

## IV SEMINÁRIO DE PESQUISA

# “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”

Organizadores

Flávia Trentini

Jair Aparecido Cardoso



Pedro & João  
editores

# **IV Seminário de Pesquisa**

**“Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”  
2022**

## APOIO INSTITUCIONAL/FOMENTO

Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de  
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (PPGD-FDRP/USP).  
Comissão de Pesquisa da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da  
Universidade de São Paulo (CPq-FDRP-USP).



O presente trabalho foi realizado com o apoio da CAPES, entidade do  
Governo Brasileiro voltada para a formação de recursos humanos, no  
âmbito do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento no Estado

Democrático de Direito, projetos:

- I – Acesso à justiça e desigualdades;
- II – Ambientes e desenvolvimento: avaliação de políticas públicas e  
atividades impactantes sobre o ambiente natural, urbano, cultural e  
laboral;
- III- Ética e desenvolvimento;
- IV – Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito.



**Flávia Trentini**  
**Jair Aparecido Cardoso**  
**(Organizadora e Organizador)**

## **IV Seminário de Pesquisa**

**“Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”**  
**2022**

## Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

---

**Flávia Trentini; Jair Aparecido Cardoso [Orgs.]**

**IV Seminário de Pesquisa. “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 366p. 16 x 23 cm.

**ISBN: 978-65-265-0842-8 [Digital]**

1. Estado Democrático de Direito. 2. Anais. 3. Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação. 4. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. I. Título.

CDD – 370/340

---

**Capa:** Luidi Belga Ignacio

**Ficha Catalográfica:** Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

**Diagramação:** Diany Akiko Lee

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

### **Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



**Pedro & João Editores**

[www.pedroejoaoeditores.com.br](http://www.pedroejoaoeditores.com.br)

13568-878 – São Carlos – SP

2023

## COMITÊ CIENTÍFICO

### **Docentes:**

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso – Presidente da Comissão de Pós-Graduação da FDRP

Profa. Dra. Flavia Trentini - Presidente da Comissão de Pesquisa da FDRP

Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva, pelo Projeto “Acesso à justiça e desigualdades”

Prof. Dr. Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua, pelo Projeto “Ambientes e desenvolvimento: avaliação de políticas públicas e atividades impactantes sobre o ambiente natural, urbano, cultural e laboral”

Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, pelo Projeto “Ética e desenvolvimento”

Prof. Dr. Sérgio Nojiri, pelo Projeto “Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito”

### **Discentes:**

Cristiane Duarte Mendonça Alvares, Mestranda pela FDRP/USP

Drielly Rigotti Yamada, Mestranda pela FDRP/USP

Felipe Capuzi Freire, Mestrando FDRP/USP

Laura Parisi, Mestranda pela FDRP/USP

Letícia Preti Faccio, Mestranda pela FDRP/USP

Lucas Paulo Fernandes, Mestrando pela FDRP/USP

Luciano Henrique Caixeta Viana, Mestrando pela FDRP/USP

Maiara Carlos Melara, Mestranda pela FDRP/USP

Maitê Luiza Cardoso, Mestranda pela FDRP/USP

Simone Tavares de Andrade, Mestranda pela FDRP/USP



## APRESENTAÇÃO

O IV Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação da FDRP foi realizado no período de 29 a 30 de novembro de 2022, com o tema “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, por meio de palestras, mesas redondas e mini cursos com a participação de pesquisadores de todo o país que discutiram sobre temas inerentes ao desenvolvimento do país, sistema de justiça e a interdisciplinaridade na ciência do Direito. Foram apresentadas e discutidas pesquisas de professores e mestrandos da FDRP e de outros programas em Grupos de Trabalho de quatro eixos temáticos: I – Acesso à justiça e desigualdades; II – Ambientes e desenvolvimento: avaliação de políticas públicas e atividades impactantes sobre o ambiente natural, urbano, cultural e laboral; III- Ética e desenvolvimento; IV – Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito. As pesquisas foram submetidas, inicialmente, no formato de resumo expandido, os quais foram selecionados pelo sistema de dupla revisão cega, e após a apresentação no evento, foram indicados para publicação completa do artigo nos Anais do Evento, os quais perfazem esta obra. Agradecemos a participação de todos e desejamos uma boa leitura!





## PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

<b>Terça-feira, 29 de novembro de 2022</b>	
9h30min	<b>Abertura</b>
	Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
10h	<b>Relatório Bom Prato</b>
	Profa. Iara Pereira Ribeiro e Profa. Flavia Trentini
13h	<b>Diálogos de Pesquisa Pós-doutoral</b>
	Profa. Flavia Trentini
	Participantes: Dra. Jamile Gonçalves Calissi, Dr. Cezar Cardoso de Souza Neto, Dra. Patricia Maeda, Dr. Felipe Pante Leme de Campos, Dr. Guilherme Loria Leoni, Dr. José Roberto Macri Júnior, Dr. Welington Oliveira de Souza Dos Anjos Costa
15h	<b>Pesquisa e entrevistas com seres humanos: ética e legislação</b>
	Prof. Guilherme Leoni
18h	<b>Grupos de trabalho para apresentação de resumos</b>

<b>Quarta-feira, 30 de novembro de 2022</b>	
10h30min	<b>Mesa de apresentação das pesquisas dos Projetos 3 e 4</b>
14h	<b>Mesa estatutária</b>
	Prof. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
17h30min	<b>Minicurso: Como fazer um projeto de pesquisa?</b>
	Profa. Jamile Gonçalves Calissi
19h30min	<b>Minicurso: Novidades em pesquisa empírica</b>
	Prof. Victor Hugo de Almeida

<b>Quinta-feira, 31 de novembro de 2022</b>	
08h30min	<b>Mesa de apresentação das pesquisas do Projeto 2</b>
10h30min	<b>Mesa de apresentação das pesquisas do Projeto 1</b>

13h	<b>Minicurso: Pesquisa a partir da perspectiva de gênero</b>
	Profa. Fabiana Cristina Severi
15h	<b>Minicurso: Técnicas de pesquisa com decisões judiciais</b>
	Profa. Fabiana Luci de Oliveira
17h	<b>Minicurso: Profissionalização da pesquisa em direito</b>
	Profa. Michelle Rattton Sanchez Badin
19h	<b>Encerramento</b>
	Prof. Paulo Eduardo Alves da Silva

## Sumário

### GRUPO DE TRABALHO I Acesso à justiça e desigualdades

<b>SISTEMA PRISIONAL, VIESES RACIAIS IMPLÍCITOS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO</b> Rubens Beçak; Bruna Ribeiro Dourado Varejão	<b>17</b>
<b>MOBILIZAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA ATUAÇÃO DA MÍDIA DIGITAL ESPECIALIZADA EM DIREITO</b> Brenno Pires de Oliveira Tardelli	<b>37</b>
<b>RESOLUÇÃO PACÍFICA DO CONFLITO PELA TECNOLOGIA: ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DO PROFESSOR BOTELHO DE MESQUITA</b> Guilherme Vinicius Justino Rodrigues; Luma Zaffarani	<b>61</b>
<b>ANÁLISE DE CASO: A IMPORTÂNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA E PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA</b> Mariana Almeida Dias Oliveira; Rubens Beçak	<b>85</b>
<b>DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR ÀS MULHERES GRÁVIDAS PRESAS PREVENTIVAMENTE E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE</b> Izadora Moro Sampaio; Marina Calanca Servo	<b>103</b>

<b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O ABORTO: ANÁLISE PRELIMINAR DOS ACÓRDÃOS SOBRE A TEMÁTICA</b>	<b>125</b>
Gabriela Cortez Campos; Fernanda Pacheco Amorim; Marina Soares Jenisch	
<b>PODER JUDICIÁRIO, SOCIEDADE E JURISDIÇÃO CRIMINAL: PELO PERFIL NORMATIVO DE UM JUIZ GARANTIDOR</b>	<b>149</b>
Rubens Beçak; Lucas Paulo Fernandes; Lucas Hernandez Lopes	
<b>AS FUNDAMENTAÇÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MEIO PARA A LIBERDADE: RAWLS, ALEXY E AS CRÍTICAS DE TUGENDHAT</b>	<b>173</b>
Rodrigo Henrique Pitton; Alexandre Garrido da Silva	
<b>O ITINERÁRIO DE UM ESTUDO SOBRE SENTIDOS E SIGNIFICADOS DE ACESSO À JUSTIÇA</b>	<b>195</b>
Íngride Ohana de Queiroz Lima; Paulo Eduardo Alves da Silva	
<b>SOLUÇÕES DE TECNOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: CRITÉRIOS DE ANÁLISE PARA COMPARAÇÃO SOB O OLHAR DO DIREITO</b>	<b>217</b>
Carolina Lopes Scodro; Paulo Eduardo Alves da Silva	

## **GRUPO DE TRABALHO II**

**Ambientes e desenvolvimento: avaliação de políticas públicas e atividades impactantes sobre o ambiente natural, urbano, cultural e laboral**

### **O MEIO AMBIENTE NO TELETRABALHO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO** **239**

Gabriella Francynni Rodrigues Silva; Isadora Pereira;  
Rodolfo Ignácio Aliceda

## **GRUPO DE TRABALHO III**

**Ética e Desenvolvimento**

### **A RESPONSABILIDADE DO INVESTIDOR NÃO SÓCIO DE UMA STARTUP EM CASO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA** **263**

Fabio Garcia Leal Ferraz; José Carlos Ferreira Neto; Ana Paula Bagaiolo Moraes

## **GRUPO DE TRABALHO IV**

**Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**

### **DIREITO CONSTITUCIONAL: FORMANDO CIDADÃOS NAS ESCOLAS BRASILEIRAS** **281**

Maria Candida Vianna da Silva Mendes; Walter Francisco Sampaio Filho

### **PATERNALISMO PENAL E SUICÍDIO: UMA ANÁLISE DAS NORMATIVAS DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INGLÊS, ALEMÃO E BRASILEIRO** **301**

Bruno Walker Farias Cunha; Daniel Pacheco Pontes

<b>METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE ENTREVISTAS</b>	<b>327</b>
Jéssica Iara de Sousa Frata; Nathália de Assis Camargo Franco	
<b>LINGUAGEM JURÍDICA É JURIDICUÊS?</b>	<b>347</b>
Sybile Moreira Santos	

**GRUPO DE TRABALHO I**  
**Acesso à justiça e desigualdades**





## **SISTEMA PRISIONAL, VIESES RACIAIS IMPLÍCITOS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Rubens Beçak**

Livre-Docente em Direito do Estado pela FD/USP  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de São Paulo  
(FDRP/USP)

E-mail: [prof.becak@usp.br](mailto:prof.becak@usp.br) <http://lattes.cnpq.br/7461141539467509>

**Bruna Ribeiro Dourado Varejão**

Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade  
de São Paulo (FDRP/USP)

E-mail: [brunadouradov@usp.br](mailto:brunadouradov@usp.br)  
<http://lattes.cnpq.br/7707359156928689>

**Resumo:** O presente artigo analisa a influência de vieses cognitivos e ideologias na atuação dos operadores do sistema de justiça criminal, com foco na atuação institucional do Ministério Público enquanto possível reprodutor de uma seletividade racista. Trata-se de pesquisa qualitativa realizada por meio de levantamento bibliográfico sobre o tema, com base, prioritariamente, em obras de literatura estrangeira na área de psicologia do comportamento judicial. Os dados coletados demonstram que os operadores do sistema de justiça sofrem influência de vieses implícitos que podem condicionar sua atuação, reforçando o racismo estrutural e estruturante existente no Brasil, refletido na seletividade das agências de punição estatal e no perfil dos indivíduos que se encontram privados da liberdade. Muito se fala na influência de tais fatores na construção das decisões judiciais, mas poucos estudos se debruçam especificamente sobre a atuação do Ministério Público, sendo certo que, sendo tal instituição titular da ação penal, é essencial compreender como o papel acusatório pode ser psicologicamente condicionado, inclusive para que se promova um salto qualitativo na atuação ministerial.

**Palavras-chave:** Sistema prisional; Ministério Público; Vieses raciais implícitos.

## 1. Introdução

Falar sobre sistema prisional, no Brasil, é, inevitavelmente, falar em seletividade da justiça criminal. Com efeito, a análise dos dados do sistema penitenciário brasileiro permite concluir que existe, no país, um ‘perfil ideal de criminoso’, correspondente a um homem, jovem, negro e pobre. É com base nessa constatação que estudiosos de criminologia e direito penal têm apontado que o punitivismo estatal é racista e classista.

Ao se afirmar que o Poder Judiciário brasileiro pune mais negros, parece que se quer dizer que os policiais, juízes e Promotores de Justiça, individualmente falando, são, necessariamente, racistas, o que tem causado resistência, por parte destes, em reconhecer a seletividade da justiça criminal. Certo é que isso, por vezes, pode ser verdade. Contudo, perquire-se se existem outros fatores que podem influenciar a atuação desses indivíduos, contribuindo para a manutenção do racismo estrutural existente no Brasil, refletido na atuação das agências punitivas estatais.

Buscando responder a tais questionamentos, na primeira parte do artigo, serão apresentados dados estatísticos extraídos do *site* do Departamento Penitenciário Nacional, indicando qual o perfil dos indivíduos que se encontram encarcerados no Brasil, hoje. Ainda na primeira parte, também será abordada a tendência de encarceramento em massa que vem acontecendo nas últimas décadas, como política pública estatal em resposta à crescente criminalidade.

Na segunda parte, serão apresentados estudos empíricos realizados por pesquisadores estadunidenses ligados à psicologia comportamental que demonstram como as ideologias e os vieses cognitivos implícitos podem influenciar a atuação daqueles que operam no sistema de justiça criminal.

Na terceira parte, considerando a atuação profissional da autora deste artigo, optou-se por realizar uma reflexão com relação ao papel institucional do Ministério Público na perpetuação da

seletividade do sistema de justiça criminal punitivista, questionando-se acerca da existência de vieses raciais implícitos que possam orientar a atuação dos membros de execução ministerial, em prejuízo do fim constitucionalmente elencado ao Ministério Público de defesa da sociedade.

Quer-se, com o presente artigo, fomentar o debate quanto à influência de vieses cognitivos e ideologias na atuação dos operadores do sistema de justiça criminal, com foco no Ministério Público, suscitando dúvida quanto à possibilidade de realização de um salto qualitativo na atuação ministerial por meio de uma autocrítica institucional quanto à reprodução de seletividade no punitivismo estatal.

## **2. Pretos, pobres e periféricos: um recorte numérico do sistema prisional brasileiro**

De acordo com dados extraídos do Sisdepen (DEPEN, 2020), no período de julho a dezembro de 2020, 668.135 pessoas encontravam-se encarceradas em celas físicas no Brasil (84,2% do total de presos do país, sendo que o restante encontrava-se em prisão domiciliar). 49,92% destes indivíduos (isto é, 280.754 pessoas) são considerados pardos e 16,06% (ou 90.293 pessoas) são pretos. Condensando os números, verifica-se que 65,98% do sistema penitenciário brasileiro é composto de pretos e pardos. Indo além, a análise do perfil destes indivíduos indica que 95,71% deles são homens e 60,04% têm entre 18 e 34 anos.

Ainda, no último levantamento anual, em 2017 (DEPEN, 2017), o Infopen apontou que 51,3% dos presos brasileiros possuem o Ensino Fundamental incompleto. Apenas de 0,5% dos encarcerados havia concluído o Ensino Superior.

No segundo semestre de 2019, o Depen levantou os dados referentes quantidade de incidências por tipo penal, dentre os indivíduos que se encontravam privados da liberdade, tendo constatado que 50,96% dos presos haviam cometido delito contra o

patrimônio, 20,28% tinham incorrido em algum crime previsto pela Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), 17,3% praticaram crime contra a pessoa. Apenas 0,18% dos presos haviam praticado delito contra a Administração Pública.

Com a devida liberdade criativa com o brocardo popular, parece certo que contra dados (estatísticos, imparciais e numéricos) não há argumentos. As informações levantadas pelo Departamento Penitenciário Nacional demonstram que o perfil do condenado criminal é o de um homem, jovem, negro, com pouco ou nenhum estudo formal. Em regra, esse indivíduo praticou um crime contra o patrimônio (furto, roubo, latrocínio, extorsão) ou tráfico de drogas, delitos, como se sabe, geralmente cometidos por pessoas em situações de marginalidade e com pouco acesso aos meios formais de acesso à renda.

