Valdivino Goncalves de Oliveira. Parte ré: VIA Varejo S/A. Juiz: Isabela Parelli Haddad Flaitt. São Caetano Do Sul, 13 de abril de 2021

COLOSSI, Nelson; COSENTINO, Aldo; GIACOMASSA, Luciano D. Do trabalho ao emprego: uma releitura da evolução do conceito de trabalho e a ruptura do atual modelo. **Teoria e Evidência Econômica**, Passo Fundo, v. 5, n. 9, p. 53-66, maio 1997. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rtee/article/view/4769/3202>. Acesso em: 25 jul. 2021.

FERREIRA, Cândido Guerra; BORGES, Rachel Fernandez. O impacto da automação sobre o nível do emprego: algumas considerações. **Ensaios FEE**, Porto Alegre, 1984. Disponível em: <https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/ensaios/article/download/342/575>. Acesso em: 25 jul. 2021.

FERNANDES, Fabiana Santalucia. O trabalho em domicílio e o teletrabalho como formas de manifestação do trabalho à distância na atualidade. *In*: **JUS**. [S. l.], 04 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28028/o-trabalho-em-domicilio-e-o-teletrabalho-como-formas-de-manifestacao-do-trabalho-a-distancia-na-atualidade>. Acesso em: 25 jul. 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Claudio Janotti da; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. O direito à desconexão e o dano existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Revista Direito Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [s. l.], 9 jun. 2020. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em: 25 jul. 2021.

FIGUEIREDO, Guilherme Neuenschwander. O teletrabalho e novas tecnologias: o risco da intrusão panóptica. *In*: **MIGALHAS: De Peso**. [S. l.], 19 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343942/o-teletrabalho-e-novas-tecnologias-o-risco-da-intrusao-panoptica>. Acesso em: 25 jul. 2021.

FRANCO, Isabel Maria Madureira Alves Pedrosa. **O COUTO DE STO. TIRSO (1432 - 1516):** Antropomínia e socialidade. Orientador: Armindo de Sousa. 1995. Dissertação (Mestrado em Historia Medieval) - Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, 1995.

GOMES, Jonathan Mendes. Tempo como regulador das atividades na Idade Média. **ANPUH-Brasil - 30º Simpósio Nacional de História**, Recife, 2019. Disponível em: [https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1564555089\\_ARQUIVO\\_ARTIGOCOMPLETOGOMES,Jonathan.pdf](https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1564555089_ARQUIVO_ARTIGOCOMPLETOGOMES,Jonathan.pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau. Direito civil atual: o repasse dos custos do teletrabalho aos empregados é enriquecimento ilícito? *In*: **CONJUR: Consultor Jurídico**. [S. l.], 18 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-18/direito-civil-atual-repasse-custos-teletrabalho-aos-empregados>. Acesso em: 25 jul. 2021.

KÜPPER, Daniel *et al*. AI in the factory of the future: the ghost in the machine. *In*: **BCG: Boston Consulting Group**. [S. l.], 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bcg.com/publications/2018/artificial-intelligence-factory-future>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Reflexões trabalhistas: a subordinação hierárquica como elemento essencial para o vínculo de emprego. *In*: **CONJUR: Consultor Jurídico**. [S. l.], 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/reflexoes-trabalhistas-subordinacao-hierarquica-essencial-vinculo-emprego>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, São Paulo, ed. v. 95, 1 jan. 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67461>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996. v. 1. ISBN 85-351-0831-9.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, [s. l.], v. 8, n. 75, fev 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/123429>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MOCELIN, Juliana Boscarin; BRIANCINI, Valkiria. Teletrabalho: Implicações nos direitos fundamentais à intimidade e vida privada do empregado. **VI Mostra de Pesquisa e Pós-Graduação IMED**, [s. l.], ? [20-?]. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/valkiriabriancini2\(%C3%A1rea3\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/valkiriabriancini2(%C3%A1rea3).pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

NUZZI, Vitor. TECNOESTRESSE: Teletrabalho se consolida em gangorra emocional trazida pela pandemia. *In: RBA: Rede Brasil Atual*. [S. l.], 2 ago. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/08/teletrabalho-gangorra-emocional-pandemia/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

OLIVEIRA, Elisângela Magela. Transformações no mundo do trabalho, da revolução industrial aos nossos dias. **Caminhos de geografia**: revista on line, Uberlândia, 18 set. 2003. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/15327/8626>. Acesso em: 25 jul. 2021.

PANIAGO, Maria Cristina Soares. Keynesianismo, neoliberalismo e os antecedentes da ?crise? Do estado. **Marx, Mézáros e o Estado**, Paulo, 2012. Disponível em: [http://cristinapaniago.com/yahoo\\_site\\_admin/assets/docs/Keynesianismo\\_Neoliberalismo\\_e\\_os\\_Antecedentes\\_da\\_Crise\\_do\\_Estado.185191109.pdf](http://cristinapaniago.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Keynesianismo_Neoliberalismo_e_os_Antecedentes_da_Crise_do_Estado.185191109.pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

PEREIRA, Vinícius. Saiba como lidar com as interrupções no meio do home office. *In: 6 Minutos*. São Paulo, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://6minutos.uol.com.br/coronavirus/saiba-como-lidar-com-as-interruptoes-no-meio-do-home-office/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

PRESIDENT Kennedy: Consumer Bill of Rights. Washington, 7 maio 1962. Disponível em: <https://hoofnagle.berkeley.edu/2015/05/07/president-kennedy-consumer-bill-of-rights-march-15-1962/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 100, p. 147-167, jan./dez 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67668/70276/89097>. Acesso em: 25 jul. 2021.

RIGO, Aline Barros; PERIM, Ticiano Yazegy. Síndrome de Burnout sob o prisma da violação ao direito a desconexão do trabalho. *In: Jornal Jurid*. [S. l.], 10 set. 2021. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/trabalhista/sindrome-de-burnout-sob-o-prisma-da-violacao-ao-direito-a-desconexao-do-trabalho-2020-09-10>. Acesso em: 25 jul. 2021.

ROCHA, Willian Alessandro. Home office à luz da Lei n. 13.467/2017. *In*: **JUS**. [S. l.], 3 ago. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72476/home-office-a-luz-da-lei-n-13-467-2017/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

SECRETARIA de Comunicação Social do TST. Teletrabalho: O trabalho de onde você estiver. **Material Educativo**, [s. l.], ed. 1, 12 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>. Acesso em: 25 jul. 2021.

TELETRABALHO ganha impulso na pandemia, mas regulacao é objeto de controversia. *In*: OLIVEIRA, Nelson. **Agência Senado**. [S. l.], 3 ago. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>. Acesso em: 25 jul. 2021.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; VIANA, Márcio Túlio; NOGUEIRA, Sabrina Colares; ALMEIDA, Cleber Lúcio De. O direito à desconexão do trabalho: um direito fundamental do trabalhador. **Direito Material E Processual do Trabalho**, [s. l.], p. 172-179, 2017. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/direito-desconexao-do-trabalho-701520789>. Acesso em: 25 jul. 2021.

TERRA. **Teletrabalho ganha destaque como a modalidade de trabalho que impacta positivamente na qualidade de vida e de trabalho dos funcionários e da empresa**: o trabalho em casa acarreta mudança cultural e social nas relações de trabalho, mas também na vida das pessoas. [S. l.], 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/teletrabalho-ganha-destaque-como-a-modalidade-de-trabalho-que-impacta-positivamente-na-qualidade-de-vida-e-de-trabalho-dos-funcionarios-e-da-empresa,fe5b457b437d4e8fe3c2440d637568darhmug91o.html>. Acesso em: 25 jul. 2021.

WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e escravidão**. Rio de Janeiro: Americana, 1975.

# **DIREITO EMPRESARIAL**





# EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA: CORRUPÇÃO E OFENSAS À ORDEM PÚBLICA

*Felipe Antonio Nunes Valloto<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações dos tribunais arbitrais, tanto em arbitragens domésticas, quanto nas arbitragens internacionais, é a posterior executabilidade (“enforceability”) da sentença arbitral.

Com a finalidade de padronizar e facilitar o reconhecimento e execução plena das sentenças arbitrais proferidas por tribunais arbitrais internacionais, a “Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” ou “Convenção de Nova York” foi criada 1958, sendo posteriormente ratificada pelo Brasil em 2002.

Entretanto, existem certas exceções na Convenção de Nova York. O artigo V, (2), (b), da referida convenção estabelece que quaisquer sentenças internacionais que venham a colidir com a ordem pública, no sentido de “public policy” (redação original da convenção), podem ter seu reconhecimento e execução posteriormente negados, vejamos:

2) O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se menciona o reconhecimento e a execução constatar que:

(...)

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Pois bem, por mais que o dispositivo visasse regulamentar o tema, na prática verifica-se o surgimento de diversas incertezas acerca de quais matérias ferem legislativamente a ordem pública de um país e, por consequência, quais podem ter sua execução negada por cortes nacionais dos países signatários da Convenção de Nova York.

Junta-se à baila um exemplo: ao analisar uma quebra de contrato ligada a alegações de corrupção na obtenção de um contrato, questiona-se se deveria o tribunal negar

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

sua jurisdição, haja vista uma futura inexecução da sentença. Isso se justifica uma vez que a decisão judicial, após investigação criminal interna, pode ir de encontro à decisão arbitral ou até mesmo o tribunal arbitral pode reforçar o cumprimento de disposições de um contrato que posteriormente seja julgado como obtido por meios ilícitos.

Essa exceção não é inédita, tampouco única. Tribunais arbitrais pelo mundo todo já se depararam com situações nas quais matérias de ordem pública são julgadas, porém com preocupação latente acerca da possibilidade de executabilidade da decisão. De acordo com parte majoritária da doutrina “um objetivo primário de um tribunal arbitral é gerar uma sentença válida e executável” (Briner, 2005).

Isso posto, para que não se verifiquem quaisquer oposições na execução de uma sentença arbitral estrangeira, torna-se imprescindível a observância da ordem pública do país na qual a sentença será executada pelo tribunal arbitral.

Não obstante, importa pontuar que a ordem pública dos países signatários e receptores da sentença estrangeira pode ser direta ou indiretamente impactada pelos julgamentos de tribunais arbitrais. A título exemplificativo, menciona-se o caso *Vantage v. Petrobras*<sup>2</sup>, no qual a Petrobras – empresas de economia mista, como a Petróleo Brasileiro S.A (“Petrobras”) – alegou nulidade do contrato por ter sido obtido por corrupção, inclusive sob investigação da operação Lava-Jato.

É necessário, entretanto, considerar a visão trazida no livro “A função do árbitro no Brasil” (2022), pelo advogado e árbitro Gustavo Scheffer da Silveira. O autor explica que o protetor da ordem pública de um país não é o árbitro, pois “única e exclusivamente as partes o intitularam de julgar, e não o Estado” (Mayer, 2001). Tal visão vai ao encontro da ideia de Yves Derains, de que os árbitros não estão vinculados à ordem pública de um ordenamento jurídico específico e do qual “eles não são guardiões” (Derains, 1986)<sup>3</sup>.

Porém, seria ingênuo considerar que os árbitros não se preocupam com o fato de um possível não reconhecimento da sentença proferida por confrontar a ordem pública do país ao qual se pretende ter efeitos. Ainda que na teoria o árbitro não dependa da ordem pública interna de um país, na prática, para obtenção de uma decisão executável, é inevitável considerar tal aspecto.

Por isso, levando em conta os liames jurídicos da possibilidade da inexecução, os desafios trazidos no objeto do presente artigo são, (i) categorizar resumidamente o que a literatura especializada e a jurisprudência compreendem atualmente como ordem pública, no sentido da Convenção de Nova York; (ii) elucidar a arbitrabilidade e como a alegação de

<sup>2</sup> *Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. v. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, BV, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil)*, ICDR Case No. 01-15-0004-8503, 29 de junho de 2018.

<sup>3</sup> DERAINS, Yves. *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*. Rev. Arb. 1986, p. 375, espec. p. 392, n. 31.

corrupção, emergindo de obtenção de contratos com cláusula arbitral, podem entrar em conflito com a ordem pública de um país; e (iii) ilustrar como os tribunais arbitrais internacionalmente têm agido quando são feitas tais alegações.

## 2. O CONCEITO DE “ORDEM PÚBLICA”

A Convenção de Nova York deixa expresso na exceção do artigo V, (2), (b), que se a execução de uma sentença arbitral for contra a ordem pública de um país, seu reconhecimento e executabilidade poderão ser negados pelas cortes nacionais. No entanto, por conta da ausência normativa acerca do que constitui o conceito de ordem pública, cada país ou, até mesmo cada Corte, tem a arbitrariedade de definir seu entendimento sobre o termo.

De todos os países signatários da Convenção, apenas a Austrália e os Emirados Árabes possuem uma definição legislativa de ordem pública – o que representa nitidamente a problemática ora abordada – que leva à possibilidade de a exceção fundamentar a evasão das cortes nacionais de uma sentença proferida por um tribunal internacional. Ainda, soma-se o fato da Convenção não explicitar dispositivamente se diz respeito à ordem pública internacional ou nacional (*Stati v. Kazakhstan*, 2019)<sup>4</sup>.

A dúvida acerca do conceito de ordem pública vai além dos liames da referida convenção. Analisando tentativas internacionais de categorizar a ordem pública, têm-se que, já em 1853, a “House of Lords” buscou definir ordem pública como “o princípio do direito que dita que uma matéria não pode, legalmente, ter a tendência de ser nociva ao público ou ao bem público”. Já para Stefan Kroll, a ordem pública é a de que seria “a regra que reflete os padrões econômicos, legais, morais, políticos, religioso e sociais de toda comunidade nacional ou extranacional” (Kroll, 2003)<sup>5</sup>.

Ainda, seguindo as conclusões mais contemporâneas, podemos separar dois elementos que formam o conceito de ordem pública: (i) processual (“procedural”); e (ii) fundo/material (“substantive”); (*AES Solar and others (PV Investors) v. Spain*<sup>6</sup>; Denise, 2022).

A ordem pública processual diz respeito a princípios processuais e de procedimento basilares, como o direito ao contraditório e ao devido processo legal. Faz-se um adendo de que, se a sentença foi obtida com base em provas fraudulentas ou um tribunal subornado, também são consideradas matérias de ordem pública processual (Wolff, 2012).

<sup>4</sup> *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Trading Ltd. v. Republic of Kazakhstan (I)*, SCC Case n. 116/2010.

<sup>5</sup> LEW, Julian; MISTELIS, Loukas & KRÖLL Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration* 209, 2003.

<sup>6</sup> *AES Solar and others (PV Investors) v. The Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14, 4A\_187/2020, 23 de fevereiro de 2021.

Toma-se por exemplo o caso Clayton/Bilcon v. Canada<sup>7</sup>, julgado pela Permanent Court of Arbitration (“PCA”), no qual a decisão de homologação proferida pela “Ontario Superior Court of Justice”, em 2022, explicitamente citou o “dever do tribunal arbitral em tratar as partes com equidade e dá-las a mesma oportunidade para apresentarem seu caso”, ainda que os requerentes tenham falhado em comprovar sua alegação de afronta à ordem pública pelo tribunal arbitral.

Ainda, em relação à ordem pública processual, pontua-se que, para uma sentença ser anulada, faz-se necessário que a infração ao devido processo seja consideravelmente séria para justificar a anulação. Nesse sentido, a Corte de Apelação da França proferiu decisão anulando uma sentença arbitral internacional com base em grave infração ao devido processo legal derivada de um caso no qual os árbitros decidiram por conduzir arbitragem *ad hoc* com sede em Tunis, ao invés de sediá-la no Qatar e sendo administrada pelo Centro Internacional de Conciliação e Arbitragem do Qatar, como a cláusula arbitral determinava (Al Mesnad v. Societe d’Entreprise et de Gestion<sup>8</sup>).

Por sua vez, a ordem pública de fundo se refere a mérito julgado pela sentença arbitral, pelos conteúdos julgados ali (Wolff, 2012), a matéria que foi julgada; o mérito. Inclusive, uma decisão brasileira, proferida pelo ministro José Delgado, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), na SEC n. 802<sup>9</sup>, ilustra assuntos classificados como ordem pública de fundo. No caso Thales Gesolutions Inc. v. Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda., foi estabelecido que “algumas regras são indiscutivelmente de natureza de ordem pública: matérias constitucionais, administrativas, criminais (...) de família ou ordem econômica”, levando também a faceta de matérias não arbitráveis para o conceito de ordem pública.

O segundo elemento da ordem pública é de mais complexa tangibilidade, haja vista seu grau de subjetividade. Como demonstrado pelo Ministro Delgado, no Brasil, essa compreensão abrange diversas matérias<sup>10</sup>, porém, no exterior, adota-se uma ideia mais restrita no que tange a ofensas de natureza material de ordem pública, eis que quanto maior o escopo do conceito, mais fácil é para o estado negar a execução de sentenças arbitrais.

Por outro lado, a soberania de um Estado e suas bases para manter seu ordenamento jurídico interno autônomo também se mostram como fundamentos essenciais no momento de homologar uma decisão estrangeira.

## 2.1. Ordem pública no Brasil

<sup>7</sup> Clayton/Bilcon v. Canada. William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04.

<sup>8</sup> Al Mesnad c/ Société d’entreprise et de gestion-Qatar WLL, Corte de Apelação de Paris, n° 18/01504.

<sup>9</sup> STJ - SEC: 802, US 2005/0032132-9, Relator: Ministro José Delgado, Data de Publicação: 19/09/2005.

<sup>10</sup> Dentre essas matérias, inclusive, o Ministro cita o mérito criminal e de ordem econômica, que em certa interpretação pode abarcar a corrupção.

A figura da ordem pública também está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 17º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”). Entretanto, também não existe uma definição clara de o que seria essa ordem pública, restando assim uma norma aberta que deixa a critério do juiz analisar o contexto.

A Lei de Arbitragem brasileira<sup>11</sup>, em seu art. 39º parágrafo único, estabelece que

não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Porém, a lei não teria capacidade de definir tudo o que caracteriza ofensa à ordem pública. Logo, é papel das cortes nacionais e da doutrina restringir o conceito. Têm-se um rol de julgados em matéria de homologação de sentença arbitral estrangeira, informando por exemplo que: “ofende a ordem pública a ausência de expressa manifestação das partes abdicando da jurisdição estatal<sup>12</sup>”; “ofende a ordem pública a parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob pena de sanção, de ação anulatória em andamento no Brasil, porque o acesso ao Judiciário é cláusula pétrea que não pode ser penalizada<sup>13</sup>”; “ofende a ordem pública a submissão de litígio ao juízo arbitral quando celebrados contratos de compra e venda de produtos por via telefônica em que não seja possível a comprovação da existência e aceitação de convenção de arbitragem tácita<sup>14</sup>”.

A partir dessa construção jurisprudencial, infere-se que, no Brasil, a ordem pública processual é protetiva. Sendo importante ressaltar que, quanto mais ampla a interpretação nacional de ordem pública, maior a insegurança jurídica relacionada às sentenças que buscam ter efeitos em solo brasileiro.

### 3. ARBITRABILIDADE DA CORRUPÇÃO

Verifica-se a existência de discussão acerca do assunto da possibilidade de instauração de procedimentos arbitrais em caso de comportamento de corrupção. A partir da exceção trazida anteriormente acerca de uma posterior não execução da sentença arbitral, essa matéria torna-se ainda mais delicada.

<sup>11</sup> Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>12</sup> STJ - SEC 967, Relator: Ministro José Delgado, Data de Publicação: 20/03/2006

<sup>13</sup> STJ - SEC 854, Relatora Ministra Massami Uyeda, Data de Publicação: 07/11/2013

<sup>14</sup> STJ - SEC 866, Relator Ministro Felix Fischer, Data de Publicação: 16/10/2006

Salienta-se que a vertente adotada no presente estudo não engloba a temática da obtenção de uma cláusula compromissória por suborno (que implicaria claramente em uma nulidade da mesma cláusula) (Crivellaro, 2003), mas sim aqueles casos em que o contrato em si corre o risco de ter sido obtido ou formado por partes engajadas em atividades corruptas. Isso porque, pelo princípio da separabilidade da cláusula arbitral, o vício e até nulidade do contrato não implica na nulidade da cláusula arbitral (Born, 2021)<sup>15</sup>.

Quando são feitas alegações de que o contrato em si foi obtido por corrupção, a primeira dúvida que surge é se o caso continua sendo arbitrável. No caso da “ICSID”, *World Duty Free v. Kenya*<sup>16</sup>, o tribunal arbitral entendeu que a corrupção (neste caso, suborno) implicou a nulidade do contrato no qual consta cláusula compromissória, porém, a cláusula arbitral se manteve válida, não impactando, assim, na jurisdição arbitral. Posteriormente, voltaremos nesse precedente fundamental para entender a arbitrabilidade ligada a casos de corrupção.

Sabe-se que um dos princípios norteadores da arbitragem é o de autonomia das partes, o qual garante o poder de discorrer livremente sobre como obterão a resolução de seu conflito (Redfern; Hunter, 2004). Entretanto, esse princípio não é absoluto, tendo como contraponto o conceito de arbitrabilidade objetiva (“objective arbitrability”). O conceito da arbitrariedade objetiva define que certas matérias não podem ser julgadas por tribunais arbitrais, pela natureza indisponível e não patrimonial, por exemplo. Ademais, cada país define seu escopo de arbitrabilidade objetiva com base nos seus próprios princípios políticos, sociais e econômicos (Blackaby, 2009).

No passado, a tendência dos árbitros era de declinar sua jurisdição em casos com suspeitas de corrupção, situação evidenciada no caso do “ICC Awad n. 1110”<sup>17</sup> de 1963, no qual o árbitro negou sua própria jurisdição, tendo em vista que a corrupção no caso implicaria em “violações graves da moral e ordem pública internacional”. Estabeleceu-se, assim, um precedente negando a possibilidade de tais matérias serem arbitráveis.

Hoje, o entendimento se alterou drasticamente em comparação à visão estabelecida em 1963. Quando uma das partes alega a corrupção no contrato<sup>18</sup>, surge um “dever” de investigar e de analisar os fatos pelo tribunal arbitral (Fleury, 2015).

---

<sup>15</sup> BORN, Gary. ‘Chapter 4: Choice of Law Governing International Arbitration Agreements, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021, pp. 507–674.

<sup>16</sup> *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, 5 de outubro de 2018

<sup>17</sup> Award by Gunnar Lagergren, ICC Case n. 1110, 1963, s 23.

<sup>18</sup> Sem entrar no mérito de quando o árbitro percebe indícios de corrupção pelas partes, ainda que nenhuma delas tenha levantado tal acusação; situação que coloca o árbitro em posição extremamente complicada, tendo em vista que uma decisão *extra petita* (com pontos além; não trazidas em discussão pelas partes), também pode ter sua execução afastada.

No caso *Fiona Trust Holding Corp v. Privalov*<sup>19</sup>, o tribunal arbitral (*ad hoc*) definiu que: “se árbitros podem decidir se um contrato é nulo por ilegalidade inicial, não há razão para que não possam decidir se um contrato foi obtido por suborno, tanto quanto podem decidir se um contrato foi obtido por *misrepresentation* ou *non-disclosure*”. Ressalta-se que o fato da ilegalidade do contrato derivar de matéria de corrupção não é óbice para a jurisdição do tribunal arbitral, tal qual alegações de fraude.

Atualmente, diversos tribunais e doutrinadores afirmam que existe um dever de investigar tais indícios assim que percebidos (Gaillard, 2017). A justificação desse “dever” advém, essencialmente, do fato de que o tribunal arbitral possui a “obrigação” de proferir uma sentença executável no local da arbitragem, princípio esse que surge do artigo 42º das regras de arbitragem da “ICC”; e artigo 32 da “London Court of International Arbitration” (LCIA). Ademais, proferir uma sentença que faz cumprir um contrato fruto de corrupção seria contra a ordem pública nacional e internacional, que condenam a corrupção prevalecendo, inclusive, a conservação da ordem pública sobre um possível afastamento de sentença por ser *extra petita* (ZIADE, 2015).

Entretanto, há opinião dissidente. O advogado norte-americano, Adam Kaufmann, no III Congresso Internacional CBMA de Arbitragem, no Rio de Janeiro indicou que

a arbitragem é um meio privado de solução de conflitos, portanto, se o árbitro verificar que uma das partes cometeu alguma forma de corrupção, não tem o dever de notificar as autoridades (...) o árbitro só deve se preocupar com as partes da disputa e é excessivo lhe exigir que denuncie corrupção à Autoridade Policial ou ao Ministério Público. Mais ainda, ao notificar um crime, o árbitro violaria a confidencialidade do procedimento (Rodas, 2019)<sup>20</sup>.

Porém, tal visão se mostra extremada e sem respaldo legal no nosso ordenamento jurídico. Implica na arbitragem conivente com conduta corrupta. Ademais, como acertado por Cesar Pereira: “A gravidade da constatação de práticas corruptas nos fatos submetidos ao julgamento dos árbitros impede que estes se omitam. O tema é complexo e não há solução simples para o dilema” (Pereira, 2019).

<sup>19</sup> Yuri Privalov & Ors v. Fiona Trust & Holding Corporation, OAO Sovcomflot & Ors., Julgamento da Corte de Apelação do Reino Unido [2007] EWCA 20, 24 de janeiro de 2007.

<sup>20</sup> RODAS, Sérgio. Árbitro não deve denunciar corrupção a autoridades, diz advogado dos EUA. **Conjur**. Disponível em: <https://bit.ly/383lzGP>. Acesso em: 20 maio 2019.

## 4. COMO AGEM OS TRIBUNAIS ARBITRAIS

Os tribunais arbitrais podem abordar alegações de corrupção de maneiras díspares. Nos casos de corrupção que são levados à arbitragem ainda em fase inicial de investigações internas, os tribunais não possuem muita informação sobre a real profundidade da atividade ilegal. Nesses casos, assumem-se os riscos de uma chance maior de eventual inefetividade de homologação de sentença. Ainda, considera-se neste caso o fato do árbitro ser sujeito privado que exerce função pública, porém não possui autoridade judicial para combater, reprimir ou julgar a alegada corrupção.

Para Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega e Alberto Jonathas Maia de Lima, existem três vias que o árbitro pode seguir quando se depara com alegações de corrupção:

(i) Posição ultraprivatista: visão de que o árbitro deve guardar sigilo mesmo diante da evidência de ação ou fato criminoso, não tendo o dever de notificar as autoridades e caso releve, estaria violando o sigilo inerente a profissão; (ii) Posição mediana: o árbitro ao se deparar evidência de ação ou fato criminoso deve garantir às partes o exercício do contraditório e encaminhar a questão para às autoridades competentes; e (iii) Posição ultrapublicista: o árbitro deve combater práticas corruptas, exercendo uma postura ativa e responsabilizando civilmente os envolvidos (Nóbrega; Maia, 2021)<sup>21</sup>.

A tendência dos tribunais internacionais é seguir pela via ultrapublicista, não se retirando e efetivamente julgando com base nas evidências apresentadas diante do tribunal, posição que deriva da ideia abordada anteriormente de que a alegação de corrupção deve ser decidida pelo tribunal assim que aparece, justamente por se tratar de matéria de ordem pública, à qual o tribunal não pode se omitir (Born, 2021).

Isto posto, verifica-se, no entanto, que cada vez mais pelo menos uma das partes de um procedimento arbitral tem se apoiado em alegações de corrupção contratual para afastar as pretensões da adversária. Isso porque, uma vez considerado nulo o contrato, as pretensões previstas podem ser afastadas.

Tem-se como exemplo o decidido no caso *World Duty Free v. Republic of Kenya*, no qual o investidor do *World Duty Free* instaurou procedimento arbitral contra a República do Kenya com base em um contrato de serviços do *Duty Free* no aeroporto internacional do Kenya. No decorrer do procedimento, indícios de corrupção foram apresentados e a empresa *World Duty Free* admitiu ter pagado 2 (dois) milhões de dólares, em suborno para manter o contrato. Logo, tanto sob a lei inglesa, quanto sob a lei do Kenya, o contrato

<sup>21</sup> NÓBREGA, Theresa; MAIA, Alberto. O risco da corrupção na arbitragem: uma visão da metodologia internacional das red-flags diante das tendências e aplicações da legislação brasileira. 27. 241. 2021. 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6154.



mostrou-se nulo, razão pela qual a decisão do tribunal foi no sentido de afastar o contrato e, conseqüentemente, todas as pretensões do investidor.

No mais, muitas críticas são feitas a países que tem uma interpretação abrangente da exceção constante na Convenção de Nova York por compreenderem que esta interpretação possibilita facilmente a anulação ou revisão do mérito da arbitragem pelo judiciário, destoando da intenção inicial das partes de ter sua disputa decidida por meio da arbitragem. Um caso evidente da interpretação aberta é o entendimento da Índia no passado, que optou por expandir o entendimento de ordem pública fazendo que bastasse um simples erro jurídico para possibilitar a anulação de uma sentença – ainda que mais recentemente as cortes indianas têm trazido uma interpretação mais restrita do conceito (*Mauritius Holdings v. Unitech Limited*<sup>22</sup>).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção permeia as relações jurídicas e os contratos com a administração pública de forma habitual. Dentro deste cenário, não é inimaginável a hipótese de levar em consideração a necessidade de tribunais arbitrais desenvolverem um *modus operandi* ao encarar situações difíceis, como alegações de corrupção trazidas à sua jurisdição. O debate acerca da possibilidade da corrupção ser arbitrável parece ter ficado para trás, tanto por conta do entendimento trazido pelos casos da jurisprudência internacional anteriormente mencionados, quanto pela doutrina especializada, porém a maneira de abordar a corrupção ainda é um desafio a ser encarado.

A exceção, presente na Convenção de Nova York, estabelece parâmetros para anulação de sentenças contra a ordem pública. Diante desse fato, seria ingênuo não considerar a magnitude dos efeitos da referida exceção ao julgar um caso, tendo em vista que todo tribunal arbitral deve pensar na executabilidade de sua sentença, ainda que não estejam diretamente ligados aos trâmites legais posteriores a seu julgamento. Por mais que não haja um dever de proferir sentença executável, existe um objetivo de fazê-la e ignorar a ordem pública de uma nação é um caminho perigosíssimo que a ilusão da completa independência pode levar.

Isto posto, cabe à doutrina e aos tribunais construir parâmetros mais estritos e objetivos no que tange ao conceito de ordem pública, eis que uma interpretação ampla leva a possibilidade da exceção ser usada em desfavor da arbitragem.

É evidente que a jurisprudência, em matéria de anulações por infração à ordem pública, mostra-se mais severa em casos nos quais o contraditório e o devido processo

---

<sup>22</sup> Cruz City 1 Mauritius Holdings v. Unitech Limited, 11 de abril de 2017, EX.P132/2014 & EA(OS) Nos. 316/2015, 1058/2015, 151/2016.

legal não são seguidos, porém, ao investigar matérias sensíveis, como contratos obtidos por corrupção, o tribunal deve ser cauteloso, uma vez que o ônus da prova, risco de procedimentos paralelos e obtenção de provas na arbitragem podem conflitar com as descobertas das investigações e julgamentos internos do país.

Por fim, conclui-se que deve o tribunal arbitral escolher uma das três abordagens para julgar alegações de corrupção. Independentemente da escolhida, é necessária cautela à exceção da Convenção de Nova York para uma sentença exequível.