Por isso, não deve causar tanto estranhamento quando uma juíza afirma, em sua sentença, que “O réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido” (ALVES, 2020). Objetivamente falando, a magistrada não estava errada. E esse é, exatamente, o problema.

Se o Código Penal (para falar em apenas um Diploma Normativo, sem esquecer a extensa legislação extravagante em matéria criminal) possui 73 tipos penais que punem condutas que atentam contra a Administração Pública e 28 que punem condutas que atentam contra o patrimônio, por que apenas 0,18% dos presos brasileiros responde pela prática da primeira espécie de delito? Se 43% dos brasileiros se consideram brancos, por que eles compõem apenas 32% da população carcerária? A busca pela resposta a tais questões exige uma análise aprofundada da atuação das agências repressivas estatais.

Ainda, para a completa compreensão da justiça criminal brasileira, é necessário levar em conta o aumento considerável do encarceramento nas últimas décadas. Tomando por base dados extraídos do Sisdepen (DEPEN, 2020), verifica-se que a população privada da liberdade (incluindo-se presos domiciliares) passou de

232.755 indivíduos, no ano 2000, para 807.145, em 2020. A taxa de encarceramento, tomando por base o grupo de 100 mil habitantes, passou de cerca de 137 em 2000, para 318, em 2020.

É inegável que punimos mais. A dúvida é se estamos punindo melhor. De acordo com estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019 (CNJ, 2019), o que significa que mais de 40% dos indivíduos que sai da prisão acaba retornando a ela.

Não poucos institutos foram criados pelo legislador para tentar contornar o hiperencarceramento. A Lei n. 9.099/95 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as figuras da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambas, exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ nº 213, de 15 de dezembro de 2015, instituiu a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia. Mais recentemente, a Lei nº 13.964/19 criou o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), mais uma exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tais institutos despenalizadores ou descarcerizadores, até o momento, não surtiram o efeito desejado, não tendo conseguido evitar o crescimento da população prisional e a seletividade que é marca do sistema de justiça criminal.

Os dados demonstram a o sistema prisional e, de maneira mais ampla, a própria justiça criminal, em sua configuração atual, tem se mostrado inócuos para o cumprimento dos fins que lhe são propostos, sobretudo no que toca a prevenção da prática de novos crimes. O hiperencarceramento seletivo tem, ao revés, contribuído para o aprofundamento das desigualdades sociais e para a institucionalização das violações dos direitos fundamentais daqueles que se encontram no espectro selecionado para a punição.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal entendeu, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 2015, que há um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema

penitenciário brasileiro, por reconhecer a existência de uma situação de violação generalizada, reiterada e persistente dos direitos fundamentais dos presos, atrelada à omissão e à incapacidade dos poderes públicos em ofertar uma resposta efetiva à questão.

Debruçando-se sobre essa questão, Horta e Costa (2018) questionam se os padrões de julgamento dos magistrados brasileiros desempenham um papel relevante nesse estado de coisas e observam que

[o]s juízes criminais precisam cumprir suas funções dentro de um contexto adverso, no qual muitas vezes a instrução probatória não têm a solidez desejável e o tempo disponível para cada julgamento é restrito. Um debate adequado sobre a atuação judicial deve levar em conta que (i) 74% das prisões por tráfico é baseada exclusivamente no testemunho de policiais (Jesus et al., 2011), que (ii) é comum que decisões condenatórias de réus não violentos, e sem antecedentes, ocorram após audiências de 15 minutos (Machado, 2017), e que (iii) quase 40% dos presos provisórios não são condenados à prisão julgamento definitivo (IPEA, 2015, p. 38). Esses são elementos de um ambiente no qual os julgamentos se tornam muito dependentes de apreciações intuitivas do magistrado, que precisa decidir de forma rápida e com elementos restritos de convicção, hierarquizando as informações disponíveis e suprindo as suas lacunas a partir de processos cognitivos altamente sujeitos aos vieses cognitivos do julgador.

Faz-se necessário, portanto, analisar o papel dos atores que operam no sistema de justiça criminal, buscando-se compreender como a atuação dos integrantes das agências estatais de repressão pode contribuir para a atual situação de crise generalizada que assola o sistema prisional.

### **3. Ideologia de grupo, vieses raciais implícitos, agências estatais de repressão e seletividade**

Na primeira metade do século XX, o movimento do realismo jurídico norte-americano passou a se debruçar sobre os fatores que influenciariam os juízes na tomada de decisão. Os autores atrelados a este movimento estudavam o comportamento judicial procurando identificar e compreender os elementos e variáveis que compunham o processo de tomada de decisão para, então, formular a descrição deste comportamento. Para os realistas, ao se deparar com um caso concreto, a maioria dos juízes possui uma inclinação ou ‘palpite’ inicial sobre qual o resultado do processo, mesmo antes de analisar detidamente as provas ou o arcabouço jurídico. (STRUCHINER, 2014).

Embora o movimento realista tenha perdido a importância que possuía no seu surgimento, nas últimas décadas as ciências comportamentais, com base multidisciplinar, têm se debruçado sobre os processos cognitivos humanos, investigando como as ideologias e os vieses implícitos e as ideologias podem condicionar o papel dos magistrados.

Não se pretende (nem se poderia) nas breves linhas do presente trabalho, esgotar a miríade de problemáticas ligadas a tais questões. Busca-se, contudo, fazer eco às vozes que apontam a necessidade de perquirir como as crenças, ideologias, vieses e estereótipos de um indivíduo podem influenciar o julgamento que ele faz sobre outros indivíduos.

Foi visto, no tópico anterior, que o sistema prisional brasileiro possui uma ‘cara’. Agora quer-se perquirir quais fatores podem contribuir, consciente ou inconscientemente, para que a atuação dos integrantes das agências de repressão estatal reforcem a seletividade desse sistema.

Para isso, inicialmente, é necessário compreender a questão da ideologia de grupo. Para Van Dijk (2006) ideologias são representações sociais capazes de definir a identidade de um



grupo. Uma das funções mais importantes das ideologias é fornecer coerência para as crenças partilhadas por determinados indivíduos, além de apontar quais valores lhes são mais caros. A ideologia possui como função, ademais, servir de 'linha mestre' para a criação de um discurso comum aos membros do grupo.

Embora, teoricamente, as ideologias não tenham nenhum espaço na atuação daqueles que operam o sistema de justiça, apenas um observador ingênuo diria que elas não ocupam ao menos uma parte dos processos cognitivos necessários para a tomada de decisão.

Furgeson e Babcock (2012) pontuam que as pessoas, de forma geral, processam informação de maneira consistente com seus objetivos implícitos, em um processo chamado de 'raciocínio motivado' (*motivated reasoning*). Kahan *et al.* (2012) indicam que a 'cognição cultural' (*cultural cognition*), uma espécie específica de raciocínio motivado, é capaz de promover a congruência entre os compromissos de grupo de um indivíduo e sua percepção dos fatos. Isto é, existe uma maior probabilidade de que as pessoas percebam, atribuam significado e se recordem de fatos que suportem suas ideologias.

Ao lado das ideologias, os vieses cognitivos também representam importante influência na análise, por um indivíduo, do comportamento de terceiros. Vieses (ou tendências) são direcionados pelos estereótipos (associação entre um grupo social e uma característica - Ex.: indígenas são preguiçosos) e atitudes (forma de atuação, positiva ou negativa, associada a um grupo social - Ex.: não contratar indígenas porque eles são preguiçosos) de determinado indivíduo. Em sua obra, Kang *et al.* (2012) apontam a distinção entre vieses explícitos e implícitos, indicando que os primeiros são aqueles que podem ser acessáveis conscientemente, enquanto os segundos não são conhecidos através da introspecção, afetando indivíduos que, conscientemente, rejeitariam-nos, sendo, por isso, mais difícil contabilizar sua influência.

A psicologia comportamental cognitiva tem descoberto novos meios de medir a existência e o impacto dos vieses implícitos, tendo

constatado que eles afetam a generalidade das pessoas (independentemente da raça, religião ou gênero), sendo, no mais das vezes, não relacionados com os vieses explícitos de um mesmo indivíduo. Ainda, os vieses implícitos podem ajudar a prever certas formas de comportamento dos indivíduos no mundo real (KANG *et al.*, 2012).

Dentre as formas desenvolvidas para medir os vieses implícitos, a mais conhecida talvez seja a dos Testes de Associação Implícita (*Implicit Association Test – IAT*), desenvolvidos pela Universidade de Havard. O teste mede a intensidade das associações subscientes comparando o tempo de reação de cada indivíduo. O IAT racial, por exemplo, mede o tempo necessário para que uma determinada pessoa associe a fotografia de indivíduos brancos e negros às palavras bom e mau. Os resultados demonstram que aproximadamente 75% de todos os indivíduos que fizeram o teste possuem a tendência de associar mais rapidamente a fotografia de uma pessoa branca à palavra bom e de uma pessoa negra à palavra mau (KANG *et al.*, 2012).

Os vieses implícitos surgem como decorrência do processo natural de categorização das informações percebidas pelo cérebro humano. As pessoas são, diariamente, bombardeadas de estímulos e informações novas, cujo processamento integral, de maneira consciente, seria impossível. Assim, a mente humana cria atalhos para processar informações complexas de maneira subsciente e sem esforço. A esse processo, chama-se de heurística. Como as pessoas são influenciadas por seu ambiente, é normal que esses atalhos mentais sejam, muitas vezes, marcados por traços culturais que, racionalmente, um indivíduo rejeitaria (MARSH, 2009).

Nesse sentido, os vieses implícitos podem ser vistos como uma lente através da qual se vê o mundo, filtrando as informações e estímulos recebidos. Trata-se, contudo, de uma lente transparente que, por isso, opera sem que se tenha consciência de sua existência, servindo como uma espécie de piloto automático inconsciente.

Justamente porque são inevitáveis e desconhecidos os vieses implícitos são, muitas vezes, mais perigosos que os preconceitos e

os vieses explícitos. Falando de vieses raciais implícitos, Nicholas Kristof, citado por Biwer (2019) afirma que “estereótipos raciais continuam onipresentes e (...) o desafio não é um pequeno grupo de supremacistas brancos, mas algo infinitamente mais sutil e complexo: pessoas que acreditam na igualdade, mas agem de forma que perpetua a desigualdade”.

Após compreender o que são ideologias e vieses, é preciso, ainda, compreender como eles podem influenciar na atuação daqueles que integram os sistemas repressivos estatais.

Kang *et al.* (2012) trazem uma combinação de dados empíricos capazes de demonstrar que, em todos os estágios da investigação e do processo criminal, a raça de um indivíduo pode influenciar negativamente as escolhas dos agentes estatais. Inicialmente, no encontro com a polícia, a associação (medida em testes como o IAT) entre negros e a criminalidade leva policiais a realizarem, de maneira muito mais frequente, a abordagem de pretos e pardos. Igualmente, estudos empíricos demonstraram que os agentes de segurança identificam falsamente indivíduos negros com maior frequência.

Ainda, a associação implícita entre negros e armas leva ao que se conhece como ‘viés do atirador’ (*shooter bias*), que pode, dentre outros fatores, levar policiais a puxarem mais rapidamente o gatilho quando se deparam com um negro portando um instrumento por eles entendido como sendo uma arma de fogo. Em estudo empírico conduzido com a utilização de um videogame, Joshua Correll, citado por Kang *et al.* (2012) constatou que os indivíduos não apenas disparam mais rápido quando o atirador é negro, como o número de ‘falsos positivos’, ou seja, disparos contra indivíduos que não portavam arma de fogo, mas, sim, objetos inofensivos, era maior quando o indivíduo que portava o objeto era negro.

Após a judicialização da questão criminal, estudos mostram que a fiança determinada para réus negros é cerca de 25% maior, as sentenças condenatórias 12% mais longas, e a probabilidade de um réu ser condenado à pena de morte duas vezes maior, quando comparado a um acusado branco (BIWER, 2019).

Todos os estudos citados acima foram desenvolvidos nos Estados Unidos e, por isso, os dados devem ser analisados com a devida cautela, pois não é certo que seriam iguais, caso replicadas as investigações em solo brasileiro. Contudo, o estudo comparado traz importantes nuances a serem analisadas em cotejo com a realidade pátria<sup>1</sup>.

Verifica-se que as ideologias e os vieses implícitos tendem a atuar de maneira mais perniciosa nos chamados ‘casos difíceis’, isso é, em processos em que a solução jurídica mais adequada não é tão evidente.

Em termos gerais, as pessoas (todas as pessoas, não apenas os juristas) respondem de maneira automática aos estímulos. Do ponto de vista jurídico, isso significa que, ao se deparar com um caso concreto, o operador do direito primeiro irá formar sua opinião a respeito (na seara criminal, concluirá se o indivíduo é culpado ou inocente) para, depois, analisar as provas que possam embasar essa conclusão. Assim, todo o processo de avaliação da prova dos autos estará ‘contaminado’ pela conclusão *prima facie*, de maneira que as informações que corroborem o palpite inicial receberão maior peso, enquanto as provas contrárias serão mais detidamente escrutinadas e avaliadas com maior rigor.

Destarte, ainda que os indivíduos desejem processar informações de maneira imparcial, eles são, em regra, influenciados por ideologias e vieses dos quais eles não têm ciência. Pesquisas sugerem que a motivação consciente de julgar com imparcialidade não é suficiente para embasar decisões sem vieses quando os indivíduos atuam sem conhecimento do impacto dos vieses na avaliação das informações (FURGESON; BABCOCK, 2012).

---

<sup>1</sup> Para informações mais detalhadas sobre a influência dos vieses cognitivos na tomada de decisão judicial, tendo como pano de fundo o contexto brasileiro confira-se ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>.

#### 4. Ministério Público: *custus societatis* para quem?

No presente tópico, propõe-se uma análise mais detida sobre a atuação do Promotor de Justiça, enquanto personificação do papel acusatório do Ministério Público, em cotejo com a influência das ideologias e vieses na atuação institucional dos órgãos de execução ministerial.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso I, incumbiu o Ministério Público do importante encargo de promover, privativamente, a ação penal de iniciativa pública. Assim, o sistema acusatório, adotado pelo Brasil, confere ao *Parquet* a atribuição de exercer, no processo criminal, o *jus puniendi* estatal, promovendo, por meio da denúncia, a imputação do exercício de fato típico, ilícito e culpável a determinado indivíduo.

Além ser o *dominus litis* no processo criminal, cabe ao Ministério Público, ainda, exercer o controle externo da atividade policial (inciso VII do já referido art. 129 da CR/88) e fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança (art. 67 da Lei nº 7.210/84 - Lei de Execuções Penais). A tais importantes funções, soma-se, como decorrência lógica da própria natureza constitucional do órgão ministerial, a de garantir a observância dos direitos dos presos, prezando por sua integridade física e mental e coibindo excessos ou deficiências da administração prisional.

Em sua atuação criminal, assim como nas demais, o membro do Ministério Público deve atuar como *custos societatis*. O Promotor de Justiça deve colher as demandas sociais mais relevantes e promover a defesa do interesse público perante instituições públicas e privadas. A sociedade, que deve ser ouvida e protegida, é plúrima. O Ministério Público deve defender os interesses de toda a sociedade brasileira, não apenas dos detentores do *status quo*.

Nesse sentido, verifica-se que a atuação dos membros do *Parquet* pode ser influenciada por vieses e ideologias que prejudiquem a concretização dos objetivos constitucionalmente elencados para a instituição.

Isso porque o Promotor de Justiça é um ser humano e, como tal, sofre influência de ideologias e vieses (implícitos e explícitos), como foi detalhado no tópico anterior. Em sua atuação criminal, o órgão de execução ministerial deve tomar várias decisões. Deve decidir se pede a conversão da prisão em flagrante em preventiva, se deflagra o processo criminal com a propositura da denúncia ou se arquiva a investigação policial, em qual dispositivo legal enquadrará a conduta do acusado, se requer a condenação ou a absolvição ao final da instrução. Ainda, considerando os mecanismos de justiça penal negocial introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, deve o Promotor de Justiça decidir se oferta proposta de transação penal, de suspensão condicional do processo e de acordo de não persecução penal.

Em cada uma dessas decisões certamente as ideologias e os vieses estarão presentes. Ao fazer parte de uma instituição, como visto, o indivíduo tende a apreciar os fatos de maneira congruente às ideologias do grupo no qual está inserido. Nesse sentido, a apreciação dos fatos colocados em análise sofrerá inegável influência da ideologia de grupo e dos vieses implícitos e explícitos. Os dados trazidos no primeiro tópico desse artigo demonstram que tais influências têm se mostrado particularmente prejudiciais para um determinado grupos de pessoas – pretos, pobres e marginalizados.