## REFERÊNCIAS

BLACKABY, Nigel e PARTASIDES, Constantine. Alan Redfern & Martin Hunter, “**Redfern and Hunter on International Arbitration 124**” (5th ed. 2009).

BRINER, Robert. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. **ICC**, 2005, p. 428.

BORN, Gary. ‘**Chapter 4: Choice of Law Governing International Arbitration Agreements**, International Commercial Arbitration, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021, pp. 507–674.

BORN, Gary. Choice of Substantive Law in International Arbitration. *In: International Commercial Arbitration*. 2021.

CRIVELLARO, Antonio. Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence in Andrew Berkeley and Kristine Karsten (eds), **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 1 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2003) p. 117.

DENISE, Jansen. New York Convention: public policy exception. **Jus Mundi, Wiki Notes**, 12 December 2022.

DERAINS, Yves. L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international. **Rev. Arb. 1986**, p. 375, espec. p. 392, n. 31.

FLEURY, Paul Pereira de Souza ‘Do Arbitrators have an ex officio duty/right to self-investigate corruption?’, in **Kluwer Arbitration Blog**, 25 November 2015, p 1.

GAILLARD, Emmanuel. ‘*La corruption saisie par les arbitres du commerce International*’. In: **Revue de l'Arbitrage**, 2017, p 836.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas & KRÖLL Stefan, Comparative International **Commercial Arbitration 209** (2003).

MAYER, P. L'arbitre et la loi. In: Le droit privé à la fin du XXe siècle: Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 225, espec. p. 233-240. V; MAYER, P. L'étendue du controle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police. In: **Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemer-Tallon**. Dalloz, 2008, p. 459, espec. 466, n. 12. MUSSO, Juliette and NAVACELLE, Stéphane de

'Jurisdiction and powers of international arbitral tribunals when dealing with allegations of corruption – International **Bar Association, Article**' (2022), p. 120.

NÓBREGA, Theresa & MAIA, Alberto. **O risco da corrupção na arbitragem**: uma visão da metodologia internacional das red-flags diante das tendências e aplicações da legislação brasileira. 27, 2021. Disponível em: [10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6154](https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6154).

RAOUD, Mohamed Abdel. How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues. **Foreign Investment Law Journal. v. 24**. International Centre of Dispute Settlement of Investment Disputes, 2009.

RODAS, Sérgio. Árbitro não deve denunciar corrupção a autoridades, diz advogado dos EUA. **Conjur**. Disponível em: <https://bit.ly/383lzGP>. Acesso em: 20 maio 2019.

WOLFF, R. (ed.), **New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 19 June 1958 – Commentary**, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2012, paras. 537, 539-546.

WOLFF, R. (ed.), **New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 19 June 1958 – Commentary**, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2012, para. 559.

ZIADE, Nassib. 'Addressing allegations and findings of corruption'. In: **Dossier of the ICC Institute of World Business Law: addressing Issues of Corruption in Commercial and investment Arbitration**, 2015, p 123.



**TEORIA DO ESTADO  
E FILOSOFIA DO  
DIREITO**



# LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA CONSTITUTIVA DE RONALD DWORKIN: UMA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL DE FIGURAS PÚBLICAS E O PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO

*Felipe Antonio Nunes Valloto<sup>1</sup>*  
*João Pedro de Oliveira Sozo<sup>2</sup>*

*“Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”*

Joseph Goebbels.

## 1. INTRODUÇÃO

No início da democracia grega, políticos reuniam-se na ágora e defendiam suas ideias em meio a calorosos debates. Passados alguns milênios, o ideal de conflito no fenômeno político persiste; talvez, o que se diferencia, na atualidade, seja o novo espaço de discussões. Pode-se dizer, assim, que as mídias sociais tornaram-se a ágora dos tempos modernos, ou seja, o palco dos principais debates políticos. Logicamente, isto tem um motivo claro e evidente: as informações alcançam um número de pessoas inimaginável e são propagadas numa velocidade sem precedentes.

Por conta do alcance das mídias sociais, elas tornaram-se integrantes da política mundial, sendo extremamente necessárias para a comunicação ideológica. Entretanto, acompanhado da diáspora informacional, veio o regime da desinformação, o qual gerou profundas assimetrias no debate político. Ou seja, indivíduos e grupos aproveitaram-se dos mecanismos midiáticos para proliferar as conhecidas *fakes news*, a fim de controlar as narrativas e ludibriar os eleitores.

Neste contexto de dispersão de informações falsas, um mecanismo foi encontrado para legitimar estes atos no Brasil: o direito à liberdade de expressão. Isto é, os emissores de *fake news* justificavam que teriam o direito de propagá-las, pois seriam apenas opiniões

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

individuais resguardadas pela Constituição Federal. Desse modo, manipulam e destoam este direito fundamental com objetivo de perpetuarem narrativas fraudulentas.

Sem sombras de dúvida, a liberdade de expressão é fator inerente e inseparável da democracia; inclusive, na Constituição Federal do Brasil, este direito está arrolado no artigo 5º, em meio aos direitos fundamentais. Contudo, o constituinte não estabeleceu hierarquia entre estes direitos, mas sim um equilíbrio entre as prerrogativas individuais. Logo, o direito à liberdade de expressão deve conviver com as demais garantias constitucionais, ou seja, não se pode ameaçar o Estado democrático, por meio das *fake news*, sob o pretexto do exercício da livre manifestação.

Por conseguinte, cabe ressaltar que a política da desinformação não está limitada apenas ao conflito de polos antagônicos, mas afeta os rumos de uma democracia, principalmente, quando há influência no processo eleitoral. Afinal, como as democracias contemporâneas são representativas, o sufrágio universal livre é expoente e símbolo de uma construção política. Dessa maneira, qualquer manipulação, fruto de *fake news*, que assole às eleições, mostra-se como um atentado contra o Estado democrático de direito.

Ademais, é importante ressaltar a diferença substancial neste processo de desinformação entre: figuras públicas e privadas. Enquanto uma entidade privada, apesar de poder expandir o alcance com as mídias, tem influência limitada ao seu círculo social; já as figuras públicas, naturalmente, possuem uma abrangência social maior e, por conta de sua representatividade, geram uma aderência social de maior impacto. Ou seja, indivíduos com notoriedade pública, ainda mais munidos dos instrumentos midiáticos, influenciam, através de seus pronunciamentos, uma parcela significativa da população.

Nesse sentido, se a opinião da figura pública conter informações mentirosas e isso se alastrar pela sociedade, principalmente, por conta da popularidade que o sujeito detenha, pode-se gerar o caos democrático dependendo do conteúdo da mensagem. Por exemplo, se há uma proliferação de uma notícia falaciosa, através de uma pessoa pública, sobre a segurança das urnas eletrônicas responsáveis pela contabilização dos votos, isto pode gerar grande desestruturação nas bases da democracia, visto que deslegitima o processo eleitoral.

Desta feita, em uma análise contemporânea, sobretudo num período de Estado democrático de direito, assegurar a liberdade de expressão é assegurar a amplitude da democracia. Por outro lado, embora liberdade e democracia caminhem juntos no processo civilizatório, há necessidade de se estabelecer parâmetros para uma convivência harmoniosa. Visto que, como vê-se no exemplo anterior, o abuso da liberdade de expressão pode gerar rupturas no processo democrático.

O presente artigo surge em meio a este contexto conturbado, em que esse problema prático das delimitações da liberdade de expressão no campo político e, principalmen-



te, envolto da garantia da democracia, gera grande conflito. Além disso, verifica-se uma necessidade acadêmica para tratar esta relação entre liberdade de expressão e a influência de figuras públicas – abusando deste direito individual – na desestruturação das bases democráticas, com enfoque, no ambiente eleitoral.

Em suma, pode-se dizer que o presente artigo de pesquisa tem como objetivo responder o seguinte questionamento: quais são os limites da liberdade de expressão – principalmente de figuras públicas ou com cargos governamentais – no processo de eleições democráticas e como o abuso desta garantia pode afetar as estruturas do Estado democrático de direito?

Para isso, o artigo conterà, inicialmente, a conceitualização da liberdade de expressão no decorrer histórico do pensamento. Posteriormente, no escopo da presente pesquisa, haverá uma análise de um caso concreto, com objetivo de materializar a discussão e torná-la mais palpável e didática. Por fim, pretende-se, de maneira singela, mostrar possíveis mecanismos de equilíbrio, nesta era midiática, entre a democracia e os limites da liberdade de expressão.

## **2. O CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO PENSAMENTO FILOSÓFICO**

A conceitualização do tema *liberdade de expressão* sempre esteve como cerne do debate entre diversas correntes filosóficas, sendo observado por pensadores da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade. Diversas obras foram produzidas discutindo a importância deste direito e, principalmente, quais seriam as situações que exigiriam controle através do poder estatal. Inclusive, o debate sobre a possibilidade de regulamentação da liberdade sempre foi alvo de muitas polêmicas; já que, para alguns filósofos, como no caso de John Locke em sua contribuição ao jusnaturalismo, a liberdade é colocada como um direito absoluto e inerente ao homem (Gough, 2001, p. 21).

### **2.1 Do antigo ao clássico: uma leitura sobre o conceito de liberdade de expressão**

Inicialmente, seguindo certa ordem cronológica, volta-se para Antiguidade Clássica, na filosofia grega, em que, além de tantos temas, falava-se sobre a liberdade. Por exemplo, Aristóteles, citado por Rabuske, afirmava que: “A liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão” (1986, p. 89). Ou seja, uma possibilidade de ação voluntariamente entre determinadas opções. Todavia, percebe-se que este conceito estava mais intimamente ligado ao agir humano, deixando de lado o aspecto político sobre a liberdade de manifestação.

Por este motivo, o enfoque do referencial filosófico trazido neste artigo será o debate entre visões clássicas, como a liberdade de pensamento, trazida por Stuart Mill em sua obra “Sobre a Liberdade” (1859), até as visões mais recentes. Vale ressaltar que estas análises mais atuais já levam em conta a soberania digital do mundo contemporâneo; além de mostrar como o sistema eleitoral tem sido atacado sob as justificativas da invocação falaciosa do direito à liberdade de expressão.

Primeiramente, pode-se citar um dos primeiros clássicos a defender a ideia de liberdade de expressão, tomando-a como princípio para se chegar à verdade: John Milton. Segundo Milton, em seu discurso de 1644 ao Parlamento da Inglaterra, limitar a livre manifestação inibe a renovação das mentalidades e estaciona o crescimento do conhecimento. Nesse sentido, vê-se, nesta teoria, uma diretriz instrumental, ou seja, não coloca este direito como um valor intrínseco, mas como uma finalidade social desta liberdade de expressão (Hijaz, 2022, p. 18-20).

Nesse mesmo sentido, John Stuart Mill, em seu livro “Sobre a Liberdade” (1859), aproxima-se da ideia de Milton e elenca a livre circulação de ideias como uma condição *sui generis* de obtenção da verdade e de melhores condições para a sociedade. De modo geral, Mill explica que a livre circulação de ideias é importante, mesmo que sejam opiniões absurdas ou “heréticas”, pois toda ideia desperta um senso crítico e não permite que a “verdade” se torne um “dogma morto”. Desse modo, a sociedade estará num processo de rememoração das explicações da verdade, ampliando a visão de mundo dos indivíduos (Mill, 2011, p. 14).

Nesse escopo, para Mill, as ideias claramente errôneas seriam rejeitadas pela população e logo excluídas pelo entendimento da sociedade (Mill, 2011, p. 66). Assim, o adequado seria expor a sociedade a todas opiniões, “heréticas” ou não, para que, por meio de sua autonomia, gere discussão e faça sua própria deliberação sobre o conceito. Afinal, o livre mercado de ideias é item essencial ao desenvolvimento de uma população; até por este motivo, pode-se mencionar que, assim como Milton, Mill possui uma visão instrumental do conceito, sendo um meio para o progresso (Hijaz, 2022, p.21-22).

Retornando ao século XVII, pode-se tratar, novamente, sobre o pensamento de John Locke, sendo sua principal contribuição para o tema a sua obra “Carta acerca a tolerância” (1689). Nela, Locke considera que a tolerância religiosa era o princípio que emanaria para as outras liberdades, a aceitação de diversos pontos de vista e diversas ideias diferentes trariam uma harmonia social (1983, p.33). Contudo, há distinção da liberdade de expressão religiosa e a civil para Locke: enquanto a primeira é soberana – com exceção dos ateus – a segunda é limitada, principalmente, pela manutenção da força da lei civil (1983, p.09). Dessa maneira, verifica-se um certo parâmetro legal sobre liberdade de expressão, embora admitisse uma soberania no sentido religioso.

Dando continuidade à escola clássica, pode-se mencionar outros pensadores que, como Voltaire, também concordam com a liberdade de expressão “discriminada”. Antes de Stuart Mill, no livro “Tratado sobre a tolerância” (1763), Voltaire partia do pressuposto de que todos são oriundos da mesma natureza e por consequência estão todos fadados a errar múltiplas vezes. Sendo assim, o corpo social deveria compreender os erros e acertos ocorridos no percurso e assumir um caráter “empático”, com o objetivo de gerar maior compreensão social (2011, p. 75-79). Ou seja, é possível verificar certa permissividade aos erros, naturais e inerentes ao humano, que poderiam ser gerados pela liberdade de expressão.

Ainda que, com enfoque intenso em um sentido religioso e a favor de um estado laico nessa obra, Voltaire reitera em outras produções que “debates ou situações em conflito são de extrema importância para o progresso e desenvolvimento da sociedade” (2011, p. 84). Além disso, em concordância com John Stuart Mill, afirma que ideias por mais perigosas que sejam deveriam ser expostas para que, à luz da discussão social, tivessem aprovação ou fossem levadas ao ostracismo.

Em suma, em uma reflexão da escola clássica, percebe-se uma certa defesa absoluta do direito à liberdade de expressão. Nos escritos citados de Stuart Mill e Voltaire, ambos apoiam a ideia da ilimitação deste direito, como forma constituinte e benéfica à sociedade. Locke, por sua vez, embora traga uma distinção entre a expressão civil e religiosa, mostrando um possível ordenamento da primeira em face das leis, a segunda ainda é soberana. Ou seja, a corrente clássica traz uma completude quase total, sem quaisquer parâmetros regulatórios para a liberdade de expressão.

## **2.2 A contemporaneidade brasileira: uma nova dimensão da liberdade de expressão**

Em análises mais contemporâneas, as quais levam em conta as transformações tecnológicas e as estruturas da democracia, percebe-se um novo olhar sobre o conceito de liberdade de expressão. Se na escola clássica era um direito ilimitado e quase absoluto, nas produções atuais isso muda: há uma preocupação com outros direitos e com a própria manutenção da democracia.

Preliminarmente, a concepção instrumental da liberdade de expressão, trazida por Milton e Mill, a qual via este direito como um meio para uma finalidade, é contraposta a visões preocupadas com caráter democrático. Nessa perspectiva, Barendt explica que nem sempre a ausência completa de regulação do direito à manifestação leva a verdade ou aprimoramento da capacidade argumentativa da sociedade como defendiam os clássicos (Hijaz, 2022, p. 26-27). Por exemplo, se há proliferação da ideia de que as vacinas não são eficazes no combate à Covid-19, mais pessoas podem se infectar conforme apontam es-

tudos, ou seja, há “uma crença falsa que prejudica as pessoas que nela acreditam” (Hijaz, 2022, p. 27). Sendo assim, uma liberdade de expressão sem quaisquer parâmetros gera o efeito oposto ao esperado pela corrente miliana.

Nesta seara de novas concepções, estabelece-se correntes, no Brasil, de visões com olhar submetido ao telescópio da democracia, isto é, que tentam ponderar a livre manifestação com garantias democráticas do século XXI. Claramente, constata-se que a liberdade de expressão é uma garantia fundamental das democracias contemporâneas, porém não a única. Ou seja, há de se ter um equilíbrio harmônico entre os direitos, não podendo um direito sobrepor a outro.

Decorrente disso, vê-se que o abuso do direito à liberdade de expressão pode ser um perigo ao manutenção da democracia e os direitos nela estruturados. Nesse sentido, nas novas produções acerca do tema, como no artigo de Robl Filho e Wolfgang, constata-se que o mau uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta, eventualmente, produz danos à própria liberdade de expressão (2016, p. 112-142).

Sob esta mesma perspectiva citada, Daniela Bucci, em seu livro “*Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*” (2018), aprofunda o tema e traz as limitações da liberdade de expressão – tanto em âmbito internacional, quanto no Brasil – com o escopo da matéria eleitoral. Neste texto, Bucci deixa bem claro, através de uma análise normativa e do estudo de caso, que as regulações do sistema eleitoral acerca da liberdade não indiscriminada de expressão são extremamente necessárias para uma eleição justa e isonômica. Inclusive, a autora explica uma distinção importante dos direitos à liberdade de expressão no âmbito político:

[...] os limites à liberdade de expressão política podem ser materiais ou formais. São materiais quando a restrição incide sobre o conteúdo da expressão política do indivíduo; e formais quando a liberdade de expressão política do indivíduo é limitada por razões alheias ao conteúdo da mensagem transmitida [...] (Bucci, 2018, p.200)

Neste horizonte, mostra-se o sentido material, perigoso pelo seu conteúdo possivelmente abuso, e o formal, espécie de contravenção à norma. Sendo assim, faz-se importante esta classificação para não generalizar a regulamentação da liberdade do ponto de vista político. Vale ressaltar que este parâmetro é ainda mais importante no direcionamento deste presente trabalho, pois busca-se entender os abusos da liberdade de expressão dentro do sistema eleitoral.

Continuando a linha contemporânea brasileira, Jonatas Machado e Iolanda Rodrigues Brito, no artigo “*Liberdade de Expressão, Informações Falsas e Figuras Públicas: O Perigo De Manipulação Da Esfera De Discurso Público*” (2020), mostram os perigos demo-

cráticos de um abuso deste direito, mais especificamente sobre a disseminação de notícias falsas sob o pretexto do direito à liberdade de expressão. Contudo, ressalta-se um aspecto importante desta obra: a relevância dos meios de tutela jurídica em frear os abusos quando o acionamento da liberdade de expressão tiver como finalidade de minar a democracia. Ou seja, Machado e Brito começam a caminhar nos possíveis meios judiciais para evitar abusos e resguardar as estruturas democráticas (2020, p. 207-242).

No caminho de buscar a conciliação entre os direitos à liberdade de expressão e os fundamentos democráticos, deve-se buscar teorias propondo fórmulas para a solução de conflitos entre direitos, visto que a liberdade de expressão é um direito que se choca com o direito a pleno exercício eleitoral. Nesta seara, pode-se citar o alemão Robert Alexy, defensor de uma das teses mais acolhidas pela jurisprudência brasileira e em várias outras nações. Para Alexy, direitos fundamentais possuem caráter de princípios e eventualmente colidem. Sendo assim, há necessidade de uma solução ponderada em favor desses direitos, pois, no conflito de regras, uma elimina a outra por questão de invalidade; já na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do choque, quando as possibilidades jurídicas e principalmente fáticas de um deles forem maiores e mais relevantes do que as do outro (Alexy, 2006).

Por derradeiro, após variadas teorias e conceitos sobre o tema, mostra-se interessante mencionar o jurista Alexandre Sankiewicz, o qual define o direito à liberdade de expressão com fundamento em três bases que englobam diferentes pensamentos. A primeira, afirma o autor, é a liberdade para – pensar, falar, escrever ou manifestar aquilo que se deseja – seria uma condição essencial para o ser humano viver dignamente. A segunda seria o fato da liberdade de expressão ser necessária para a busca da verdade, aproximando-se da ideia milliana, mediante a criação de um livre mercado de ideias, contribuindo para a evolução intelectual da comunidade. A terceira e última seria o fato de a liberdade de expressão contribuir para a preservação da democracia, conforme aborda a ampla maioria dos contemporâneos citados (Sankiewicz, 2011). Pode-se citar, neste contexto, João Martins Neto, que segue a mesma linha, reconhecendo que a liberdade de expressão está fundamentada nesses três pilares listados anteriormente por Sankiewicz, porém ainda acrescentando um quarto: prática da tolerância (voltando à conceitos já debatidos quando tratado de Locke e Voltaire) (Martins Neto, 2008, p. 67).

Em resumo, em uma análise contemporânea, o conceito de liberdade de expressão engloba os problemas dos tempos modernos como, por exemplo, a proliferação de fake news e abuso do referido direito. Por esse motivo, diferente dos clássicos, os contemporâneos brasileiros não consideram liberdade de expressão totalmente soberana, pois há uma preocupação com os abusos e suas consequências sociais. Dessa forma, há tentativas de delimitar este direito – uns mais incisivos, outros mais ponderados –, porém todos com o objetivo de resguardar a democracia.

### 2.3 Dworkin: o marco teórico sobre liberdade de expressão

Após diversas teorias lançadas, sendo clássicas ou contemporâneas, talvez o conceito mais ponderado e ao mesmo tempo satisfatório seja concepção constitutiva de liberdade de expressão de Ronald Dworkin. Nesse sentido, o jurista estadunidense apresenta uma visão mais moderada, com o equilíbrio necessário, entre a liberdade de expressão e o perigo de sua regulação soar como censura. Afinal, realizar uma censura agressiva não mantém bases democráticas, pelo contrário, corrompe-as.

A teoria constitutiva de Dworkin parte do princípio que todos os adultos (excetos incapazes) são agentes morais responsáveis por tomar decisões e deliberar suas questões. Desse modo, as liberdades constituem uma vida de igualdade e de democracia; inclusive, daí pode-se ter ideia do termo constitutivo, isto é, constituem um direito individual democrático. Ou seja, dentro de um Estado democrático, garantir a livre manifestação torna-se elemento básico (Hijaz, 2022, p.44-46).

Entretanto, a garantia não se dá por um princípio instrumental, sob a pretensão, por exemplo, de ter a finalidade de garantir a democracia, mas ocorre por princípio constitutivo próprio da democracia. Explicando melhor: o direito protege o próprio manifestante da expressão, pois isso é prerrogativa básica inerente ao próprio sistema democrático. Caso o Estado não garanta este direito individual, ele perde sua legitimidade democrática e se aproxima de uma tirania. Nessa lógica, a liberdade de expressão é um direito, não é um meio ou instrumento para um fim. Dessa forma, Dworkin distancia-se de uma justificativa casuística e com certa finalidade, como era o pensamento clássico, defendendo, assim, um direito intrínseco do cidadão na democracia (*ibidem*).

Além da garantia do Estado acerca deste direito, é necessário, sobretudo, assegurar a liberdade de expressão mesmo contra maioria dos cidadãos. Mesmo quando a maior parte da população deteste a opinião de outrem, seu direito individual deve ser garantido, não podendo ser calado. Afinal, uma tirania da maioria feriria um princípio constitutivo da democracia: a livre manifestação de cada indivíduo (*ibidem*).

Em linhas gerais, na teoria dworkiniana, a liberdade de expressão, numa relação democrática, completa e integra o princípio de igualdade. Assim, uma exigência igualitária, no sistema em questão, é assegurar as mesmas prerrogativas aos direitos individuais a todos os cidadãos. Visto que o Estado não pode partir do pressuposto que há opiniões melhores, que devem ser enaltecidas, ou piores, que devem suprimidas, mas um conjunto alicerçado na igualdade (Hijaz, 2022, p. 48).

Contudo, por mais liberal, Dworkin estabelece limites: os direitos não são completamente absolutos. Para entender as ponderações da teoria, é preciso trazer uma diferença básica concebida pelo autor: “*freedom*” e “*liberty*”. A primeira sendo o poder de fazer o que bem entender e a segunda o direito de fazer o que o ordenamento jurídico lhe permite.

“*Freedom*” sendo, por exemplo, o fato de poder cometer crimes sob a alegação de que o Estado não pode constranger a sua vontade, e “*liberty*” o fato de poder conceber ações previstas no sistema legal (*ibidem*). Atualmente, os dois conceitos têm se misturado e figuras públicas têm abusado do direito de liberdade de expressão, dizendo que estão utilizando sua “*liberty*”, enquanto, na verdade, relacionam-se com o “*freedom*”.

Tal análise do pensamento dworkiniano vai mais afundo e chega a sua Teoria Moral, a qual diz que para saber se o direito à liberdade de expressão autoriza uma determinada conduta, deve-se identificar o juízo ético e moral que sustenta tal decisão. Até porque, por exemplo, voltando a diferenciação de “*liberty*” e “*freedom*”, a liberdade de expressão não tutela o fato de uma pessoa poder sair gritando que há um incêndio em um local lotado, única e exclusivamente pela sua diversão; já que o juízo, no caso exemplificado, está corrompido. No geral, cada agente capaz tem responsabilidade social por seu ato, pois tem independência ética (Hijaz, 2022, p. 53).

Todavia, nem todo caso é tão claro e de concordância ampla, como, por exemplo, na hipótese de se a liberdade de expressão permitiria manifestações que agridem as convicções religiosas de outras pessoas. Por outro lado, principalmente, em casos de expressões de figuras públicas sobre opiniões polêmicas, mas que estão apoiadas em *fake news* ou na disseminação do discurso ódio, há um debate se são válidas ou não. Claro, a divergência nesse âmbito deve ser tratada como natural, a liberdade de expressão é de fato interpretativa e seu conceito é flexível e maleável. Contudo, fundamentalmente, acerca da democracia e seu sistema eleitoral, as diretrizes devem ficar claras para assegurar os direitos fundamentais. Dessa forma, estabelecer em qual esfera um discurso está embasado, seja no “*liberty*” ou no “*freedom*”, é de suma importância. Caso a manifestação esteja apoiada no “*liberty*”, ela deve ser defendida e assegurada integralmente; caso seja um abuso de “*freedom*”, ela deve ser regulada.

### 3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após apresentados os conceitos clássicos e modernos na construção histórica da liberdade de expressão, é preciso apresentar como esse tipo-ideal é espelhado na lei brasileira e seus reflexos na jurisprudência do Brasil.

Em primeira análise, insta informar que o constituinte, no período de redemocratização, possuía grande preocupação em garantir direitos fundamentais a todos os brasileiros, principalmente, depois de duras repressões no período do regime militar. Por este motivo, o artigo 5º da Constituição Federal, em especial, assegura diversas prerrogativas essenciais ao cidadão. Isso não é diferente com a liberdade de expressão, no Art. 5º, inciso IV, garante-se: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”; *continuando*

no inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Para além, vale ressaltar também o art. 220 da Carta Magna brasileira, o qual afirma: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Ou seja, a previsão é ampla, inclusive, tomando como única base de análise tais previsões constitucionais, pode-se ter uma aparente liberdade quase irrestrita de expressão. Contudo, a liberdade de expressão, tanto quanto outros direitos fundamentais, pode e deve sofrer as restrições coerentes com sua amplitude constitucional, derivadas da colisão com outros direitos, também, reconhecidos como fundamentais.

Restrições essas, derivadas de abusos de direito como descritos pelo jurista e professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, Conrado Hübner Mendes, em entrevista ao jornal da Universidade de São Paulo: “No Código Penal, há crimes contra a honra: calúnia, injúria e difamação. Você não pode usar a liberdade de expressão para caluniar, injuriar, difamar, fazer apologia ao crime, ameaçar; incitar prática de discriminação também é ilegal” (Jornal USP, 2021). Expressando assim, que por mais que aparente ser um direito à liberdade de expressão irrestrito, quando em conflito com outros direitos fundamentais alheios, a livre manifestação deixa de ser tutelada ao extremo.

Seguindo a lógica desse abuso do direito configurado na legislação brasileira, pode-se dizer que – quando é originado de uma figura pública, com a legitimação popular, ainda mais, na atualidade, com a rápida disseminação de informação pelas vias das redes sociais – torna-se alarmante.

Em segunda análise, tratando da construção jurisprudencial sobre a regulamentação da manifestação no Brasil, abusos de liberdade de expressão de figuras públicas são notórias. Desde a ofensa indiscriminada e pessoal à membra do Tribunal Superior Eleitoral, feita pelo ex-deputado Roberto Jefferson, então em exercício de mandato, contrariado a decisão no processo de *Representação n. 0601443-59.2022.6.00.0000*, que deferiu o pedido de suspensão de transmissão de propaganda eleitoral que difundia informações inverídicas. Até ataques infundados feitos contra o sistema eleitoral feitos pelo ex-chefe do executivo, então presidente, a embaixadores e representantes de nações do mundo todo.

Outro notório, e controverso em certa medida, julgado é o do ex-deputado Daniel Silveira, sentenciado a oito anos e nove meses de prisão, decorrente de ameaças e ataques severos ao Supremo Tribunal Federal (Ação Penal 1044). O ex-deputado, além de ameaças físicas, incitou de modo expresse, a cassação de ministros do STF e alegou que desejava “um novo AI-5” para tal finalidade. Por conta disso, a ação Daniel Silveira foi tipificada nos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (artigo 23, inciso IV, combinado com o artigo 18 da Lei n. 7.170/1983) e coação no curso do processo (arti-



go 344 do Código Penal). Inclusive, vale ressaltar no bojo da presente discussão, a análise do Relator Ministro Alexandre de Moraes sobre a conduta do ex-deputado: “*Gravidade das intimidações teve potencial danoso relevante, especialmente porque foram disseminadas em ambiente virtual e amplamente divulgadas pela mídia e entre os seguidores de Silveira*” (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, por meio do próprio comentário do Ministro, observa-se que cada vez mais as redes sociais evidenciam a necessidade de regulamentação, para que conceitos, como a liberdade de expressão, não sejam deturpados e usados para defender condutas criminosas, principalmente, quando as pessoas que abusam de direito de manifestação são figuras públicas com uma relevância e influência notórias.

Em linhas gerais, percebe-se que as últimas decisões, em especial da Suprema Corte brasileira, têm entendido pela importância da liberdade de expressão, porém dentro de certos parâmetros. Afinal, apesar da liberdade de expressão ser um direito fundamental, ela está em meio a outras garantias constitucionais que devem ser equilibradas harmoniosamente e asseguradas.

#### **4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FIGURAS PÚBLICAS: UMA RELAÇÃO NECESSARIAMENTE DEMOCRÁTICA, MAS POTENCIALMENTE PERIGOSA**

As figuras públicas têm uma enorme influência sobre diversos setores da sociedade, atualmente, com parâmetros sem precedentes. Ademais, já é de conhecimento geral que as redes sociais estão a balançar diversas estruturas sociais antes consolidadas, as eleições, por exemplo, são travadas muito mais ferozmente em ambientes virtuais do que nas ruas.

Entretanto, até que ponto pode e deve-se regulamentar a voz de influenciadores e políticos em exercício, considerando suas situações de figura pública? Parece claro que, sobre um exercício público, a responsabilidade é imensamente maior, a desinformação – trazida nos canhões das redes daqueles que legitimados e admirados – pode levar a danos enormes. Por exemplo, pode-se citar o caso brasileiro que será analisado posteriormente, no qual a utilização de *fake news* por um ente público, sob o pretexto de liberdade de expressão, gerou incredibilidade ao sistema eleitoral e, conseqüentemente, problemas democráticos.