Uma ressalva é importante. Afirmar que as agências punitivas estatais direcionam sua atuação, prioritariamente, para indivíduos de um certo perfil, não significa, necessariamente, dizer que as pessoas que compõem essas agências são, individualmente, preconceituosas. Significa, contudo, reconhecer o racismo institucional e estrutural que existe na sociedade brasileira, capaz de influenciar, mesmo que inconscientemente, a atuação dos operadores do direito.

Sobre esse tema, vale lembrar as lições de Silvio Almeida (2018), para quem, sob o ponto de vista institucional “o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em

uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.” O racismo institucional decorre do estrutural, na medida em que “as instituições são racistas porque a sociedade é racista” (ALMEIDA, 2018).

Apesar de ser evidente, o racismo estrutural, no Brasil, é, muitas vezes, omitido sob o mito da democracia racial, ou seja, a ideia de que a miscigenação do povo brasileiro não daria espaço para preconceitos de cor e raça. A esse respeito, Djamila Ribeiro (2019) aponta que uma pesquisa realizada pelo Datafolha em 1995 demonstrou que enquanto 89% dos brasileiros admitiam existir preconceito de cor no Brasil, 90% diziam-se não racistas.

Sendo este o panorama dentro do qual está inserido o membro do Ministério Público, questiona-se se é possível melhorar qualitativamente a atuação institucional, compatibilizando as ideologias e vieses cognitivos com o papel constitucional do *Parquet* enquanto defensor da sociedade.

Acredita-se que o primeiro passo nessa direção consiste, justamente, no reconhecimento da influência de vieses implícitos e ideologias em todos os membros da instituição. Como foi visto, os vieses implícitos são inconscientes e, por isso, pode ser difícil discutir abertamente sua ingerência na atuação profissional dos operadores do direito. Contudo, estudos empíricos evidenciam que essa influência é crucial para a compreensão do processo de tomada de decisão, e, portanto, é essencial trazer luz sobre o tema.

A questão é ainda mais sensível quando se nota, como faz Biber (2019), que, ao ser confrontado diretamente com seus vieses, os indivíduos podem ter uma reação diametralmente oposta à esperada. Com efeito, em estudo empírico realizado em 2001, ao realizarem o teste IAT e analisarem os seus resultados, dois terços dos participantes que demonstraram ter vieses atribuíram o resultado a fatores não relacionados a suas próprias associações mentais.

Assim, o confronto direto por meio da aplicação de testes como o IAT talvez não seja a solução mais eficaz, ao menos não até que haja a diminuição do estigma associado ao tema. Nesse sentido, a inclusão da matéria em cursos institucionais pode dar

início a uma autoanálise crítica por parte dos membros do Ministério Público (assim como também o faria no caso da magistratura, embora não seja esse o foco deste artigo).

Pode ser profícua, ainda, a alteração dos editais do concurso para que seja exigido, dos candidatos, conhecimento sobre o tema. Nesse sentido, em recente artigo publicado no *Conjur*, Ricardo Lins Horta (2021), comenta a alteração da Resolução nº 75/2009, promovida pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça para inserir novos conteúdos nos concursos públicos para a magistratura, dentre os quais está a exigência de conhecimentos em economia comportamental, heurística e vieses cognitivos. Pontua o autor que:

[...] ao estudar "*A percepção de Justiça*", como pretende a nova resolução do CNJ, aspirantes a magistrados entendam que o modo-padrão do raciocínio humano não é a busca da verdade, é o "raciocínio motivado". As pessoas chegam mais facilmente a conclusões a que desejam chegar de antemão, e seus objetivos implícitos, incluindo motivações político-ideológicas, direcionam seu processo cognitivo. Com efeito, o "justo" é frequentemente o auto interesse remodelado como um bom discurso de justificação, mas as pessoas não se dão conta disso conscientemente. Psicólogos sabem há décadas que temos um "ponto cego" para nossos próprios vieses (*bias blind spot*). [...] Saudamos a decisão do Conselho Nacional de Justiça, torcendo para que, ao implementá-la, em vez de apenas fazer girar mais uma engrenagem da máquina dos concursos públicos, disseminem-se conhecimentos genuinamente relevantes para repensar e aperfeiçoar nossas instituições (HORTA, 2021).

Outra ferramenta possível é a diversificação do perfil institucional do Ministério Público. Na esteira do que fez a Resolução nº 203 de 23 de junho de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, os concursos para ingresso na carreira do Ministério Público têm efetuado a reserva de 20% das vagas para indivíduos negros. Os benefícios da inclusão racial incluem uma maior



empatia com os litigantes e a garantia de representatividade para os grupos minoritários.

Kang *et al.* (2012). pontuam que um processo de tomada de decisão guiado pela adoção de uma reflexão crítica, com uma motivação devidamente explicitada pode ajudar na autopercepção da influência dos vieses cognitivos. Sabe-se que a maior parte das manifestações processuais e decisões judiciais, hoje, são realizadas de forma quase automática, devido ao infindável acervo de autos levados à apreciação de Juízes e Promotores de Justiça.

A tomada de decisão rápida e intuitiva pode prejudicar a racionalidade e a qualidade da atuação, na medida em que retira do jurista a possibilidade de empreender uma autoanálise crítica, perquirindo sobre as reais causas da sua decisão em determinado caso concreto. Nas palavras de Flávio da Silva Andrade (2019), “Se o juiz optar por decidir seguindo apenas sua intuição, guiando-se só por seus sentimentos, [...] a discricionariedade e o subjetivismo tornam imprevisível o resultado, que é ditado conforme o arbítrio e a conveniência do juiz”.

Em suma, verifica-se que existem vários caminhos por meio dos quais se pode buscar a conscientização acerca da influência dos vieses cognitivos e das ideologias na atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, acredita-se que o *Parquet* precisa compreender o papel que ocupa na reprodução da seletividade do sistema de justiça criminal, atentando para o risco dos vieses, a fim de que estes não se tornem obstáculo à persecução dos fins constitucionalmente propostos para a instituição.

## 5. Conclusão

Foi visto os indivíduos selecionados pelas agências estatais para serem alvo da punição criminal possuem um perfil bem delimitado, sendo, prioritariamente, negros, pobres e periféricos. Constatou-se, ainda, que o hiperencarceramento é uma realidade no Brasil, mas que, apesar do número cada vez maior de indivíduos

enviados ao cárcere, não parece haver a diminuição da criminalidade. Finalmente, pontuou-se que o sistema prisional brasileiro vive um momento de crise generalizada, constituindo um Estado de Coisas Inconstitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A atuação dos diversos operadores do sistema de justiça criminal pode contribuir para a seletividade da justiça criminal e o conseqüente aprofundamento das desigualdades sociais existentes no Brasil. Assim, demonstrou-se que estudos de psicologia comportamental demonstram que ideologias e vieses cognitivos implícitos podem influenciar na atuação dos magistrados, Promotores de Justiça e policiais.

Tais vieses, como foi visto, operam de maneira inconsciente, pois não são acessíveis por meio da introspecção. Assim, se tornam especialmente perigosos, na medida em que a sua autopercepção é prejudicada, sendo certo que, muitas vezes, os indivíduos que possuem determinado viés implícito, manifestam-se expressamente contra a tendência demonstrada por aquele viés.

Com foco na atuação institucional do Ministério Público, viu-se que o papel do Promotor de Justiça na seara criminal exige uma série de tomada de decisões, que podem ser influenciadas pelas ideologias, vieses e preconceitos do membro do *Parquet*. Assim, é possível que a atuação do órgão de execução ministerial, ao invés de funcionar como *custos societatis*, isto é, como guardião da sociedade, possa, mesmo que inconscientemente, reforçar o racismo institucional existente no Brasil.

Como já foi dito, afirmar que o membro do Ministério Público está inserido em uma lógica punitivista, racista e classista não significa dizer que todos os Promotores de Justiça sejam pessoas racistas. Também como já foi dito, o racismo, no Brasil, é estrutural e estruturante, o que significa que ele se encontra arraigado em todas as instituições e em todas as relações sociais.

Contudo, a ausência de um auto olhar crítico sobre a atuação do Ministério Público na seara criminal certamente fomenta a seletividade do sistema penal. Nunca é fácil realizar uma

autocrítica, mas, sem ela, se está fadado a repetir os mesmos erros e permanecer limitado pelas mesmas amarras.

Destarte, é peremptória a conscientização acerca da influência das ideologias e vieses na atuação dos membros do Ministério Público. A educação, o diálogo, a ponderação e a diversificação institucional aparecem, nesse contexto, como importantes aliados daqueles que buscam um salto qualitativo na atuação ministerial.

## Referências

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018. N.p.
- ALVES, Dina. **Perversidade e racismo na justiça penal.** Pastoral Carcerária. Disponível em: <https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento/dina-alves-perversidade-e-racismo-na-justica-penal>. Acesso em 27 set. 2021.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>. Acesso em 19 out. 2021.
- BIWER, Meagan. Implicit Bias in the Judiciary: Confronting the Problema Through Normalization. 7 **Indiana Journal of Law and Social Equality** 264, 2019. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=ijlse>. Acesso em 30 ago. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros.** Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL.  
**Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período**

de julho a dezembro de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZmY1NjZlNmMtZmE5YS00MDlhLWUyNGYtYmNiYTkwZTg4ZmQ1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 27 set. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL.

### **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**

**Atualização** – Junho de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em 27 set. 2021.

DIJK, Teun A. Van. Ideology and discourse analysis. **Journal of Political Ideologies** 11 (2), 2006. P. 115-140. Disponível em:

<http://www.discourses.org/OldArticles/Ideology%20and%20Discourse%20Analysis.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

FURGESON, Joshua; BABCOCK, Linda. Legal Interpretation and Intuitions of Public Policy. In J. Hanson (Ed.), **Ideology, psychology, and law**. P. 684–704. Oxford University Press, 2012. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/2012-04197-026>. Acesso em: 23 ago. 2021.

HORTA, Ricardo Lins. **Quais os desafios e as oportunidades da decisão sobre concurso para juiz?** Opinião Conj. Publicado em 5 de outubro de 2021. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/2021-out-05/horta-heuristicas-vieses-concursos-magistratura>. Acesso em 19 out. 2021.

HORTA, Ricardo de Lins; Costa, Alexandre Araújo. **Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade**. Cadernos Adenauter 1, 2018. P. 11/34. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=46b87cc1-e2e1-8e81-0473-8c391fbdb3a4&groupId=265553](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=46b87cc1-e2e1-8e81-0473-8c391fbdb3a4&groupId=265553). Acesso em 01 out. 2021.

KAHAN, Dan M. *et al.* “They saw a protest”: Cognitive illiberalism and the speech-conduct distinction. **64 Stanford Law Review**, 2012. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4692/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4692/). Acesso em: 23 ago. 2021.

KANG, Jerry; *et al.* Implicit Bias in the Courtroom. **59 UCLA Law Review** 1124, 2012. Disponível em: <https://law.ucla.edu/news/implicit-bias-courtroom>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MARSH, Shawn C. **The lens of Implicit Bias**. Juvenile and family justice today, 2009. Disponível em: [https://www.ncjfcj.org/wp-content/uploads/2012/09/The-Lens-of-Implicit-Bias\\_0.pdf](https://www.ncjfcj.org/wp-content/uploads/2012/09/The-Lens-of-Implicit-Bias_0.pdf). Acesso em: 07 out. 2021.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 21.

STRUCHINER, Noel; Brando, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? **In Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Organização Noel Struchiner, Rodrigo de Souza Tavares. 1ª ed. - Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014. P. 171/219. Disponível em: [https://www.academia.edu/11275966/NOVAS\\_FRONTTEIRAS\\_DA\\_TEORIA\\_DO\\_DIREITO](https://www.academia.edu/11275966/NOVAS_FRONTTEIRAS_DA_TEORIA_DO_DIREITO). Acesso em: 01 out. 2021.

# MOBILIZAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA ATUAÇÃO DA MÍDIA DIGITAL ESPECIALIZADA EM DIREITO

**Brenno Pires de Oliveira Tardelli**

Mestrando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

E-mail: [brenno.tardelli@gmail.com](mailto:brenno.tardelli@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/6598015426144896>

**Resumo:** Este artigo examina uma específica mobilização por direitos em tribunais brasileiros a partir do olhar sobre o trabalho do Justificando, mídia digital especializada em Direito, no caso. O argumento do texto será desenvolvido a partir de um caso real, que foi a discussão no Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, sobre a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas. Essa discussão foi possível a partir de uma denúncia feita pelo site jurídico, que noticiou o caso de Maria, condenada a 6 anos e 7 meses de prisão por tráfico de 1g de maconha, como também mobilizou em parte a defesa legal nos Tribunais Superiores. Considerando o precedente jurisprudencial inaugurado no julgamento, o trabalho examina o papel dessas mídias digitais no fortalecimento de perspectivas críticas raciais e de gênero em argumentos de decisões judiciais e de produção de conhecimento acadêmico. A partir dos resultados desse caso, bem como dos eventos que sucederam a trajetória de Maria, o artigo explora sobre potenciais e limites de atuação da mídia jurídica digital.

**Palavras-chave:** Mídias digitais jurídicas. Mobilização de direitos. Princípio da insignificância. Tráfico de drogas. Acesso à justiça.

## 1. Introdução

A mobilização em torno de um processo criminal em instâncias jurídicas com o fim de obter uma decisão inédita que beneficie grupos vulnerabilizados está na tradição dos estudos em direito e sociedade. Do olhar atento ao movimento de direitos civis nos Estados Unidos em meados do Século XX, na tradição do *common law*, passando pela própria história dos estudos de acesso à justiça no Brasil, sobretudo aqueles preocupados no atendimento jurídico a populações marginalizadas, a busca pela transformação social com as ferramentas do sistema jurídico é uma estratégia possível, utilizada e desejada (JUNQUEIRA, 1996). No que se refere ao Brasil especificamente, a própria tradição do *Habeas Corpus* está carregada de casos em que advogados e advogadas moveram uma ação em instâncias superiores com um fim de cessar uma injustiça pontuar ou até mesmo construir um entendimento inovador.

Em meio a tradição de utilização do sistema de justiça como arena possível de transformação, um novo elemento emerge no cenário social brasileiro de 2013 para cá: as manifestações de junho daquele ano tiveram uma série de repercussões e uma delas foi a demonstração do poder de agenda e de difusão das mídias sociais (GOHN, 2014). Diante do histórico da indústria de mídia do país, é notório que ela esteve em poder de poucas famílias pertencentes a um grupo racial hegemônico e voltadas politicamente à perpetuação dos valores e poder deste grupo sobre a sociedade. A disparidade racial no controle de mídias continua presente, porém o surgimento dessas mídias sociais que dependiam, muitas vezes, apenas de um site para que existissem e tivessem um impacto no debate público produziu uma alteração na distribuição de forças e possibilitou que narrativas que ficariam invisibilizadas em tempos anteriores vissem com esse novo cenário a luz do dia (GASPAR, 2010).

Nesse artigo, a partir de uma análise de um caso, estaremos interessados em explorar os potenciais de uma mídia especializada em direito engajada. Localizada no campo jurídico em um lugar de

potencial denúncia pública, de problematização dos posicionamentos dos atores jurídicos e de qualidade técnica para adentrar no debate de mérito de um caso, a hipótese é a de que as mídias especializadas em direito são uma fonte estratégica importante para mobilização de direitos nas instâncias de justiça. Ao servirem como plataforma para publicação de matérias jornalísticas e artigos de opinião, possibilitam a articulação de grupos de pessoas para mobilizar suas demandas políticas, fornecendo uma ferramenta capaz de difundir o debate a um número indeterminado de pessoas, convencê-las em parte dos argumentos presentes no texto e demarcar de posicionamento perante o campo jurídico.