Nesses termos, o Código Eleitoral de 1965 mostra-se ultrapassado e a vedação a propagandas eleitorais, previstas no Art. 243 de mesma lei, não acompanharam as evoluções tecnológicas dos dias de hoje. Por isso, pensar em novas formas de assegurar a democracia, principalmente, no âmbito eleitoral, é necessário para a garantia de direitos fundamentais e constitucionais.

## 4.1 ANÁLISE DE CASO

Em 18 de julho de 2022, o então Presidente, Jair Messias Bolsonaro, utilizou de seu cargo, para reunir diversos diplomatas e propagar, principalmente, *fake news* sobre o sistema eleitoral que já o elegeu em outras 8 outras oportunidades, como em 2018 (G1, 2022).

Na reunião em questão, Bolsonaro reiterou aos embaixadores as suas críticas às urnas eletrônicas, trouxe novamente, como já feito posteriormente alegações, infundadas e que carecem de comprovação das “fraudes eleitorais” e teceu elogios ao sistema de voto impresso. Também criticou o TSE e o STF, alegando parcialidade presente na corte e apontou “dúvidas” sobre a apuração de votos da eleição de 2014, motivo esse que levou o Youtube a retirar o vídeo da reunião do site (Poder 360, 2022).

Alegações trazidas pelo chefe do executivo como:

O sistema é completamente vulnerável, segundo próprio TSE (...) só dois países no mundo usam esse sistema nosso (...) em 2014, a conclusão foi de que houve uma dúvida grave (...) quer fazer valer esse processo eleitoral onde próprio TSE diz que é vulnerável. Onde a própria PF disse que aquilo é mais que queijo suíço é uma peneira (acerca de vazamentos eleitorais) (Poder 360, 2022).

Claramente levando a alarme social, infundado e baseado em falácias.

A irresponsabilidade nas falas do presidente, adereçada a representantes de nações do mundo todo foi enorme, além de, posteriormente, levar à descrença de seus seguidores mais vorazes acerca do sistema eleitoral. Trágicos desdobramentos se seguiram à essa reunião, claro, se aglutinando com demais críticas construídas com o tempo e pela descrença que parcela dos apoiadores do ex-presidente tiveram, instigados pelas figuras públicas que os representam.

Primeiramente, cerca de 400 bloqueios em estradas foram observados após o resultado das eleições de 2022, na qual sagrou-se eleito Luiz Inácio Lula da Silva e derrotado Jair Messias Bolsonaro. No dia seguinte à válida eleição, caminhoneiros (quando não os empresários detentores dos caminhões), fizeram bloqueios pelos estados brasileiros, numa tentativa absurda de derrubar o resultado das urnas. A primeira das consequências de fomento de golpe, contra o sistema eleitoral foi expressa.

Entretanto, o mais evidente de todos esses desdobramentos, os ataques às sedes dos Três Poderes em Brasília. Em 08/01/2023, uma “horda” de apoiadores do candidato à reeleição, ora derrotado, se dirigiu à Brasília. Trajados em seus uniformes patrióticos (camisas da CBF e bandeiras do Brasil), vandalizaram completamente as sedes oficiais da União. Cerca de 100 ônibus, 3.900 pessoas, se dirigiram as sedes dos Três Poderes e em atos golpistas, tentando solapar a decisão dos eleitores brasileiros de eleger um novo presidente.

Vimos em janeiro de 2023, ao vivo, como as democracias morrem, ou melhor são mortas. O sistema de poder e apoio popular não estava favorável para os golpistas, porém o risco estava lá e desde o fim do regime militar, nunca se flertou tão proximamente com a queda da democracia. Sem considerar os prejuízos causados pelos terroristas, equivalente a mais de R\$ 15.000.000 em reparos que saíram do bolso do contribuinte, obras de arte inestimáveis destruídas, 400 computadores e é claro, restou a imagem de que um grupo que invadiu facilmente a sede da União, o máximo do poder do Brasil, grupo esse, acalorado e instigado pelas figuras àquelas que detinham o poder meses antes (G1, 2023).

Beira o impossível, não ligar as declarações feitas pelo ex-presidente Bolsonaro em sede de descrença com o sistema eleitoral e sua irresponsabilidade e imprudência como figura pública legitimada pelo voto e os atos golpistas de 2023.

Inclusive, não contente, o ex-presidente, dois dias após os ataques à democracia, do dia 08/01, compartilhou um vídeo contestando os resultados da eleição de 2022. Mais uma vez sendo irresponsável, imprudente e nesse caso realmente agindo de má-fé com a democracia que no passado o elegeu diversas vezes. O discurso de Bolsonaro foi atentatório aos princípios da democracia, não estava o ex-presidente, com a corpulência de sua visibilidade e cargo permitido de agir contra as bases da Constituição que todos juramos proteger. Porém, é claro citando o próprio ex-presidente, quando questionado sobre a sua participação em atos que apoiavam a ditadura: “eu sou, realmente, a constituição” (Soares; Fernandes, 2020).

Tal insatisfação de Jair Messias Bolsonaro havia sido formalizada, quando em 22 de novembro de 2022, o Partido Liberal, já tendo sido derrotado nas eleições, questiona formalmente o funcionamento das urnas no segundo turno (mas não no primeiro). Claro, novamente, com alegações completamente infundadas e sem base factual para se apoiar, tais alegações não rendem nenhuma conclusão.

Não é preciso ir muito além em pesquisa para se constatar que o sistema de urnas eletrônicas é aderido por mais de 45 países e que o próprio TSE zela e reitera a idoneidade e transparência do processo eleitoral. Inclusive, a segurança do sistema eleitoral brasileiro é elogiada e nunca foi comprovada qualquer fraude que pudesse trazer falta de legitimidade ao sistema. Contudo, uma figura da relevância do Presidente do Brasil disseminou a desinformação e atacou o sistema eleitoral sem qualquer pudor. A situação fica ainda mais drástica a despeito da repercussão internacional, pelo fato de que, além de toda a problemática no pronunciamento, o ex-presidente estava a discursar para os representantes de nações aliadas do país.

Por meio da fala do então presidente, a insegurança eleitoral se alastrou, colocando em dúvida as eleições e, conseqüentemente, a própria democracia. Dessa maneira, verifica-se, através do referido caso concreto e dos outros anteriormente trazidos, como

um indivíduo, utilizando-se de seu cargo público, pode gerar instabilidades na democracia; afinal, é o sistema eleitoral idôneo e íntegro que garante um governo legítimo.

No caso concreto, o então Presidente da República disseminou um discurso baseado em *fake news* sob o pretexto que a Constituição Federal permite sua liberdade de expressão, basicamente, dizia que estava apoiado na “*liberty*” de Dworkin, isto é, no direito democrático de se expressar. Entretanto, um discurso atentatório contra a democracia não está defendido pelo Direito, na verdade, está dentro do campo do “*freedom*”, em que há ideia de fazer o que bem entender, sem consciência moral, sob a alegação de que o Estado não pode constranger a sua vontade.

Ademais, as figuras públicas têm, voltando ao conceito de Dworkin, seu abuso de liberdade no sentido de “*freedom*” muito mais perigoso, influente e alarmante para a ordem social. Como demonstrado no exemplo anterior, o discurso de pessoas com influência social sem terem a preocupação com a veracidade das afirmações ou com fins de desestabilizar a democracia, além de corromperem o ideal constitutivo da liberdade de expressão, afeta um número maior de indivíduos, sendo potencialmente danoso. Nesse sentido, a responsabilidade dada às figuras públicas, seja pela população ou por instituições, é enorme; porém, quando essa responsabilidade não é levada a sério, cenas, como as da reunião de 2022 podem acontecer.

## 5. REGULAMENTAÇÃO: CAMINHOS PARA GARANTIR A DEMOCRACIA

Como observado na opção teórica do presente artigo, a liberdade de expressão é elemento constitutivo de uma realidade democrática, isto é, não é um instrumento, mas um direito intrínseco do Estado constitucional. Todavia, discursos que trazem desinformação e corrompem, por exemplo, um processo eleitoral, claramente não estão de acordo com a completude do direito de “*liberty*”. Na verdade, são abusos do “*freedom*” com uma roupagem jurídica/legal, disfarçando sua verdadeira natureza: antijurídica e atentatória contra princípios democráticos e constitucionais.

Nesse contexto, surgem ideias e possibilidades de conter o fenômeno das *fake news*, em especial, de figuras públicas. Em estudos da União Europeia, constatou-se que uma das formas de conter o avanço das *fake news* de figuras públicas são as plataformas digitais abrirem espaços para os membros denunciarem possíveis desinformações e corrigi-las (Hijaz, 2022, p. 127-132). Tal prática vem sendo adotada pelo Twitter em 2023 e se mostrou uma forma mais rápida de autorregularão, sem a morosidade burocrática ou uma vestimenta de “*censura*”.

Com base na tendência de combater a desinformação, países como Alemanha e França adotaram concepções instrumentais para liberdade de expressão, acrescentando

uma função especial as grandes redes sociais. Na Rússia, o parlamento aprovou leis que regulam as *fakes news*, existindo pena de multa e bloqueio de sites para os que possuem esta prática. Entretanto, a classificação do que seria desinformação, a qual é realizada pelo governo russo, é alvo de muitas críticas por jornalistas e pela sociedade, pois as regulações podem se estender a possíveis desrespeitos com o Estado ou autoridades (Hijaz, 2022, p. 127-132). Nesse caso, a liberdade de expressão tem uma dimensão instrumental e o processo de rotulação do que pode ser considerado *fake news* talvez seja a parte mais delicada dos diversos projetos.

No caso do Brasil, vê-se que a democracia está sob inúmeros ataques, porém, até então, ela tem demonstrado a força das instituições e resistência às tentativas de se solapar o estado democrático de direito. No âmbito eleitoral brasileiro, como já ilustrado, ainda que umas das áreas do direito com mais célere modernização, ainda está obsoleta. As mídias sociais tem um poderio e uma capacidade de disseminação de informação incomparáveis, somado à legitimação de figuras públicas e a evidente influência que elas possuem sobre a população, tem-se um perigo constante se não regulamentadas tais vias de disseminação.

Por mais que as cortes brasileiras cada vez mais demonstrem ter travado uma guerra contra a desinformação disseminada e os ataques à democracia, a visão popular e de alguns juristas de um “hiper-judiciário” pautado em inúmeras decisões monocráticas e liminares é gradualmente mais acolhida. Ainda que o perigo da omissão dessas instituições, num momento como o presente, seja monumental.

Logo, condenações como a do ex-deputado Daniel Silveira e a denúncia de Roberto Jefferson demonstram que o Brasil vem caminhando para uma maior seriedade no que tange à responsabilização de figuras públicas, até então tidas como não responsabilizáveis por declarações antidemocráticas. Entretanto, ainda não há um projeto consolidado ou votado para tal regulamentação, haja visto que o PL 2630/20 ainda não foi votado, apesar de várias discussões.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trazidos os conceitos e visões sobre a liberdade de expressão, percebe-se a necessidade da regulamentação e de uma cada vez maior noção de que liberdade, ligado ao conceito de “*liberty*” de Dworkin, deve ser aquilo que o sistema legal lhe garante expressar dentro de parâmetros democráticos, não com censura prévia evidentemente, porém com responsabilização pelas alegações feitas.

As figuras públicas devem ter a noção clara de suas responsabilidades no que tange ao impacto de suas declarações, ainda que sejamos todos iguais perante o sistema legal, os legitimados e no poder tem uma responsabilidade muito maior quanto a influência de suas falas.

Os ataques feitos contra o sistema eleitoral, pelo ex-chefe do executivo, configuram uma irresponsabilidade e um exemplo de abuso do “*freedom*”, sob a pretensa justificativa de “*liberty*”. Entretanto, para a garantia do elemento constitutivo do estado democrático de direito, a responsabilização acerca da disseminação de declarações falaciosas, que tem como objetivo minar as instituições democráticas, deve ser cumprida e severa.

Tem-se demonstrado uma construção jurisprudencial, no sentido de punição e cumprimento dos dispositivos da legislação brasileira, quanto aos ataques infundados às instituições basilares da democracia, à fim de evitar o retorno da banalização mascarada de direito a expressão, assim garantindo maior estabilidade democrática.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Viroílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006

**BRASIL**. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 14/02/2023

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). AP 1044. Condenou o réu Daniel Lúcio da Silveira: (b.1) como incurso nas penas do artigo 18 da Lei 7.170/83, por 2 (duas) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal. Relator: Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2022, Processo Eletrônico DJe-121 DIVULG 22/06/2022 .Publicado: 23/06/2022

BUCCI, Daniela. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Grupo Almedina (Portugal), 2018. E-book. ISBN 9788584933211. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933211/>. Acesso em: 21 dez. 2022.

G1, Globo. **Bolsonaro reúne embaixadores para repetir, sem provas, suspeitas já esclarecidas sobre urnas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/07/18/bolsonaro-reune-embaixadores-para-repetir-sem-provas-suspeitas-ja-esclarecidas-sobre-urnas.ghtml>. Acesso em: 31/10/2022

G1, Globo. **Veja o custo estimado de itens destruídos em atos terroristas por bolsonaristas radicais**. Disponível em <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/09/veja-o-custo-estimado-de-itens-destruidos-em-atos-terroristas-por-bolsonaristas-radicaais.ghtml>. Acesso em 04/05/23

HIJAZ, T. F. “**Quanto vale a liberdade?**” O problema da desinformação em face de concepções instrumentais e constitutivas de liberdade de expressão”. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2022.

LOCKE, John. “**Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo**”: ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Introdução: J. W. Gough. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo, Saraiva, 2011.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

RABUSKE, Edvino A. **Antropologia filosófica**. Rio de Janeiro: Vozes, 1986.

MACHADO, Jónatas e RODRIGUES, Iolanda. “Liberdade de Expressão, Informações Falsas e Figuras Públicas: O Perigo de Manipulação da Esfera de Discurso Público”. Salvador, **Revista Populus**, Vol.8, junho de 2020

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 67.

Poderes 360. **Leia a íntegra do que disse Bolsonaro a embaixadores**. Disponível: <https://www.poder360.com.br/eleicoes/leia-a-integra-do-que-disse-bolsonaro-a-embaxadores/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

ROBL FILHO, Ilton e WOLFGANG, Ingo. “Constituição, Economia e Desenvolvimento”. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142.

SOARES, Ingrid e FERNANDES, Augusto. Bolsonaro: “Eu sou a Constituição”. **Correio Brasiliense**, 21/04/2020. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/571740/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)/Voltaire. Tradução de William Lagos, 2011; Porto Alegre, RS: L&PM.

ZANFER, Gustavo. Liberdade de expressão não pode ser usada para violar direitos fundamentais. **Jornal da USP**, São Paulo, 15 março 2021. Atualidades. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/liberdade-de-expressao-nao-pode-ser-usada-para-violar-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 12 fev. 2023.





# **HISTÓRIA DO DIREITO**



# ANÁLISE DAS AÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA ROMANA IMPERIAL COM FOCO NAS INSTITUTAS DO JURISCONSULTO GAIO

*Erick Camargo de Almeida*<sup>1</sup>

*Natan Henrique Stofela*<sup>2</sup>

*Pedro Henrique Moreno Toreto Navarro*<sup>3</sup>

*Vitor Pacífico Colla*<sup>4</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica romana é um dos mais importantes legados da civilização ocidental para o mundo moderno. Durante o período imperial, entre os séculos I e III d.C., essa ciência jurídica alcançou seu apogeu, consolidando um sistema jurídico complexo e sofisticado que influenciou a evolução do Direito em todo o mundo. Nesse contexto, a transição do jurista republicano ao jurista imperial, a importância dos jurisconsultos do império e a relação entre esses juristas e os imperadores foram fundamentais para a consolidação do sistema jurídico romano. Além disso, o *ius gentium* e o *ius civile* tiveram papel crucial na construção desse sistema, permitindo a adaptação do Direito Romano a outras culturas e realidades sociais.

Entre os principais jurisconsultos do império, destacou-se a figura de Gaio, cujas Institutas tiveram enorme impacto na história do Direito Romano e influenciaram sua aplicação prática na resolução de conflitos jurídicos. A divisão tripartite das Institutas de Gaio, bem como suas principais temáticas e institutos jurídicos, foram fundamentais para a compreensão da ciência jurídica romana durante o período imperial.

Por fim, a análise das ações no Direito Romano, segundo a concepção de Gaio, permitiu compreender a aplicação prática desse sistema jurídico na resolução de conflitos. Nesse sentido, a ciência jurídica romana é um legado histórico que merece ser estudado e valorizado por sua relevância para o desenvolvimento do Direito e da cultura ocidental em geral. Na tentativa de compreender o jurisconsulto e a sua influência para a ciência jurídica

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>3</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>4</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

de Roma, iremos demonstrar, inicialmente, um panorama histórico, a obra de Gaio e as ações no Direito Romano segundo este.

## 2. DIREITO ROMANO IMPERIAL

Neste capítulo, buscamos realizar uma análise da ciência jurídica em Roma durante o período do Império, ao mesmo tempo que dizemos acerca da obra do jurisconsulto Gaio, a qual está inserida neste tempo histórico. Os detalhes acerca da obra *Institutas* é importante para a compreensão deste jurisconsulto e de seu papel para o Direito Romano do período.

“O jurista aristocrático da República cede o lugar, pouco a pouco, ao jurista e funcionário e ‘conselheiro’ do príncipe” (Bretone, 1998, p. 161). A partir dessa análise do romanista Mario Bretone, é possível identificar que, durante o império, os poderes dos juristas foram respeitados; entretanto, estavam agora submetidos ao controle do imperador. Somente alguns seletos juristas tiveram privilégio de poder responder em seu nome, mas nenhum deles foi impedido de expressar opiniões ou escrever livros jurídicos, porém somente aqueles dos ditos “juizes autorizados” foram adquirindo uma imediata incidência na prática.

Inicialmente, precisamos compreender quais eram as funções dos jurisconsultos, ou juristas, dentro do âmbito do Império Romano. Podemos, dentre suas principais atuações, destacar o auxílio na criação de decretos, constituições e editos feitos pelo imperador; auxílio ao imperador na decisão de cognição extraordinária; possibilidade de fazer jurisconsultos focados em questões públicas; dentre outros.

No período do império, era de competência dos jurisprudentes organizar, sistematizar e aperfeiçoar as regras e princípios jurídicos, no sentido de melhorar a sua compreensão e aplicação para o sistema processual romano.

Um dos grandes juristas de destaque dentro do Império Romano foi Marco Antístio Labeão, que não somente foi um dos principais juristas do início do principado, como um dos mais marcantes da jurisprudência de Roma.

No Digesto de Justiniano, este Imperador faz referência à divisão que era feita entre *ius gentium* e *ius civile*.

O *ius gentium* é o conceito de direito das gentes “do qual os povos humanos se utilizam” (D.1.1.1.4); provém de um direito gerado a partir das relações entre os homens, criado dentro da sociedade, e que se distancia do natural por ser comum apenas aos homens, e não a todos os animais.

O Digesto também explica que por este direito das gentes as guerras foram introduzidas, que a partir do *ius gentium* aparecem as manumissões, ou seja, a concessão da

liberdade, visto que no direito natural todos nasceriam livres, e não se conheceria a manumissão. Pelo direito das gentes, começamos a ter três gêneros: os livres, os servos e os libertos (que deixaram de ser servos) (D.1.1.4).

Sobre o direito natural, entendemos este como os comportamentos que podem ser observados tanto no ser humano quanto no animal como, por exemplo, a formação de famílias. Nesse sentido, podemos dizer que o *ius civile* reúne características desses dois direitos arcaicos.

Gaio também dá sua definição ao direito das gentes: “se chama direito das gentes, quase o direito de que todas as gentes se servem” (G. 1, 1).

O *ius civile* não serve em sua totalidade ao direito natural ou também ao direito das gentes. Assim, toma apenas algumas partes deste *ius*, como o direito civil (D.1.1.6pr). Ele é formado a partir das leis dos plebiscitos, dos senatusconsultos, dos decretos dos príncipes e da autoridade dos prudentes. O *ius* relacionado ao comércio, vendas, obrigações e locações foram abordadas, por Justiniano, no *ius civile* (D.1.1.7pr).

Já o direito dos pretores, ou honorários, foi introduzido a fim de auxiliar, suprimir ou corrigir o *ius civile* (D.1.1.7.1).

Gaio, em suas Institutas, escreve que o *ius Romano* vem de diversas fontes, como a *lex*, os plebiscitos, os senatusconsultos, as constituições imperiais, os editos dos que têm o direito de expedi-los, a *responsa* dos prudentes (G. 1, 2).

Durante o começo do período imperial, “um constante diálogo ininterrupto, cerrado e recheado de constantes mudanças de registro e de noções, caracterizará as relações entre juristas e o poder imperial” (Schiavone, 1992, p. 82). Os juristas eram inicialmente grandes opositores ao novo regime. Porém, essa oposição não continuou nas gerações posteriores, as quais firmaram pactos com o principado, que passou a assegurar aos juristas o primado da jurisprudência e uma hierarquia das fontes que produziam o direito. A dificuldade inicial se findou em uma grande aliança, e os juristas se tornaram os conselheiros do principado.

Nesse sentido, foram garantidos relevantes participações no funcionamento do império aos juristas, como, por exemplo, a racionalização das normas/constituições imperiais; participação no conselho imperial; sistematização e revisão da literatura jurídica e a ocupação de cargos da “burocracia” imperial, “resultado de uma colaboração paritária ainda em certo sentido paritária – como de poder a poder – entre principado e classe dos juristas” (Schiavone, 1992, p. 83).

Além disso, o príncipe criou o *ius publice respondendi*, que era uma forma de concessão de direito dada por ele a certos jurisprudentes de conceder *responsa*, de modo público.

As respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem era permitido estabelecer o direito. Pois desde muito tempo se determinará houvesse jurisconsultos que interpretam publicamente o direito, aos quais César deu o direito de responder, e se chamavam jurisconsultos, cujos pareceres e opiniões gozam de uma autoridade tal, que foi constituído não seja lícito ao juiz afastar-se da resposta deles (J. 1.2.8).

Por fim, podemos estabelecer que apesar de um começo de não aceitação do novo regime, a posterior relação do imperador com os juristas do império era de proximidade, o que traria benefícios tanto para o príncipe, pelos auxílios prestados a ele pelos juristas, quanto para os juristas, que podiam contar com o apoio do imperador.

## 2.1. O jurisconsulto Gaio e a sua obra

As *Institutas* são o texto mais antigo escrito por um jurisconsulto do período clássico a alcançar a nossa época de maneira razoavelmente íntegra, servindo de base para muitos códigos contemporâneos e caracterizando-se como uma das mais importantes obras para o entendimento do latim e de fontes do Direito Romano hoje em dia. Autores deduzem que Gaio viveu aproximadamente na era de Adriano (117–138), Antônio Pio e possivelmente ao início do principado de Cômodo. O que dificulta uma compreensão mais exata deve-se ao fato dele ser conhecido apenas pelo prenome, surgindo diversas dúvidas acerca de sua vida.

Vale salientar que provavelmente Gaio tenha permanecido em Roma, e nunca tenha ocupado grandes cargos. Teria escrito comentários ao *Edictum provinciale*, porém ele nunca teve o *ius respondendi*.

Gaio, além de suas *Institutas*, teve grande influência no mundo romano, escrevendo livros como *Hipoteca* (1 livro), *Comentários à lei das XII Tábuas*, *Index florentinus*, além de livros que não se tem certeza de que Gaio tenha escrito em sua totalidade. Em suma, Gaio e seus escritos tiveram total importância para o segmento do direito em si. Conforme Villey (1991, p. 71-74), nessa época, a jurisprudência romana estava em pleno desenvolvimento, e os juristas procuravam dar uma visão mais precisa e sistemática do direito.

Surge, além disso, uma dúvida recorrente de como Gaio foi incluído pela lei das citações<sup>5</sup>, mesmo ele não tendo o *ius respondendi*. Quanto a essa questão, em arremate, Pilati (2013, p. 31) afirma que “certamente pela originalidade de sua sistematização do Direito, o seu estilo e clareza, ao ponto de servirem suas *Institutas* de modelo ao próprio Justiniano”.

---

<sup>5</sup> Lei das citações de 426 D. C. (constituição imperial). Esta lei diz que as obras de 5 juristas romanos, Papiniano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino, são as que devem valer.

Antes de adentrar na análise das Institutas, é útil fornecer um sumário dos conteúdos tratados nas Institutas e sua forma. São divididas em quatro livros: 1. Pessoas (*personae*), 2. Coisas (*res*), 3. Sucessão *ab intestata* e Obrigações, e 4. Ações (*actiones*).

Segundo Pilati (2013, p. 32-33), as Institutas são consideradas uma das principais obras de Gaio e são de fundamental importância para o estudo do Direito Romano. A obra de Gaio teve uma grande influência na elaboração das Institutas de Justiniano, que foi uma das principais compilações do Direito Romano. Vale ainda ressaltar que a descoberta das Institutas foram revolucionárias para resgatar o processo clássico com a descoberta do processo formulário dos pretores.

A contribuição de Gaio para a história do Direito Romano foi significativa, tendo em vista a influência de suas obras na sistematização e organização do Direito Romano clássico. Seus livros serviram para muitas concepções pensadas terem sido perdidas em tempos antigos do Direito Romano. Suas Institutas se tornaram uma obra de referência para o estudo do Direito Romano e sua organização em quatro partes foi amplamente utilizada por juristas posteriores. A seguir, realizaremos uma análise mais apurada acerca das Institutas.

## 2.2 As Institutas de Gaio

As Institutas de Gaio estão divididas em 4 livros e em 3 partes: das Pessoas (*personae*), das Coisas (*res*) (livros 2 e 3), e das Ações (*actiones*).

*Persona*, diferentemente do modo que entendemos hoje, não tem como sujeito a própria pessoa, mas sim a famílias como unidade básica, sob a égide do *paterfamilias*,

*Res* não são os bens do mesmo modo que compreendemos hoje, com a função comercial e econômica que possuem, mas os diversos papéis que as Coisas possuem frente às instituições romanas, como a família, a religião e a *res publica* (Pilati, 2013). O Direito das Coisas também engloba as obrigações e as sucessões. Estas também são *res*.

Por último, as ações, que são o meio de se demandar, em juízo, uma determinada coisa ou direito. Se dividem em *in rem* e *in personam*. Ademais, para além da divisão das ações, Gaio esboça uma divisão histórica, apresentando tanto o antigo sistema jurisdicional das ações da lei quanto o posterior sistema formulário.

O primeiro assunto, das pessoas, trata, em grande parte, acerca, também, dos filhos, da esposa, dos escravos e dos estrangeiros. Neste ínterim, comenta Gaio também acerca das incapacidades, como a incapacidade da esposa e dos filhos, os quais estão sob a proteção e forças do pai de família. Os chamados “atores” dos direitos são retratados, são estes que negociam, que litigam, que exercem o direito. Os *paterfamilias* eram os únicos protegidos pelo Direito Romano.

Havia certa exclusão dos estrangeiros do processo jurídico romano, os quais eram divididos em diversas categorias, tendo como base a proximidade a Roma. Por exemplo, os latinos, os quais podiam realizar casamento com romanos (G. 1, 28). Os subordinados da família, como a mulher e os filhos ficavam submetidos ao pai da família, ainda em uma sociedade pautada pelo paternalismo. Estes não poderiam dispor de seus bens da maneira que bem entendessem, como vendê-los, sem a autorização do chefe da família. Eram estes, portanto, não possuidores de capacidade total. Com o passar dos anos, tais prerrogativas vão se modificando e, cada vez mais, as partes subordinadas da família ganham direitos. À vista disso, há o exemplo do dote, o qual é da esposa e passa a ser manipulado pelo marido, mas para o bem da própria mulher.

Com o passar do tempo, os estrangeiros também foram tendo seus direitos aumentados. Merece destaque o chamado “direito das gentes” e o ato de Caracala, o qual distribuiu cidadania romana a vários.

Gaio distingue pessoas *sui iuris* e as que estão sob a égide de direito alheio, como o *in potestate* (escravos e filhos), e *in manu* (mulheres) e *in mancipio* (descendentes emancipados) (G. 1, 48-50).

Dentro do Direito das Coisas são feitas divisões. Por exemplo, há as coisas sagradas, do direito divino, as quais pertencem aos Deuses (G. 2, 2). Há, também, as coisas públicas, que são de Roma; e as coisas privadas, que são da pessoa, por exemplo, dos *paterfamilias*.

Gaio divide bens em corpóreos e incorpóreos. São corpóreos aqueles que podem ser enxergados e tocados. Villey (1991) dá como exemplo o campo e o escravo. Já as coisas incorpóreas, como o patrimônio herdado, os créditos, não são tangíveis.

Existem, também, as chamadas “pessoas morais”, as quais se assemelham à atual “pessoa jurídica”. São as pessoas “imaginárias”, formadas pelos agrupamentos. Tem-se o exemplo das fundações.

Dentro do estudo das obrigações de Gaio, estas são classificadas conforme o fato que as gerou. Isso em vista, temos o delito, o qual se divide em quatro principais, e o contrato. Estes reproduzem obrigações. É um exemplo o *nexum*, o qual ocorre quando um chefe de família que realizou empréstimo e não o pagou faz com que este devedor não mais seja livre, mas sim semelhante a um escravo.

Quanto às ações, Gaio as divide em duas – *in rem* e *in personam*, que serão mais bem analisadas na seção a seguir.

Inicia-se as Institutas de Gaio com uma premissa geral acerca do direito. Aqui, o autor fala sobre as fontes do Direito Romano, que são as leis, os plebiscitos, os senatusconsultos, as constituições imperiais, os editos dos magistrados e as respostas dos



prudentes. Ainda no início, Gaio afirma que tudo o que utilizamos no direito diz respeito a três matérias – o das pessoas, o das coisas e o das ações (G. 1, 8).

Após essa consideração inicial, Gaio comenta sobre o direito das pessoas, as classifica e divide. Aqui, entendemos a existência de pessoas livres e de escravos. Há pessoas *sui iuris* e outras sujeitas ao direito alheio (G. 1, 46). Nesta parte, Gaio diz também acerca de algo semelhante à “incapacidade jurídica”. Dá, aqui, destaque aos filhos e esposas, que estão sob a égide do pai. Além disso, podemos entender acerca da tutela e da curatela. Merece destaque o discurso acerca da cidadania, que os latinos, por exemplo, podem adquirir (G. 1, 28).

Após falar das pessoas, Gaio trata do Direito das Coisas, o qual também engloba as sucessões e as obrigações. Ou seja, estas também são *res*. Gaio divide as coisas em de direito divino e de direito humano (G. 2, 2); coisas corpóreas e coisas incorpóreas; coisas *mancipi* ou *nec mancipi* (G. 2, 14a).

Discorre o autor, também, acerca das aquisições, das alienações e das heranças. Gaio fala acerca das obrigações e de suas espécies. Há obrigações que nascem de contratos e outras que se originam de delito. Dentro das de contrato, ele destaca tipos tipos: *verbis, litteris, consensu* e *re contractae*. Ainda nesse assunto, Gaio demonstra os modos de cessar as obrigações: pelo pagamento, pelo *acceptilatio*, pelo pagamento imaginário, pela novação e pela *contestatio litis*. Por fim, o autor apresenta as obrigações originadas de delito – do furto, do roubo, do dano injusto e da injúria.

O último livro diz respeito às ações e suas divisões. As ações são divididas em *in rem* e *in personam* (G. 4, 1). Demonstra Gaio sobre quem pode acionar a justiça e suas fórmulas, além de apresentar as punições relativas às ações, as exceções e os interditos.

Em suma, Gaio realiza uma compilação de modo simples e de fácil compreensão. Trata de um assunto da tripartição por vez, e dentro de cada um, faz análises, demonstrando que se dividem ainda mais. Há, portanto, espécies dentro dos gêneros abordados.

### 3. As ações no direito romano segundo Gaio

No Direito Romano, conforme Villey (1991, p. 132), a ação é o meio para se demandar uma coisa ou um direito, no sentido estrito deste termo.

Gaio apresenta, tratando das ações, no Comentário Quarto de suas Institutas, a primeira divisão interna, em gêneros, desta subparte do Direito Romano: em ações *in rem* e *in personam*, também chamadas, respectivamente, de *vindicationes* e *condictiones*. Se bem que Gaio reconhece que outros juriconsultos consideram outros dois gêneros, relativos às categorias de *sponsiones*, mas argumenta que são, na verdade, espécies, e não gêneros, de ações (G. 4, 1-2).

As ações *in rem*, ou *vindicationes*, dizem respeito às ações em que se demandam coisas corpóreas, podendo ser essa demanda uma *reivindicatio* (da coisa) ou a *vindicatio* de um direito, como o uso, usufruto, passagem, caminho, aqueduto, elevar uma construção, ou de vista. Além disso, compreendem as ações negatórias (G. 4, 3).

Já as ações *in personam* são aquelas consequentes de um contrato ou um delito, onde se gerou uma obrigação; portanto, são ações em que se demanda que se dê, faça ou preste algo devido por causa de tal obrigação (*dare facere prestare oportere*) (G. 4, 2).

Feitas essas diferenciações, surge a diferença decorrente dos fins a que se age (que se faz uma ação). Gaio reconhece que podemos agir em busca de um objeto, ou de uma pena, ou de ambos (G. 4, 6).

As ações tiveram forma diferente até certo período histórico de Roma. Em seus primórdios, foram criadas as ações da lei, que eram meios de se disputar alguma coisa ou algum direito.

As ações da lei tinham um caráter estático, assim como a própria lei das XII Tábuas, citadas por Gaio, na qual estavam expostas. Dessa forma, havia um formalismo intenso, em que se fosse feita a ação de forma minimamente desigual ao modelo ritualístico estabelecido nas ações da lei, a ação seria perdida (G. 4, 11).

Havia 5 categorias de ações da lei: *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris capio* (G. 4, 12). Mas esses tipos de ações foram sendo abandonados com o tempo, sendo substituídos, exceto em alguns casos, pela forma processual formulária (G. 4, 30).

Com o advento dos editos do pretor, surgiram as ações que seguem o modelo exposto anteriormente, chamado de processo formulário, baseado na fórmula dada pelo pretor. Surgiu de uma necessidade consequente da expansão da República Romana; trata-se, na verdade, tanto de uma crescente demanda de se haver o direito de litigar dado aos peregrinos, que já iam aumentando em número, quanto de uma humanização e flexibilização das ações da lei; humanização porque incorporaram novos critérios como a equidade e a boa-fé; flexibilização pois fugiam à rigidez na forma das ações da lei (Pilati, 2013, p. 33; Villey, 1991, p. 128-130).

As fórmulas em determinados casos de *vindicatio* se baseiam em ficções, algumas feitas a partir das ações da lei, outras de diversa forma de fingimento, relevante para, por exemplo, dar cidadania aos peregrinos<sup>6</sup>; mas isto nunca ocorre com as *condictiones*, as quais têm força e eficácia próprias (G. 4, 33).

As fórmulas podem ter 4 diferentes partes: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* e *condemnatio*. Algumas dessas partes podem depender umas das outras para serem vá-

---

<sup>6</sup> Cf. Villey, 1991, p. 92-94, 96-97, 129.

lidas e completas, mas nem sempre é necessária a presença de todas essas partes na fórmula (G. 4, 39, 44).

*Demonstratio* é a parte em que se expõe a causa da ação. *Intentio* é a que apresenta a pretensão do autor da ação. *Adjudicatio*, a que concede ao juiz privado o poder de decidir como resolverá algo relativo à ação em que a pretensão seja de transmissão de propriedade (adjudicação). Diferentemente, a *condemnatio* é a parte que concede ao juiz o poder de condenar ou absolver, caso isso seja determinável na ação (G. 4, 40-43).

Gaio também apresenta a divisão relativa à categoria das fórmulas: *in ius* ou *in factum*. A primeira é aquela em que sua *intentio* está uma questão de direito dos quirites, isto é, dos cidadãos da cidade de Roma, ou de direito civil. A segunda se refere às fórmulas em que não há tal *intentio*, mas sim uma que apresente os fatos, e dê, na *condemnatio*, ao juiz o poder de condenar ou absolver. Há casos em que ambos esses tipos de fórmulas podem ser usados pelo pretor (G. 4, 45-48).

Em relação à condenação, Gaio esclarece que são sempre feitas apenas em forma de avaliação em dinheiro, e não em coisas, escravos, alimentos, etc. Ainda, podem ser certas ou incertas. São certas quando a quantia é determinada na fórmula, e incertas quando: a) é determinada uma quantia máxima, podendo haver variação até esse valor, a depender da avaliação do juiz; ou b) não se sabe o valor da coisa, e por isto se determina na fórmula que a condenação seja referente a esse valor.

Adicione-se que o valor pedido na *intentio* nunca pode ser maior que o devido, sob risco de perder a causa e, conseqüentemente, o direito; mas pode ser menor, caso em que poderá haver condenação com o valor de fato pedido, e não o valor maior, que poderia ter sido pedido; nem pode o juiz interferir para aumentar esse valor, mas pode para diminuí-lo; mas, caso o pedido seja excessivo na condenação, não há prejuízos ao autor da ação; e se for o pedido menor que o devido, obtém o autor aquilo que pediu; já no caso de pedido indevido, *i.e.* falso, na *demonstratio*, não se perde nada. Aqui, Gaio declara que haviam juriconsultos que julgavam que em determinados casos de falso pedido na *demonstratio* seria perdida a causa. Ele, no entanto, argumenta que só se perde a causa se a fórmula for *in factum*, quando a matéria da ação é expressa na *indicatio* (G. 4, 48-60).

Há também casos em que a ação é de compensação, quando o autor tem dívida com o réu, e na quantia paga, sempre na mesma espécie (por exemplo, dinheiro pago com dinheiro, ou trigo com trigo etc.), determinada pelo juiz com base no bem e na equidade, tem-se o valor subtraído do valor que era devido, e ocorre apenas quando tal dívida já foi vencida; mas há também aqueles casos em que a ação é de dedução, quando o autor, podendo pedir em espécies diferentes, têm dívida que pode ser futura, *i.e.*, ainda não vencida, com o réu, mas já é deduzido pelo juiz que seja pago ao autor levando em conta a diferença da dívida do autor com o réu. A compensação é posta na *intentio*; a dedução, na *condemnatio* (G. 4, 61-68).

Gaio apresenta exemplos às partes das fórmulas. Em relação à *demonstratio*: “Tendo A. A. vendido um escravo a N. N.” ou, “Tendo A. A. depositado um escravo junto a N. N.” (G. 4, 40). Sendo a *intentio*: “Se parecer que N. N. deve dar mil sestércios a A. A.” (G. 4, 41). Para a *adiudicatio*: “Juiz, adjudicai a Tício quanto lhe deva ser adjudicado” (G. 4, 42). Já para a *condemnatio*: “Juiz, condena N. N. a pagar dez mil sestércios a A. A.; se não parecer que N. N. deve pagar, absolve” ou apenas “Juiz, condena N. N. em favor de A. A.” (G. 4, 43). Dá também exemplo de fórmula *in ius*:

Fulano, sê juiz. Visto que A. A. depositou junto a N. N. uma mesa de prata, objeto desta ação, condena N. N. em favor de A. A. naquilo que, por causa de depósito N. N. deve dar ou fazer em boa-fé, a não ser que restitua a mesa. Se não parecer que N. N. deve dar ou fazer, absolve (G. 4, 47).

Bem como de fórmula *in factum*: “Fulano, sê juiz. Se parecer que A. A. depositou junto a N. N. uma mesa de prata que N. N., por dolo, não restituiu a A. A., condena N. N. a pagar A. A. tanto quanto valer a mesa. Se não parecer, absolve” (G. 4, 47).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo foi possível examinar diversos tópicos relevantes para a compreensão da ciência jurídica romana durante o período republicano e sua transição ao período imperial, sem se descuidar das mudanças políticas e sociais que influenciaram essa transição.

A figura do jurista Gaio foi o foco central deste artigo, tendo sido examinada sua importância para o mundo do Direito e suas contribuições para o desenvolvimento do Direito Romano. Gaio é a fonte clássica mais relevante para a reconstrução histórica do funcionamento do procedimento formulário no direito clássico e, por isso, fundamental para entendermos o funcionamento da *iurisdictio* no sistema clássico. A análise de suas Institutas, incluindo sua divisão tripartite e principais temas, conteúdos e institutos jurídicos, permitiu uma compreensão mais aprofundada do sistema jurídico romano e de sua evolução durante o período imperial.

Foram abordadas, de forma mais específica, as ações no Direito Romano, segundo a concepção do jurisconsulto, com destaque para as ações da lei e o processo formulário. Essa análise permitiu compreender a aplicação prática do Direito Romano na resolução de conflitos jurídicos.

Em suma, este artigo permite uma visão panorâmica da ciência jurídica romana durante o período imperial e destacou a importância do jurista Gaio para o desenvolvimento do Direito Romano.

## REFERÊNCIAS

BRETONE, M. **História do direito romano**. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

CABRAL, G. C. M. Do ordo à cognitio: mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional em Roma. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 227-239, abr./jun. 2012.

CORREIA, A.; SCIASCIA, G. **Manual de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 2.

JUSTINIANO. **Digesto de Justiniano, liber primus**. Tradução: Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, 2002. Título original: Digesta Iustiniani.

PILATI, J. I. Panorama das fontes de Direito Romano Clássico e seu resgate na pós-modernidade jurídica: as Institutas de Gaio em particular. **Unisul de Fato e de Direito**, Santa Catarina, v. 3, n. 6, p. 27-41, jun. 2013.

PINTO, E. V. **Curso de direito romano**. Cascais: Principia, 2009.

SCHIAVONE, A. O jurista. In: GIARDINA, A. (org.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992, p. 75-85.

VILLEY, M. **Direito romano**. Porto: Rés-Editora, 1991.



**ANTROPOLOGIA  
JURÍDICA E  
SOCIOLOGIA DO  
DIREITO**





# POBREZA E DESIGUALDADE: UM ENSAIO A PARTIR DA RESPONSABILIDADE DOS PAÍSES RICOS, DO USO DE RECURSOS NATURAIS E DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO SUL GLOBAL

*Matheus Antunes Rigueti<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

A literatura é uníssona ao afirmar que a pobreza global manifesta-se de forma ampla e grave, submetendo relevantes contingentes populacionais a condições de vida caracterizadas pela extrema vulnerabilidade social em todos seus aspectos, incluindo a fome, a miséria, a ausência de perspectivas de futuro, a violência, a exploração e a opressão, cenário que denuncia uma clara violação ao direito humano a uma vida digna e que é responsável por cristalizar o problema central do presente trabalho: a erradicação da pobreza no mundo e a superação das desigualdades entre os países centrais e periféricos, dicotomia ainda hoje atual que demonstra sobre quais populações recaem os ônus e mazelas do modelo de desenvolvimento e da ordem institucional global atuais. A pobreza, nesse sentido, demonstra-se por dados e teorizações diversas.

Peter Singer, em “Ética Prática”, traz luz aos quadros de absoluta pobreza e absoluta abundância, bem como ao efeito correlato da realidade miserável: “um sofrimento de um tipo que é raro observar-se nos países ricos” (Singer, 2000, p. 240), advogando a existência de uma obrigação de ajudar decorrente do cenário de desigualdade global.

Thomas Pogge, por sua vez, em “*Para Erradicar a Pobreza Sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais*” defende que a existência do que qualifica como “desigualdade radical” se materializa como uma injustiça sustentada pelas sociedades ricas, traçando a existência de um “dever negativo mais rigoroso de não sustentar a injustiça, não contribuir para ou lucrar com o empobrecimento dos outros” (Pogge, 2007, p. 145).

Por seu turno, Boaventura de Sousa Santos, em “*Construindo as Epistemologias do Sul: Antologia Essencial. Volume I: Para um pensamento alternativo de alternativas*”, contribui de forma central para o entendimento do que qualifica como “polarização da desigualdade entre o Norte e o Sul” (Santos, 2018, p. 156). Para o sociólogo português, a

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

globalização é responsável por acentuar o processo de trocas desiguais entre os estados e, nesse sentido, demonstra como o processo de consolidação de uma economia cada vez mais global foi responsável por uma brutal piora na qualidade de vida das populações de países periféricos, bem como perda de soberania e endividamento externo.

Já Sonia Alvarez Leguizamón, em “*A Produção da Pobreza Massiva e sua Persistência no Pensamento Social Latino-americano*”, traz um relevante enfoque sobre os processos históricos e estruturais de empobrecimento em massa da população, sobretudo no contexto da América Latina, sendo este continente um exemplo paradigmático para a compreensão das relações econômicas e políticas entre Sul e Norte. Tais elos são interpretados pela socióloga como processos que “devem-se a forças não individuais nem contingentes, mas a processos sócio-históricos e estruturais de data mais recuada” (Leguizamón, 2007, p. 80), geralmente “vinculados à dinâmica econômica da acumulação da riqueza” (*ibidem*, p. 80), a qual é aprofundada por agendas neoliberais.

Diante das considerações e breves exposições teóricas supraelaboradas é possível concluir, de antemão, que a existência da pobreza global e a verificação de condições de vida muito superiores em países ricos é um paradoxo de nosso tempo, o que se evidencia de forma ainda mais arrojada e robusta através do amplo e pacífico reconhecimento da problemática pela literatura, incluindo saberes de diversas áreas, como a sociologia, o direito e a filosofia, demonstrando de forma clara a pertinência da temática.

## 2. POBREZA E RELAÇÕES GLOBAIS NO SISTEMA-MUNDO: O ESTADO DA ARTE

Em 1979, Peter Singer, importante referencial de estudos concernentes à ética, publicou seu livro “*Ética Prática*”, no qual aborda diversas questões atinentes à problemáticas e dilemas da humanidade, sendo considerado uma introdução à ética aplicada. No oitavo capítulo da obra, intitulado “*Ricos e Pobres*”, o filósofo australiano elabora diagnósticos acerca do panorama da pobreza global que acomete grande parte da população mundial e propõe soluções comprometidas com a superação de tal paradigma, eticamente insustentável. Cabe destacar que a noção desenvolvida no referido capítulo busca evidenciar de que forma o ato de “deixar morrer” não apresenta diferenças intrínsecas com o “ato de matar”, o que conduz a uma perspectiva que recai sobre as condutas humanas de cada sujeito. Nesse sentido, parte-se da presente teoria para em seguida problematizá-la através de lentes mais abrangentes que contemplam melhores análises, prognósticos e propostas comprometidas com a superação do paradoxo anteriormente sublinhado.

Assim, para Singer, sendo a pobreza a causa de diversas mortes evitáveis, a conduta omissiva que perpetua esse cenário e que, portanto, não contribui para sua superação, pode ser interpretada como igualmente gravosa quando comparada com uma conduta ho-

mívida (SINGER, 2000, p. 250). Entretanto, diferenças extrínsecas podem ser arguidas para justificar a não salvação, tais como: I) a ausência de uma vítima identificável; II) a inexistência de certeza no que concerne à garantia de que contribuir financeiramente de fato gere a preservação de uma vida; III) a facilidade de justificar um comportamento omissivo em razão da suposta ausência denexo causal direto entre a conduta e a situação de pobreza; IV) a diferença de motivação entre um ato homicida, onde há dolo, e um ato de não ajudar, no qual não há uma vontade positiva em matar; V) a obrigação de não matar é moralmente exigível, ao passo que a obrigação de salvar todas as pessoas possíveis é realisticamente inexequível (Singer, 2000). Vale destacar que tais objeções possíveis são contrapostas pelo autor, que aponta, por exemplo, posições intermediárias entre ajudar todas as pessoas em situação de necessidade e ajudar algumas, de forma mais equilibrada, o que não exige nenhum heroísmo e não compromete a qualidade de vida da população mais rica, conduzindo à conclusão de que o argumento se mantém a despeito das contraposições que podem ser arguidas.

Com as considerações expostas e sobretudo a partir da noção de que deixar morrer se demonstra como uma conduta antiética, o filósofo se dirige para a defesa de uma obrigação de ajudar, a qual tem como perspectiva geradora a própria conjuntura global desigual, na qual se verificam cenários contraditórios de uma pobreza absoluta que coexiste com um quadro de absoluta abundância. Para compreender o argumento do autor deve-se esmiuçar o conceito de “pobreza absoluta”, elaborado inicialmente pelo ex-presidente do Banco Mundial, Robert McNamara, que condiz a uma realidade na qual, em quaisquer contextos geográficos, a vida se encontra “nos limites da existência” (*apud* Singer, 2000, p. 240), em que as pessoas “lutam pela sobrevivência num conjunto de circunstâncias miseráveis e degradantes, quase inconcebíveis para a imaginação sofisticada e as condições privilegiadas de que desfrutamos” (*ibidem*, p. 240). Correspondentemente, uma pequena parcela da população mundial é responsável por concentrar uma enorme quantidade de riquezas, o que lhe garante o amplo desfrute de condições de vida extravagantes e padrões de consumo que se distanciam exponencialmente do necessário para viver bem e satisfazer necessidades básicas, como se verifica nos Estados Unidos e em países da Europa Ocidental, onde a maioria dos cidadãos podem ser considerados “ricos absolutos”, demonstrando a possibilidade de transferência de renda, o que ampara a tese de Singer no sentido de estabelecer uma obrigação de ajudar.

Em defesa da referida obrigação o autor desenvolve três premissas estruturais, as quais não são isentas de críticas e objeções. A primeira diz respeito à consideração da pobreza como uma realidade que se constitui como um mal – permeado pela “fome e subnutrição, falta de abrigo, analfabetismo, doença, mortalidade infantil elevada e curta esperança de vida” (Singer, 2000, p. 251). A segunda premissa se refere ao fato de que a promoção do bem, com a conseqüente erradicação da pobreza através da contribuição dos ricos, se traduz em uma conduta que não onera tais cidadãos de forma a sacrificar

algo de importância moral comparável com a vida das populações mais vulneráveis. Por fim, a terceira premissa evidencia a possibilidade fática de combater algum nível de pobreza absoluta através da ajuda financeira nos moldes defendidos pelo teórico.

Nesse sentido, pode-se observar, de antemão, que as exposições de Singer se concentram em uma ótica essencialmente individual, atribuindo a responsabilidade pela erradicação da pobreza aos sujeitos tomados em si mesmos, em que pese não seja individualista ao ponto de negar compromissos com a coletividade – pelo contrário, sua teoria busca estabelecer tal compromisso – mas o faz de forma centrada no indivíduo. O referido entendimento se traduz em uma desconsideração acentuada de fenômenos estruturais de manutenção da pobreza global, sobretudo no que se refere à divisão internacional do trabalho e aos moldes nos quais se estabelece o comércio global. Desconsidera-se a constante subordinação econômica de países periféricos aos interesses de países centrais e suas grandes empresas de capital privado, o que mantém vínculos de dependência responsáveis por explorar mão de obra barata, recursos naturais e transferir excedentes monetários para potências globais, bem como por aprofundar a dívida externa de estados cada vez menos soberanos. A organização econômica vigente, por fim e ao cabo, não se reverte em ganhos sociais para a maioria da população de países periféricos e acentua a miséria e a fome, conduzindo o Sul Global ao que Boaventura de Sousa Santos qualifica como “uma situação de colapso que se manifesta de múltiplas formas” (Santos, 2018, p. 159).

No que concerne à produção de alimentos e combate à fome, deve-se destacar o papel e caráter primário-exportador das economias do Sul Global, o que fortifica uma estrutura fundiária de traços essencialmente coloniais que perpetuam a expansão latifundiária e monocultivos empresariais que atendem, sobretudo, a demandas de exportação de produtos primários – arranjo de relações econômicas denominado como Consenso das *Commodities* (SVAMPA, 2013), o qual “se fue traduciendo por una nueva tendencia a la reprimarización de la economía, visible en la reorientación hacia actividades primario extractivas, con escaso valor agregado” (SVAMPA, 2019, p. 25). Tal processo, marcado pelo aumento exponencial da concentração fundiária, é responsável por ameaçar a agricultura familiar, responsável pela maior parte da produção de alimentos para famílias de países pobres, cerca de 70% (Gaboardi Junior, 2013), o que não se verifica na lógica hegemônica do agronegócio, que abastece o comércio no “moderno sistema-mundo” (Quijano, 2014, p. 786).

Não obstante, houve ainda outras objeções à teoria desenvolvida pelo filósofo, nas quais destacam-se alguns argumentos que questionam a obrigação de ajudar por ele defendida. Entretanto, uma série de exposições do autor que visam refutá-las afirmam princípios e éticas políticas de relevante valor social, os quais, mesmo admitindo as limitações da teoria, merecem ser considerados como importantes paradigmas.

Evidencia-se, por exemplo, o entendimento de que deve haver uma priorização aos interesses das pessoas mais próximas, sobretudo da família, das pessoas pobres do próprio país – que se expressa apenas como uma pobreza relativa – e, por último, dos pobres absolutos ao redor do globo. Entretanto, o Singer refuta tal argumentação ao exprimir que o apoio aos familiares e os próprios vínculos de nacionalidade não precisam ser superados para que uma ajuda global às pessoas pobres se estabeleça, uma vez que não se verificaria um enorme sacrifício pessoal e, dessa forma, manter-se-ia incólume a obrigação de ajudar, uma vez que o “grau de preferência, porém, é decisivamente ultrapassado pelas discrepâncias existentes em riqueza e pobreza” (Singer, 2000, p. 255), afirmando um ideal humanista de forma mais ampla e menos segregacionista.

Há, ademais, formulações acerca do direito de propriedade privada, os quais, através de uma teoria individualista, afastariam a obrigação de ajudar em razão do pleno e autônomo gozo de riquezas, perspectiva esta contraposta pelo autor de forma acertada, uma vez que não se deve aceitar tal lógica, já superada, de que a propriedade privada se estabelece de forma absoluta. Pelo contrário, a propriedade, através da teoria da função social, só pode se constituir quando não contraria interesse público superior, é o que fundamenta, por exemplo, a reforma agrária e desapropriações<sup>2</sup>.

Insurge-se o filósofo, ademais, contra a narrativa política da triagem, que propugna que o problema maior da pobreza mundial se encontra no excesso de população e nas altas taxas de natalidade, Singer traz a tona a questão de que, em realidade, se trata de um problema de distribuição e não de produção de alimentos, bens e riquezas. Ademais, as altas taxas de natalidade são verificadas justamente em áreas nas quais a vulnerabilidade social é mais extremada, uma vez não há acesso à terra, ao mercado de trabalho, tampouco disponibilização de métodos contraceptivos e educação sexual, o que se verifica, como bem delineado pelo teórico, é que à medida em que o padrão de vida aumenta a transição demográfica e estabilização do crescimento populacional igualmente se verifica.

Por fim, Singer adentra a uma seara mais ampla que analisa os possíveis embates entre a ajuda prestada de forma particular por cidadãos de países ricos em benefício das populações mais pobres e a ajuda governamental, para o filósofo a necessidade de países desenvolvidos ajudarem institucionalmente países “em desenvolvimento”, bem como a defesa do estabelecimento de acordos comerciais menos assimétricos – o que pode dialogar com a superação do sistema-mundo orientado pelas relações centro-periferia consubstanciadas através do Consenso das *Commodities* – se dão concomitantemente ao auxílio privado.

---

<sup>2</sup> Sobre o tema da reforma agrária e do entendimento acerca da finalidade social da propriedade ver obras como: MARÉS, Carlos. **A função social da terra**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2003 e SAUER, Sérgio. *Land and territory: meanings of land between modernity and tradition*. **Agrarian south: a Journal of Political Economy**. Vol. 1, n. 1, Nova Delhi, Sage, abril de 2012.

Entretanto, a conclusão que prevalece demonstra que a obrigação de ajudar de Singer apresenta-se profundamente eivada e comprometida por uma despolitização das relações estruturais que vigem no sistema-mundo capitalista. Quando o filósofo contrapõe o luxo desfrutado por cidadãos de países ricos ao quadro de absoluta pobreza vivenciado por cidadãos de países pobres, não se pode negar que materializa-se um retrato da desigualdade brutal – qualificada por Thomas Pogge como “desigualdade radical”. Todavia, a caridade privada não pode ser entendida ou aceita como solução prioritária ou suficiente para tais problemas, em razão do caráter estrutural que os perpetuam e da própria instabilidade que caracteriza a organização econômica de grande parte de cidadãos, o que permite inferir que os fluxos de redistribuição de renda pela via individual seriam sempre inconstantes e incapazes de combater a pobreza global de forma ampla e organizada.

Ademais, Singer deixa de problematizar a própria existência da riqueza absoluta, uma vez que toma como natural a existência da concentração monetária, não oferecendo quaisquer soluções para a descentralização do poder econômico. Ainda, ao formular sua conclusão, que propõe o estabelecimento de uma porcentagem do rendimento de cada cidadão, fixada por ele em 10% – em alusão ao dízimo da igreja católica –, o filósofo, em um claro movimento reducionista, transforma a questão da iniquidade entre ricos e pobres em uma mera garantia de sobrevivência para a parte da população mais miserável.

Para Singer, trata-se de não deixar morrer, pois ao permiti-lo consumiria-se um “mal”. Entretanto, a questão do combate à pobreza deve sempre se nortear pelo combate a desigualdades sociais e pela garantia reflexa de um padrão de vida digno, com acesso a oportunidades, à educação, à saúde, ao lazer e, nesta acepção, vincula-se à possibilidade de exercer com liberdade e autonomia a própria emancipação e desenvolvimento. Entretanto, tal panorama só demonstra-se realizável em mundo onde o lucro e a acumulação de riquezas por parte de elites econômicas e políticas não seja mais relevante do que as condições de vida da maior parte da população. Um mundo no qual seja possível traçar um enfrentamento das “assimetrias sociais, do abismo crescente entre ricos e pobres” (Santos, 2018, p. 161).

Thomas Pogge, por sua vez, elaborou a proposta do Dividendo dos Recursos Globais (DRG), originalmente estruturada em dois ensaios: “A Global Resources Dividend” e “An Egalitarian Law of Peoples”, a qual foi também apresentada em volume da SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos de forma mais concisa e aperfeiçoada, sob o título “Para Erradicar a Pobreza Sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais”. Tal dividendo refere-se a uma quantia monetária proveniente da exploração de recursos naturais que os Estados decidam, autonomamente, realizar em seus territórios, a qual deve ser transferida às populações mais desvantajadas baseando-se na noção de que os direitos de propriedade sobre tais recursos não são absolutos, mas sim compartilhados com as populações que vivem em situação de extrema pobreza.

A teoria de Pogge demonstra-se mais apropriada para investigar e trazer algumas respostas ao problema da pobreza global verificada ao redor do globo, vez que o filósofo re-cepção e faz uso de elementos estruturais necessários para se compreender a dinâmica econômica contemporânea, bem como a responsabilidade que se impõe no que concerne ao combate à miséria. O primeiro ponto que merece destaque é a diferenciação entre o dever positivo de ajudar e o dever negativo de não sustentar ou lucrar com a realidade injusta na qual se encontra grande parcela da população mundial submetida à pobreza, o que denuncia a existência de uma “desigualdade radical” (Pogge, 2007, p. 145). Entretanto, a mera existência de tal cenário pode não ser suficiente para justificar a existência do referido dever negativo, pois, *a priori*, pode alegar-se que a perpetuação da miséria em nada se relaciona com o padrão de vida da maior parte dos cidadãos de países centrais, os quais vivem em condições absolutamente mais confortáveis. Todavia, Pogge elenca três fatores que excluem tal noção: “o efeito das instituições sociais compartilhadas, a exclusão não compensada do uso dos recursos naturais e os efeitos de uma história comum e violenta” (Pogge, 2007, p. 146), demonstrando o caráter estrutural da análise, a qual, diferentemente de Singer, não ignora as relações comerciais, políticas e históricas entre os países.

O filósofo alemão expõe, nesse sentido, o grande e profundo entrelaçamento entre as economias mundiais e, de forma incisiva, evidencia a existência de uma grande dependência de determinados países em relação a outros, identificando a imposição de uma ordem institucional por parte de economias mais pujantes, o que muitas vezes se traduz através de relações comerciais excludentes ou mesmo através da hierarquia de poderio militar que aviva e fortifica interesses de países ricos em Estados periféricos. Tal prognóstico corporifica e robustece a responsabilidade dos Estados ricos sobre o quadro de miséria verificado em Estados pobres, o qual se constitui em um padrão que remonta à era colonial e que priva as populações mais pobres de uma “justa fatia do crescimento econômico mundial” (Pogge, 2007, p. 148), problema diante do qual o DRG mostra-se viável.

A perspectiva adotada por Pogge em seu primeiro enfoque dialoga diretamente e harmonicamente com as teorias de Boaventura de Sousa Santos. O sociólogo português, no capítulo intitulado “O Norte, o Sul e a Utopia”, defende que, sobretudo no que concerne à globalização, a assimetria entre centro e periferia mantém-se intacta desde o período colonial, em que pese a verificável existência de uma intensificação da “economia-mundo” nas últimas décadas, o que acarreta uma brutal exploração da mão de obra na periferia global, constatada através da compreensão do “espaço-tempo da produção” (Santos, 2018, p. 177).

O argumento de Santos baseia-se sobretudo na noção de que as transformações sociais devem ser estudadas à luz das especificidades locais e nacionais, abordando os impactos das trocas comerciais e da organização econômica global nas realidades concretas dos Estados. Para melhor compreender o fenômeno da globalização econômica,

que impacta diretamente no que Pogge denomina como “instituições sociais compartilhadas”, deve-se considerar a “primazia total das empresas multinacionais, enquanto agentes do mercado global” (Santos, 2018, p. 155), realidade que se tornou possível graças ao desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação em escala transcontinental e à desregulamentação dos mercados financeiros. Tais empresas são responsáveis por um elevado grau de concentração de fluxos comerciais, o que se cristaliza a partir da existência de receitas monetárias empresariais que ultrapassam o produto interno bruto de países periféricos e, por sua vez, aguçam a polarização entre o Norte e o Sul através do uso de novas tecnologias que incidem desde a agricultura até os polos industriais.