## **2. Breve resumo do caso**

Esse artigo parte de uma história real. Em 2012, em Bariri, pequena cidade de 35 mil habitantes no interior do Estado de São Paulo, no Sudeste do Brasil, uma trabalhadora rural negra foi presa por policiais portando 1g de maconha. Essa mulher será denominada no texto pelo nome fictício de Maria. Os policiais afirmaram que ela estava comercializando aquele 1g e levaram-na presa por tráfico de drogas. Falaremos disso mais à frente, mas a legislação brasileira não penaliza o porte, mas sim o comércio de drogas, sendo que tal distinção é feita a partir de critérios subjetivos dos agentes do sistema. Ela foi denunciada pelo órgão acusatório e condenada pelo juiz de primeira instância a 6 anos e 9 meses de prisão. A condenação foi majorada pelo fato dela já ter sido condenada pelo mesmo crime alguns anos antes, sendo reincidente específica. Maria recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado<sup>1</sup>. A defesa, nomeada pelo Estado, limitou-se a buscar a desclassificação do crime de tráfico para porte para consumo. No julgamento pelo órgão colegiado, sua condenação foi mantida nos próprios termos da sentença de primeiro grau, em julgamento realizado em outubro

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal nº 0000623-58.2012.8.26.0062, Rel. Des. Ivana David, julgado em 09/10/2014



de 2014. O caso transitou em julgado, não cabendo, em tese, mais recursos para a defesa. Maria, que esteve presa durante todo o processo, seguiu cumprindo sua pena.

Agora, vamos entender esse caminho cruza com a mobilização de mídias digitais.

### 3. O justificando.com

Atuante entre os anos de 2014 e 2018, o Justificando tinha um propósito claro: ser um site que reunia o pensamento progressista no campo jurídico. Por pensamento progressista em Direito, o site encampava colunas escritas por operadores do direito de perspectiva criminal crítica, antipunitivista e favoráveis a uma reforma profunda na política de drogas brasileira. As matérias jornalísticas também partiam desses pressupostos. Em uma dessas matérias, publicada no dia 06 de fevereiro de 2015, o site trouxe em primeira mão o caso de Maria<sup>2</sup>. A primeira parte da matéria é transcrita abaixo:

“A guerra às drogas travada pelo Judiciário conheceu um novo limite no final do ano passado. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu por justo, pelas mãos da desembargadora Ivana David, condenar alguém a 6 anos e 9 meses de prisão pelo suposto tráfico de 1g de maconha.

O caso aconteceu em Bariri, no interior do Estado. Como acontece na imensa maioria dos processos criminais, a história é narrada pelos policiais militares. Dois deles, em patrulha na pacata cidade, viram duas pessoas conversando na calçada, em uma cena que julgaram “suspeita”.

A conversa se encerrou, a mulher entrou em sua casa, enquanto o jovem passara a andar a esmo. Os policiais se aproximaram, mão na cabeça, afaste suas pernas até que o material do crime apareceu em um dos bolsos : 1 grama de maconha.

---

<sup>2</sup> <http://www.justificando.com/2015/02/06/guerra-drogas-mulher-e-condenada-mais-de-6-anos-por-causa-de-1g-de-maconha/>

De quem é? Da “Maria”, respondera o jovem. Foi o suficiente para os policiais se sentirem no direito de ingressarem na residência da mulher, encontrada “escondida no quintal”, segundo relatariam tempos depois. A prisão em flagrante foi efetuada e Bariri se viu livre do tráfico de 1 grama.

Para se ter uma ideia da quantidade, 1g é o equivalente a metade de uma bala Mentos, ou então a dois Tic Tac’s. Possivelmente, é o menor caso de tráfico de drogas da história do TJSP.

“Maria” pediu à Justiça, ao menos, a diminuição de sua pena, mas foi justamente no Judiciário onde conheceu a face mais repressora às drogas. Seu passado lhe condenava, afinal, em 2007, respondeu processo pela Lei de Drogas. Logo, não haveria clemência pelo 1g. A mão pesou e martelo bateu na mesa anunciando os quase 7 anos de prisão que passaria a cumprir” (Guerra às drogas: mulher é condenada a mais de 6 anos por causa de 1g de maconha. Justificando, 02 de junho de 2015).

Da leitura do texto é possível depreender trechos com ironias e frases de efeito, a fim de gerar na pessoa leitora a indignação com a condenação. No primeiro parágrafo, a matéria começa com o anúncio de que o leitor estava por ler seria um grande absurdo: “a guerra às drogas travada pelo Judiciário conheceu um novo limite no final do ano passado”. O Justificando era um ponto crítico em relação ao Poder Judiciário, ocupando naquele momento no campo jurídico, na acepção de Pierre Bourdieu, o lugar de discurso antissistema, em tempos de condições favoráveis para tanto<sup>3</sup>. Mesmo muito jovem em face de mídias jurídicas especializadas, o site conseguiu uma ampla repercussão, uma vez que o campo jurídico estava no centro das atenções pela Operação Lava Jato, que supostamente investigava crimes de corrupção na companhia de petróleo Petrobrás, que foi o principal tema da mídia brasileira durante vários anos. Capitaneada pelo ex-juiz federal Sérgio Moro,

---

<sup>3</sup> Ao comentar a proposição de Pierre Bourdieu de campo, Soraya Nour Sckell (2006, p. 162) escreve que “o agente é o que sua posição social no campo faz dele. Ele é aceito no campo, no jogo, por causa dos critérios que reconhece e por causa das suas disposições. (...) A estrutura de um campo é o produto de sua história”

a Operação era vista com bons olhos pelos conglomerados de mídia, sobretudo grupos que eram contrários ao governo à época comandado por Dilma Rousseff, do Partido dos Trabalhadores. De outro lado, porém a Operação contava com oposição em parte do campo jurídico, que via as medidas heterodoxas de prisão, delação premiada, condução coercitiva como medidas de violação à Constituição Federal (PRONER; CITTADINO; RICOBOM; DORNELLES, 2018).

Nas mídias jurídicas, há um território em disputa, posto que nelas escrevem advogados, promotores, juízes, professores universitários, juízes de segunda instância e até ministros, havendo um tensionamento muito mais qualificado no sentido de proteção a direitos e garantias individuais, quando comparado a mídias de cobertura geral. No Justificando, o posicionamento era de rejeição aos métodos acusatórios da Operação. Sendo parte de um discurso contra hegemônico em tempos de redes sociais, o site não demorou muito para ultrapassar 1 milhão de acessos mensais, segundo informações próprias. A atenção criada pela disputa em torno da Operação Lava Jato trazia o leitor para conhecimento de outros assuntos abordados no site, como, por exemplo, de casos de injustas condenações. É uma mera hipótese, porém não é difícil imaginar que se o site fosse um mero blog que reportou a notícia de Maria não haveria impacto nenhum. Mas aquele momento de Lava Jato gerou uma oportunidade jurídica única para difusão desse caso em escala nacional.

Pensar em oportunidades no campo do Direito é possível por uma linha de pesquisa sobre movimentos sociais, sobretudo após os estudos de Michael McCann, a quem coube fazer o elo entre os estudos sobre movimentos sociais e o Direito, analisando formas de mobilização estratégica por movimentos sociais em que o Direito é uma instância relevante e importa de algum modo. Em seu trabalho, McCann (2004) vai identificar oportunidades para transformações na ordem a partir de pequenas frestas oportunizadas por casos levados ao Judiciário.

Voltando à matéria, a contextualização crítica sobre o processo informa ao leitor que não está habituado com o debate jurídico brasileiro que boa parte dos casos conta como prova única a palavra dos policiais militares que efetuaram a prisão, dado de relevante atualidade nos casos de tráfico de drogas (SEMER, 2020). O objetivo da linha editorial era se comunicar com pessoas progressistas, não necessariamente pessoas progressistas que fizeram Direito na Faculdade. Trazer informações no meio da matéria que buscavam decodificar para os profanos (BORDIEU, 2004) para nos referirmos àqueles que não detêm os códigos do saber jurídico e capacidade postulatória no meio jurídico. Revisitando os autos do processo para escrita desse artigo, nota-se que nesse caso específico, o processo contava com a oitiva da pessoa que teria comprado o 1g de Maria, além dos policiais militares. A escrita da matéria também ficcionava a dinâmica dos fatos, uma vez que trechos como “mão na cabeça, afaste suas pernas” não estavam descritos no processo. O foco, então, passou a ser o 1g de maconha, para dimensionar o escândalo ante a pena imposta naquele caso, desde a passagem irônica “a prisão em flagrante foi efetuada e Bariri se viu livre do tráfico de 1 grama”, até a comparação do que representa 1g em termos de drops de Mentos. Os esforços em aproximar o leitor da noção de absurdo afastava a ideia de uma suposta neutralidade que consta como necessária em manuais de jornalismo. No caso concreto, inclusive, como vimos há uma narrativa de novela para o caso descrito, a exemplo de trechos fictícios em uma matéria pretensamente jornalística.

Pouco depois da matéria ser publicada, a direção de redação do portal ligou para Patrick Cacicedo, que à época era coordenador do Núcleo de População Carcerária na Defensoria Pública de São Paulo, órgão responsável por demandas coletivas envolvendo as centenas de milhares de pessoas presas no Estado. Cacicedo, que era colunista do site e constantemente acionado para opinar em matérias sobre julgamentos criminais, entrou neste caso que estava arquivado. A solução para o caso proposta por Cacicedo foi, então, ingressar com um *Habeas Corpus*, em face da teratologia do caso, e requerer a anulação do processo no Superior Tribunal de Justiça,

em Brasília, tribunal que é a instância máxima de julgamentos em temáticas infraconstitucionais. Seria um substituto da revisão criminal, uma tese processual heterodoxa, com baixas chances de sucesso, principalmente com base na jurisprudência pacífica do tribunal. O caso estava transitado em julgado e as chances estavam desfavoráveis. De outro lado, a revisão criminal teria que ser interposta no Tribunal de Justiça de São Paulo, um tribunal de perfil conservador no qual também era possível especular baixíssimas chances de sucesso, com a diferença da preparação do recurso ser mais demorada e depender da assinatura pessoal da apenada. Na opção *Habeas Corpus*, o caso se aproveitaria do fator tempo, atenção midiática e já iria direto a Brasília, onde era possível especular uma chance maior, ainda que pequena, de um julgamento favorável. Foi a opção proposta por Patrick, que levou adiante e impetrou a ordem de *Habeas Corpus* em 18 de março de 2015<sup>4</sup>, pouco mais de um mês depois da matéria. No pedido, assinado pelos defensores públicos Bruno Shimizu, Patrick Cacicedo e Verônica Sionti, a Defensoria Pública requereu o reconhecimento da atipicidade da conduta de Maria, uma vez que a quantidade da droga era ínfima e sua conduta, portanto, não lesionou qualquer bem jurídico. Requeria, portanto, o reconhecimento do princípio da insignificância no mérito e, em liminar, para que ela aguardasse o julgamento em liberdade.

#### **4. O percurso do caso pelos Tribunais Superiores**

No *Habeas Corpus* ao Superior Tribunal de Justiça foi a primeira vez que o princípio da insignificância foi utilizado como tese de defesa no caso de Maria. Por esse princípio, entende-se que a conduta, ainda que descrita na lei penal, não justifica a atuação do aparato estatal. Foi a partir de um julgamento no Supremo

---

<sup>4</sup> <http://www.justificando.com/2015/03/18/defensoria-ingressa-com-hc-para-soltar-condenada-por-1g-de-maconha/>

Tribunal Federal<sup>5</sup>, corte constitucional do país, sob relatoria do ministro Celso de Mello que quatro requisitos foram estabelecidos para o reconhecimento da insignificância, a saber: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica. O objetivo nesse artigo não é fazer uma excursão aprofundada sobre o princípio da insignificância, como também sobre elementos do Direito Penal brasileiro, como tipicidade, bens jurídicos tutelados. Nesse trabalho, estamos focados nas particulares estratégias de mobilização de direitos que resultaram em uma transformação no julgamento de Maria. Contudo, temos que prosseguir um pouco mais no tema contextualizar a importância central dessa questão no julgamento que estava por vir.

Além de embasar o necessário pedido de soltura e anulação da ação criminal contra Maria, por que aquela discussão sobre insignificância aplicada ao crime de tráfico de drogas importava? Porque até aquele momento, o princípio da insignificância não havia sido aplicado pelos tribunais brasileiros a crimes de tráfico de drogas. Em geral, o argumento dos Tribunais era o de que, tendo em vista que os bens jurídicos tutelados no crime de tráfico são abstratos, não havendo como reconhecer a insignificância, independente da quantidade de droga apreendida<sup>6</sup>. E foi assim que decidiu o ministro do Superior Tribunal de Justiça ao negar o pedido liminar de soltura de Maria, nove dias depois da impetração do *Habeas Corpus*, no dia 27 de março. O caso foi levado

---

<sup>5</sup> “Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.412-0/SP, rel. ministro Celso de Mello, julgado em 19/10/2004.

<sup>6</sup> Nesse sentido: “Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante” (HC 195.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015). Outros julgamentos no mesmo sentido: STF: HC 102940, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; HC 111097, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013.

à turma de ministros daquela corte sete meses depois, em 27 de outubro daquele ano, quando foi negado no mérito, com os tradicionais argumentos denegatórios em suscitações de insignificância em caso de tráfico<sup>7</sup>.

Contudo, é na decisão que nega a liminar no Superior Tribunal de Justiça que a Defensoria Pública recorre com um novo *Habeas Corpus*, dessa vez no Supremo Tribunal Federal. O pedido foi protocolado no dia 09 de abril e o pedido liminar foi julgado seis dias depois. Quem atua no processo penal em tribunais brasileiros sabe como são remotas as chances de ter seu recurso aceito na Suprema Corte, sobretudo quando impetrado em face de decisão denegatória de pedido liminar no Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>. Entretanto, contra as probabilidades, a liminar foi deferida pelo ministro Gilmar Mendes, que afirmou: “Por meio de simples análise preliminar, salta aos olhos a flagrante desproporcionalidade na imposição de pena tão elevada e consequente privação da liberdade da paciente em face de quantidade ínfima de droga” (Min. GILMAR MENDES, Decisão liminar no HC 127573/SP, 15/04/2005, p. 5).

Dois meses depois da publicação da matéria denunciando seu caso, Maria estava com sua soltura determinada, o que foi comemorado pela redação do site e pela Defensoria Pública<sup>9</sup>. Foi a primeira vez em sua história, mesmo em sede liminar, que a Suprema Corte brasileira reconheceu o princípio da insignificância para uma pessoa condenada por tráfico de drogas. Sobre a virada pioneira no entendimento da Corte que estava por vir, a procuradora da República Deborah Duprat afirmou ao emitir seu parecer no caso semanas depois:

---

<sup>7</sup> HC 318.936/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015.

<sup>8</sup> Inclusive, a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal diz que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

<sup>9</sup> <http://www.justificando.com/2015/04/16/stf-concede-liminar-para-condenada-a-quase-7-anos-por-1g-de-maconha/>

No caso, a despeito do entendimento dessa Corte, no sentido de afastar a tese da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes e do fato de a paciente ser reincidente em crimes da mesma natureza, não há como recusar a existência de uma desproporção grosseira entre a resposta punitiva e a lesão causada pela conduta (DEBORA DUPRAT, 2005).

## 5. O julgamento do mérito do caso e seus efeitos na política do Supremo Tribunal Federal

As oportunidades jurídicas no caso estavam todas alinhadas para um resultado inesperado. Até a decisão liminar, aquele já era um pioneirismo da Corte que poderia inspirar ações no mesmo sentido. Mas o caso não tinha acabado. Faltava o julgamento principal e quatro anos se passaram até que o caso fosse para a turma de ministros. O caso foi julgado no mérito em novembro de 2019 e repercutiu nacionalmente na imprensa<sup>10</sup>.

Por 3 votos a 2, a turma de ministros confirmou o julgamento liminar. No voto relator, acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, este último atualmente aposentado, o ministro Gilmar Mendes fez um voto específico sobre a admissibilidade do princípio da insignificância nos casos de tráfico de drogas, no que é até hoje a maior referência argumentativa nesse sentido. O ministro, que é de formação acadêmica oriunda de universidades da Alemanha, argumentou com base nos princípios da proporcionalidade como um parâmetro para a decisão. Nesse trecho da decisão que transcrevo abaixo, com

---

<sup>10</sup> **Globo:** <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/11/stf-anula-pena-de-mulher-condenada-a-quase-7-anos-por-trafficar-um-grama-de-maconha.ghtml>; **UOL:** <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/11/12/stf-anula-condenacao-de-mulher-flagrada-com-1g-de-maconha.htm>; **Buzzfeed:** <https://www.buzzfeed.com/br/tatianafarah/prisao-traffic-1-grama-maconha>; **Metropoles:** <https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-anula-condenacao-de-mulher-pega-com-1g-de-maconha>; **IstoÉ:** <https://www.istoedinheiro.com.br/supremo-anula-condenacao-de-mulher-pega-com-1-grama-de-maconha/>



grifos originais, Mendes se mostra espantado com a pena atribuída ao caso, e clama pela renovação da jurisprudência para admissão do princípio da insignificância nos casos de tráfico de drogas:

No caso em tela, não se pode dizer que o oferecimento de uma pena de **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, por parte do Estado, se revele como uma resposta adequada, nem tampouco necessária, para repelir o tráfico de **1g (um grama)** de maconha. Em um controle da proporcionalidade em sentido estrito, ainda, **salta aos olhos a desproporcionalidade do oferecimento de tal pena.**

Além disso, o presente caso é um exemplo emblemático da **flagrante desproporcionalidade da própria pena em abstrato prevista para o tipo penal do tráfico de drogas diante de casos em que a quantidade de entorpecentes é irrisória.** A solução aqui proposta, para tais casos de flagrante **desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida**, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas.