Vale destacar, nesse sentido, o discurso de que a biotecnologia agrícola, fortemente difundido como justificativa para a “Revolução Verde”, seria a solução para o problema alimentar do mundo, o que se demonstrou uma verdadeira falácia. Para Boaventura, a implementação da biotecnologia na agricultura acarreta tanto um problema ecológico, vez que compromete a biodiversidade, quanto um problema relacionado aos benefícios decorrentes da produção, os quais se estabelecem de forma restrita às empresas de capital privado e aos Estados que podem arcar com os *royalties* operados através das patentes, o que denuncia uma brutal contradição do avanço de tais tecnologias: em que pese os recursos se concentrem majoritariamente no Sul Global, as empresas multinacionais operam de forma a espoliá-los continuamente (Santos, 2018, p. 158), transferindo os lucros para o centro do capitalismo.

Nesse contexto de globalização econômica o que se verifica é, em realidade, um aprofundamento dos vínculos comerciais pautados por interesses hegemônicos de países ricos em detrimento da própria soberania de países periféricos, aumentando desigualdades entre o Norte e o Sul e desencadeando fenômenos responsáveis por perpetuar a pobreza em Estados periféricos. O cenário de aguçamento de tais relações assimétricas pode ser ilustrado através de alguns dados constantes na obra de Boaventura de Sousa Santos:

Enquanto a África esta a atingir um ponto de colapso, na América Latina o nível de vida no início da década de noventa era mais baixo que o da década de setenta. Dos 84 países menos desenvolvidos, 54 tiveram quebras no rendimento nacional *per capita* na década de oitenta. Em 14 países, o rendimento per capita caiu cerca de 35% (Ihombere, 1992: 989). Em treze anos, a dívida externa dos países do Sul passou de 170 bilhões de dólares em 1975 para 1.200 bilhões em 1988. Calcula-se que 1 bilhão de pessoas — mais de 14% da população mundial — viva em pobreza absoluta, ou seja, dispondo de um rendimento inferior a cerca de 365 dólares por ano. Do outro lado do abismo, 15% da população mundial produziu e consumiu 70% do rendimento mundial (Santos, 2018, p. 158).



A obra de Boaventura contribui, ademais, para compreender de que forma o DRG pode ser uma forma eficaz de combater a desigualdade radical e favorecer a erradicação da pobreza global, vez que problemas de ordem ecológica são evidentemente uma das questões mais desafiadoras do ritmo de desenvolvimento vigente e impactam de forma diferenciada populações periféricas. Em primeiro lugar destaca-se a proeminência de uma contundente crise climática que compromete a permanência humana na Terra, crise esta que se aprofundou ao mesmo ritmo da expansão da transnacionalização econômica, em um fenômeno caracterizado como uma “intensificação das culturas de exportação” (Santos, 2018, p. 162), que se encaixa dentro da lógica do Consenso das *Commodities* (SVAM-PA, 2013) e fortalece uma divisão internacional do trabalho profundamente marcada pela assimetria entre os países do Norte e Sul. Como o DRG visa implementar a transferência de renda para economias e populações empobrecidas através de uma receita monetária que incide sobre relações comerciais que tem como produtos os recursos naturais explorados pelos Estados nacionais, a tendência é de que a aplicação de tal dividendo reverta-se em um desestímulo ao uso e exploração de tais matérias-primas, como, por exemplo, o petróleo. Pogge defende, nesse sentido, que o DGR “deve se concentrar nos usos de recursos cujo desestímulo seja especialmente importante para a conservação e preservação ambiental. [...] A reforma do DRG pode produzir grandes benefícios ecológicos que são difíceis de obter de uma forma mais coordenada” (Pogge, 2007, p. 155).

Inobstante tais questões concernentes ao primeiro enfoque desenvolvido por Pogge, cumpre salientar, de forma breve, duas outras questões: a primeira atinente ao caráter excludente do uso de recursos naturais e a segunda referente ao passado comum e violento que marca a história dos Estados modernos. Uma condição de vida adequada não é a realidade de grande parte da população global, o que evidencia que o modelo de desenvolvimento capitalista baseado na apropriação e conseqüente poluição do meio ambiente – compartilhado por todos – não se reverte em ganhos sociais reais para uma considerável parcela de habitantes de países mais pobres.

Outrossim, o ônus resultante de tal processo é distribuído de forma ampla e desigual – uma vez que, conforme lecionam os autores da Justiça Ambiental, as vítimas diretas de processos de devastação ambiental tendem a ser populações mais pobres e habitantes de países periféricos, como atestam as “zonas de sacrifício” (Acselrad, 2004) –, consubstanciando-se um cenário de exclusão que deve ser combatido através da realização de um dever de justiça, o que pode ser realizado através de uma transferência de recursos cuja finalidade destine-se à garantia de condições de vida dignas, tal qual a proposta do DGR.

Por sua vez, a segunda questão estabelece os vínculos históricos que se consolidam quando se analisa a existência da desigualdade radical: os países mais ricos, que conseguem garantir condições de vida digna para suas populações, são aqueles cujo impérios avançaram brutalmente sobre quatro continentes, destruindo suas culturas, ex-

plorando mão de obra, escravizando enormes contingentes populacionais e consolidando posições iniciais nas quais a desigualdade é o invólucro basal. Dessa forma, a continuação temporal desses processos sociais, permeados por “enormes e graves erros” (Pogge, 2007, p. 151), se traduz em uma clara sustentação da injustiça, a qual, reafirma-se através das relações comerciais vigentes.

Cumprido salientar, por fim, um aspecto problemático da proposta desenvolvida por Pogge: a aplicação do DRG seria realizada através de uma política de aumento do preço mundial de determinadas *commodities*, tal qual o petróleo, como exemplificado pelo filósofo. Entretanto, ao repassar os custos para os consumidores, ou seja, para os usuários finais do recurso, opera-se uma conhecida política de socialização dos prejuízos e manutenção das enormes quantias de lucro. Em que pese os cidadãos consumidores de petróleo de países centrais sejam brutalmente mais ricos que a totalidade da população que vive em condições miseráveis, é fato que os maiores impactos financeiros seriam sentidos de maneira mais veemente e sensível pela camada menos abastada de tais Estados, enquanto grandes empresários do setor petrolífero e a elite econômica composta por seus acionistas majoritários seguiria aferindo substanciais receitas monetárias através do lucro proveniente de atividades extrativistas, o que naturaliza a concentração de renda e riquezas e blinda as elites.

O panorama supramencionado é esmiuçado de forma bastante clara por Sonia Alvarez Leguizamón, em “*A Produção da Pobreza Massiva e sua Persistência no Pensamento Social Latino-americano*”, obra na qual a socióloga investiga a própria estrutura social de países considerados dependentes, os quais se enquadram em uma posição econômica subordinada a interesses hegemônicos de potências globais. Para a autora, que recepciona a noção de que as economias de países pobres inserem-se em um contexto dependente, primário e exportador, o problema da miséria guarda profundo vínculo com “causas histórico-estruturais – arraigada na história e nas estruturas econômicas de intercâmbio mundial dependente e nas relações de poder” (Leguizamón, 2007, p. 89), o que dialoga com os enfoques de Thomas Pogge acerca do passado comum marcado pela violência e genocídio de povos. A abordagem de Leguizamón, no entanto, traz luz sobre contradições sociais que parecem ser ignoradas pelo filósofo alemão, uma vez que problematiza a própria organização social classista que mantém elites econômicas em posições de grande privilégio.

Para a autora, a exploração de recursos naturais em países periféricos é responsável por um duplo processo que merece ser enfrentado: I) apropriação do excedente por parte de elites locais; II) apropriação do excedente por parte dos capitais estrangeiros. Tais fenômenos são responsáveis por perpetuar a “exclusão das massas na participação política e persistência das discriminações étnica, social e política de grandes setores da população” (Leguizamón, 2007, p. 89). Tal perspectiva se demonstra fundamental para compreender a manutenção da desigualdade radical, que se corporifica através da retroa-

limentação entre a exploração de mão de obra e a perpetuação de privilégios a setores populacionais específicos que exercem forte influência política e concentram grande parte das riquezas mundiais. O combate à organização social elitista que reproduz opressões de classe de forma constante e exponencial deve permear a agenda política concernente à erradicação da pobreza global.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto apresentado nas páginas anteriores conduz a um importante paradigma de nosso tempo: a pobreza global deve ser erradicada como forma de efetivar direitos humanos e garantir uma vida digna à parcela da população mais miserável, sobretudo compreendendo que tais circunstâncias não se tratam de mera fatalidade ou causas naturais, mas sim de processos econômicos e políticos estruturais orquestrados e perpetuados por atores sociais comprometidos com interesses próprios.

A acumulação de riquezas e o modelo hegemônico de desenvolvimento vigentes se demonstram em crise no que concerne à qualidade de vida, igualdade de oportunidades e condições. Entretanto, como demonstrado, soluções de cunho individual que ignoram problemáticas estruturais não dão conta de apresentar respostas eficazes ao paradoxo da desigualdade radical. A própria existência da riqueza e da pobreza absoluta denunciam a contínua manutenção de uma ordem social injusta incapaz de incidir de forma benéfica sobre a realidade da população mais pobre, o que cristaliza a necessidade de questionar tal sistema e os laços econômicos que se concretizam entre países ricos e pobres.

Ainda, como delineado, a humanidade não pode pautar seu futuro sem refletir sobre a crise climática e formas de se relacionar com a natureza, o que pode mudar os rumos das economias periféricas no sentido de superar amarras coloniais de exploração vinculadas à (re)primarização da economia e vigência do Consenso das *Commodities* com a respectiva pressão sobre recursos naturais limitados. A transferência de recursos e descentralização do poder econômico, com o conseqüente enfrentamento à concentração de riquezas, se traduzem em medidas que se impõe na agenda política pela efetivação de direitos humanos e combate à miséria. Como prenunciou o Padre Joseph Wresinski, em frase gravada em sua lápide em Paris, a 17 de outubro de 1987 e reproduzida em peça de granito situada na Rua Augusta, em Lisboa: “onde a pessoa está condenada a viver na miséria, os direitos humanos são violados. Unir-se para os fazer respeitar é um dever sagrado”. Que a humanidade possa superar o panorama vigente e traçar rotas comprometidas com a garantia de dignidade para todas as populações ao redor do globo, principalmente para aquelas cujas realidades são retrato do lado mais obscuro do capitalismo, permeado pela pobreza e pela miséria.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. De “bota foras” e “zonas de sacrifício” – um panorama dos conflitos ambientais no Estado do Rio de Janeiro. *In*: ACSELRAD, Henri. (Org.). **Conflito social e meio ambiente no estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

GABOARDI JUNIOR, Alcides. A Importância da Produção na Agricultura Familiar para a segurança alimentar. *In*: **Jornada Questão Agrária e Desenvolvimento**, 2ª edição, 2013. Curitiba: CERU-UFPR - Centro de Estudos Rurais e Ambientais do Paraná, 2013.

LEGUIZAMÓN, Sonia Alvarez. A Produção da Pobreza Massiva e sua Persistência no Pensamento Social Latino-americano. *In*: CIMADAMORE, Alberto D.; CATTANI, Antonio David (org.). **Produção de pobreza e desigualdade na América Latina**. Porto Alegre: Tomo Editorial / CLACSO, 2007. p. 79-124. Tradução de Ernani Ssó.

POGGE, Thomas. Para Erradicar a Pobreza Sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, p. 143-166, 2007. Semestral.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. p. 122-146.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Norte, o Sul e a utopia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Construindo as Epistemologias do Sul**: antologia essencial. volume I: para um pensamento alternativo de alternativas. Buenos Aires: CLACSO, 2018. p. 145-222. Compilado por Maria Paula Meneses [et al.].

SVAMPA, Maristella. **El consenso de los commodities y lenguajes de valoración en América Latina**. Buenos Aires: Nueva Sociedad: 2013. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/consenso-de-los-commodities-y-lenguajes-de-valoracion-en-america-latina/>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SVAMPA, Maristella. **Las fronteras del neextractivismo en América Latina**: Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias. Guadalajara: Calas, 2019.

SINGER, Peter. Ricos e pobres. *In*: SINGER, Peter. **Ética prática**. Lisboa: Gradiva, 2000. p. 239-268.

**TEORIA  
CRÍTICA  
DA RAÇA**



# CONFLITOS ARMADOS E NECROPOLÍTICA NO RIO DE JANEIRO: CIDADE MARAVILHOSA PARA QUEM?

*Matheus Bonfim Picussa<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se debruça inicialmente sobre a temática da necropolítica, conceito teorizado por Achille Mbembe, filósofo camaronês, que a partir do paradigma da modernidade pode traçar perspectivas que relacionam o passado histórico da escravidão com agendas políticas igualmente racistas operadas por parte dos estados contemporâneos, o que se sitematiza através do poder coersitivo, punitivo e policial. Para o filósofo, a força estatal se manifesta de diferentes modos de acordo com a raça dos cidadãos, sendo possível verificar uma contundente seleção de quem pode viver e quem pode morrer. Vale ressaltar que tal processo não se dá na conjuntura política de maneira isolada (não se limita ao uso do aparato estatal policial), mas se estabelece de forma complexa, estrutural e institucional. Em sociedades capitalistas, principalmente no âmbito da periferia global, verifica-se um amplo processo de marginalização de determinados contingentes populacionais, além de uma política de negação e violação de direitos que acabam por se traduzir em uma massiva desconsideração da dignidade humana, constituindo um dos fenômenos peculiares e característicos da necropolítica, vez que a população negra e empobrecida se estabelece como a vítima imediata.

É necessário considerar, no âmbito da realidade brasileira – país que ocupa posição periférica no capitalismo global – que vivemos em um país em que, em razão da miscigenação, muito se defende o mito da democracia racial, e por conta disso, por vezes se deixa passar despercebido as injustiças cometidas contra as classes menos favorecidas, em especial, pessoas negras e periféricas. Embora seja um tema atual, esse problema tem raízes em tempos longínquos, no período colonial brasileiro, quando foi verificado um processo de contínua e ininterrupta exclusão social dos ex-escravos, acarretando o estabelecimento de políticas públicas mantenedoras de uma ordem política caracterizada pelo racismo estrutural, o qual se traduz por intermédio da negação de direitos e condições dignas de vida a grupos específicos da população brasileira, compostos, sobretudo, pelo povo negro. Diante do crescimento das favelas, com o passar das décadas, o processo de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

opressão se modificou, antes na pessoa do senhor de engenho, agora na figura de policiais e milicianos. Antes o preconceito era escancarado, no instituto da escravidão, já na atualidade, o preconceito é exposto através da necropolítica. Tal conceito expõe a vigência de relações de poder que se consubstanciam em âmbito estatal e se traduzem como formas de selecionar vidas e corpos específicos que merecem ou podem morrer.

A referida seleção se estabelece através de um forte caráter racial, permitindo que populações não brancas sejam socialmente e institucionalmente vitimadas pelas operações ostensivas – polícia, por exemplo – e pelas omissões estruturais que afastam o povo periférico de maioria negra de esferas protetivas de direitos. Nesse sentido, o objetivo dessa pesquisa é analisar esse fenômeno social existente em todo o território brasileiro, porém, para fins de delimitação, este será focado na cidade do Rio de Janeiro, por possuir um dos maiores índices de mortalidade de pessoas negras. Como qualquer fenômeno, ele possui fatos que o causam, sendo apenas consequências de uma junção de fatores, e esses fatos são as raízes históricas da escravidão, o preconceito escancarado e a impunidade.

A fim de trazer embasamento teórico à atual pesquisa, foram selecionadas dois autores que tratam sobre o tema, Michel Foucault e Achille Mbembe, com foco nas obras, respectivamente, “Vigiar e Punir” e “Necropolítica”. A hipótese central que corporifica a pesquisa é a existência de um vínculo entre a necropolítica e o passado colonial, de forma a verificar se os processos hodiernos possuem, de fato, raízes no período histórico supramencionado. Ainda, pretende-se averiguar a existência de um vínculo entre a violência estatal e a política nacional cultuada na pessoa do atual presidente da república, que por vezes discursa a favor de práticas discriminatórias.

De forma metodológica, após a leitura, os materiais juntados foram fichados, facilitando a organização das teorias para análise crítica e cotejo entre as mais variadas contribuições. Com o recorte bem definido e a formulação do problema-chave abordado, os objetivos da pesquisa foram satisfeitos, atingindo uma maior conscientização acerca do problema, a fim de amenizar a propagação de mitos como a democracia racial e a meritocracia, e a produção de material científico com o objetivo de cooperar com futuras pesquisas acerca do tema.

Em um primeiro momento foi realizado um maior levantamento dos materiais bibliográficos a serem utilizados: obras de sociólogos e juristas contemporâneos, artigos científicos, matérias relacionadas, fontes legislativas, para um bom entendimento do tema. Posteriormente, sob orientação da professora Danielle Anonni, alguns textos específicos tiveram suas ideias discutidas e debatidas proporcionando a expansão da compreensão jurídica de determinados conceitos jurídicos significativos ao tema. Análises críticas sobre os materiais foram desenvolvidas e incorporadas separadamente, com o objetivo de concretizar conceitos relevantes a cada doutrina, para fundir as análises que, somadas aos



estudos de casos concretos, embasam a discussão apresentada. O resultado da análise revela as particularidades desse fenômeno no Brasil e no Rio de Janeiro.

Para fins de sistematização da presente pesquisa, o enfoque na realidade carioca torna-se um objeto de pesquisa relevante e suficientemente apto a demonstrar a vigência da necropolítica, uma vez que pode ser considerada uma das cidades que mais possui favelização no Brasil, por conta da má resolução dos problemas escravocratas coloniais, o que se demonstra, por exemplo, a partir da análise da Lei de Terras de 1850, a qual impossibilitou a aquisição de terras senão pela compra, inviabilizando qualquer garantia de moradia e subsistência digna aos ex-escravos, expulsando-os para as zonas periféricas, com a ocupação de morros e encostas.

Destaca-se e evidencia-se a relevância das presentes investigações através do segundo o Relatório Anual de 2021 do Instituto Fogo Cruzado, que identificou um aumento de 15% nos tiroteios durante operações policiais registradas na Grande Rio, na comparação com 2020. Algo que tem estrita relação com a conjuntura política atual, uma vez que, em discursos proferidos pelo Presidente da República e por parte de seus apoiadores, foi defendida a “licença para matar” por parte dos policiais, entendimento corroborado pelo “pacote anticrime”, de autoria do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, visando ampliar as hipóteses de aplicação da excludente de ilicitude por legítima defesa, fragilizando sua comprovação e endossando a violência policial.

A partir da campanha eleitoral de 2018, a extrema direita passou a ganhar poder e voz, antes suprimida pelas conquistas democráticas e do direito humanitário, agora “sem vergonha” exprime pensamentos autoritários e discriminatórios vinculados a uma agenda populista e punitivista, que propaga a noção de que a garantia de segurança pública se estabelece a partir da guerra a inimigos comuns como traficantes e pequenos criminosos, consubstanciando um regime de perseguição pautado pelo “direito penal do inimigo”, teoria do jurista alemão Günther Jakobs, segundo a qual aqueles rotulados como criminosos podem ter suas esferas protetivas de direitos violadas em nome de uma certa garantia de segurança esculpida através de valores morais. Tais contribuições encontram eco no interior da criminologia crítica.

Dentre aqueles que são escolhidos como “inimigos” e selecionados como alvos prioritários, há aqueles que são vitimados pela lógica de desvalorização da vida de extratos populacionais já marginalizados sob os quais recai o braço armado do Estado. Assim, publicações a respeito do debate são iminentes, o que suporta a necessidade de atenção do pesquisador para constante atualização e acompanhamento de modo a demonstrar e denunciar as inconsistências do modelo social e punitivo vigente.

Dessa forma, conclui-se que o presente trabalho cumpre com uma importante tarefa atinente ao desenvolvimento de investigações acerca dos conflitos armados que se concretizam no interior de sociedades capitalistas diversas, com enfoque no Brasil e, mais

especificamente, no Rio de Janeiro. Assim, analisam-se as formas através das quais o Estado instrumentaliza uma política de morte – denominada necropolítica – contra determinadas camadas da população, com um critério racional bem demarcado e historicamente construído. Para tanto, não se pode desconsiderar que a construção histórica dos direitos humanos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial se defronta com a realidade atual, na qual a dignidade ainda se demonstra utópica e a “cidade maravilhosa” só é um desfrute para um grupo seletivo e restrito da população, sobretudo de origem branca e rica.

## 2. NECROPOLÍTICA COMO CONCEITO E INSTRUMENTO DE ANÁLISE DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Ao estudar a necropolítica impõe-se uma inflexão temática em direção às teorizações primeiramente estabelecidas por Michael Foucault, ao defender a existência do que qualificou como “biopoder”. Para Foucault, “o poder opera de modo difuso, capilar, espalhando-se por uma rede social que inclui instituições diversas como a família, a escola, o hospital, a clínica. Ele é, por assim dizer, um conjunto de relações de força multilaterais” (Foucault, 2004). Tais manifestações de poder seriam responsáveis por manter redes diversas que se traduzem em formas autoritárias e segregacionistas de controle sobre os indivíduos, as quais partem de um conhecimento produzido a fim de implementar certos discursos e afastar outros.

No entanto, para Achille Mbembe, através da teorização do conceito de necropolítica, o biopoder explicado por Foucault e a incidência dos discursos por ele formulados possuem uma aplicabilidade limitada, uma vez que deixam de contemplar o elemento racial, que passa a ser central na teoria do camaronês, haja vista a identificação da vigência de um racismo de estado através do qual certos corpos são “matáveis” (Mbembe, 2018), ao passo que outros não, aqueles corpos que constantemente estão correndo riscos são considerados, nesta senda, passíveis de morte, não causando revolta, tampouco indignação. Trata-se, assim, de uma naturalização da morte e banalização da vida daqueles definidos com um parâmetro racial definidor.

A fim de demonstrar de que forma tais fenômenos se manifestam na realidade brasileira, e sobretudo em âmbito carioca, faz-se necessária a procedência com estudos de caso que contribuem para a melhor visualização da política de morte operada pelo Brasil e levada a cabo por diversas agências estatais. No entanto, conforme nos ensina Mbembe, a efetivação da necropolítica não se manifesta de forma exclusivamente direta e imediata, pelo contrário, se verificam através de variadas nuances e formas de sistematização, sejam elas mais sutis – através da omissão estatal e desproteção social a populações não brancas – ou mais diretas – como se percebe ao vislumbrar a violência policial.

Em 7 de abril de 2019, às 14 horas e 40 minutos, Evaldo dos Santos Rosa estava dirigindo um Ford Ka, com cinco ocupantes pela estrada do Camboatá, quando militares do exército brasileiro abrem fogo. Evaldo, atingido, morreu na hora. Sergio Gonçalves, que estava no carro, ficou ferido e Luciano, que passava pelo local e tentou prestar socorro, também foi baleado e morreu onze dias depois. Os ocupantes do veículo e as testemunhas afirmaram que os militares iniciaram os disparos abruptamente, pelas costas, sem nenhuma sinalização ou advertência anterior, e não pararam de atirar nem mesmo após a saída da esposa, grávida, e do filho do músico do carro. De acordo com a Polícia Militar Judiciária, os militares dispararam 257 tiros de fuzil. 62 perfuraram o automóvel. Evaldo dos Santos Rosa era negro.

Outro caso importante é o de Rodrigo Alexandre da Silva Serrano. Era uma segunda-feira e chovia (17/09/2018), no início da noite, no Rio de Janeiro. Morador da favela Chapéu Mangueira, na zona sul, Rodrigo Alexandre da Silva Serrano, 26 anos, desceu a ladeira para esperar a mulher e os filhos com um guarda-chuva preto, um celular, um “canguru” (aquela espécie de suporte para carregar crianças) e as chaves de casa, próximo ao bar do David. Eram 19h30. De repente, três disparos. Na sequência, Rodrigo percebeu que foi baleado. Segundo moradores, policiais da UPP (Unidade de Polícia Pacificadora) da comunidade teriam atirado no homem por ter confundido seu guarda-chuva com um fuzil e o “canguru” com um colete à prova de balas. Rodrigo Alexandre era negro.

Marcos Vinicius, 14 anos, estava indo pra escola quando ouviu barulho de tiros e resolveu voltar para casa, por sentir medo, no caminho de volta foi atingido na barriga por balas de um fuzil policial. Ele estava de uniforme, com uma mochila cor de abóbora. O adolescente morador do complexo da Maré era negro. Diante desse contexto social, iremos analisar cada uma das razões e estruturas que mantêm esse sistema de violência e mortandade no século XXI.

A fim de contextualizar tal cenário de forma ainda mais atual, datada de maio de 2021, destaca-se o ocorrido na comunidade denominada Jacarezinho, localizada no município do Rio de Janeiro, oportunidade na qual a polícia, no bojo de cumprimentos de mandados de segurança emitidos em desfavor de supostos envolvidos no tráfico de drogas, realizou uma operação que se consubstanciou como uma verdadeira chacina, através da qual vitimou de forma letal 27 cidadãos, grande maioria sem qualquer antecedente criminal. No entanto, ainda que tivessem, não emcumbe à polícia selecionar arbitrariamente quem deve morrer.

Ainda, mencionam-se traços basilares entre os diversos casos anteriormente analisados e as contribuições da Criminologia Crítica, corrente teórica surgida no final do século XX que questiona o Direito Penal, os mecanismos de controle social, o exercício do poder estatal e a finalidade do sistema de justiça criminal, bem como seus modos de atuação no interior de sociedades capitalistas e sua vinculação com a perpetuação de opressões

vinculadas à classe. Dessa forma, é possível afirmar a existência de uma profunda relação entre as opressões de classe e as segregações raciais que se concretizam em meio aos mais diversos espaços sociais.

Para tanto, faz-se especial menção aos estudos de Alessandro Baratta acerca do que se pode chamar de “intervenção das instâncias oficiais” (Baratta, 2011, p. 182) sobre a população, o que ocorre de modo desigual, seletivo e desproporcional entre as classes sociais, sendo o Direito Penal um mecanismo de repressão e controle de condutas descritas como ilícitas. Tais comportamentos antijurídicos, previstos nos tipos penais, são interpretados pela criminologia crítica como resultantes de um processo de criminalização, ou seja, não se referem a uma qualidade ontológica das ações e omissões, mas sim ao exercício discricionário e arbitrário de um poder concentrado nas mãos de determinados grupos sociais dominantes (no sentido econômico e político), os quais instrumentalizam as instâncias oficiais de acordo com seus próprios interesses particulares referentes à proteção de bens jurídicos protegidos e à seleção de indivíduos estigmatizados sobre os quais recai a violência estatal (seja ela lícita – sanções – ou ilícitas).

### **3. POSSÍVEIS DIÁLOGOS: NECROPOLÍTICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O sistema penal e as instâncias políticas de controle social atuam para a criação de um “inimigo” da sociedade, o que cria no imaginário comum a noção de legitimidade de ações truculentas das polícias, como aquelas verificadas na Chacina do Jacarezinho. Assim, o Direito Penal do Inimigo, teorizado por Günther Jakobs (2002), se demonstra presente no cenário policial bélico consolidado no Brasil, uma vez que determinados sujeitos perdem sua posição enquanto cidadãos e passam a ter garantias legais suprimidas de forma brutal por parte do Estado, relativizando seus direitos, antecipando punições e as aplicando de forma desproporcional, inaugurando uma ordem de exceção que afronta princípios jurídicos basilares.

Relacionando as contribuições teóricas de criminólogos críticos como Baratta com a teoria de Achille Mbembe, é possível verificar que sociedades excessivamente desiguais como a brasileira concentram uma dupla e sistemática opressão: de classe e de raça. Não se pode olvidar que a incursão policial e estatal em desfavor das camadas populacionais mais desprotegidas e marginalizadas acaba por atingir, de forma contundente e majoritária, a população negra.

Assim sendo, a pesquisa científica, de natureza aplicada, qualitativa, exploratória e bibliográfica, busca gerar novos conhecimentos para aplicação direta a partir das conclusões tomadas pelas análises dos materiais reunidos. Seu caráter exploratório diz respeito ao método utilizado para compreensão do tema, pois, se tratando de uma situação

problema, o assunto discutido, necropolítica, foi estudado a fim de esgotar todas as possibilidades de transações no âmbito social e jurídico, para, por meio da análise bibliográfica concluir e especificar as estruturas que corroboram com a manutenção da violência e mortalidade da população negra e periférica, fenômeno esse que remete aos tempos coloniais:

A extinção do regime escravocrata em 1888, sem a criação de políticas de inserção dos ex-escravos no mercado de trabalho ou de garantias básicas de sobrevivência (alimentação, moradia e saúde), gerou migrações em massa para as cidades de desempregados e subempregados que, sem condições de comprar ou alugar moradias legais, se alojam em cortiços, antigos quilombos ou constroem moradias em áreas ilegais e desvalorizadas de morros, grotas e pântanos. Com as demolições dos cortiços do Centro pelo Prefeito Pereira Passos, entre 1902 e 1906, sem indenização, seus moradores passaram a ocupar os morros mais próximos. (MAGALHÃES, J. C. R. Histórico das favelas na cidade do Rio de Janeiro. Desenvolvimento, Brasília, Ano 7, Ed. 63. 2010)

Os reflexos disso na atualidade são integralmente expressos na necropolítica, que pode ser entendida como

O poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Com base no biopoder e em suas tecnologias de controlar populações, o “deixar morrer” se torna aceitável. Mas não aceitável a todos os corpos. O corpo “matável” é aquele que está em risco de morte a todo instante devido ao parâmetro definidor primordial da raça (Ignacio, 2020)

Através da leitura de artigos e livros sobre o assunto, tem-se que a cada dia que passa a realidade desse tema no Brasil, e principalmente em cidades que possuem grandes periferias, como o Rio de Janeiro, tem sentido o impacto da necropolítica defendida pelas altas camadas do governo brasileiro, mais especificamente, a pessoa do atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro.

A violência armada contra pessoas negras, a relativização da vida, a inércia diante das atrocidades cometidas em nome da “guerra às drogas” – que na verdade se tornou a “guerra aos periféricos” – torna-se evidente a partir dos dados coletados, o que corporifica a problemática objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, diante de preceitos constitucionais e de direitos humanos reconhecidos e consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que o combate à agenda necropolítica anteriormente referenciada torna-se um imperativo, a fim de efetivar direitos fundamentais e cessar suas constantes e violentas violações. Para Melina Girardi Fachin, por exemplo, para efetivação de direitos humanos, deve-se antes traçar desafios contemporâneos que se impõem para a plena e mais ampla concretização de uma realidade universal na qual sejam garantidas prerrogativas mínimas capazes de favorecer

a emancipação de todo indivíduo, independentemente do local do globo em que tenha nascido (Fachin, 2013).

Nesta senda, pode-se inferir que as pautas políticas representadas por lideranças de extrema direita – Jair Bolsonaro e seus apoiadores em âmbito estadual, como Cláudio Castro, governador do Rio Janeiro – possuem um considerável peso no que concerne ao extermínio sistemático da população negra e periférica, demonstrando a operacionalização da necropolítica através das instituições, sobretudo no Rio de Janeiro, como evidenciam os casos estudados.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, tal panorama político e socioestrutural demonstra a necessidade de construção de alternativas capazes de frear o avanço de tal agenda, mas não só, deve-se ainda traçar rotas comprometidas com a superação do sistema sobre o qual tais fenômenos se consolidam, limitando o poder de elites econômicas e políticas de forma a garantir a efetivação de direitos humanos, o que não é possível sem o combate ao sistema econômico desigual caracterizado pela proeminência de interesses particulares sobre a vida da maioria do povo. Salienta-se, por fim, que no que se refere às forças policiais e ao poder bélico do Estado, impõe-se uma urgente reforma das polícias e do modelo de segurança pública, sendo necessária a implementação de um novo paradigma comprometido com a materialização progressiva de uma política criminal não punitivista e mais popular, de modo a resguardar a vida das atuais vítimas da necropolítica.

#### REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2013.
- FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004.
- IGNACIO, Julia. Necropolítica: o que esse termo significa? **Politize!**, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/necropolitica-o-que-e/>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. 2. Ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006. 152 p.
- MAGALHÃES, J. C. R. Histórico das favelas na cidade do Rio de Janeiro. **Desenvolvimento**, Brasília, Ano 7, Ed. 63. 2010.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: n-1 edições, 2018.

**DIREITO  
DOS POVOS  
ORIGINÁRIOS E  
COMUNIDADES  
TRADICIONAIS**





# O CRIME, AFINAL, É CRIME PARA QUEM? UMA REFLEXÃO CRÍTICA A PARTIR DA CULTURA DE POVOS INDÍGENAS LATINO-AMERICANOS

Matheus Antunes Rigueti<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A existência de populações originárias na América Latina e suas respectivas organizações culturais plurais defronta-se com a chegada dos colonizadores, uma vez que a expansão imperial reclamou a imposição de padrões sociais benéficos ao estabelecimento do capitalismo mercantil, criando-se, nesse sentido, categorias duais úteis à consolidação do poder europeu sobre os povos indígenas, tais como: brancos e não brancos, civilizados e bárbaros, racionais e míticos (Quijano, 2014).

Tal processo é identificado por Aníbal Quijano, autor do conceito de “colonialidade do poder”, como o estabelecimento de uma cultura global em torno da hegemonia europeia e ocidental, sendo, portanto, o início de um controle hierárquico sobre “la subjetividad, de la cultura, y en especial del conocimiento, de la producción del conocimiento” (Quijano, 2014, p. 787), o que irradia no interior do campo jurídico e orienta a construção de sua lógica. Assim, o direito estatal, fruto das convergências políticas dominantes entre as elites de um determinado tempo e espaço, é responsável por suprimir manifestações culturais e intelectuais heterogêneas para, *ad continuum*, universalizar categorias abstratas que não refletem a integralidade social, o que denuncia a existência de processos estruturais de subjugação e exclusão, marcadamente através da assimilação e integração culturais a uma ordem jurídica.

Por sua vez, as independências das colônias ibero-americanas não representaram alterações no cerne da estrutura social moldada pelo arquétipo ocidental eurocêntrico, pelo contrário, materializaram o desenvolvimento de uma ordem socioeconômica reprodutora das exclusões operadas *a priori*, fenômeno que se estendeu ao direito e, por correspondência, ao direito penal. Assim, ao tratar sobre a aplicação da lei penal estatal a povos indígenas, deve-se investigar em que medida a hermenêutica jurídica nacional é aplicável à realidade de grupos sociais que, apesar da brutal repressão, mantêm modos de vida e

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

organizações socioculturais próprias que, majoritariamente, não são recepcionadas pelo ordenamento legal ou o são de maneira invisibilizadora.

Dados estatísticos demonstram a pluralidade cultural existente em países latino-americanos. No Brasil, o último censo demográfico estimou que a população indígena beira 900 mil habitantes, pertencentes a pelo menos 305 povos<sup>2</sup>, falantes de mais de 270 línguas e mantenedores de instituições sociais próprias (IBGE, 2010). A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe estima que o número de indígenas em todo o continente ultrapassa 45 milhões, sendo o México o país que concentra o maior contingente populacional (cerca de 17 milhões) e a Bolívia o país no qual há maior concentração proporcional de povos originários, representando 62,2% da população absoluta (Cepal, 2014).

Tal panorama evidencia a importância de se discutir o que se convencionou chamar de plurinacionalidade, elemento social presente em Estados latinoamericanos que se refere à superação da concepção moderna de Estado-Nação – calcada em termos eurocêntricos – através do reconhecimento da diversidade cultural interna e, por consequência, da existência de nações plurais. Todavia, povos pertencentes a culturas não hegemônicas são estruturalmente subjugados para favorecer projetos de dominação e espoliação, marcadamente caracterizados pela violência contra tais populações, como demonstra a história colonial. Culturas e modos de vida originários são rotulados como menos desenvolvidos e primitivos, como um obstáculo ao progresso e, a partir de tais definições, constrói-se uma ideologia excludente que visa estabelecer um padrão social benéfico à expansão do desenvolvimento em detrimento da vida de povos tradicionais, impondo-lhes massivamente a dizimação ou a integração à cultura dominante como destinos fatais. A proteção social e a garantia de direitos para tal parcela populacional são impedidas por concepções universalizantes que tendem a suprimir diferenças em favor de artifícios jurídicos formais que (re) produzem exclusões e aniquilam a igualdade material.

O direito estatal, nesse sentido, triunfa categorias ocidentais, como a própria cidadania e a propriedade privada, como paradigmas sociais gerais. No entanto, exclui qualquer proteção a noções tradicionais que possam obstar a lógica de acumulação monetária que guia as economias capitalistas e, inobstante, aplica sua força como se sua essência fosse igualmente compartilhada por todas as culturas contra as quais se direciona. A terra, por exemplo, não se resume à patrimônio comercial, mas por muito tempo o direito ignorou outras noções de território e ainda hoje favorece direitos particulares, o que não coaduna com óticas coletivistas, tampouco com a relação profunda entre a vida, subsistência, natureza e a terra, elementos compartilhados por diversas culturas originárias. Carlos Frederico Marés

---

<sup>2</sup> Cumpre salientar que os dados estatísticos coletados pelos órgãos estatais não dão conta de representar a integralidade da diversidade cultural das populações originárias, uma vez que muitas delas vivem em completo isolamento voluntário, não se podendo estimar ao certo o número de etnias existentes, sendo certo, no entanto, o fato de que ultrapassam os números oficiais.

de Souza Filho (2006) identifica o exercício da titularidade de direitos como uma barreira de suma relevância na perspectiva indigenista histórica, uma vez que tudo o que remetesse ao coletivo não tinha relevância jurídica, não era direito, restava invisível.

Nesse diapasão, a cidadania e a proteção jurídica tornam-se instrumentos de usufruto exclusivo de uma camada social restrita, o que evidencia a existência de um profundo descompasso entre a letra da lei e as vastas realidades culturais de um determinado Estado. O direito, assim sendo, é legítimo para quem? A soberania popular, vetor da ordem democrática, se converte em garantia de participação política para todas as nações de um determinado país de forma equânime? Por qual motivo o direito formal estatal não dialoga com as crenças, normas e realidades de uma parcela considerável da população sobre a qual impera?

Por fim, considerando o panorama macrossociológico anteriormente delineado, bem como a incidência dos mecanismos de repressão penal, impera-se uma meticulosa discussão acerca dos impactos que o cárcere pode gerar sobre sujeitos e identidades indígenas que muitas vezes não compartilham os mesmos valores e princípios sociais, tampouco as mesmas crenças em mecanismos correccionais estabelecidos pela cultura ocidental dominante, da qual se origina o direito estatal.

Assim, o presente trabalho dedica-se à investigação de tais paradoxos sob à luz de contribuições teóricas interdisciplinares necessárias para se compreender as estruturas sociais plurinacionais nas quais tais problemáticas se verificam. Sem embargo, analisam-se estudos acerca do processo de controle social e formas alternativas de reprimir condutas lesivas de acordo com a cultura específica na qual bens jurídicos tutelados por certa comunidade são violados, sempre sob o prisma da interculturalidade e autodeterminação dos povos, paradigmas comprometidos com o resguardo e afirmação de interesses secularmente suprimidos em nome de inclinações ideológicas dominantes.

Diante de tais prognósticos basilares e investigações teóricas subsequentes objetiva-se traçar rotas sociais, jurídicas e políticas harmônicas com a garantia de uma vida digna a povos historicamente violados em suas esferas identitárias e culturais, de forma a preservar direitos fundamentais cuja proteção é vital e urgente. Pretende-se, nesta toada, estudar o cenário atual concernente à repressão penal contra populações indígenas, seus liames jurídicos internos e internacionais, as implicações do cárcere e suas limitações, bem como modelos correccionais alternativos passíveis de aplicação no âmbito das culturas originárias.

## 2. ESTADOS PLURINACIONAIS: POVOS INDÍGENAS E A LEI

A existência de estados plurinacionais, como já delineado, trata-se de uma realidade fática em países da América Latina, sendo irrefutável a afirmação quanto à existência de diversas nações no interior de um mesmo território nacional. A diversidade étnica, corporificada através da presença de diversas culturas indígenas e originárias, reclama, nesse sentido, a construção de instrumentos políticos capazes de romper com concepções arcaicas vinculadas ao passado colonial, impondo-se a superação das formas de opressão e exclusão direcionadas contra tais populações.

A garantia de dignidade humana e plenas condições de existência para todos os seres humanos passam a figurar como paradigmas sociais e jurídicos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e a posterior edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). No entanto, diversas organizações políticas e movimentos sociais protagonizados, sobretudo, por grupos minoritários, como as populações indígenas e negras, rechaçam a mera garantia formal de direitos como solução para as problemáticas da contemporaneidade, pugnando pela implementação concreta de políticas públicas comprometidas com a superação fática de exclusões históricas.

É nesse contexto que surgem as reivindicações dos povos indígenas por autonomia e autodeterminação como formas de superar os enclaves sociais ocidentais que os relegam ao genocídio, à usurpação territorial ou ao integracionismo à cultura dominante. Trata-se, portanto, da afirmação de suas identidades, da luta pelo reconhecimento da legitimidade de seus modos de vida particulares e da garantia de gestão sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, pautas cuja proteção pode efetivar prerrogativas fundamentais e a própria dignidade humana formalmente garantida a todas as pessoas.

Nessa toada, cumpre salientar a adoção da categoria de Estados plurinacionais como um importante marco disruptivo na história política latinoamericana. Sua concepção conceitual expressa a potencialidade inclusiva a ela inerente (Sánchez, 2009) uma vez que ressalta a vinculação com vastas culturas nacionais existentes em um mesmo país, valorizando-as e atribuindo-lhes tratamento equânime.

A noção de que as culturas e as nacionalidades internas devem ser igualmente consideradas, com equivalência entre si, pode ser um indicativo de superação do que Aníbal Quijano (2014) qualificou como hegemonia da ordem social ocidental em detrimento de outras. Do ponto de vista jurídico, Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega e Daniel Diniz Gonçalves (2016), qualificam os Estados plurinacionais como um:

ativamento popular no sentido de reconhecer a diferença, a complexidade das formas sociais dentro de um país, a coexistência de culturas diferentes e, no que nos

interessa direta e especialmente, ordenamentos jurídicos diferentes, materializados na coexistência (horizontal) de direitos consuetudinários e direito Estatal Oficial (Gonçalves, p. 86).

Ante tais compreensões, cumpre salientar as experiências plurinacionais recepcionadas pelas Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), nas quais houve a formalização da refundação dos Estados, pautados agora sobre novos vieses e matizes, de forma a efetivar direitos fundamentais a parcelas minoritárias da população, antes suprimidas por categorias jurídicas modernas que pouco se referiam a suas realidades específicas. Traz-se à baila, como explica Milena Petters Melo e Thiago Burckhart (2017), questões como o bem-viver – harmonia entre povos e natureza nas concepções indígenas –, o modelo comunitário de organização social, heranças ancestrais culturais, poder popular e controle sobre as instituições estatais e políticas. Tais perspectivas somam-se a uma forte crítica e veemente questionamento da ordem jurídica monista (Tárrega; Gonçalves, 2016) e uma conseqüente construção de novas óticas sociais que não se limitam a comunidades indígenas, mas que trazem importantes contributos gerais para a sociedade como um todo, nutrindo novos valores e concepções de mundo através de:

formas sociais e culturais cujo objetivo econômico predominante não é a produção de bens em função do valor de troca, mas sim do valor de uso. Em outras palavras, trata-se de povos cujo objetivo principal não é a produção e o intercâmbio comercial, mas sim a defesa de formas de produção e distribuição de bens materiais a partir das necessidades sócio-comunitárias (e não da valorização do capital, ou seja, da obtenção do lucro) (Sánchez, 2009, p. 81).

O panorama social plural e diverso sob o qual as concepções vinculadas à plurietnicidade versam são responsáveis por demonstrar um importante fator: os valores culturais, as crenças políticas e as organizações sociais de certos povos não se refletem nos padrões hegemônicos que se traduzem através do direito estatal, que, por sua vez, é compreendido como produto do estabelecimento de uma ordem social típica de sociedades capitalistas liberais construídas a partir das premissas da Modernidade. Assim sendo, a garantia de uma vida digna e o respeito aos modos de vidas tradicionais de grupos sociais excluídos dos espaços de poder deve se constituir como norte para a formulação de políticas e rotas sociais capazes de superar o amplo e histórico processo de marginalização de comunidades originárias, o que pode ser orientado por premissas como a autodeterminação dos povos.

É no contexto de avanço e consolidação dos direitos humanos, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, que se localiza a recepção jurídica do conceito de autodeterminação dos povos, que se estabelece como um antagonismo à visão integracionista predominante até meados do século XX. Contudo, antes de se falar em livre determinação,

deve-se compreender a realidade de determinação compulsória antes prevalecente e outrora institucionalizada nos países latinoamericanos.

### 3. OS PARADIGMAS LEGAIS: DO ASSIMILACIONISMO AO MULTICULTURALISMO

Para os legisladores oficiais dos novos Estados Modernos, as realidade indígenas e modos de vida tradicionais não passavam de uma fase transitória que se encaminharia, através de um padrão de desenvolvimento pré-elaborado, para um cenário de integração à cultura dominante, assimilando e suprimindo diferenças para enfim possibilitar uma ocidentalização das organizações sociais tidas como primitivas e atrasadas. Tal realidade foi o paradigma vigente na América Latina até o final do último século, mantendo de forma vivaz as concepções eurocêntricas estabelecidas desde a chegada dos colonizadores.

A legislação, nesse sentido, buscava “proteger para integrar, com a ideia de que a integração era o bem que se oferecia ao gentio, uma dádiva, em que muitos escritos está isenta de cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização” (Souza Filho, 2016, p.169). A referida concepção manifesta-se em diversos diplomas legais. Vale destacar, pelo grau de importância global, o que dispõe a Convenção n. 107 da OIT, de 1957, concernente à “Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”. Em tal documento, o legislador estabeleceu premissas bastante vinculadas ao assimilacionismo típico do período (neo)colonial, apontando que os Estados deveriam tutelá-los enquanto permanecessem, em função das suas características socioeconômicas, sem condições de gozar dos direitos nacionais. Compreendia-se, assim, ser necessário que os Estados “civilizados” transformassem os modos de vida, costumes e tradições indígenas, incorporando os povos aos padrões e lógicas comportamentais dominantes, com a finalidade de permitir o usufruto não de direitos específicos, mas do direito direcionado para todos os indivíduos, baseado em uma “cidadania universal inexistente” (Ribeiro; Losurdo, 2017, p. 83).

O caso brasileiro, por sua vez, retrata de forma emblemática a vigência do paradigma acima descrito, uma vez que o artigo 1º da Lei n.6.001/73 (Estatuto do Índio), principal diploma jurídico que versa sobre direito indigenista em território nacional, prevê: “esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (Brasil, 1973). Depreende-se, a partir da mera leitura do dispositivo, que o objetivo de suplantar a organização social característica dos povos sobre os quais a lei impera se estabelece de forma explícita, sendo esta a premissa que outrora norteou toda

a produção jurídica brasileira e que encontra analogia em normas nacionais de diversos outros Estados que compartilham o passado colonial.

De modo antagônico, a partir do final do século XX, o movimento indígena, ao lado de entidades e organizações políticas comprometidas com a agenda dos direitos humanos, passou a criar e elaborar novas concepções acerca da realidade das culturas tradicionais, o que foi acompanhado de uma forte crítica ao viés integracionista de base ocidental até então recepcionado pelo direito, protagonizando a chamada “emergência indígena” (Ribeiro; Losurdo, 2017, p. 84). A defesa das formas plurais de se organizar politicamente, da igual legitimidade de crenças e costumes, bem como da necessária manutenção de vínculos culturais próprios, em uma verdadeira batalha pela preservação de identidades sociais e comunitárias que caracterizam os povos indígenas, demarcou o espaço da luta pelo reconhecimento do direito à autodeterminação.

Vale salientar, nesse contexto, dois importantes documentos: a Convenção 169 da OIT, de 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. Ambos os diplomas legais concedem aos povos indígenas o direito à livre determinação e garantem o respeito estatal face a suas instituições sociais próprias, positivando mecanismos que visam efetivar a plena participação política, consulta prévia e plena independência para decidir e adotar os modos como desejam viver. De forma exemplificativa, o artigo 4º da Convenção 169 da OIT dispõe que: “Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.” (OIT, 1989). Por sua vez, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê que: “Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e buscam livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (ONU, 2007).

No entanto, os direitos expressamente garantidos direcionados aos povos indígenas não se revertem em ganhos sociais de forma automática, pelo contrário, devem se traduzir em robustas políticas públicas comprometidas com a efetivação da proteção legal que sobre eles recai. Trata-se, nesse sentido, de conformar novas bases políticas e estruturais no âmbito dos Estados Nacionais, de modo a conceder recursos e autonomia aos povos indígenas, o que se reverte em garantia de preservação cultural e respeito aos modos de vida originários, afastando o império hegemônico ocidentalizante que noutro tempo vigorara. Consuelo Sánchez (2009) teorizou a autonomia como “mais que o simples reconhecimento daquilo que já existe, ou daquilo que os povos indígenas praticam” (p. 70), compreendendo como necessário que “os povos indígenas sejam parte de uma redistribuição de poderes e recursos que lhes permita a livre condução dos seus modos de vida, enquanto se amplia sua participação política na sociedade nacional” (*ibidem*, p. 70).

Neste diapasão, a existência dos chamados estados plurinacionais vai ao encontro dos esforços políticos e jurídicos pela efetivação de garantias de uma vida digna, autode-terminada e livre para os povos indígenas. A incidência legal de normas concebidas em âmbitos estranhos à realidade originária de determinadas populações tradicionais afasta e sepulta qualquer pretensão de legitimidade do direito diante das circunstâncias cotidianas engendradas no seio de tais comunidades, o que conduz a uma necessária leitura crítica acerca do cárcere e da aplicação da norma penal estatal em desfavor de réus indígenas, de forma a investigar a lógica do sistema de justiça criminal e das funções da pena, previstas e orquestradas pelos ordenamentos jurídicos ocidentais.

#### 4. CONDUTAS TÍPICAS PARA QUEM?

O panorama investigado nos capítulos antecedentes traduz a problemática quanto à legitimidade do sistema de justiça penal estatal quando aplicado em situações que envolvem povos indígenas. Dessa maneira, o questionamento “condutas típicas para quem?” demonstra o óbice aqui debatido e, por sua vez, a necessidade de averiguar as limitações do modelo carcerário ocidental e do exercício do poder punitivo presente na maior parte dos ordenamentos jurídicos pátrios, sem ignorar a tipificação de condutas criminosas como um processo sujeito a variantes de ordem política, o que condiciona a realidade do cárcere.

Inicialmente, cumpre destacar algumas lições de Rui Abrunhosa Gonçalves (2008), segundo o qual a criminalidade, quando compreendida através de lentes sociológicas, pode ser vinculada à questão do exercício do controle social diante dos sujeitos. Nesse sentido, emergem teorias que se debruçam sobre o nível de conformismo verificado em certos indivíduos, bem como a influência de sentimentos e impulsos psicológicos que explicam as ações no âmbito social, o que, em menor ou maior grau, pode levar ao cometimento de condutas desconformes, quando a referência é o parâmetro legal positivado.

Nada obstante, o controle é também exercido pelas relações intersubjetivas con-substanciadas em determinados espaços: família, escola, trabalho e comunidade, por exemplo. Quando tais vínculos são afrouxados ou se tornam ausentes podem-se verificar impactos diretos no âmbito intelectual dos sujeitos, o que ajuda a compreender a prática de atos considerados anti sociais e/ou antijurídicos. No entanto, em que pese tais explicações possuam apurada validade científica, a conclusão mais relevante advém da seguinte consideração:

reconhecer que a eventualidade da participação ou mesmo o cometimento de actos desviantes como não sendo uma possibilidade tão longínqua aos olhos do cidadão comum e só destinada a determinadas camadas ou grupos populacionais parece



fornecer um bom ponto de apoio para o estabelecimento de programas de intervenção (Gonçalves, 2008, p. 117).

Nessa perspectiva, a prática de atos delitivos encontra-se embebida de relativa normalidade no seio de sociedades complexas, uma vez que as normas legais estabelecem padrões de comportamento no âmbito do dever-ser, os quais muitas vezes não se concretizam por motivos de diversas ordens, desde psicológicas a familiares e sociais. Considerando o profundo vínculo nutrido e desenvolvido por diversos sujeitos de modo amplo, dinâmico, contínuo e massivo, o que caracteriza o interacionismo simbólico, faz-se necessário destacar a existência de fatores políticos que possuem influência direta no processo de criminalização e conseqüente aplicação de sanções através do sistema penal. Trata-se da acepção referente ao *labeling approach*, que identifica um processo de codificação e atribuição de significados a determinadas ações, concretizando uma rotulação e uma etiquetagem instrumentalizada por grupos que detêm a moral convencional e ditam-a, bem como reforçam-a, de forma capilarizada nos diversos espaços sociais, o que conduz à admissão da construção de sujeitos criminosos não como uma entidade natural, mas sim uma realidade social (Gonçalves, 2008; Baratta, 2011).

Nesse sentido, o cometimento formal de crimes abarca uma considerável gama de variáveis de origem social e contextual. No caso dos povos indígenas, em razão da existência de valores culturais próprios, os quais não se encontram recepcionados de forma íntegra pelos ordenamentos jurídicos estatais, verifica-se um descompasso entre suas condutas consideradas criminosas, suas origens comunitárias ou individuais e os respectivos programas de intervenção. O cárcere, nesta senda, ao passo que visa propiciar, teoricamente, uma readaptação social através de um processo socioeducativo de restabelecimento de uma ordem originária tida como padrão benéfico à coletividade, estabelece uma série de políticas intramuros comprometidas com tais objetivos.

Entretanto, no interior do sistema penitenciário não se vislumbram condições materiais aptas a gerir os diversos processos disciplinares que podem se reverter em benefício para uma dada comunidade indígena. Significa dizer que as políticas de trabalho, educação, religião, assistência à saúde e participação familiar presentes no modelo prisional de base ocidental não possuem o condão de reinserir o sujeito indígena no interior de sua cultura originária, uma vez que tais instituições não se adequam aos valores sociais específicos de seu povo, denunciando, de forma evidente, a inexistência de eficácia punitiva através das tradicionais funções da pena. Pelo contrário, o aprisionamento de povos indígenas conduz a uma violação de direitos fundamentais, submetendo o sujeito detido a crenças, atividades e a lógicas por ele não compartilhadas, em um processo de aculturação e desrespeito à diferença.

É nesse sentido que pode-se afirmar que o paradigma recepcionado pela Convenção 169 da OIT deve imperar nas realidades sociais plurinacionais de Estados que concentram grande diversidade étnica, com destaque sobretudo ao que dispõe o artigo 10 do referido diploma legal: “1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento” (OIT, 1989). Mais que isso, a partir da luta por direitos humanos, uma ampla gama de direitos comprometidos com a inclusão fática foi conquistada pelos povos indígenas: atenuação da pena, tratamento penal diferenciado, tradução processual para a língua originária e adoção de regimes de cumprimento de pena em semiliberdade. Entretanto, garantias legais não bastam para a efetivação de direitos, sendo de suma relevância a criação e estabelecimento de políticas públicas potentes comprometidas com a visibilidade das proteções jurídicas atribuídas aos povos indígenas.

Para uma significativa parcela da doutrina indigenista, o problema inicial que se verifica no âmbito de investigação entre sujeitos indígenas e o sistema penal concentra-se na própria inexistência de dados fidedignos referentes à realidade carcerária de diversos países (Silva; Lunelli, 2020). No caso brasileiro, paradigmático de realidades periféricas, impõe-se destacar a histórica invisibilidade da população indígena no cárcere, sobretudo em razão da inexistência de coleta de dados por raça em vários sistemas de informação, uniformizando a população carcerária e mantendo incólume diversas exclusões.

Ressalta-se, entretanto, uma recente conquista consubstanciada através da adoção da Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça, a qual consagrou a imprescindibilidade de perícias antropológicas, a primazia do cumprimento domiciliar de penas em território originário e, como essência de tais garantias, a autoidentificação dos indígenas em qualquer fase processual, como elemento essencial para possibilitar o escorreito exercício jurisdicional, uma vez que “sem a devida identificação do sujeito como indígena não é possível pleitear os direitos especiais consagrados e garantir que sejam aplicados” (Hilgert; Nolan, 2016, p. 100).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das compreensões anteriormente elaboradas, torna-se possível concluir que o cárcere distancia-se dos objetivos humanistas relacionados à proteção indigenista. A aplicação de penas que visam privar de liberdade sujeitos em conflito com a lei trata-se de uma construção social alheia às culturas políticas e jurídicas de diversos povos indígenas, os quais, a partir do direito de autodeterminação, gozam de prerrogativas legais que lhes garantem a integridade e respeito a modos de vida originários, o que inclui o resguardo de suas instituições, normas e modelos alternativos de controle social e disciplinar sancionatórios. Significa dizer que o cárcere se traduz como medida violadora de direitos quando

aplicado em situações nas quais o sujeito indígena está inserido em cultura diversa do padrão hegemônico legal que legitima a pena privativa de liberdade em um estabelecimento prisional. Tais violações se consubstanciam a partir do processo de aculturação, imposição de normas sociais e formas de intervenção ressocializadoras dissonantes da cultura tradicional.

Conclui-se, nesta esteira de ideias, que a adoção de tratamento penal diferenciado é medida que se impõe em lides nas quais o réu ou a ré se autoidentifica como indígena, sendo necessário reconhecer a excepcionalidade do cárcere e, através de perícias antropológicas, apurar a possibilidade de aplicação de penas determinadas pelo próprio povo lesado, o que inclui métodos retributivos ou isolamento em local próximo ao domicílio, de forma a possibilitar a manutenção de laços culturais e a plena reinserção do sujeito ao ambiente comunitário do qual é originário.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Tradução de Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, 1973.

BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973: Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Brasil, 1973.

CEPAL – COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Los pueblos indígenas en América Latina**: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago: CEPAL, 2014.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Delinquência, crime e adaptação à prisão**. 3. ed. Coimbra: Quarteto, 2008. 314

HILGERT, Caroline Dias; NOLAN, Michael Mary. Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário. In: **IX Congresso da Rede Latinoamericana de Antropologia Jurídica**, 2015, Pirenópolis. Anais. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2016. p. 90-112.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A refundação do Estado e o pluralismo no novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 12, n. 1, p. 180-201, jan./abr. 2017.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 107 da OIT concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. OIT, 1957.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. OIT, 1989.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. ONU, 2007.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In*: QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 777-832.

RIBEIRO, Thayana; LOSURDO, Federico. A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: análise do caso da hidrelétrica Belo Monte. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 78-98, jul./dez. 2017.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. *In*: VERDUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 63-90. Tradução de Demerval Aires Jr. e Livia Cavallini Dias.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da; LUNELLI, Isabella Cristina. Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 173, p. 351-391, nov. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos dos povos indígenas na América Latina. *In*: SHIRAISHI NETO, Joaquim (Org.). **Novos direitos na América Latina: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio Direito**. São Luís: EDUFMA, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados Plurinacionais como Luta Insurgente Emancipadora. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 40, n. 1, p. 74-94, jan./jun. 2016.

# **DIREITO E LUTAS LGBTQIA+**



# O ESTADO DE CEGUEIRA LEGISLATIVA FRENTE AOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTI+ NO BRASIL

*Eduardo Ramires de Castilho<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Nossos passos vêm de longe. É assim que Jurema Werneck se refere à luta do movimento negro. Faz isso para aludir à percepção de que a(s) luta(s) dos dias de hoje contra a discriminação de raça vêm do acúmulo de lutas e da perseverança histórica de muitos outros sujeitos. Outrossim, Simone de Beauvoir já alertou que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados.

Não obstante a importância da luta negra e feminista pelo reconhecimento de direitos e a sua manutenção, as palavras dessas intelectuais podem e merecem ser estendidas para todas as lutas de minorias, pois, também, a luta de hoje pelos direitos da população LGBTI+ é tributária do acúmulo de movimentos históricos, dispersos pelo mundo todo, que trouxeram ao atual estado de reconhecimento de direitos para essa população, mas que não estão garantidos e, pelo que se percebe, em face às crises econômicas, políticas e sociais, se encontram em constante ataque.

Desse modo, é com a pretensão de fornecer uma análise acerca do estado da arte dos direitos da população LGBTI+ que o presente artigo se desenvolve, na busca de expor a situação precária dos direitos da referida comunidade no Brasil, aproximando as informações sobre essa população de teorias que buscam explicar alguns movimentos legislativos – isto é, dar nome a certos comportamentos de escolha sobre legislar ou não acerca dos direitos da comunidade LGBTI+.

Nesse sentido, fez-se uma exposição sobre o recente campo do direito que ganhou autonomia ao se destinar à redução das desigualdades sociais incompatíveis com a Constituição e, principalmente, com o regime democrático – o campo do direito antidiscriminatório. Doravante, intentou-se valer do importante critério de reconhecimento dos sujeitos pelo direito para estabelecer uma base sólida – tanto no âmbito interno do direito, quanto no âmbito internacional dos direitos humanos – que permita destacar a incontestabilidade de se tratar a citada comunidade como sujeitos passíveis de proteção especial, submetidos à proteção contra discriminação, mas sujeitados ao dever de ação de toda a sociedade para sua inclusão nos espaços públicos de seu interesse.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Adiante, fez-se um esforço para esclarecer as normas antidiscriminatórias que vigem no Brasil, com especial destaque para os direitos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, principal agente de proteção da minoria em comento. Contudo, apesar de apontadas diversas normas protetoras da condição de vulnerabilidade dessa minoria, citam-se relatórios de diversas instituições que revelam a situação de violação de direitos que se combina à realidade dos sujeitos LGBTI+ no Brasil.

Por fim, com a pretensão de contribuir com a análise conjuntural dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, a partir dos apontamentos das condições legislativa, jurídica e fática acerca da situação da população no país, faz-se uma articulação entre as teorias do ponto cego legislativo e do uso estratégico das Cortes para estabelecer o que mais à frente foi chamado de “estado de cegueira legislativa” – locução que busca consubstanciar o estado da arte dos direitos da população LGBTQIAP+: uma condição de cegueira dos legisladores ao não observar seu dever de proteger a referida comunidade, mas também de não observar a proibição à discriminação contra esses sujeitos, avançando sobre os seus direitos sem se preocupar com as consequências.