Fato é que a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício. Nos parece que **a adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas se revela um passo importante** nessa direção (Min. GILMAR MENDES, HC 127573, 2019).

O apelo de Mendes para a mudança de entendimento da Corte em casos de crimes relacionados à Lei de Drogas brasileira (Lei 11.343/06) se insere nas disputas internas na Corte em torno dessa temática que representa um vetor de hiper encarceramento da população negra, entre outras consequências<sup>11</sup>. Há sete anos a Corte adia um julgamento sobre a descriminalização do consumo de drogas para uso pessoal, que anuncia ser um grande passo nos tribunais para uma legalização que parece distante no horizonte legislativo. Nesse sentido, no tabuleiro de xadrez envolvendo a

---

<sup>11</sup> RIBEIRO, Djamila. Lei de Drogas é marco legal gerador de morte, corrupção e prisões em massa. Folha de S. Paulo, 2021.

litigância estratégica na corte, esse julgamento foi mais uma peça movida para pressionar uma virada jurisprudencial que visa atingir os incontáveis processos sobre lei de drogas em curso no país.

No que se refere às decisões posteriores da Suprema Corte, pelo campo de busca na sessão de pesquisa de jurisprudência da corte, inseri as palavras “insignificância” e “tráfico”, e encontrei sete casos julgados em que essa discussão jurídica se apresentou. Um deles é um pedido de reconhecimento de insignificância ao crime de tráfico cumulado com o de porte ilegal de munição de arma de fogo<sup>12</sup>, o que foi negado. Cinco são julgamentos em que o pedido é negado por questões processuais. Em um deles<sup>13</sup>, a turma de ministros não conheceu do pedido por questões processuais, porém o ministro relator Alexandre de Moraes adentrou ao mérito e afirmou não reconhecer o princípio da insignificância em casos de tráfico de drogas, conforme posicionamentos daquela corte. A ministra Rosa Weber ressaltou reconhecendo a possibilidade de aplicação, porém concordou que o recurso não estava formalmente adequado. Por fim, na Segunda Turma de ministros, foi reconhecida por maioria a insignificância aplicada ao porte de drogas, no qual a divergência aberta pelo ministro Mendes prevaleceu<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 296977/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021.

<sup>13</sup> Agravo Regimental no Habeas Corpus 185681/SP, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020.

<sup>14</sup> Agravo Regimental no Habeas Corpus 2022883/SP, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021.

## 6. Influência do caso na produção acadêmica sobre insignificância e tráfico de drogas

O campo jurídico é dinâmico e há troca entre pessoas e instituições que o compõem. Nossa intenção é olhar para as consequências da atuação do portal de mídia jurídica especializada. Já vimos a consequência nos tribunais com a decisão do Supremo Tribunal Federal. Agora, é necessário destacar no campo de produção de ciência. Mesmo no campo de pesquisadores e cânones do direito, a teorização sobre a possibilidade de combinação entre o princípio da insignificância e o crime de tráfico de drogas era algo feito dentro de categorias gerais de Direito Penal. É possível argumentar a partir da extensa teoria sobre bens jurídicos e a necessidade de haver uma lesão material, palpável, para que aquela conduta tenha tipicidade (SANTOS, 2012 e CINTRA, 2011). Nesse sentido, em um exercício argumentativo, com base na extensa bibliografia brasileira sobre o tema, é possível sustentar que não basta que, teoricamente, a criminalização do tráfico de drogas vise proteger bens abstratos, tais como “paz social”, “segurança pública” e “saúde pública”, para que qualquer ato de traficar seja passível de lesão. É preciso lesão de fato ao bem jurídico para que a conduta seja passível de tipicidade material.

Ocorre que a produção teórica específica que relacione o princípio da insignificância com o crime de tráfico de drogas é posterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Referência recente na temática é o artigo “A atipicidade material do fato correspondente ao tráfico de drogas frente ao princípio da insignificância”, de Airto Chaves Junior e Samara Sandra Tamanini<sup>15</sup>, publicado em 2021, o primeiro trabalho em revista científica brasileira sobre o tema. No artigo, os pesquisadores da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) problematizam o entendimento majoritário no tema dos Tribunais de Brasília, citando a decisão do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de

---

<sup>15</sup> Cadernos de Direito, vol. 13, nº 29, jan-mar 2021, p. 209/246.

Justiça no desenvolvimento dos argumentos e fazem um profundo trabalho de pesquisa os conceitos de Direito Penal envolvidos para compreensão da questão. Ao final, pontuam que

é perfeitamente possível reconhecer atípicas penalmente, a partir do Princípio da Insignificância, condutas que abrangem quantidades inexpressivas de drogas, sobretudo, quando esses comportamentos não podem, materialmente, causar qualquer afetação ao bem jurídico (concepção teleológico-valorativa) (JUNIOR; TAMANINI. 2021, p. 234).

Um dado interessante que ilustra o argumento em torno do poder de mobilização e transformação de direitos a partir do trabalho de sites especializados em Direito está no voto do próprio ministro Gilmar Mendes. Diante da escassez de produção acadêmica brasileira voltada especificamente à combinação entre princípio da insignificância e tráfico de drogas, o ministro argumentou com base na exigência de materialidade de resultado da conduta. Sua argumentação transcreveu parte de um texto de Pierpaolo Bottini, professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo, publicado no site Consultor Jurídico, em 2012, de título “Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta”<sup>16</sup>. A partir desse caso, podemos observar como artigos de opinião em sites especializados podem servir como instrumentais de influência de operadores do direito, como também servem como base teórica para fundamento de decisões, inclusive da Suprema Corte. O site Consultor Jurídico é um dos mais conhecidos e tradicionais sites especializado na cobertura jurídica, onde escrevem semanalmente advogados, promotores, juízes, professores universitários e até mesmo ministros, sendo uma arena de disputa relevante no campo jurídico brasileiro.

---

<sup>16</sup> BOTTINI, Pierpaolo. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta, Conjur, 2012

## 7. E Maria?

Conforme aponta Rebecca Sandefur (2008), ao propor uma abordagem interseccional de análise, o acesso à justiça é o resultado da experiência que as pessoas têm com o sistema de justiça e isso é atravessado por clivagens de raça, classe e gênero. No caso de Maria, o prosseguimento de sua história no sistema de justiça referenda essa formulação.

Uma vez emitida a ordem de soltura pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da liminar do ministro Gilmar Mendes em abril de 2015, conseguimos acompanhar uma parte da trajetória de Maria por meio da pesquisa de processos no Tribunal de Justiça de São Paulo. Nela, encontramos o processo criminal iniciado com a prisão de Maria em outubro de 2015, em Bariri. Ela foi presa, denunciada e condenada pela prática de tráfico de drogas consistente em ter em sua casa 70g de cocaína<sup>17</sup> - posteriormente, um laudo pericial atestou serem 46,4g. Segundo os policiais que efetuaram a prisão, Maria “já é conhecida nossa pelo seu envolvimento com o tráfico de drogas”. Eles passaram perto de sua casa e abordaram-na na rua, onde teriam encontrado na posse de 5g de cocaína. Então, os policiais narram então que “teriam pedido permissão para entrar na casa dela”, onde encontraram no bolso de uma bermuda e em seu criado mudo as demais quantidades. Maria foi condenada em maio de 2016 a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, exatamente a mesma pena a que fora condenada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2014. Não houve recurso da defesa e o caso transitou em julgado.

Porém, não podemos deixar de pensar, ao ler o inquérito responsável por essa prisão, no que seria da reputação da cidade de Bariri se Maria fosse presa com 5g de cocaína depois da histórica liminar do Supremo Tribunal Federal. Em um exercício meramente especulativo, uma dupla insignificância poderia ser mais do que o brio dos oficiais seria capaz de suportar. Contudo, para muitas defesas processuais causaria estranheza o fato dela ter dado

---

<sup>17</sup> TJSP, processo n. 0002742-84.2015.8.26.0062, 1ª Vara de Bariri.

permissão para os policiais entrarem em sua casa, onde eles encontrariam 41 das 46,4g que foram apreendidas. Também parece passível de argumentação o questionamento em razão de poucos meses após ter sido solta por ordem do Supremo Tribunal Federal, Maria ter sido novamente presa, abordada com 5g de cocaína. Uma análise mais rigorosa por conta da defesa poderia ser hábil a argumentar uma perseguição pelo aparato policial, principalmente conhecendo o histórico do caso. Contudo, o advogado local nomeado pelo Estado para defesa de Maria afirmou “desconhecer a ré e não ter qualquer tipo de contato com a mesma ou até mesmo seus familiares” (Processo n. 0002742-84.2015.8.26.0062, p. 118).

No mérito, defesa requereu a desclassificação do crime de tráfico para uso. Pois ainda que se parta da hipótese acusatória, estaríamos diante de quantias de drogas que em diversos outros casos são tidas como próprias para uso. Chegamos a um ponto chave dos processos envolvendo tráfico de drogas: a distinção subjetiva entre usuário e traficante. No caso de Maria, a magistrada que a sentenciou considerou o depoimento do policial militar que efetuou a prisão, o qual disse haver informações de que ela estava praticando tráfico de drogas. Afirmou ter encontrado as drogas separadas em porções e também R\$ 350,00 (aproximadamente 67 dólares na cotação atual) dentro de uma mala. Já em seu interrogatório, afirmou que recebeu drogas como pagamento por prostituição e que usaria o montante e que o dinheiro era proveniente da venda de suas roupas.

Em que pese a prova ser a palavra do policial contra a palavra da acusada, a condenação de Maria é possível, como também é retrato das condenações por tráfico no país. A Lei que criminaliza o tráfico de uma forma ampla, incluindo vender drogas e/ou tê-las em depósito, não faz a distinção objetiva da diferença entre usuário e traficante, cabendo tal análise à subjetividade do operador do direito diante do caso. Trata-se de um terreno aberto para todos os tipos de vieses, principalmente vieses que fazem um perfilamento racial entre usuários (pessoas brancas) e traficantes (pessoas negras). Conforme aponta Djamila Ribeiro:

Não há na lei brasileira o que distinga usuário de drogas, que não é preso, do traficante, que recebe cinco anos e quatro meses. Nenhum critério objetivo, apenas o olhar racista do juiz e da juíza. Negro é traficante, branco é estudante que faz “delivery de drogas”.

Ficamos à mercê de pessoas descompromissadas com qualquer sentimento de justiça e de letramento racial, que passam o dia encarcerando negros e negras, jogando-os em masmorras por estupidezes do quilate de 10 gramas de maconha. Isso sim é um verdadeiro crime, muito maior e pernicioso do que qualquer farelo na mão negra numa viela perdida nesse país.

Nesse sentido, uma ação que atenua os efeitos catastróficos dessa falida política de drogas combinada com a produção em massa de decretos de prisão e sentenças racistas é o julgamento da descriminalização do porte de drogas para consumo em curso no Supremo Tribunal Federal há mais de três arrastados anos (RIBEIRO, 2020, p. 1)<sup>18</sup>.

A falta de questionamento sobre a entrada em domicílio e a legalidade de apreensão de drogas; a falta de acesso a um advogado que se envolvesse com a causa, bem como a falta de recurso à sentença não são meros detalhes, mas elementos que se somam ao caso que ilustra o perfil da pessoa alvo de processo criminal por tráfico de drogas no Brasil. De um lado, a preferência de abordagem do aparato policial; de outro, condições materiais precárias de defesa no processo judicial. Como pano de fundo, as opressões estruturais que inviabilizam o reposicionamento social após a experiência de encarceramento. Sendo Maria uma mulher negra retinta, moradora pobre e sem escolaridade de uma cidade rural do interior do Estado, um perfil demarcado de raça, gênero e classe<sup>19</sup>. Segundo dados do Infopen de 2014, entre 2006 e 2014, a

---

<sup>18</sup> RIBEIRO, Djamilia. “Negro é traficante, branco é estudante que faz ‘delivery de drogas’”. Folha de S. Paulo, 16/07/2020.

<sup>19</sup> “Temos a exclusão social sendo agravada pela musculatura lombrosiana do sistema penal. Pois as mulheres brancas, mais que as negras, possuem uma condição de classe que as permite acessar de forma satisfatória advogados, promotores de justiça e demais operadores do direito, enquanto as negras são

população prisional feminina brasileira aumentou em 567,4%, colocando o Brasil à época na quinta colocação mundial de mulheres presas no mundo. Conforme aponta Juliana Borges:

Entre as mulheres encarceradas, 50% têm entre 18 e 29 anos e 67% são negras, ou seja, duas em cada três mulheres presas são negras. (...)

Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades. Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social desses indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la. Essa é uma das instituições mais fundamentais no processo de genocídio contra a população negra em curso no país. (...)

O tráfico lidera as tipificações para o encarceramento. Da população prisional masculina, 26% está presa por tráfico, enquanto que, dentre as mulheres, 62% delas estão encarceradas por essa tipificação. Dessas pessoas, 54% cumprem penas de até oito anos, o que demonstra que o aprisionamento tem sido a única decisão diante de pequenos delitos (BORGES, 2022, p. 21).

A repetição da história de Maria nos leva à reflexão sobre o saldo da mobilização que começou em 2014. Se, de um lado, a mobilização em torno do caso de 1g de maconha causou um precedente do Supremo Tribunal Federal, que se junta à grande disputa entorno de uma reforma jurisprudencial na atual política de drogas brasileira, de outro, para Maria em si, resultou em uma absolvição, mas os efeitos foram bem menos ambiciosos. Devolvida pelo sistema carcerário, Maria seguiu atravessada pelas estruturas

---

majoritariamente pobres, não escolarizadas e não profissionalizadas. É de causar estranhamento, segundo Adorno (1996) a velocidade com que as sentenças de condenação atingem os indivíduos negros quando comparadas aos indivíduos brancos" (AKOTIRENE, 2020, p. 61 e 62).



discriminatórias, sem amparo material e jurídico na seguinte e quase imediata acusação que recebeu.

## 8. Conclusão

Nosso percurso pelo caso de Maria demonstrou como o trabalho engajado politicamente de uma mídia digital especializada em direito pode contribuir para mobilização de direito nas instituições de justiça. São várias peculiaridades no caso que mostram como pode essa mobilização pode ter sido fruto de uma oportunidade única, não refletindo em uma afirmação metafísica sobre o poder dessas mídias. Contudo, o artigo visa demonstrar que, independentemente do resultado, foi possível, dado o lugar social que em particular o Justificando ocupou, mobilizar, seja noticiando o fato, ou ainda aproveitando a rede criada de colunistas para possibilitar uma revisão defensiva no caso.

É provável que alguém diga que não há como dizer que o resultado do julgamento do Supremo Tribunal Federal decorreu da atuação do sítio digital especializado em Direito. Afinal, são várias casualidades que interferem em todo o processo, sendo que relacionar a causalidade entre atuação do site e resultado jurídico é uma mera hipótese. De fato, a euforia com o resultado deve orientar uma resposta acadêmica mais equilibrada. Por isso, embora não seja possível estabelecer essa relação causal, a área em discussão nesse presente artigo é a mobilização de direitos e, como tal, nos interessa avaliar de que forma ela ocorreu e os caminhos possíveis para utilização do sistema de justiça. No caso, analisar um dos objetivos da mobilização de direitos: a busca pela geração de respostas parciais pelo Poder Judiciário para demandas por uma mudança na atual lei de drogas do país.