## 2. DIREITO, POPULAÇÃO LGBTI+ E A VULNERABILIDADE COMO CRITÉRIO DE PROTEÇÃO

É imperativo ao Estado democrático de direito conceder aos seus cidadãos direitos e garantias imprescindíveis ao desenvolvimento de seus projetos de vida boa. Desse modo, as Constituições que se filiam a tal paradigma de Estado carregam um catálogo de direitos fundamentais indispensáveis para uma vida digna, de pleno gozo da liberdade e em condições de igualdade entre os cidadãos. Em vista disso, face às desigualdades estruturais que conformam a sociedade<sup>2</sup>, esse mesmo Estado Constitucional reconhece que para o livre desenvolvimento humano deve considerar o fenômeno da discriminação e o combater.

Para tanto, com o fim de proteger as pessoas da discriminação e de seus efeitos, categorias especiais de direitos são constituídas com o objetivo último de redução de disparidades significativas entre as pessoas que pertencem a uma mesma comunidade, seja impedindo o tratamento desfavorável ou impondo tratamento compensatório em favor de determinados grupos (Dimoulis, 2021, p.161). Ao ramo do direito que se destina ao estudo, aperfeiçoamento e aplicação dessas normas antidiscriminatórias dá-se o nome de Direito Antidiscriminatório (Moreira, 2020, p.51).

Os sujeitos que normas antidiscriminatórias visam proteger são definidos a partir de seu pertencimento a grupos historicamente inferiorizados (Dimoulis, 2021, p. 162) e,

---

<sup>2</sup> Por ora, está-se a referir a desigualdade estrutural entendida como diferença de renda e poder resultantes da reprodução de estruturas sociais que se caracterizam pela longa duração, mínima variação no tempo e se estende entre as gerações (Dimoulis, 2021, p. 191)



também, por traços identitários motivadores de discriminação, que estão fora do seu controle, mas adquirem relevância social em face de processos discriminatórios.

Tais traços identitários, como leciona Moreira (2020), correspondem a condições subjetivas que socialmente são compreendidas como critérios úteis à submissão de sujeitos a tratamentos desvantajosos. Eles são características individuais benignas, que não deveriam ter relevância em processos de discriminação, pois não indicam a capacidade das pessoas de ser ou não titulares de direitos. No entanto, esses traços são utilizados como critérios para instituição de normas antidiscriminatórias.

Nesse sentido, percebe-se que os sujeitos-objeto do direito antidiscriminatório formam uma “classe torturável”, vítimas de múltiplas e constantes agressões (Dimoulis, 2021, p. 42), ou então, sob a ótica de Isabel Wilkerson (2021), uma “casta” explicitamente subordinada a outra detentora de vantagens e privilégios às custas daquelas inferiorizadas.

É em vista da perspectiva apontada que Owen Fiss entende ser insuficiente a observância apenas de práticas antidiscriminatórias, pois, para ele, mais importante que atender a demandas por critérios que não discriminem, há que se estabelecer modos de não subordinação de um grupo a outro.

Dito isso, em síntese, vê-se que é razoável aclarar que a discriminação que indicará a condição de sujeito tutelado pelo direito antidiscriminatório está diretamente vinculada às desigualdades estruturais de uma dada sociedade, pois são elas que se mostram relevantes para entender a motivação das agressões sistemáticas e permanentes a certos indivíduos e a seus direitos.

Por outro lado, também parece importante destacar que a tutela do sujeito socialmente vulnerável tem de passar, obrigatoriamente, por um processo de reconhecimento da minoria pelo direito. Uma vez não bastando a conformação fática do grupo como vulnerável, exigindo-se, para a sua proteção, que seja reconhecido juridicamente como tal. Em outras palavras, o direito constitui as minorias na medida em que estabelece critérios que delimitam o grupo a ser reconhecido como tal. Contudo, no atual estágio de desenvolvimento do direito, e do Estado Constitucional, não é possível que minorias estejam fora do direito antidiscriminatório, sendo sempre reconhecidas nas normas gerais ou em normas específicas de antidiscriminação.

Nessa perspectiva, pela Constituição de 1988, alguns grupos são constituídos sujeitos vulneráveis passíveis de proteção especial por normas específicas a esse fim. As minorias reconhecidas por estas normas são as mulheres<sup>3</sup>, os negros<sup>4</sup>, os jovens<sup>5</sup>, os

---

<sup>3</sup> Arts. 5º, I e L; 7º, XVII e XX; 40, §1º, III e 201, II e §7º, CRFB

<sup>4</sup> Arts. 3º, IV; 5º, XLII; 215 § 1º, , CRFB e 68 do ADCT e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

<sup>5</sup> Arts. 203, 227 e 229,CRFB

idosos<sup>6</sup>, os portadores de deficiência<sup>7</sup>, os trabalhadores não urbanos<sup>8</sup> e as populações indígenas<sup>9</sup>.

À vista disso, verifica-se que a Lei Maior do Brasil não constituiu expressamente a população LGBTI+ como um grupo vulnerável e também não há lei federal que o faça. No entanto, ainda assim, apesar da ausência de legislação específica à proteção de direitos dessa população – como a proposta da PL 138 de 2018 arquivado no final de 2022, que propunha a criação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero – normas antidiscriminatórias de caráter geral presentes na Constituição de 1988 servem à sua proteção da minoria supracitada.

Nesse sentido, o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal estabelece uma norma geral de vedação à discriminação, prescrevendo como objetivo fundamental da República a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Outrossim, diz o *caput* do artigo 5º da CRFB que todas as pessoas são consideradas iguais perante a lei, assegurando que não deve haver discriminação de qualquer natureza e que, a todos os brasileiros, fica garantido o direito à igualdade.

Todavia, ressalta-se que, apesar do silêncio do legislador pátrio em estabelecer normas antidiscriminatórias expressamente voltadas à população LGBTI+, no âmbito internacional, inclusive com patrocínio do governo brasileiro, marcos normativos relevantes cumprem com o papel de reconhecer a vulnerabilidade dessa população, informando diretrizes e estabelecendo deveres aos Estados Nacionais para protegê-la. Com efeito, diretrizes internacionais estabelecem conceitos e princípios que se destinam a prescrever a violação a direitos, motivadas pela identidade de gênero e orientação sexual, como violação a direitos humanos.

Nesse sentido, os chamados Princípios de Yogyakarta (2007) surgem em um movimento para oferecer à Declaração Universal dos Direitos Humanos a ótica das necessidades da população LGBTQIAP+. Eles foram estabelecidos em 2006, a partir da reunião em Yogyakarta, na Indonésia, de especialistas em direitos humanos de 25 países diferentes, para estruturar um marco de proteção à comunidade LGBTQIAP+. Tais princípios representam uma primeira tentativa de defesa dos direitos decorrentes da concepção de liberdade de gênero e de orientação sexual.

---

<sup>6</sup> Arts. 203 e 230, CRFB

<sup>7</sup> Arts. 7º, XXXI; 23, II; 37, VII e §4-A; 201, §1º; 203; 208, III; 227, §1º e II; 224, CRFB e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso.

<sup>8</sup> Art. 201, §7º, II, CRFB.

<sup>9</sup> Arts. 215, §1º; 231, CRFB e 67 do ADCT.

Desse modo, segundo os Princípios de Yogyakarta (2007), por orientação sexual se compreende a capacidade de cada sujeito experienciar atrações emocional, afetiva ou sexual por outro indivíduo, bem como ter relações íntimas e sexuais com outras pessoas. Assim sendo, de tal acepção, sugere-se o “direito à livre orientação sexual”, o qual consagra o direito ao respeito por terceiros da preferência sexual e afetiva próprio da pessoa, proibindo-se que de tais preferências surjam consequências negativas ou então restrição a direitos (Ramos, 2021).

Por seu turno, a noção de identidade de gênero é elucidada como experiência pessoal que possui relação com a constituição do gênero que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, considerando-se o sentimento da pessoa com o seu corpo e outras expressões de gênero.

André de Carvalho Ramos (2021) enfatiza que com a noção de “identidade de gênero” se destaca a relação do indivíduo com o seu gênero, podendo ou não ser correspondente ao sexo atribuído no tempo de seu nascimento, incluindo-se o sentimento pessoal com o próprio corpo e o modo de vestir-se.

À vista disso, no ano de 2011, a resolução 17/19 expressou “grave preocupação” com a violência e a discriminação sofrida pela população LGBTI+, encomendando um estudo acerca da extensão das violações sofridas por essas pessoas e medidas para combater tal violência. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) realizou o estudo e apresentou, em dezembro de 2011, um padrão de violência que se dirige a vários indivíduos devido à sua identidade de gênero ou orientação sexual. A resolução apontada é paradigmática para a população LGBTIQIAP+, pois a comunidade internacional passa a ter um marco de reconhecimento dessa população como um grupo vulnerável que deve ser protegido por legislação especial.

### **3. DIREITOS LGBTI+ NO BRASIL**

Como apontado acima, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não constitui a população LGBTI+ como grupo vulnerável expressamente. Todavia, o texto não impede que tal população ganhe proteção legislativa especializada em suas necessidades. Pelo contrário, consagra em seu texto normas e aberturas interpretativas que garantem a essa minoria a proteção de seus direitos fundamentais.

É dessa forma, como explica Ramos (2021), que o regime constitucional brasileiro reconhece o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero, uma vez que os direitos expressos na Constituição não excluem outros que decorrem do regime, dos princípios e dos tratados de direitos humanos (art. 5º, §2º, CRFB). Destarte, resta evidente a decorrência desse direito frente à primazia da dignidade da pessoa (art. 1º, III, CRFB), da proibição a

qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, CRFB) e, também, da filiação do ordenamento jurídico do país a tratados internacionais de direitos humanos.

Contudo, é salutar destacar que não obstante a falta de normas antidiscriminatórias voltadas à comunidade LGBTQIAP+ na CRFB, legislações estaduais e distrital se prestam a versar sobre direitos dessa população, enfrentando a discriminação sofrida por ela por conta própria. Esse é o caso do Ceará, Fortaleza, Distrito Federal, Goiás, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo (Brasil, 2017). Todavia, frente ao problema de discriminação por motivações de identidade de gênero e orientação sexual, normas de caráter federal merecem especial atenção, já que uniformizam o combate e conseguem contribuir com o enfrentamento da discriminação em todo o território nacional, sem exceções.

Assim, é através da abertura para outros direitos não expressamente escritos na Lei Maior que o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), tem estendido direitos a essa minoria sexual e de gênero.

Dessa maneira, o poder judiciário afirmou à população LGBTQIAP+ seus direitos mais importantes, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI n. 4277 e ADPF n. 132), descriminalizando a homossexualidade no âmbito militar (ADPF 291), fazendo o reconhecimento a direitos sucessórios (RE 646.721) e o direito à alteração de nome e gênero por pessoa trans no assento de registro civil, sem necessidade de cirurgia de resignação de sexo (ADI n. 4275). Ainda, a Corte Suprema do Brasil foi responsável pela criminalização da homotransfobia (ADO n. 26 e MI n. 4733), pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (RE 477.554-AgR e ADI nº 4277), pelo declaração de inconstitucionalidade de norma restritiva em razão da orientação sexual (ADI n. 5.543) e pela declaração de inconstitucionalidade de lei que proíbe discussão de gênero nas escolas (ADPF n. 457).

Porém, nada obstante os avanços na proteção aos direitos humanos da população LGBTI+ nos últimos anos, a proteção constitucional contra a discriminação e as diversas decisões judiciais de proteção à diversidade de gênero e de orientação sexual, o Brasil se destaca na violação de direitos dessa minoria – figurando em posição de liderança entre os países que mais matam pessoas LGBTI+ no mundo<sup>10</sup>. Tal situação é explanada em diversos relatórios que mostram as dificuldades que vários brasileiros enfrentam diariamente<sup>11</sup>.

Um desses relatórios é apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (2022), o qual trouxe conclusões relevantes sobre a discriminação e a violência contra pessoas

---

<sup>10</sup> **Como aponta artigo na revista CUT, escrito pelo Congresso em Foco (2023), no Brasil, uma pessoa LGBTI+ é assassinada a cada 34 horas.**

<sup>11</sup> Alguns deles produzidos pelo “Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil” (dossiê), pela “Associação Nacional de Travestis e transexuais, rede de organização política de pessoas trans” (dossiê), pelo “Conselho Nacional de Justiça” (relatório) e pelo “Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada” (Atlas da Violência).

LGBTI+ no Brasil tendo decisões judiciais como objeto de análise. O relatório apontou a dificuldade dessas pessoas em acessar a justiça para reportar casos de discriminação, a dificuldade das instituições de segurança pública e judiciária em tratar casos de discriminação motivados pela identidade de gênero ou orientação sexual e também a pouca atenção às políticas LGBTI+.

Ademais, outros relatórios acrescentam informações do estado de violência apontado pelo CNJ, como dossiês produzidos pelo “Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil”<sup>12</sup>, pela “Associação Nacional de Travestis e transexuais, rede de organização política de pessoas trans”<sup>13</sup> (Antra) e pelo “Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada”, esse que anualmente, através de seu Atlas da Violência, vem retratando a dura realidade que a minoria em comento tem enfrentado<sup>14</sup>.

Além disso, em matéria de violação a direitos, um importante fenômeno merece destaque: a ofensiva legislativa contra direitos da população LGBTQIAP+ no Brasil. Já que, segundo levantamento da Folha de S.Paulo (2023), ao menos 69 projetos de lei antitrans foram apresentadas nas esferas federal, estadual e municipal desde o início de 2023. A maior parte dos Projetos de Lei foram propostas na retomada das Casas Legislativas – mais de um projeto apresentado a cada dia. Ademais, verificou-se que o número de projetos cresceu após o deputado federal Nikolas Ferreira (PL-MG), no dia 8 de março de 2023, ter proferido discurso transfóbico na Câmara de Deputados (Avelar, 2023).

Ressalta-se que a ofensiva assinalada está enquadrada num contexto de desmonte de políticas em desfavor da comunidade, com significativo aumento a partir do ano de 2019 (Pereira, 2022). Aliás, percebe-se que essa onda de violações cresce em meio a um ambiente político no qual alguns parlamentares ferem leis e atacam a comunidade LGBTQIAP+ com propostas legislativas e ações feitas para “viralizar” nas redes sociais e angariar seguidores – e conseqüentemente possíveis eleitores (Marzullo; Marlen; Rios, 2023).

À vista desse cenário, representantes da comunidade comentam que os poucos “avanços” em relação à melhoria da qualidade de vida da população LGBTQIAP+ não são percebidas na vida dessas pessoas, relatando a necessidade de formação e sensibilização de agentes do Estado, além da criação de mecanismos que combatam a impunidade por atos discriminatórios e a sub-notificação de violações a direitos<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> O dossiê produzido pelo Observatório de Mortes e violências LGBTI+ no Brasil pode ser acessado em <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>

<sup>13</sup> A Antra produz anualmente um relatório sobre a realidade da população trans no Brasil. O dossiê do ano de 2022 pode ser acessado em <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>

<sup>14</sup> O atlas da violência relativo ao ano de 2021 pode ser encontrado em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>

<sup>15</sup> São as considerações apontadas por representantes da sociedade civil sobre a evolução dos direitos da população LGBTI+ em audiência pública, no ano de 2021, para a Comissão de Direitos Humanos,

## 4. POPULAÇÃO LGBTQIAP+ NO BRASIL E O ESTADO DE CEGUEIRA LEGISLATIVA

Em face das condições legislativa, jurídica e fática acerca da situação da população LGBTQIAP+ no Brasil indicadas nas seções anteriores um estado de cegueira legislativa se mostra um possível diagnóstico. Com isso, quer se dizer que o dever que recai sobre os legisladores pátrios de não discriminar e garantir direitos fundamentais a todos, sem exceções, inclusive numa contínua ampliação do catálogo, mostra estar numa espécie de “ponto cego”.

Tal locução – ponto cego – é esclarecedora para equacionar dois fenômenos noticiados anteriormente: a falta de avanço de direitos para as pessoas LGBTQI+ e a ofensiva a direitos já adquiridos. Para tanto, uma explicação acerca da teoria do ponto cego legislativo se mostra relevante, bem como apontamentos acerca do chamado uso estratégico de Cortes no controle de constitucionalidade para que se bem conclua a perspectiva de cegueira legislativa.

A teoria do ponto cego legislativo apontada pode ser bem ilustrada em voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347. Na decisão, o Ministro destacou que a matéria do sistema prisional brasileiro se encontra em um ponto cego legislativo, uma vez que os parlamentares não trazem à baila a discussão devido ao custo político que lhes acarretaria.

Desse modo, elucida-se o comportamento parlamentar de não decidir sobre certos assuntos, mesmo que sobre o parlamento recaia o dever de decisão sobre eles, tendo em vista o custo político caso se envolvam na discussão. Nesse sentido, a omissão legislativa sobre determinados assuntos seria observada como estratégica, ocorrendo para parlamentares não desagradem seus eleitores.

Em face disso, observando um Congresso que nunca aprovou lei voltada à tutela dos direitos da população LGBT (Gonzales, 2022), não é irrazoável constatar que a falta de leis federais para ampliação de direitos da comunidade LGBTQI+ é uma omissão estratégica que culmina numa ausência de deliberação legislativa sobre a matéria (Sentone; Giacoia, 2020, p.35).

Todavia, outro fenômeno merece ser observado para entender a relação do Congresso com a comunidade. Tal destaque é dado tendo em vista que, apesar da omissão quanto à proteção dessa minoria, o parlamentar brasileiro não deixa de se pronunciar acerca dessas pessoas e, em sentido contraditório, avança sobre os direitos já conquistados. Uma vez que, nos últimos anos, ocorreu um aumento de projetos de leis discriminatórias contra a população LGBTQI+, deixando o custo de não discriminação com outros agentes

do Estado, notadamente o poder judiciário. Ainda, cabendo destacar que tal fenômeno, de avanço sobre direitos dessa população, não está limitado ao Brasil, com notícias de ocorrência outros países, com destaque aos recentes acontecimentos nos Estados Unidos e na Uganda.

Em vista disso, a atuação do poder judiciário frente a legislações manifestamente inconstitucionais merece ser apreciada, já que é nas mãos dos juízes que recairá o ônus de declarar as legislações como discriminatórias e garantir que as minorias sejam tuteladas pelo Estado ao invés de ofendidas e violentadas.

A esse propósito, sugere-se o que foi intitulado como uso estratégico das Cortes. Trata-se de fenômeno percebido em Cortes Supremas, como Supremo Tribunal Federal e outras Cortes Supremas em diferentes países, que têm tomado decisões com implicações políticas acentuadas e controversas. Não obstante, essa atitude não parece ocorrer apenas em vista a busca por maior poder político, de monopolização da interpretação constitucional ou mesmo devido à omissão de outros poderes em decidir. Dado que, em alguns casos, essa postura pode ser atribuída a uma estratégia de agentes políticos para minimizar riscos e desgastes em questões controvertidas, tornando as Cortes Supremas uma ferramenta estratégica para tomada de decisões políticas complexas (Clève; Lorenzetto, 2020, p. 147).

Assim, com efeito, o papel do Supremo de combate à discriminação contra a população LGBTI+ também merece ser analisado sob a ótica da instrumentalização da Corte por agentes políticos. Uma vez que, considerando a inevitável paralisação de políticas discriminatórias através do controle de constitucionalidade, os agentes podem não se atentar ao dever que sobre eles recai, pela força da Constituição, de não discriminar e não praticar atos discriminatórios, passando o controle e o encargo ao judiciário, que fica como responsável pela contenção de políticas públicas e leis discriminatórias. Dessa forma, fica em realce a possibilidade dos parlamentares em considerar não observar aos mandos constitucionais de não discriminação e, em atitude antidemocrática, avançar contra minorias sem responsabilização.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É patente o entendimento que a discriminação é algo constitucionalmente proibido. Nesse sentido, não basta apenas não discriminar, sendo igualmente necessário, ou até mais relevante, combater atos discriminatórios. Para tanto, no Brasil, o dever de não discriminar é compartilhado por toda a sociedade, com destaque para os agentes com competência legiferante, aqueles que executam as leis e também para aqueles que tutelam o direito com a irrevisibilidade externa de suas provisões.

Em face disso, com vistas à efetiva atuação antidiscriminatória dos agentes estatais, há de se elucidar que as pessoas LGBTI+ enfrentam uma peculiar situação em relação

à proteção normativa para sua vulnerabilidade. De maneira que o contexto em que estão inseridos os direitos dessa comunidade pode ser consubstanciado na noção de “cegueira legislativa”, que concretiza duas faces de uma violenta realidade dos sujeitos discriminados por sua condição de gênero e sexual.

Assim sendo, por um lado, os parlamentares não observam o seu dever constitucional de atender às necessidades especiais de parcela da população para proteger seus direitos. Logo, a atividade legislativa tem mostrado não se volta à ampliação de garantias às pessoas da comunidade LGBTI+ que levem ao pleno desenvolvimento de seus planos de vida, não protegendo-as de atos discriminatórios. Por outro lado, os congressistas brasileiros não assistem ao seu dever de não discriminar e avançam sobre os direitos dessa comunidade, usando da atividade legislativa para constituir impasses ao desenvolvimento dos direitos fundamentais das pessoas LGBTs.

Em face desse cenário, o poder judiciário passa a ser protagonista na proteção dessa comunidade, ampliando direitos e combatendo atos discriminatórios de outros poderes. Entretanto, com a chamada cegueira legislativa, os efeitos da configuração dos poderes, tal como abordado, merecem ser avaliados e sua adequação discutida, já que o direito antidiscriminatório brasileiro é claro na distribuição do dever de não discriminar a todos os agentes públicos, cuja atuação é de extrema relevância para a redução das desigualdades que contrariam o projeto constitucional de sociedade democrática, plural, livre, justa e solidária.

## REFERÊNCIAS

AVELAR, Dani. **Brasil tem um projeto de lei antitrans por dia, e “efeito Nikolas” preocupa**: o número pode crescer nas próximas semanas, inflamado pelo discurso transfóbico de Nikolas Ferreira (PL-MG) no plenário da Câmara dos Deputados no último dia 8. Belo Horizonte, 21 mar. 2023. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2023/03/21/noticia-diversidade,1471373/brasil-tem-um-projeto-de-lei-antitrans-por-dia-e-efeito-nikolas-preocupa.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI : Conceitos e Legislação / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará. 2. ed., rev. e atual. Brasília: MPF, 2017. 83 p. Disponível também em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+ : relatório da pesquisa / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2022. 208 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contralgbtqia.pdf>

CONGRESSO EM FOCO. Um LGBTI+ é assassinado a cada 34 horas no país, aponta relatório. São Paulo, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/mm-lgbti-e-assassinado-a-cada>



-34-horas-no-pais-aponta-relatorio-b8eb#:~:text=0%20Brasil%20continua%20a%20liderar,de%20morte%20violenta%20em%202022. Acesso em: 16 abr. 2023.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. **Revista Brasileira de Direito**, [S.L.], v. 13, n. 3, p. 142, 22 dez. 2017. Complexo de Ensino Superior Meridional S.A.. <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8742026>. Acesso em: 22 mar. 2023.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021. 396 p.

GONZALES, Marina. **Congresso brasileiro nunca aprovou lei voltada à população LGBT; por quê?** São Paulo, 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2022/06/27/por-que-o-congresso-nunca-aprovou-uma-lei-lgbtqia.htm?cmpid=copiaecola>

MARZULLO, Luísa. COUTO, Marlen. RIOS, Thayssa. **Parlamentares ferem leis e atacam comunidade LGBTQIAP+ com projetos feitos para viralizar nas redes sociais**. Rio de Janeiro, 20 de mar. 2023. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/03/parlamentares-ferem-leis-e-atacam-comunidade-lgbtqiap-com-projetos-feitos-para-viralizar-nas-redes-sociais.ghtml>

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020. 800 p.

ROCHA, Taluana Wenceslau. As concepções de igualdade de Owen Fiss na discussão das ações afirmativas: não discriminação ou antissubordinação? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, p. 107-126, fev. 2015. Quadrimestral. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1109>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, [S.L.], v. 12, n. 24, p. 26-51, 13 nov. 2020. Universidade Federal de Grande Dourados. <http://dx.doi.org/10.30612/videre.v12i24.9651>. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/9651/6299>. Acesso em: 16 abr. 2023.

PEREIRA, Matheus M. **Políticas para LGBTI+ no governo federal**: ascensão e queda. São Paulo, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2022/Pol%C3%ADticas-para-LGBTI-no-governo-federal-ascens%C3%A3o-e-queda>

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 26 out. 2017.

WILKERSON, Isabel. **Castá**: as origens de nosso mal-estar. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. 464 p. Tradução: Denise Bottmann e Carlos Alberto Medeiros.



**GRUPO DE ESTUDOS  
DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO  
PARANÁ**



# IMPLANTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL

*Grupo PET-UFPR<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O relato da experiência na adoção de ações afirmativas no PET Direito UFPR tem por objetivo central compartilhar a experiência de atender a demanda por inclusão, conjugando os pilares de ensino, pesquisa e extensão com maior comprometimento acadêmico e social.

No Brasil houve experiências pioneiras de implantação de ações afirmativas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade de Brasília (UnB), respectivamente em 2003 e 2004. Houve judicialização da política e o Supremo Tribunal Federal decidiu em 2012 a constitucionalidade das ações afirmativas com critério racial (ADPF 186). A decisão deu impulso à promulgação de lei federal sobre o tema, Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012.

Apesar dos quase dez anos da promulgação da lei, não é comum o compartilhamento de experiências em grupos individuais, abordando os debates específicos e possíveis dificuldades. Nesse sentido, o presente relato pretende suprir essa lacuna, de modo a registrar e divulgar como o processo se deu no Grupo PET Direito UFPR. Dessa forma, pretende-se tratar do processo de conjugação das demandas por diversidade, respeito aos parâmetros normativos e relação com os temas pesquisados no âmbito do grupo.

Este relato dividiu-se em cinco partes. Inicialmente, temos exposição mais teórica que contempla a educação tutorial e sua base normativa, e em sequência sobre a história e organização do grupo PET Direito UFPR. Posteriormente, a parte mais prática em que se expõe a demanda interna por cotas, o processo de debate e implementação e, por fim, a avaliação provisória dos resultados.

Objetiva-se contribuir com debates sobre diversidade em diferentes grupos, bem como apontar possíveis caminhos para a implementação de ações concretas.

---

<sup>1</sup> Autoras e membras do grupo: Ana Luiza Baccin Carvalho, Ana Luiza Baccin Carvalho, Eduardo Maines Breckenfeld, Emily Emanuele Franco Mewes, Gabriela Grupp, Heloisa Fernandes Camara, Heloisa Nerone, Isabela Benedetti Sebben, Raul Nicolas Dombek Coelho, Renata Naomi Tranjan, Rodrigo Jose Serbena Glasmeyer e Uriel Pozzi Silva.

## 2. EDUCAÇÃO TUTORIAL

O Programa de Educação Tutorial (PET) é um programa federal brasileiro, subordinado à Secretaria de Ensino Superior (Sesu) do Ministério da Educação (MEC), com objetivo de desenvolver a qualidade do Ensino Superior através de atividades acadêmicas realizadas pelos estudantes de Graduação, com base na interdisciplinaridade e indispensabilidade do Ensino, Pesquisa e Extensão.

Inicialmente nomeado Programa Especial de Treinamento, em 2004 foi alterado para Programa de Educação Tutorial, sendo regulamentado pelas Portarias 3.385/2005, 1.632/2006 e 1.046/2007.

Os grupos PET funcionam através do formato de tutoria, no qual a tutora coordena e orienta os projetos desenvolvidos pelos alunos com alto nível de autonomia. Nesse sentido, o estabelecimento de atividades a serem realizadas conta com dialogicidade, proporcionando aos discentes uma participação efetiva em todas as várias etapas. Dessa forma, é diferente de uma relação de orientação na qual a professora orientadora direciona o tema e procedimentos. Na educação tutorial há maior ênfase na autonomia das discentes.

Tendo em vista que os grupos PET orientam-se pela interdisciplinaridade e pelo tripé Ensino, Pesquisa e Extensão, os discentes integrantes são instigados a participar ativamente não apenas nas aulas de seus cursos de graduação, mas também a desenvolver a Pesquisa e a Extensão de uma maneira integrada e interdisciplinar, propiciando o enriquecimento da experiência acadêmica não apenas dos petianos, mas da Instituição de Ensino em si.

### 2.1. História e funcionamento do PET Direito UFPR

O grupo PET Direito surgiu em 1979, quando da criação dos programas especial de treinamento, no governo do general João Baptista Figueiredo, o último presidente da ditadura militar. Todavia, em consulta aos acervos dos grupos, assim como aos antigos tutores, não localizamos maiores informações sobre a história, formação e composição do grupo ao longo desses quarenta e dois anos. Perquirimos que uma das razões seja uma histórica desatenção às desigualdades na composição do grupo, motivo pelo qual tal diagnóstico nunca tenha sido feito.

Ademais, cogitamos também o fato de que o Sistema de Gestão do Programa de Educação Tutorial – SIGPET, plataforma online centralizadora das informações concernentes ao grupo, é recente e trata sobretudo de aspectos institucionais, como o repasse de bolsas, inexistindo, portanto, uma cultura de reunião de informações como raça, gênero e renda das tutoras e discentes.

Assim, buscando construir memória da composição do grupo, consultamos os processos seletivos para ingresso no grupo dos últimos seis anos (2015-2021) e verificamos que, até 2020, inexistia qualquer critério de admissão relacionado à política de cotas. Isso se torna problemático especialmente se considerarmos a percepção social de que o curso de Direito é elitista.

Visando dar mais concretude a estas hipóteses, começamos o Projeto “Memória PET-Direito”, com o intuito de recuperar a história do grupo, por meio da consulta a ex-petianas e ex-tutoras. Para tanto, foi elaborado um questionário com questionamentos que abordam tópicos como perfil das membras do grupo (raça/etnia; renda; gênero; opção sexual), assim como a percepção do sujeito quanto à diversidade do PET no período em que foi participante. Outrossim, foram realizadas entrevistas com antigas tutoras, nas quais perguntas semelhantes foram feitas, com foco na composição do grupo. Por fim, ciente de que a construção dessa memória também é feita por percepções externas ao grupo, um formulário foi aberto à comunidade acadêmica de modo amplo, a fim de coletar a compreensão que esta tem do PET (se há ou não a visão de que o PET é um grupo «elitista», com baixa diversidade na sua composição).

O projeto foi criado em maio de 2021 e, dada a baixa adesão aos formulários e a dificuldade de localizar todas as ex-membras e ex-tutoras para divulgação da iniciativa – ambas consequências diretas da ausência da inexistência de uma memória do PET –, ainda não foi feito um levantamento oficial dos dados. Nada obstante, as respostas parciais obtidas até o momento vão ao encontro da nossa hipótese central: o PET é visto como um grupo com baixa diversidade do grupo, o que nos alerta para a urgência de propor medidas em busca de se alterar este cenário.

### **3. DEMANDA POR COTAS**

O Brasil é um país altamente desigual e racista. Os diversos mecanismos de exclusão sociocultural da população negra brasileira, instituídos desde a abolição da escravidão, em 1888, criaram barreiras para impedir o acesso desses indivíduos à educação e ao mercado de trabalho. Estas barreiras, por consequência, geram uma desigualdade econômica e social gritante entre os brancos e negros no país.