Vimos também que a relação entre princípio da insignificância e o crime de tráfico de drogas foi a discussão em torno do caso de Maria e tal campo de discussão foi influenciado pelos termos veiculados nas matérias jornalísticas e na articulação entre site e

equipe de defesa. Os efeitos da decisão pioneira da Supremo Tribunal Federal impactaram demais decisões da corte, que segue sendo um campo de disputa entre visões sobre a política de drogas brasileira. A decisão de Mendes também foi incorporada na produção científica do campo jurídico no país, que ainda se inicia no debate específico do tema.

A partir da trajetória de Maria no sistema de justiça, também podemos refletir sobre alguns impactos da dinâmica da política de drogas do país e seus mecanismos de perfilamento racial e de gênero. Tanto no caso que originou a mobilização, quanto na condenação em caso posterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, é possível observar de que forma a distinção subjetiva entre usuário e traficante é presente de forma prejudicial em seu caso, como também de que forma a falta de condições materiais para uma defesa judicial impactou o desfecho dos casos. Sendo uma mulher negra retinta e pobre, o desfecho de seu caso tem sido atravessado por estruturas discriminatórias que mostram a necessidade de novas mobilizações para si e todo grupo social a que pertence.

## Referências

- AKOTIRENE, Carla. **Ó pa í prezada: racismo e sexismo institucionais tomando bonde nas penitenciárias femininas**. São Paulo: Pólen, 2020, p. 61 e 62
- BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Sueli Carneiro/Jandaíra, 2022, p. 21/24
- BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**, Conjur, 2012
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 234-240.
- CHAVES JUNIOR, Airto e TAMANINI, Samara. Sandra. A atipicidade material do fato correspondente ao tráfico de drogas

frente ao princípio da insignificância - *Duc In Altum* - **Cadernos De Direito**, 13(29).

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011  
GASPAR, Osmar Teixeira. **Mídias: concessão e exclusão**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GOHN, Maria da Gloria. A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais. **Caderno CRH**, Salvador, v. 27, n. 71, p. 431-441, Maio/Ago, 2014.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**; Vol 9, No 18, 1996.

MCCANN, Michael. Law and social movements. **In The Blackwell Companion to Law and Society**, ed. A Sarat, pp. 506-22. London: Blackwell/Dartmouth, 2004. P; 506-522.

MCCANN, Michael. Law and social movements: Contemporary Perspectives. **Annu. Rev. Law Soc. Sci.** 2006, p. 30/32

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele;

DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4**. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **Lei de Drogas é marco legal gerador de morte, corrupção e prisões em massa**. Folha de S. Paulo, 15/04/2021.

RIBEIRO, Djamila **Negro é traficante, branco é estudante que faz 'delivery de drogas'**. Folha de S. Paulo, 16/07/2020.

SANDEFUR, R. L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual Review of Sociology**, v. 34, p. 350, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**, p. 157-178.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 191

## **Decisões judiciais**

### **Superior Tribunal de Justiça**

Habeas Corpus n. 195.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 09/06/2015

Habeas Corpus 318.936/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015.

### **Supremo Tribunal Federal**

Habeas Corpus n. 84412/SP, rel. ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004.

Habeas Corpus n. 102940, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011

Habeas Corpus n. 111097, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013.

Decisão Liminar no Habeas Corpus n. 127573/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 15/04/2005, p. 5).

Manifestação da PGR no Habeas Corpus n. 127573/SP, Procuradora DEBORA DUPRAT, 05/04/2005, p. 5

Habeas Corpus n. 127573/SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019.

Agravo Regimental no Habeas Corpus 185681/SP, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020.

Agravo Regimental no Habeas Corpus 2022883/SP, Relator para Acórdão Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021.

Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 296977/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021.

### **Tribunal de Justiça de São Paulo**

Apelação Criminal nº 0000623-58.2012.8.26.0062, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Ivana David, julgado em 09/10/2014

Processo n. 0002742-84.2015.8.26.0062, 1ª Vara da Comarca de Bariri.

# RESOLUÇÃO PACÍFICA DO CONFLITO PELA TECNOLOGIA: ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DO PROFESSOR BOTELHO DE MESQUITA

**Guilherme Vinicius Justino Rodrigues**

Mestrando na Faculdade de Direito de São Paulo/USP

E-mail: [guilherme.justino@usp.br](mailto:guilherme.justino@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/4668156785225544>

**Luma Zaffarani**

Pós-graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/P

UC-SP

E-mail: [lumazaffarani@gmail.com](mailto:lumazaffarani@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/5874376577167418>

**Resumo:** O artigo é uma homenagem ao Professor Walter Piva, especialmente menção à memória de seu maior mentor e responsável por seu ingresso como docente nas Arcadas. O texto pretendeu reexaminar conceitos de processo e de jurisdição, a partir de reflexão crítica dos ensinamentos do Professor Botelho de Mesquita, com confronto atual da tecnologia com as plataformas digitais.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Sistema multiportas. Revisão de conceito.

## 1. Introdução

Este artigo foi idealizado como homenagem ao mentor do professor Walter Piva Rodrigues, que lecionou para várias gerações das Arcadas do Largo São Francisco. O “professor Piva”, como é conhecido, no primeiro semestre de 2021, permitiu que nós, os autores, frequentássemos a disciplina daquele ano, do curso de Pós-Graduação, na qualidade de alunos ouvintes. A experiência foi incrível e permitiu a nós o primeiro contato com o Programa de

Pós-Graduação da centenária Universidade de Direito do Largo São Francisco.

O ano seguinte trouxe a um coautor deste artigo o presente de frequentar outro curso, lecionado pelo Professor Piva, na qualidade de aluno regular.

Neste texto, ao mesmo tempo que queremos render uma homenagem ao Professor Piva, com um artigo que aborda o pensamento de seu maior mentor e responsável por seu ingresso no corpo docente da USP, o Professor Botelho de Mesquita, também queremos apresentar um exame sobre os meios de resolução pacífica de conflitos.

Iremos tratar dos meios alternativos (ou adequados) da solução de controvérsia, especialmente com o uso de tecnologia, levando em conta tanto a prevenção do litígio, quanto a sua solução consensual.

Iremos tentar, ao máximo, associar os temas a seguir com o pensamento do professor José Ignácio Botelho de Mesquita, e em particular, com o nome de uma disciplina essencialmente lecionada pelo Professor Piva como homenagem a aquele preclaro mestre: Processo Civil e Incivil.

Não se ignora, a esse propósito, que a expressão processo incivil serve de denúncia à um método que não se alinha com a legalidade do processo, que não respeita a garantia das partes, sobretudo da fragilização dos direitos das partes (MESQUITA, 2006).

O que mais a nós é presente, nesse momento, é que, ao escrever sobre composição, não podemos defender o fator de “tempo para eliminação do conflito pela via consensual” como uma vantagem para desestimular o manejo do processo judicial. Isto porque o Professor Mesquita apontou sobre a maturação natural do processo (MESQUITA, 2006, p. 215-216), e, especialmente, dos instrumentos processuais conferido às partes para contornar qualquer risco que sobrevier ao direito pela demora da prestação jurisdicional (MESQUITA, 2009, pág. 589).

Alertamos, nessas linhas introdutórias, a advertência do professor Mesquita que considerou a preferência estatal pela

conciliação como um enfraquecimento do direito, porque transporta para as partes a solução do conflito:

Essa forma de extinção do processo pode, em certos casos, ter suas vantagens. Preferi-la, porém, emprestando-lhe valor maior do que à solução do conflito mediante sentença, pode ter para as partes, e a meu ver tem, um custo institucional muito alto, porque transfere para elas a responsabilidade pela solução do litígio. O que é particularmente grave em matéria penal, pois faz a vítima responsável pelo destino do acusado.

(...)

A preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala a confiança no império da lei. Torna desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo a que põe fim, estimula o nascimento de outros tantos. Abala os alicerces da coesão social. (MESQUITA, 2005, pág. 289-290).

Esse enfraquecimento, alertado pelo Professor Botelho de Mesquita, a nosso ver está contraposto pelo ensinamento do professor Kazuo Watanabe, em particular com a expressão cunhada por ele a respeito da “cultura da sentença” e “cultura da pacificação” (WATANABE, 2001).

Nesta esteira, este artigo buscará tratar das novas tecnologias utilizadas como prevenção e desvio do litígio para composição, acrescida da análise crítica acerca da plataforma denominada “Consumidor.Gov”, que vem sendo usado com esta finalidade.

Antes de passar à análise dessa plataforma, também entendemos oportuno examinar o uso de tecnologia para propiciar solução consensual e evitar litígio.

Ao que consta no acervo público de conhecimento geral, a primeira tecnologia para tratar de reclamações de clientes foi criada pelo eBay (MARQUES, 2019), loja de produtos comercializados em ambiente virtual, e tinha como objetivo evitar a demanda judicial.



O uso desse modelo de solução de disputa on-line, ou da customização de mecanismos para esse fim, proporcionou agilidade na interação entre cliente e empresa, diminuiu custos, e, em especial, fortaleceu a imagem e reputação da empresa.

O setor que mais avançou neste contexto de solução on-line de disputa foi o comércio varejista eletrônico em ambiente de internet, dado que as compras realizadas de maneira virtual são múltiplas (LORENCINI, 2012), sendo certo que a sustentabilidade do negócio depende, dentre outros fatores, da boa reputação da empresa com a resolução de problemas mediante a utilização de ferramenta eletrônica e ágil.

O eBay remodelou a forma de resolução dos problemas de seus clientes levando em conta alguns fatores prioritários: i) se seu usuário ingressasse no Judiciário, haveria muitos casos em diferentes localidades, o que aumentaria ainda mais suas despesas; ii) para o sucesso das compras on-line e do seu negócio, ao menos uma possibilidade de solução rápida teria de ser oferecida para saciar aqueles que estão acostumados com a compra em ambiente de internet.

O eBay, então, criou seu sistema de resolução de conflito e o dividiu em três etapas. Na primeira, o usuário poderia negociar diretamente e expor seu problema; na segunda, seria a vez de uma moderação, caso não fosse possível a autocomposição; e na terceira, uma imposição de solução.

O mercado teve de se adaptar a um modelo rápido de solução de conflito, especialmente porque o usuário desse serviço on-line – para fortalecer sua confiança – necessita de ao menos uma evidência de que, na hipótese de ter algum problema, seu caso será resolvido na mesma velocidade do clique que finaliza a sua compra.

O comércio eletrônico, portanto, para fortalecer a confiança de seu cliente e se aproveitar da penetração na internet, se viu obrigado a possibilitar uma ágil solução para os problemas que, eventualmente, sobreviessem.

A reputação da empresa avançou a um ponto que também é medida sua capacidade de resolver as controvérsias com seus clientes, com sistema de pontuação pelas respostas de reclamação on-line e pela solução delas.

As plataformas eletrônicas que proporcionam esse diálogo, para tentativa de solução preventiva do conflito, pela autocomposição, têm em comum ranquear as empresas que respondem às reclamações de seus clientes e as resolvem. Assim, muito além da qualidade de produtos e serviços, a manutenção e sucesso da empresa, quando envolve negociação on-line, também dependem da respectiva reputação do atendimento de reclamações.

As empresas podem oferecer as suas próprias plataformas para resolução de disputa, para recebimento e tratamento de reclamação, e podem, igualmente, automatizar etapas para fortalecer a rápida resolução.

É isso, justamente, o que vem ocorrendo com o Mercado Livre, que possui um desenho próprio de solução de disputa, parcialmente semelhante ao *case* "eBay". Diferencia-se, contudo, porque no âmbito do Mercado Livre não existe a etapa de imposição de solução.

Além dessa porta disponibilizada pela empresa ao seu cliente, também existem plataformas que oferecem a resolução da disputa de maneira on-line, com destaque do ranqueamento de solução. É o caso de plataformas como o ReclameAqui e Consumidor.Gov. Ambas as plataformas, após o preenchimento de formulário eletrônico, possibilita-se a negociação e diálogo dos envolvidos.

A solução extrajudicial pelo uso de plataformas digitais vem sendo usualmente classificada como um novo conceito de acesso à justiça.

Essa possibilidade de autocomposição prévia vem ganhando contornos cada vez mais relevantes, entre eles, a própria atualização do conceito de acesso à justiça. O consenso, ao lado da disputa judicial, proporciona a resolução do conflito e atinge, pois, a mesma finalidade da demanda judicializada, que é a pacificação social.

Embora no magistério do Professor Mesquita tenha diferença a solução adjudicada e a solução consensual: “o Estado se abstém de definir a norma aplicável e atuá-la o no caso concreto, subtraindo-se do dever de prestar a jurisdição” (MESQUITA, 2005, p. 289), a nosso ver, o objetivo de ambas as formas, seja a adjudicada ou a compositiva, é a mesma.

Outro ponto que merece ser destacado, é que as novas tecnologias reacenderam o debate sobre a condição da ação relacionada ao interesse de agir e a inafastabilidade da jurisdição, cuja interpretação pressupõe prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia, ou ainda, o tratamento adequado do conflito.

## **2. A perspectiva da célere entrega da tutela jurisdicional contraposta pelo acúmulo de processos**

O ideal da célere entrega da tutela jurisdicional é contraposto pelo notório acúmulo de processos, especialmente pendentes de solução, que soma 77,3 milhões (CNJ, 2022), e pela baixa tração da redução desse número. Observe-se, nesse ponto, que, apesar do ano de 2020 ter proporcionado o maior freio no acervo de processo judicial, com nítida retomada de incremento em 2021, ainda não se vislumbra mudança no cenário.

Para muitos autores, a consequência desse acervo está ligada a uma opção legislativa e, também, à demora da formação do juízo de certeza, cujo tempo médio de tramitação de processos na fase de conhecimento no primeiro grau é de 3 anos e 4 meses; e no segundo grau, de 2 anos e 2 meses. E, quando se fala em execução, é de 7 anos e 1 mês. Nesse contexto, para se ganhar e “levar”, fala-se em um longo período, o que poderá, quiçá, ser diminuído na hipótese de serem tratados da forma mais adequada aos seus contornos.

Não se ignora, por outro lado, que a solução definitiva da demanda judicial tenha sua natural maturação (BEDAQUE, 2015), por conta do respeito às garantias constitucionais do processo, especialmente para formação do juízo de certeza.

Entretanto, os caminhos alternativos, ou melhor, adequados de solução de controvérsia, também carregam a possibilidade de atingir a mesma finalidade do processo, que é a solução do conflito e pacificação social, e naturalmente são mais rápidos.

É por esse motivo que as iniciativas de autocomposição ganham relevância para prevenir ou resolver o litígio, sobretudo pela celeridade que a solução pode ser alcançada. No entanto, qualquer sistema de resolução de disputa não pode carregar consigo uma limitação ou desvantagem em relação a atuação da jurisdição, sob pena de caracterizar-se verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça e desequilíbrio.

O Professor Mesquita, a esse respeito, também ponderou sobre o efeito nefasto de se buscar a solução do litígio pela composição, como meio de mitigar a demora, o que no entendimento do Professor conduz justamente ao estímulo do descumprimento de obrigações, porque as mútuas concessões podem servir como vantagem a quem descumprir:

A certeza de que os processos demoram um tempo enorme e de que, por isso mesmo, juízes, conciliadores, mediadores e árbitros tudo farão para que se encerrem por autocomposição do litígio, aliada à incerteza sobre se o juiz decidirá segundo a lei e não pela ideologia de sua preferência, constitui um poderoso estímulo ao descumprimento das obrigações e, portanto, à criação de litígios onde, não fora isso, maiores seriam as probabilidades de adesão espontânea ao império da lei. (MESQUITA, 2005, p. 296).

Embora claramente a resolução on-line de disputa e a “cultura do consenso” possam desaguar na redução de acervo do Judiciário, ou até na celeridade do processo, esse não deve ser o objetivo precípua de qualquer plataforma (COSTA, FRANCISCO, 2020), em linha com o magistério do Professor Mesquita, muito pelo contrário, a adequação do conflito e a otimização do acesso à justiça que devem servir de norte.

### **3. As ondas de acesso à justiça e a possível atualização desse conceito: justiça com “j” minúsculo**

Como se sabe, as pesquisas de acesso à justiça remontam à década de 1970, com o Project Florence, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI, GARTH, 1988). Esse trabalho, no qual o Brasil não contribuiu com pesquisas, levou em conta análise sobre a reivindicação de direitos e resolução de litígios pelo Estado.

Desse primoroso trabalho, a nosso sentir, surgiram o que se denominou de três ondas de acesso à justiça. A primeira, direcionada à assistência aos hipossuficientes; a segunda, pela reivindicação de direitos coletivos; e a terceira, com a informalização de procedimentos de resolução de conflitos.

Diferentemente do que vinha sendo pesquisado pelo referido projeto, no Brasil, nesse período, ainda se debatia a necessidade de expansão de direitos básicos (JUNQUEIRA, 1996), aos quais a maioria não tinha acesso, em função da tradição liberal individualista, da histórica marginalização socioeconômica e pela exclusão política jurídica, provocada pelo regime repressivo de 1964.

Entre 1970 e 1980, se formaram dois eixos de acesso à justiça no Brasil: i) acesso coletivo a justiça (até então estruturada pela demanda individual); e ii) formas estatais e não estatais voltadas para simplicidade na resolução de conflito, consubstanciados no Juizado de Pequenas Causas e na elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente, fala-se em atualização do conceito de acesso à justiça, que é igualmente alcançado pelo acesso aos órgãos públicos ou pela solução adequada ao conflito, como prevenção do processo.

Nesse contexto, percebe-se que o acesso à justiça tem várias facetas, e inclui, por exemplo, a possibilidade de resolução de conflito por meio do estado-juiz, e, de outro lado, a possibilidade dessa resolução de forma não estatal, pelo que se denominou hoje de sistema multiportas.

O professor Kazuo Watanabe sobre o conceito atualizado de acesso arremata:

No conceito atualizado, o acesso à justiça constitui, em nossa avaliação, muito mais acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que assiste a todos os jurisdicionados o direito ser atendido pelo Sistema de Justiça, na acepção ampla que abranja não somente os órgãos do Poder Judiciário preordenados à solução adjudicada dos conflitos de interesses, como também todos os órgãos, públicos e privados, dedicados à solução adequada dos conflitos de interesses, seja pelo critério da adjudicação da solução por um terceiro, seja pelos mecanismos consensuais, em especial a negociação, a conciliação e a mediação, e significa, ainda, direito de acesso à informação e orientação, não unicamente em relação a um conflito de interesses, como também a problemas jurídicos que estejam impedindo o pleno exercício da cidadania, mesmo que não configurem um conflito de interesses com um terceiro. Essa concepção mais abrangente de acesso à justiça está em perfeita sintonia com os direitos fundamentais individuais e coletivos assegurados pela nossa Carta Política, cujo fundamento maior é a dignidade humana, com plena possibilidade de exercício da cidadania (art. 1º, incisos II e III). (WATANABE, 2019, p. 768).

Daí porque dizer que, em última análise, a utilização de mecanismos adequados para o atingimento da solução do conflito é medida de apoio incorporada ao sistema de justiça e o ordenamento jurídico, sem que entre um e outro exista uma correlação de concorrência.

#### **4. Da tentativa prévia de conciliação e o filtro representado por essa exigência**

A existência de filtro, como um requerimento prévio administrativo, guarda importância com o direito processual civil, especialmente no campo relacionado às condições da ação, precisamente, o interesse de agir (GABBAY, 2011). A principal

dúvida subjacente é se essa exigência é compatível com o pleno acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição.

Não é novo o debate sobre a necessidade prévia de tentativa de conciliação antes da disputa judicial. Desde a Ordenação Manuelina, em especial no seu Livro III, XV, I, já se incentivava o consenso antes do litígio, inclusive com advertência sobre o destino duvidoso da demanda: “no começo das demandas dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se entre ele os ódios e dissensões, se devem de concordar, [...], porque o vencimento da causa sempre é muito duvidoso”.

A Constituição do Império, de 1824, em seu art. 161, dispôs de política pública de tratamento de conflito, com a “reconciliação” como requisito para o início de demanda e prevenção de litígio. Certamente por conta da Influência da Constituição Francesa de 1791, em seu artigo 6º, e da Constituição espanhola de 1812, no art. 284, que previam a condição de tentativa de conciliação antes da disputa judicial.

O Código Comercial, Decreto n.º 737/1850, no art. 23, condicionava o processamento de demanda comercial à tentativa prévia de conciliação.

Na prática, todos os diplomas citados, ao menos de fundo, tinham como objetivo ao menos garantir que a lesão ou ameaça de direito fosse reclamada à outra parte, para que a controvérsia fosse resolvida ou o conflito de interesses persistisse.

Atualmente, a necessidade de requerimento prévio, como condição para ação, segundo a jurisprudência firmada em repercussão geral pelo STF no RE 631.240/MG, em âmbito de benefícios previdenciários, é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, porque, segundo a tese fixada, a presença do interesse em agir é observada a partir da adequada, útil e necessária tutela jurisdicional.

É importante destacar, porém, que esse julgamento restringiu-se na análise da concessão de benefício previdenciário e, embora se defenda a partir dele uma regra geral para caracterizar o interesse de agir a partir da tentativa prévia de conciliação, antes de iniciar a

disputa judicial, não é essa a orientação que da tese fixada se deve extrair, visto que no específico contexto do julgamento, observou-se que a concessão do benefício previdenciário depende da postura ativa do interessado em obter o benefício.

No STJ, o REsp 1.349.453/MS julgado sob o rito de recurso repetitivo também estabeleceu entendimento parecido ao RE 631.240/MG, porque definiu indispensável o requerimento prévio, no tocante à busca de extratos bancários, para aquilatar o interesse em agir.

Nos dois julgamentos que mencionei, a utilidade e a necessidade ao pronunciamento judicial de mérito se caracterizam, sobretudo, pela resistência, depois da provocação administrativa, porque até então, na hipótese do RE 631.240/MG, sequer a administradora tem conhecimento da intenção do interessado no benefício antes dele pedir, e no caso do REsp 1.349.453/MS, porque a emissão de extratos depende da sinalização do interessado em obtê-los. Em ambos os casos, a lesão a direito se evidencia pela negativa, e sua ameaça pela demora.

A jurisprudência destacada nesses casos prestigia a possibilidade de entendimento dos envolvidos, sem a intervenção do Judiciário, o que é coerente também com o interesse de agir, visto que se manifesta pela demonstração da imprescindível atuação do Estado-Juiz para satisfação da pretensão.

Essa tendência jurisprudencial pode ser ampliada a outras controvérsias, de modo que o requerimento prévio seja adotado para prevenir o litígio e demonstrar o interesse de se provocar o Judiciário. Assim, é conveniente estimular o uso de sistema de resolução de disputa on-line, como o Consumidor.Gov, para servir de instrumento a esse fim, de prevenção do litígio (WATANABE, 2019, p. 30).

Essa tentativa prévia de solução do conflito pela plataforma de resolução de disputa, embora não necessariamente seja apontada como condição para o pronunciamento judicial de mérito, é extremamente indicada como forma de racionalização do acesso à justiça e de estímulo à autocomposição.



No magistério do professor Kazuo Watanabe “se o demandante não utilizou quaisquer canais internos [...] e externo [...] colocados à disposição pelo MERCADO LIVRE para a resolução de conflitos [...] o juiz deve extinguir o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual” (WATANABE, 2019, p. 30), ou seja, o juiz está autorizado a extinguir ou suspender o processo se o demandante não se utilizou de canais interno e externos colocados à disposição para resolução do conflito.

Assim, é perfeitamente possível conceber o requerimento prévio, considerado necessário nos julgados mencionados, e ampliá-lo no contexto de tentativa prévia de resolução da controvérsia (WATANABE, 2011), especialmente pelo instrumental do “sistema multiportas” disponível para resolução do conflito, porque a solução consensual é que se deve estimular.

## **5. Por que usar ferramentas eletrônicas para auxiliar na prevenção de disputa ou na solução do litígio?**

A ferramenta eletrônica, como referido anteriormente, pode servir como uma etapa de negociação para solução de conflito, tal como acontece o varejo eletrônico, a exemplo do que ocorre com o Mercado Livre, Magazine Luiza, PagSeguro, Aliexpress e o próprio eBay.

As plataformas possuem seus próprios desenhos de solução de disputa, em comum, elas apresentam três etapas: a primeira com a reclamação do cliente com a descrição do conflito, fornecimento de informações e provas; a segunda, com a derivação da controvérsia para uma etapa de negociação com facilitação de acordo; e a terceira, finalmente, com a mediação no esforço para encerramento da disputa pela solução.

As empresas de tecnologias têm uma cultura de fortalecer seu negócio, na atenção constante ao cliente, com desenhos próprios para solução de problema. Em situações envolvendo o aplicativo

“Uber”, a experiência prática demonstra que o conflito pode ser resolvido em segundos, bastando que o consumidor se valha da ferramenta “tive um problema”. Porém, quando situações similares ocorrem no âmbito de empresas que não possuem uma visão de negócio mais tecnológica, ou que praticam a cultura da burocratização, uma simples “contestação” pode exigir o cumprimento de diversos requisitos. O conceito trazido pela Revolução Industrial, segundo o qual o produto seria um fim em si mesmo, parece ter amadurecido a um patamar em que o objeto da compra agrega em si uma gama de experiências, dentre as quais, está a forma como o seu vendedor lida com os possíveis conflitos de interesse, o que é levado em consideração no momento da aquisição.

O Consumidor.Gov também é um instrumento eletrônico de aporte e solução de controvérsia de consumo, que também proporciona a interlocução entre consumidor e fornecedor para autocomposição. O resultado dessa interação, a partir da satisfação do cliente, impacta a reputação e classificação da empresa.

O ponto de inflexão da plataforma Consumidor.Gov é de condicionar a caracterização do interesse de agir a seu uso prévio, pois o contexto social e econômico do Brasil revela falta de acesso à internet e falta de habilidade técnica para seu manuseio.

Por esse motivo, consideramos muito relevante o ensinamento do Professor Mesquita, que advertiu sobre o alto custo institucional da preferência da conciliação sobre a sentença, conferindo maior valor a composição do que a solução adjudicada, porque no contexto social pode realmente se caracterizar subtração do dever de prestar a jurisdição (MESQUITA, 2005). Apesar dessas três ponderações, o Consumidor.Gov tem divulgado excelentes resultados, com índice de resolução de conflitos superior a 70%. Só em 2020, a plataforma registrou um milhão e cem mil reclamações, das quais, mais de 78% foram consideradas resolvidas pelos seus usuários.

**Figura 1 – Indicador Consumidor.Gov 2020**



Fonte: Secretaria do Consumidor. Consumidor em números 2021. Brasília, 2021

Assim, o uso das plataformas informatizadas para resolução de disputas pode auxiliar no tratamento adequado do conflito.

## **6. O esforço para fuga da jurisdição estatal, o tratamento adequado do conflito pela tecnologia e os principais dilemas relacionados aos sistemas de disputas no ambiente on-line**

O principal interessado nessa rápida solução é a empresa varejista. Ela pode adotar os seus próprios desenhos e sistemas, para prevenir o início de disputa judicial, com oferecimento de experiência de solução rápida on-line, mas ainda que não tenha impedido o ingresso no Judiciário (LORENCINI, 2012), mesmo assim, pode empreender esforço para encerrar o litígio.

Acreditamos que, neste aspecto de fuga, se trata de controvérsias cuja solução mais adequada é outra, que não a adjudicada, seja porque a porta mais rápida seja com o uso de uma ferramenta eletrônica, seja porque o conflito pode ser resolvido pela autocomposição.

O litigante habitual pode se servir do uso de ferramenta eletrônica ou programar a busca de palavras-chave para selecionar demandas passíveis de solução pela composição, até mesmo com o objetivo de fortalecer sua imagem.

Ainda que a triagem inicial dos casos resulte na indicação de defesa ou na recusa administrativa, isso não significa a necessidade de se esperar pela sentença tampouco que a única solução do caso é pelo provimento jurisdicional.

É possível a reavaliação da estratégia, no decorrer do processo, com a ferramenta eletrônica para levar em consideração o quão custosa está a demanda e comparar com o custo do pedido, e o possível entendimento jurisprudencial contemporâneo.

Também é relevante destacar que a triagem dos processos pode contribuir no conhecimento da causa raiz dos conflitos e permitir a atuação voltada para diminuí-los, o ganho pode ir além, aliás, com o encaminhamento de casos para mutirões de conciliação (ASPERTI, 2014).

No campo da qualidade da justiça proporcionada pela solução on-line, por exemplo, não se tem ainda discussão se a falta de conciliação, pela plataforma, serve de desestímulo da busca do Judiciário. A professora Susana Costa e o professor João Francisco chamam atenção para esse fenômeno:

*“Em pesquisa conduzida pela professora Rebecca Sandefur, constatou-se que parcela significativa da população daquele país não reconhece como jurídicos problemas que enfrentam, identificando-os como fatalidades, azares, coisas da vida e até mesmo a vontade de Deus, e quando reconhecem, frequentemente não procuram advogados ou o sistema de justiça. Embora a pesquisa tenha sido conduzida na realidade dos Estados Unidos da América, é possível extrapolar seus achados como indicativos de que também em nosso país, diante da desigualdade e estágio de desenvolvimento social, se verifique situação semelhante.” (COSTA; FRANCISCO, 2020, p. 671).*

O professor Marc Galante também realça o dilema a respeito do possível obstáculo da parte de formular demanda, prosseguir

nela ou obter ajuda legal, assim como as suspeitas sobre os meios alternativos, especialmente se incentivados como forma de reduzir o crescente número de processo.

Uma parte lesada pode deixar de perceber o dano ou deixar de atribuí-lo a um ato humano. Ignorância, intimidação ou barreiras de custo podem inibir a parte de formular uma demanda, prosseguir numa disputa ou obter ajuda legal. Além disso, a falta de recursos e de poder de permanência podem minar o uso efetivo do Judiciário. Nesse sentido, a noção de Acesso à Justiça era tida como capaz de compreender todas essas conexões." [...]s Meios Alternativos não desfrutam mais da presunção de que facilitam o Acesso à Justiça. Ao invés, tornaram-se objeto de suspeita e, em alguns casos, rivais diretos de programas de Acesso à Justiça". (GALANTER, Marc. 2015, p. 40).

A tentativa de conciliação prévia, com o uso de plataformas digitais, para configurar o interesse processual, é um dilema sob o ponto de vista de representar obstáculo ao ingresso no Judiciário. O ponto de maior inflexão está relacionado com a falta de acesso à internet ou inabilidade digital de boa parte da população.

Também pouco se fala de limites éticos dos sistemas de resolução de controvérsias on-line, sobretudo o possível desequilíbrio do litigante eventual que se serve desse formato para tentar solucionar o conflito em relação ao litigante habitual.

Não quero ser repetitivo, porém, neste ponto, em relação ao litigante habitual, considero aplicável novamente o ensinamento do Professor Mesquita, sobre o alto custo institucional da preferência da conciliação sobre a sentença, conferindo maior valor a composição do que a solução adjudicada, porque no contexto social de desequilíbrio, pode realmente se caracterizar subtração do dever de prestar a jurisdição (MESQUITA, 2005), como advertiu o mestre.

Além disso, a utilização, por parte da empresa, de inteligência artificial de forma analítica com o propósito de prever possível formação de entendimento contrário ao seu, em detrimento do

litigante ocasional, com oferecimento de acordo justamente para isso não acontecer, também é uma questão que ainda não está muito debatida e até pode ser examinado com contornos éticos.

A propósito, na Justiça do Trabalho, o Uber tentou requerer homologação de acordo dias antes de julgamento pelo Tribunal, depois de mapear o possível entendimento contrário ao seu pelos membros da turma julgadora, no processo número 0011710-15.2019.5.15.0032, em tramite no Tribunal Regional da 15ª Região. O relator do caso desabonou a conduta e prosseguiu com o julgamento do processo, apesar da notícia de transação que poderia influenciar na perda de objeto do recurso.

Os dilemas que tangenciei são preocupações sobre o obstáculo ao acesso à justiça, no contexto de sistema on-line.

## **7. O sistema de prevenção e resolução on-line de disputa seria um ambiente a ser regulado?**

Como tangenciado antes, o sistema on-line direcionado à solução de disputa possui três etapas: a primeira, que é o início pela reclamação; a segunda, pela interação, a fim de negociação; e a terceira, com o viés de moderação.

Essa forma de tratamento do conflito tem influenciado a concepção de acesso à justiça (GAJARDONE, 2020), com movimento para equiparar a solução alcançada por essa ferramenta on-line à proporcionada pela sentença e, não obstante, ainda pretende ampliar o entendimento o interesse em agir, para considerá-lo somente depois do seu uso prévio.