A título de exemplo de como estes mecanismos de exclusão dificultaram o acesso da população negra ao mercado de trabalho, Clóvis Moura apresenta dados e relatos sobre a força de trabalho brasileira antes e depois da abolição da escravatura para apontar como, no momento em que o negro passa a competir pelo trabalho assalariado, é construído um discurso sobre sua incapacidade para produzir. Se, enquanto escravizados, os negros representavam a maior parte dos trabalhadores artesanais, sendo considerados, por exemplo, os mais capazes na metalurgia, com o fim da escravidão e sua tentativa de entrar no

mercado de trabalho assalariado, constrói-se o que o autor chama de “mito da incapacidade do negro”, que impede seu trabalho nas áreas que antes exercia com maestria e que justifica afirmar ser impossível se aproveitar economicamente do enorme contingente de ex-escravos (Moura, 2019, p. 109-119).

Este tipo de barreira, muitas vezes apoiada ou mesmo criada pelo aparelho estatal, moldou o acesso da população negra ao mercado de trabalho brasileiro e consequentemente trouxe grande desigualdade econômica. Em 1999, segundo a pesquisa “Mapa da população negra no mercado de trabalho no Brasil”, realizada pelo Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial (Inspir), um homem e uma mulher negros recebiam, respectivamente, 50,6% e 33,6% do rendimento médio mensal de um homem não negro (Inspir/Dieese, 1999). Esta situação gerou um grande engajamento por parte do movimento negro brasileiro, ao longo da década de 90 e pelo começo dos anos 2000, que buscava nas ações afirmativas e na educação possíveis soluções para este problema (Domingues, 2005, p. 164-176).

Em 1995, levantamento feito pelo Datafolha aponta que 40% dos negros entrevistados concordam com “a reserva de vagas de estudo e trabalho para os negros”, somados a 15% que concordam parcialmente com a ideia. Entre os brancos, 46% concordavam total ou parcialmente à proposta, e entre os pardos, 49%. Curiosamente, quanto menor a renda familiar do entrevistado, independente de etnia, maior o apoio às cotas: de 37% a 43% dos entrevistados com renda familiar de até dez salários-mínimos eram a favor da proposta, número que cai para de 19% a 23% entre entrevistados com renda mensal de mais de 20 salários-mínimos (Datafolha, 1995).

Estudo semelhante efetuado em 2003 pela Fundação Perseu Abramo e Fundação Rosa Luxemburg Stiftung identificou que 59% das pessoas entrevistadas concordava totalmente ou em parte sobre cotas para negros nas universidades e empresas, enquanto 36% discordavam totalmente ou em parte (Santos e Silva, 2005, p. 129-175).

Nos anos 1990, as instituições de ensino superior (IES) públicas do Brasil permaneceram estagnadas, sem reposição de professores e funcionários, e com pouca ampliação do número de vagas. A partir de 2002, os programas de expansão do ensino superior público iniciaram políticas de inclusão racial e social, que se conjugaram com ações afirmativas. O propósito era a inclusão de negros e pobres nas IES.

Na UFPR, em 2004, foi aprovada a Resolução 34/2004, a qual estabeleceu que 20% das vagas dos vestibulares seriam destinadas a afrodescendentes (definidos como pretos ou pardos segundo critérios do IBGE) e outros 20% destinadas a candidatos provenientes de escolas públicas (ensino fundamental, básico e médio) (Urizzi Cervi, 2013, p. 63-88). Ainda que positivamente ambiciosa, esta Resolução não alcançou os resultados esperados. Conforme dados do Núcleo de Concursos (NC) da UFPR, somente 6,9% dos aprovados nos vestibulares da universidade no período de 2005 a 2012 foram aprovados



na categoria de cotas raciais, ficando muito abaixo do limite de 20% proposto (Cervi, 2013, p. 63-88). Este resultado pode ser atribuído a diferentes fatores, como, por exemplo, pelo fato de que as vagas só eram efetivamente reservadas na segunda fase do vestibular. Como grande parte dos potenciais cotistas não conseguia resultados suficientes para se classificar para a segunda fase da prova, as vagas reservadas acabavam sobrando para as demais categorias de candidatos, muitas vezes sendo remanejadas para os cotistas de escola pública. Estes apontamentos, porém, não invalidam que a Resolução 34/2004 foi importante instrumento tanto simbólico quanto prático, visto que gerou um aumento no número de aprovados com pele preta e parda no vestibular, ainda que abaixo do esperado.

A luta pelas cotas raciais nas universidades não ocorreu sem oposição. Diversos debates na mídia e no Congresso Nacional insuflaram discussões sobre características das ações afirmativas como a problemática da autoidentificação versus heteroidentificação, sobre a própria existência do racismo no Brasil e sobre a suposta “democracia racial” existente no país e sobre o embate entre as cotas raciais e o pressuposto ideológico da meritocracia (Duarte, Bertulio; Queiroz, 2020, p. 173-210). A própria Lei 12.711/2012 teve sua constitucionalidade questionada, porém o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu de forma unânime pela constitucionalidade da adoção de critérios etnicorraciais para o acesso ao Ensino Superior, de modo a possibilitar a aplicação da lei.

A partir da Lei 12.711/2012 e considerando o perfil etnicorracial paranaense, segundo o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que considera a população de Pretos, Pardos e Indígenas como representativa de 28,51% da população do estado, podemos estimar a quantidade de vagas reservadas para cotas segundo o critério etnicorracial. A cada 100 vagas, 50 são consideradas de “ampla concorrência”, nas quais não incidem cotas. Das demais 50, reservadas para alunos que tenham estudado todo o ensino médio em escola pública, 25 são reservadas para concorrentes com renda familiar *per capita* igual ou inferior a 1,5 salários-mínimos e 25 são reservadas para concorrentes com renda maior. Dentro destes dois subgrupos de 25 vagas cada, se aplica então a proporção de vagas reservadas a pessoas pretas, pardas ou indígenas conforme sua representação na população do estado, que é de 28,51%. Desse modo, cada grupo de 25 vagas reserva 7 vagas para alunos conforme critério etnicorracial. Assim, das 100 vagas inicialmente oferecidas, 14 são reservadas para alunos pretos, pardos e indígenas que tenham cursado todo o ensino médio em escola pública (Moreira; Silva, 2019, p. 110-127).

A implantação da política de cotas na UFPR e nas demais universidades do país abriu as portas da universidade para indivíduos de grupos sociais historicamente excluídos. Comparando o Censo da Educação Superior e o Exame Nacional do Ensino Médio, Senkevics e Mello identificaram que entre 2012 e 2016 houve uma aproximação da porcentagem de jovens Pretos, Pardos e Indígenas (PPI) na universidade em relação à sua proporção na população geral do estado. Enquanto em 2012 os jovens PPI, que eram 25,2% da

população do estado, representavam somente 12,1% dos alunos das IFES, em 2016 esta porcentagem subiu para 19,8% dos universitários, enquanto a proporção em relação ao todo da população cresceu para 29,5% (Senkevics; Mello, 2019, p. 184-208).

Atualmente, nota-se uma relevante diversidade de pessoas que ocupam os bancos da Faculdade de Direito, que se torna ainda mais relevante considerando a composição desta mesma Faculdade menos de 10 anos atrás. Lima aponta, porém, que há um desafio e uma necessidade de se pensar na permanência dos estudantes negros(as) na universidade e em seus espaços, em um constante cuidado e adequação para que estes não se tornem espaços de exclusão ou de silenciamento destes alunos (Lima, 2016). Isto inclui o grupo PET Direito UFPR.

Apesar da adoção de cotas pela UFPR em 2004, até 2020 a questão não havia sido implementada no PET Direito UFPR. Esse processo somente aconteceu no final de 2020, com o objetivo de integração de grupos historicamente excluídos de determinados espaços, como o ambiente universitário e com o objetivo de que o grupo PET passasse a representar de fato a comunidade discente, cujo perfil havia mudado nos últimos anos em decorrência do sucesso das políticas de cotas. Após processo de deliberação interno aprovou-se a Resolução n. 01/2020, que estabeleceu uma política de cotas para o ingresso no grupo fundamentando-se nas disposições constitucionais, legais e decisão do STF na ADPF 186.

## **4. PROCESSO DE DEBATE E IMPLEMENTAÇÃO**

### **4.1. Coleta de informações**

Apesar de ser uma demanda que aparecia eventualmente, a provocação para a criação de política de cotas no PET Direito UFPR deu-se no segundo semestre de 2020, com o envio do formulário da Comissão Executiva InterPET (CEPET), o qual demandava informações sobre a pluralidade do corpo discente dos Programas de Educação Tutorial da UFPR. Ao mesmo tempo em que fomos provocadas, a solução nos foi apontada: um dos questionamentos era justamente sobre a adoção de políticas afirmativas no processo seletivo. Diante disso, em reunião ordinária do dia 10 de novembro de 2020, por decisão unânime, acolhemos a ideia de implementação de cotas, optando pela criação de comissão interna voltada exclusivamente para a pesquisa e consolidação da proposta.

Iniciadas as atividades da comissão, foram consultados grupos PET da UFPR e da UnB que adotam a política.

Em contato com Juliana Araujo Lopes, petiana egressa do Direito UnB e doutoranda em Direito pela mesma instituição, que participou do processo de implementação pelo Programa em 2014, conhecemos o resultado positivo da experiência. A consolidação da

proposta foi simples, já que se parte da premissa de que todos os PETs possuem liberdade no estabelecimento de critérios de ingresso, com base na autonomia universitária.

A inspiração do modelo adotado pelo PET Direito UnB adveio principalmente dos editais de seleção de pós-graduação, dado o número menor de candidaturas e de vagas em comparação ao vestibular para a graduação. A política, direcionada inicialmente à população negra, foi aprimorada, incluindo atualmente pessoas indígenas, quilombolas, transexuais, travestis ou transgêneros, bem como pessoas com deficiência, optantes pela política de ação afirmativa e autoidentificadas no momento da inscrição.

Além da reserva de vagas, há adoção do recorte racial nas fases avaliativas do processo seletivo do PET Direito UnB, seja por meio de referenciais teóricos nas provas dissertativas, seja pela inclusão de pessoas negras nas bancas. E como resultado, já na primeira seleção com a implementação da política afirmativa, em 2014, a maioria das pessoas que ingressaram no PET eram negras. Nesse sentido, nossa aproximação com o PET Direito UnB foi fundamental para a consolidação de um projeto efetivamente antirracista, ao demonstrar que a garantia da presença de minorias políticas não deve se dar somente enquanto receptora da política afirmativa, por meio da reserva de vagas, mas também enquanto conhecimento (re)produzido pelas teorias e estudos adotados, feitos por e para esses grupos.

A fim de evitar que esse movimento se perdesse no decorrer do tempo dentro do PET Direito UFPR, optamos não apenas por incluir a pauta nos editais de seleção, mas de firmar uma resolução, a ser observada pelas próximas gerações petianas. Em conversa com a Superintendência de Inclusão, Políticas Afirmativas e Diversidade (Sipad) da UFPR, recebemos orientações para a sua elaboração, em especial no que toca à documentação a ser exigida das candidatas cotistas, bem como à realização (ou não) de bancas de heteroidentificação. Esse acompanhamento técnico-institucional da nossa Universidade foi de suma importância, concedendo mais segurança às decisões tomadas pelo grupo.

## 4.2 Resolução

A elaboração de uma resolução oficial para regulamentar as ações afirmativas no processo seletivo foi proposta na reunião do dia 10 de novembro de 2020. A primeira versão da resolução, redigida pela comissão específica, foi apresentada ao grupo e discutida na reunião de 1º de dezembro de 2020 e o documento foi publicado no mesmo dia, como Resolução 01/2020.

Em linhas gerais, a resolução prevê a reserva de 50% do total das vagas disponíveis no processo seletivo para estudantes que se autodeclararem pertencentes às minorias políticas – negras (pretas e pardas), indígenas, quilombolas, trans (transexuais e transgêneros), travestis, migrantes humanitárias e refugiadas, bem como pessoas com deficiência –,

a forma das inscrições (documentos de autoidentificação) e maneira como se dará a distribuição das vagas e bolsas ao final do processo seletivo.

Quanto à distribuição das vagas, serão formadas, ao final do processo seletivo, duas listas por ordem de nota: uma lista para as candidatas cotistas e outra lista para as candidatas não cotistas. O primeiro lugar do processo seletivo será concedido à candidata que obtiver a maior nota dentre aquelas que ficaram em primeiro lugar em suas respectivas listas. As demais vagas serão distribuídas pela intercalação das candidatas de cada lista. Se a nota mais alta do processo seletivo for de uma candidata cotista, por exemplo, ela ocupará o primeiro lugar, o segundo lugar será atribuído à candidata com a maior nota da lista de não cotistas, o terceiro lugar será atribuído à próxima candidata na lista de cotistas, e assim por diante. Em caso de haver bolsas disponíveis, elas serão distribuídas seguindo esta mesma ordem final de classificação, com atenção ao disposto na cláusula 14 do Estatuto do PET Direito UFPR, que prevê direito de preferência ao recebimento de bolsas para pessoas em comprovada fragilidade econômica.<sup>2</sup>

Na reunião de discussão da minuta no dia 1º de dezembro de 2020, foi dada especial atenção para a terminologia utilizada no texto. Ao invés de “pessoas pretas” – como estava proposto na primeira versão da minuta –, preferimos “pessoas pretas e pardas”, alinhando a resolução ao modo de identificação racial adotado pelo IBGE. Entendemos que a escolha política de falar apenas em pessoas pretas, e não pardas, rejeitando o histórico racista que a miscigenação teve no Brasil, poderia afastar candidatas que se autodeclararam pardas. Ainda, optamos por incluir pessoas transsexuais e transgêneros, entendendo que há uma disputa política pelos termos e que a autoidentificação da candidata com um ou outro não poderia ser impeditivo para sua inscrição. Ao longo do texto da Resolução, após o primeiro uso dos termos “transsexuais” e “transgêneros”, nos referimos às pessoas transsexuais e transgêneros genericamente como “pessoas trans”. Também foi incluída a identidade travesti, que não se confunde com transexualidade ou transgeneridade, mas que, no nosso entendimento, também configura uma minoria política que deve ser contemplada em ações afirmativas como a aqui proposta.

<sup>2</sup> “Cláusula 14: A distribuição das bolsas será feita conforme a ordem de classificação verificada ao final do processo seletivo de ingresso, sendo assegurado o direito de preferência às integrantes com comprovada fragilidade socioeconômica.

1º: A fragilidade socioeconômica a que se refere esta cláusula será verificada através de critérios objetivos, mediante a comprovação de que a aluna é beneficiária do Probem, ou sua vinculação ao Cadastro Único do Governo Federal para Assistência Social.

2º: Caso a aluna não consiga ser beneficiária do Probem por motivos de limitação de vagas, será aceito como comprovante de sua condição declaração formal da Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis-PRAE.

3º: Os documentos que tratam esta cláusula deverão ser entregues à tutora, produzindo a partir de então certeza e liquidez sobre o direito de preferência.

4º: O direito de preferência não produzirá efeitos se a candidata for submetida à lista de espera por cancelamento de bolsas.”

Ainda quanto à técnica de relação da resolução, fizemos a escolha política de re-digi-la sempre utilizando os pronomes femininos no lugar dos pronomes neutros, para os quais a norma padrão da língua portuguesa define o uso do significante masculino.

A partir dos debates, o grupo decidiu não vincular a autodeclaração da candidata à forma de ingresso no UFPR, isto é, ao fato de ter sido aprovada no vestibular pela modalidade de cotas ou ampla concorrência. Isso porque nem todas as minorias abarcadas pela nossa resolução têm direito às cotas do vestibular, como as pessoas trans e travesti, ao mesmo que ter o direito às cotas não obriga que alguém que se identifica como minoria realize o vestibular inscrita nessa modalidade de ingresso. Em segundo lugar, porque entendemos a autoidentificação como um processo que pode, em alguns casos, se iniciar após o ingresso da estudante na universidade. Por esses motivos, a inscrição da pessoa negra, quilombola, trans ou travesti, nos termos da resolução, pode se dar por autodeclaração da candidata. Por conta das especificidades, os documentos exigidos para as candidatas indígenas, migrantes humanitárias, refugiadas e com deficiência são os mesmos exigidos para a inscrição do vestibular da UFPR na modalidade de cotas, respectivamente: Registro Administrativo de Nascimento de Índio – Rani, expedido pela Funai; cópia de documento oficial brasileiro sobre a condição de migrante humanitária, refugiada ou solicitante de refúgio (RNE, CNM, protocolo de solicitação de refúgio ou afim); ou laudo médico que deverá conter a descrição da deficiência e o Código Internacional de Doenças (CID), correspondente à respectiva deficiência. Em qualquer caso, para facilitar a inscrição das candidatas, optamos por aceitar alternativamente documento de autodeclaração emitido pela Superintendência de Inclusão, Políticas Afirmativas e Diversidade (Sipad) da UFPR.

Como a inscrição no processo seletivo foi desvinculada do modo de ingresso da UFPR, a resolução prevê a possibilidade de realização de banca de identificação, apenas para aquelas pessoas que não ingressaram na UFPR como cotistas (vez que estas pessoas já passaram pela banca de heteroidentificação da universidade), nos moldes estabelecidos pela SIPAD, e a depender de previsão no edital de seleção. Na resolução, preferimos abordar a questão da fraude às cotas genericamente, apenas estabelecendo que qualquer tentativa de fraude culminará na imediata desqualificação da candidata do processo seletivo e impedimento de inscrição em futuras seleções.

Finalmente, de modo a preencher de significado a implementação de cotas do processo seletivo e garantir a mudança da cultura do grupo a longo prazo, o documento estabelece que a banca do processo seletivo deverá obrigatoriamente ser composta por pelo menos uma representante das minorias políticas citadas. Além disso, as avaliações de ingresso deverão incluir referências produzidas por estas minorias que versem preferencialmente sobre: Teoria Crítica da Raça, racismo estrutural e institucional, estudos de gênero e sexualidade, pensamento decolonial e estudos críticos ao capacitismo.

### 4.3 Edital do Processo Seletivo (2021)

As mudanças introduzidas no edital do processo seletivo para ingresso do PET Direito se basearam nas atribuições garantidas à tutora do grupo PET para definir o processo seletivo de ingresso no PET.

Conforme a Resolução 01/2020 do PET Direito, passou a se dedicar metade das vagas disponíveis para estudantes autodeclaradas negras (pretas e pardas), indígenas, quilombolas, trans (transexuais e transgêneros), travestis, migrantes humanitárias e refugiadas, bem como pessoas com deficiência.

Não houve banca para aferição da autoidentificação racial, presumindo-se a boa-fé da declarante. Além disso, decidiu-se não vincular a autodeclaração da candidata à forma de ingresso na UFPR. O grupo estabeleceu, porém, que identificando-se fraude, haverá impugnação específica com a aplicação da sanção prevista no artigo 5º da Resolução 01/2020. Em que pese o disposto na resolução acerca da possibilidade de estabelecimento de banca nos casos em que o ingresso do candidato no vestibular da UFPR não se deu pelo sistema de cotas da universidade, o grupo decidiu que a medida não se fez necessária, considerando a quantidade pequena de vagas ofertadas pelo PET e o fato de que todos os possíveis ingressantes são conhecidos ou colegas das atuais petianas, dificultando assim a ocorrência de fraude.

A adequação do edital a estas deliberações ocorreu com as definições: i) O tema do ensaio e de estudos do PET em 2021 segue aqueles apontados na resolução, a saber: “As encruzilhadas da subjetividade jurídica a partir do Sul”; ii) A banca teve em sua composição uma representante das minorias políticas citadas na resolução; iii) Seguindo a Resolução 01/2020, foram escolhidas para a produção do ensaio na primeira fase do processo seletivo referências bibliográficas produzidas por pessoas das minorias e sobre os temas indicados na resolução. Especificamente neste ano, foram abordados autores e autoras que tratam da subjetividade jurídica nos países periféricos e de abordagens críticas à colonialidade. As obras selecionadas foram as seguintes: “A categoria político-cultural amefricanidade”, de Lélia González; “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, de Aníbal Quijano; “Direito e Relações Raciais – Uma introdução crítica ao racismo”, de Dora Lúcia de Lima Bertúlio; além do desenho “América Invertida”, de Joaquín Torres García.

### 4.4 Processo Seletivo (2021)

No processo seletivo para o ingresso no ano de 2021 houve, ao todo, 22 inscrições, cinco com declaração de cotista. Dessas, quatro pleiteantes declararam-se negras e uma parda. É notável a diferença entre o número de inscrições totais para ingresso nos anos de 2020 (12) e 2021 (22), ocorrendo um aumento de 83%.

Para contribuir com essa análise quantitativa, foi realizada uma pesquisa junto aos membros que ingressaram no PET nos últimos três anos (2018-2020) com o objetivo de levantar, entre outras questões, qual o número de pessoas que teriam se inscrito como cotistas nos processos seletivos anteriores caso estivesse em vigor a política de cotas e sob qual critério de autodeclaração teriam se encaixado. Com esses parâmetros, a amostra total levantada foi de 22 pessoas, e destas, 19 (86,3%), responderam.

Das 19 respostas, apenas três (15,8%) declararam que teriam ingressado na categoria de cotista: duas pardas e uma negra. O que mostra falta de paridade nos participantes do grupo. Mesmo que, em decorrência da impossibilidade de obter todas as respostas, se possa considerar a possibilidade de eventualmente subir para cinco o número de cotistas (aproximadamente 30%). A ausência das demais categorias de cotistas previstas na resolução, é explicada, em partes, pelo baixo número destas minorias políticas no curso de Direito da UFPR.

Três observações podem ser feitas ao processo seletivo: i) uma das candidatas autodeclaradas negras não enviou o ensaio referente à primeira fase, sendo desclassificada; ii) o ensaio que melhor executou a proposta, e ficou em primeiro lugar na colocação, com nota máxima, foi o de uma estudante negra; ii) além dos diversos elogios dos participantes do processo seletivo em relação à implementação da política de cotas, alguns, não apenas cotistas, comentaram que a referida política foi fator determinante para o interesse em participar do grupo, já que demonstra uma abertura a uma multiplicidade de perspectivas, à ação conjunta com grupos minoritários e à busca mais concreta por justiça social.

Em relação aos resultados, ingressaram sete alunas no processo seletivo de 2021, sendo todas as quatro cotistas autodeclaradas negras. Diferença já gritante com os resultados apresentados anteriormente, que apontaram que apenas uma pessoa se autodeclarou negra dentre as 19 (5,5%) que responderam ao questionário. Com isso, fica nítido que a política de ação afirmativa já demonstrou um expressivo impacto na composição racial do grupo, e ainda se aguarda seus efeitos a longo prazo, ligados com outras políticas de inclusão para ingresso na universidade. Também se espera que essa ação influencie outros grupos da universidade, não somente PETs, a adotarem tais políticas.

## **5. AVALIAÇÃO PROVISÓRIA**

Com o objetivo de se apreender a percepção das participantes e verificar a necessidade de alterações na execução do processo seletivo, realizou-se a aplicação de um formulário com as novas integrantes selecionadas no ano de 2021. Das sete respondentes, quatro já haviam participado do processo seletivo do PET e três não. Cinco afirmaram que participariam do processo seletivo mesmo sem a implementação da política de cotas, uma

indicou que talvez participasse e outra respondeu que não participaria do processo seletivo se não houvesse a reserva de vagas.

De modo geral, as estudantes avaliaram positivamente o processo seletivo. Houve elogios à transparência e organização da seleção, mesmo com as adversidades da modalidade telepresencial. Foram destacados, também, a qualidade das indicações bibliográficas, os eventos realizados com o objetivo de explicar os elementos das fases do processo seletivo e a escolha da modalidade de ensaio como oportunidade de explorar um novo gênero textual.

Especificamente sobre a implementação de ações afirmativas no processo seletivo, os retornos indicaram que todas as selecionadas veem a medida como importante. Apesar de ter sido considerada tardia, as estudantes indicaram que se trata de uma prática que merece ser copiada por outros coletivos acadêmicos existentes na Faculdade de Direito da UFPR, como grupos de pesquisa e/ou extensão, bem como por outros grupos PET.

Quanto aos impactos percebidos, as estudantes apontaram que a diversidade interna do grupo propiciará o enriquecimento das discussões, o surgimento de novos debates e perspectivas e uma maior associação entre a teoria debatida e a prática. A vigência da resolução que prevê a reserva de vagas foi interpretada, também, como uma forma de democratização do ambiente acadêmico. Vale apontar que não houve qualquer questionamento sobre a legitimidade das cotas e tampouco qualquer intercorrência negativa no processo seletivo.

Tendo sido oportunizada a indicação de sugestões, as estudantes demonstraram a possibilidade de melhoria quanto a alguns pontos do processo seletivo: que a fase de entrevistas se dê apenas entre a banca e a estudante, de maneira fechada para demais pessoas; que o edital seja escrito de forma mais detalhada; que haja paridade racial na composição da banca avaliadora; que se adotem práticas de acessibilidade voltadas para pessoas com deficiência; e que seja realizada a revisão da adoção do Índice de Rendimento Acadêmico enquanto critério eliminatório.

Apesar dos elogios, anteriormente mencionados, à proposta de elaboração de um texto na forma ensaística, uma das participantes sugeriu a escolha de um gênero textual mais tradicional. Houve, ainda, a sugestão de que o PET ofereça oficinas aprofundadas sobre metodologia científica e que seja realizada alguma atividade envolvendo os projetos de pesquisa dos demais estudantes que participaram do processo seletivo.

É interessante destacar que, ainda que não fosse critério de avaliação, os projetos das três alunas cotistas versaram sobre temas relacionados ao racismo (em políticas públicas, julgamento do crime de racismo e caráter racial nos dados de entregadores por aplicativos) e o projeto da quarta estudante selecionada pela reserva de vagas se dedicou a questões relativas à violência de gênero. Isso sugere que a diversidade na composição do



grupo afeta os conteúdos pesquisados, trazendo diversidade a partir de vivências, práticas e teorias.

Mesmo com os impactos significativos já destacados, a implementação de ações afirmativas no processo seletivo do PET Direito - UFPR foi objeto de questionamento, formulado pela Auditoria Interna (AUDIN) da própria Universidade Federal do Paraná, na Auditoria nº 5/UFPR/R/AUDIN/UEX, instaurada por denúncia encaminhada à AUDIN. Segundo o Relatório Final de Auditoria, o PET Direito estaria usurpando “competências da Comissão Local de Acompanhamento e Avaliação (CLAA), com a realização de decisões colegiadas no próprio PET, que exorbitam as atribuições do tutor e dos integrantes”, como a “criação de critérios para estabelecimento de cotas para integrantes em dissonância à política institucional (Resolução 01/2020 PET Direito UFPR)”.

A resposta do grupo, acatada pela AUDIN ao final dos trabalhos de apuração, destacou que para a elaboração da Resolução 01/2020 - PET Direito UFPR, foram levadas em consideração, além das normas e fundamentos expressamente dispostos na resolução<sup>3</sup>, o art. 3º da Lei n. 12.711/2012, o Plano de Desenvolvimento Institucional da UFPR (PDI UFPR – 2017-2021)<sup>4</sup>, destacando-se a missão da SIPAD, bem como as políticas adotadas no âmbito da própria UFPR para a elaboração de política de cotas. Assim, não restariam dúvidas acerca da importância da Resolução 01/2020 - PET Direito UFPR, respaldada no respeito à autonomia universitária e amparada normativamente tanto em normas em plano nacional quanto em normas e práticas institucionais.

## REFERÊNCIAS

CERVI, Emerson Urizzi. Ações afirmativas no vestibular da UFPR entre 2005 a 2012: de política afirmativa racial a política afirmativa de gênero. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [S.L.], n. 11, p. 63-88, ago. 2013.

DATAFOLHA; FOLHA DE S. PAULO. **Racismo cordial**. São Paulo: Ática, 1995.

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica. **Revista Brasileira de Educação**, [S.L.], n. 29, p. 164-176, ago. 2005.

DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima; QUEIROZ, Marcos. Direito à liberdade e à igualdade nas políticas de reconhecimento: fundamentos jurídicos da identificação dos beneficiários

<sup>3</sup> Levando-se em consideração diversas normas, incluindo disposições constitucionais, decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade (com efeito vinculante), o Estatuto da Igualdade Racial – notadamente: o art. 207 da Constituição Federal; o art. 4º da Lei n. 12.288/2010; a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 12.990/2014; o art. 2º, IV e V, e art. 3º, §2º, da Portaria 976/2010 do Ministério da Educação.

<sup>4</sup> A qual estabelece como balizas para a instituição a responsabilidade social e o respeito a inclusão, além da promoção de um ambiente pluralista e o respeito à diversidade.

nas cotas raciais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 1-306, abril/jun. 2020.

INSPIR (Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial)/DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos)/ AFL-CIO (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization), 1999. **Mapa da População Negra no Mercado de Trabalho**. São Paulo: INSPIR.

LIMA, Sílvia Maria Amorim. **A permanência de estudantes negros(as) na Universidade Federal do Paraná: aspectos material e simbólico**. Dissertação (mestrado) – Setor de Educação, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 173p. 2016. Disponível em <http://hdl.handle.net/1884/45477>. Acesso em: 19 maio 2023.

MOREIRA, Cláudia Regina Baukat Silveira; SILVA, Paulo Vinicius Baptista da. Ações afirmativas na UFPR: impactos da Lei n.12.711/2012 em dois cursos. **Laplage em Revista**, [S.L.], v. 5, n. 3, p. 110-127, 1 ago. 2019.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da. Síntese dos principais resultados da pesquisa “Discriminação racial e preconceito de cor no Brasil”. In SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da. **Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 129-175.

SENKEVICS, Adriano Souza; MELLO, Ursula Mattioli. O perfil discente das universidades federais mudou pós-Lei de Cotas? **Cadernos de Pesquisa**, [S.L.], v. 49, n. 172, p. 184-208, jun. 2019.

**N**o ano de 2023, a gestão "Imagina o amanhã", do Partido Acadêmico Renovador, traz a 34ª edição da tradicional Revista Themis. A revista é um espaço de publicação científica que preza, desde a sua criação, pelas produções teóricas das e dos estudantes de direito no ensino superior do Paraná, destinada à discussão de temáticas atuais no campo jurídico. Além das disciplinas curriculares, a edição n.º 34 decidiu trazer três discussões de extrema importância para o direito contemporâneo: teoria crítica da raça, direito dos povos originários e comunidades tradicionais e direitos e lutas LGBTQIA+. As temáticas abordadas demonstram a qualidade da pesquisa do corpo discente da Universidade Federal do Paraná e sua sensibilidade com as demandas de nosso tempo.

**O** Centro Acadêmico Hugo Simas, há 74 anos, publica a Revista Jurídica Themis, espaço garantido aos estudantes de graduação das Faculdades de Direito do Paraná, especialmente da Universidade Federal do Paraná, para publicação dos seus trabalhos científicos. Trata-se de um espaço de troca e agregação de saberes muito tradicional da comunidade acadêmica que promove interação entre o corpo discente com o docente, o que permite a formação e promoção de novos cientistas, produzindo conhecimento, reflexão e críticas no meio jurídico – dentro das suas muitas possibilidades.



**CAHS**



**EDITORA ÍTHALA**

ISSN 1983-2036



9 771983 203009 34



**ithala.com.br**