O ponto que destaco e chamo atenção é que falta norma que discipline essas plataformas e regule o tratamento adequado de disputa no ambiente on-line por meio desses sistemas. E, apesar da tentativa de aplicar a legislação, que foi formatada para o ambiente analógico, e não digital, a sua aplicabilidade encontra óbices de ordem prática. Por exemplo, em que pesem as inovações trazidas pelo Decreto 11.034/2022, que traz a nova regulamentação do SAC,

dentre as quais destacamos a atribuição de a SENACON regular o SAC e medir a sua eficiência, manteve-se a obrigatoriedade da existência de um SAC, tão somente, no âmbito telefônico, quando se poderia determinar a procedimentalização, também de maneira obrigatória, por meio de um canal eletrônico integrado ou de plataforma on line.

Considerando que a SENACON passará a deter um papel de órgão regulamentador e fiscalizador, talvez, no plano prático, a Secretaria poderá sanar os pontos pouco explorados e permitir que o consumidor solicite o mesmo atendimento sem ter de fazer qualquer ligação.

Muito embora seja frequente falar em modelos alternativos ou adequados de solução de controvérsia, pouco se comenta a respeito da regulação desses canais, quando desenhados para o ambiente on-line. Assim, o controle público basicamente é inexistente.

Não consideramos adequado pensar em possível limitação dos governantes para regular esse ambiente pelo fator geográfico, como referiu Lessig (LESSIG, 2006), alçando o ciberespaço como uma “zona” livre e melhor adaptável a autorregulação. Isso porque, em outros campos do direito, ainda que tenham esse relevo geográfico, tais como aviação, navegação e comércio, há normas específicas.

O principal ponto dessa teoria tem como base a constante evolução do ciberespaço, inclusive, para possibilitar uma efetiva regulação: o código.

Portanto, quanto aos sistemas de resolução de disputa, embora claramente haja um controle externo exercido pelo Ministério Público ou entidades de defesa e proteção do consumidor, o escopo não tem o caráter de observar essa fase de autocomposição inicial ou os respectivos desenhos para solução de controvérsia.

O Banco Central, na Resolução n.º 1 de 2020, no art. 44, IV, instituiu um sistema próprio de solução de disputa relacionada ao ‘Open Finance’, o que demonstra e reforça a viabilidade de regulação pelo Estado desse sistema on-line.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, também criou um sistema informatizado de resolução de conflitos, por meio da Resolução n.º 358/2020, para fomentar a conciliação e mediação em processos judiciais. Segundo a resolução, foi idealizado que o sistema permita troca de mensagens, envio de proposta para aceite e assinatura.

Acreditamos que o Professor Mesquita examinaria essa Resolução do CNJ como esforço para justamente levar as partes a conciliar, levando em consideração a posição externada na análise de novas tendências do processo, o que “caracterizaria o enfraquecimento do direito e tornaria desconfiado os homens no império da lei” (MESQUITA, 2005).

## **8. Conclusão**

Em conclusão, a ideia de caracterizar o interesse de agir, a partir da comprovação de requerimento ou da tentativa prévia de conciliação, mostra-se compatível aos princípios de acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, mas seu alcance limita-se a específicos conflitos, porquanto não se pode converter tal ferramenta em obstáculo ao livre acesso ao Judiciário, sob pena de ocorrer o que advertiu o Professor Mesquita: subtração do dever de prestar a jurisdição.

O que propomos, por outro lado, é a não aplicação literal da inafastabilidade do Poder Judiciário a todo e qualquer tipo de litígio, de maneira indiscriminada. A concepção mais contemporânea, considerando todo o quanto se está à disposição do jurisdicionado e da sociedade em mundo conectado, é a mitigação da literalidade constitucional, para que se possa conceber, dentro do ordenamento jurídico, uma resposta adequada que, nem sempre, é o ingresso de uma medida judicial.

Ao conflito compatível com a possibilidade dessa imposição, envolvendo, sobretudo, o varejo iniciado de forma on-line, é completamente possível pensar no sistema de solução de disputa



on-line, seja próprio da empresa, seja externo a ela, como o Consumidor.Gov, inclusive como condição para se ingressar com ação judicial. Mostrou bons resultados o uso dessa plataforma para prevenção de litígio, porque, como evidenciei antes, de um total de mais de um milhão e cem mil reclamações registradas, ao menos 78% delas foram resolvidas. Portanto, é correto supor que o Consumidor.Gov é uma ferramenta de tratamento de conflito.

Assim, reafirma-se que, sob o ponto de vista processual, a autocomposição tem equivalência, em termos de resolução do conflito, com a solução proporcionada a partir do pronunciamento judicial. O que a ciência jurídica moderna busca encontrar, a partir da utilização de meios digitais, é o caminho e a forma para conferir ao conflito a possibilidade de ser tratado pelo meio mais adequado e, assim, atingir a pacificação social. Nesse aspecto, os conflitos que se mostrarem possíveis de serem resolvidos de maneira extrajudicial, dada as suas peculiaridades, não podem ser tratados da mesma maneira daqueles que a sentença se faz imprescindível para o atingimento do objetivo da solução.

## Referências

- ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução on line de controvérsias – tecnologia e jurisdições**. 2015, 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Meios Consensuais de Resolução de Disputas Repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário**. 2014, 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **“Tutela Provisória: Considerações Gerais”**, in O Novo Código de Processo Civil – Questões Controvertidas, São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. **A conciliação no brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos.** Revista de Direito Brasileira, v. 18, p. 263-281, set./dez. 2017.

CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COSTA, Susana; FRANCISCO, João. **Acesso à Justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de Online Dispute Resolution: um estudo da plataforma consumidor.gov.** In: LUCON, Paulo et al. Direito, Processo e Tecnologia. Ed. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos.** 2011, 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, n.º 55, p. 51-62, jul.-set./2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br.** Migalhas, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr>. Acesso em: 09/09/2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela** (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC), n. 10, jul./dez. 2007.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0.** New York: Basic Books, 2006.

LESSIG, L. The New Chicago School. **The Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 52, 1998.

LESSIG, Lawrence. **The law of the horse: What cyberlaw might teach**. Harvard law review, v. 113, n. 2, p. 501-549, 1999.

JUNQUEIRA, Eliane. **Acesso à justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez.1996.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada in Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo. Coordenação: Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva. Ed: Método, 2012.

KARAGIANNI, Mara. **Software As Dispute Resolution System: Design, Effect and Cultural Monetization**. Computational Culture 7 (21st October 2019). Disponível em: <http://computationalculture.net/software-as-dispute-resolution-system-design-effect-and-cultural-monetization/>.

GALANTER, M. **Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 2, n. 1, 2 jan. 2015.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 5, out./dez., 2019.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **“As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”**, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 1, São Paulo: RT, 2005

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Processo Civil e Processo Incivil**. Revista de Processo, Vol. 131, 2006, p. 250-257. 2006.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **“Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias”**, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 3, São Paulo: RT, 2007

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **“Panorama do Direito Visto do Processo”**, in Benevides, Maria Victoria de Mesquita; Bercovici, Gilberto; e Melo, Claudineu. (orgs.), Direitos Humanos,

Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder  
Comparato, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NUNES, Dierle. PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Acesso à justiça e virada tecnológica no sistema de justiça brasileiro: gestão tecnológica de disputas e o alinhamento de expectativas para uma transformação com foco no cidadão – novos designs, arquitetura de escolhas e tratamento adequado de disputas** In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUNES, Dierle. PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil.** In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). Estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter, 2021.

NUNES, Dierle. PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil.** Revista de Processo, vol. 314, ano 46, p. 395-425, abr. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. **Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada.** In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos de Barbosa Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – RT, 2006, p. 779-792

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. **Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente.** In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WATANABE, Kazuo. **Modalidades de Mediação.** Série Cadernos do CEJ, n. 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE, Maurício de Moraes (coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, p. 690. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: Cesar Peluso, e Morgana de Almeida Richa (orgs.). Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, p. 4-5. 2011.

WATANABE, Kazuo. **Racionalização do sistema de justiça com gerenciamento adequado dos conflitos de interesses**. In: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 767-770, 2019.

WATANABE, Kazuo; DUARTE, Ricardo Quass; GONÇALVES, Caroline Visentini Ferreira. **Parecer lavrado em resposta a consulta da empresa Mercado Livre Brasil**. 05 abr. 2019.

ZUFELATO, Camilo, YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

## **Jurisprudência**

TRT-15, RECURSO ORDINÁRIO 0011710-15.2019.5.15.0032.

Relator Des. João Batista Martins Cesar, 6ª Turma, 11ª Câmara, j. em 26/04/2021, publicado em 28/04/2021

# ANÁLISE DE CASO: A IMPORTÂNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA E PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

**Mariana Almeida Dias Oliveira**

Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista (UNESP)

E-mail: [marianaadvoliveira@gmail.com](mailto:marianaadvoliveira@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/0576541561909350>

**Rubens Beçak**

Livre-Docente em Direito do Estado pela FD/USP

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de São Paulo

(FDRP/USP)

E-mail: [prof.becak@usp.br](mailto:prof.becak@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/7461141539467509>

**Resumo:** A partir da análise do caso Manuel Cepeda Vargas *versus* Colômbia, julgado no ano de 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscará se demonstrar a relevância do papel das Cortes Internacionais para o efetivo acesso à justiça e consagração da cidadania. O exemplo colombiano apresenta uma conduta de violação massiva e generalizada de direitos humanos por parte do poder público, de forma que se fez imprescindível a atuação da CIDH para proteção dos direitos dos cidadãos colombianos e, conseqüentemente, proteção efetiva da justiça e da democracia. Sobre este aspecto, válido rememorar que o conceito de cidadania relaciona o ser humano e o Estado com os seus direitos e deveres, englobando crucialmente os direitos humanos. Nesse ínterim, para exercer plenamente a cidadania, o indivíduo precisa ter a garantia de que seus direitos, sejam eles civis, políticos ou sociais, serão respeitados, caso contrário, a própria noção de cidadania estará em risco. Neste contexto, as Cortes de Direitos Humanos possibilitam às vítimas de violações a efetiva busca pelo resguardo de seus direitos fundamentais, reconhecendo o indivíduo como destinatário de direitos, visando coibir que os Estados perpetrem violações em face de seus próprios cidadãos. A condenação do Estado da Colômbia no caso do Senador Manuel Cepeda Vargas, que foi assassinado por motivos políticos, findou por demonstrar que a CIDH é fundamental como mecanismo de proteção dos direitos

humanos e, portanto, crucial para o efetivo acesso à justiça, resguardando, desta forma, os elementos essenciais da cidadania.

**Palavras-chave:** cidadania. direitos humanos. acesso à justiça.

## 1. Introdução

O caso em estudo se refere à execução extrajudicial do senador Manuel Cepeda Vargas, no dia 9 de agosto de 1994, na cidade de Bogotá, e à falta de investigação e punição dos responsáveis pelo crime.

Ante a inércia do Estado da Colômbia em investigar o assassinato e punir os responsáveis, vislumbrou-se a necessidade de apresentar a questão à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Cumpr, desde já, destacar a relevada preocupação com o acesso à justiça expressamente estampada na convenção, o que pode ser vislumbrado, de plano, pela leitura dos artigos primeiro e segundo que trazem, respectivamente, o compromisso de se garantir o pleno exercício dos direitos e garantias reconhecidos na convenção a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, sem qualquer forma de discriminação e o compromisso de os Estados Partes adotarem as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para tornar efetivos os referidos direitos e liberdades.

Frisa-se que há menção expressa de respeito aos direitos dos indivíduos sem qualquer forma de discriminação, seja *por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*, bem como o compromisso dos Estados Partes em adotarem as medidas necessárias para efetivar os referidos direitos.

O artigo 24 da Convenção também estampa a diligência relativa à proteção da igualdade, reforçando que todas as pessoas tem direito a igual proteção da lei, enquanto o artigo 25 prevê a proteção judicial dos direitos fundamentais, mediante recursos simples, rápidos e efetivos, mesmo quando a violação aos direitos fundamentais seja cometida por pessoa que esteja atuando no exercício de funções oficiais.

Retornando-se ao caso em análise, referente ao senador Manuel Cepeda Vargas, a Comissão aprovou o Informe nº 62/08, no qual concluiu que o Estado havia violado os artigos 04 (direito à vida), 11 (proteção da honra e dignidade), 13 (liberdade de pensamento e expressão), 16 (liberdade de associação) e 23 (direitos políticos) da Convenção Americana em prejuízo do senador e dos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal) e 11 em detrimento de sua família, motivo pelo qual, ao final do informe, fez uma série de recomendações ao Estado.

Todavia, a Colômbia discordou das recomendações, de forma que a Comissão findou por submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após longa instrução probatória, composta por provas documentais, oitivas de testemunhas, bem como produção de prova pericial, a Corte entendeu que o Estado não cumpriu sua obrigação de investigar efetivamente as violações dos direitos humanos que ocorreram, pontuando que a ineficácia dos procedimentos foi claramente evidenciada ao analisar a falta de diligência na condução das ações dos investigadores, devido à ausência de uma visão da execução extrajudicial como um crime complexo em decorrência da participação de diferentes agentes do Estado e membros de grupos paramilitares. Da mesma forma, a falta de diligência também ficou expressa na ausência de investigação das ameaças no contexto indicado e ante a alegada existência de um plano de extermínio.

Diante deste cenário, a Corte aplicou ao Estado as medidas cabíveis de acordo com a sua competência.



O estudo deste caso trará à lume a relevância das Cortes Internacionais de Direitos Humanos como mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, de efetivação da cidadania.

Afinal, levando em consideração a noção de cidadania trazia por Hanna Arendt (ARENDR, 1973), qual seja, pertencimento a uma comunidade disposta a lutar pelo direito de seus integrantes (o chamado “direito a ter direitos”), temos que o Estado que não investiga a contento o assassinato de indivíduos por motivos políticos, ou, mais grave ainda, que participa destas execuções, finda por impedir o pleno desenvolvimento da cidadania, uma vez que não garante a proteção de direitos fundamentais aos seus cidadãos e impede o acesso à justiça.

## **2. O caso: Manuel Cepeda Vargas vs Colômbia**

Manuel Cepeda Vargas, cidadão colombiano, era político, advogado, escritor e membro do Partido Comunista Colombiano. Em 1964 foi preso em Bogotá por denunciar a agressão contra a resistência camponesa em Marquetalia Tolima, onde escreveu um livro de poemas intitulado “Vencerás Marquetalia”.

O senador era também líder político e membro da União Patriótica (UP) e do Partido Comunista, assim, no ano de 1993 denunciou perante o Ministro de Defesa a existência de um plano para exterminar a União Patriótica. Em decorrência desta denúncia, em 09 de agosto de 1994, quando se deslocava pela Avenida das Américas, em Bogotá, foi atingido por vários tiros.

O Estado colombiano não adotou qualquer providência efetiva para investigar e solucionar o assassinato.

O caso inicialmente submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos tratava de forma ampla da perseguição e do extermínio de membros da União Patriótica, no qual havia a busca de uma solução amistosa. Todavia, em maio de 2005, o Coletivo de Advogados José Alvear Restrepo e a Fundação Manuel Cepeda Vargas solicitaram que a morte do Senador Manuel fosse julgada

separadamente, motivo pelo qual, em dezembro de 2005, a Comissão decidiu desmembrar o caso.

Assim, em 25 de julho de 2008, a Comissão aprovou o Informe nº 62/08, no qual concluiu que o Estado havia violado os artigos 04 (direito à vida), 11 (proteção da honra e dignidade), 13 (liberdade de pensamento e expressão), 16 (liberdade de associação) e 23 (direitos políticos) da Convenção Americana em prejuízo do senador e dos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal) e 11 em detrimento de sua família.

Neste contexto, recomendou que o Estado da Colômbia realizasse uma investigação imparcial a fim de processar e punir todos os responsáveis materiais e intelectuais da execução extrajudicial; indenizasse os parentes de Manuel pelos danos materiais e imateriais sofridos em virtude das violações; providenciasse atos de resgate da memória histórica do senador; adotasse as medidas necessárias para prevenir a recorrência de padrões sistemáticos de violência, em conformidade com o dever de proteger e garantir os direitos fundamentais reconhecidos na Convenção.

No entanto, o Estado discordou das recomendações, motivo pelo qual, em consonância com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte, solicitando que fossem tomadas as competentes medidas.

Nos termos do artigo 25 do Regulamento Interno da Corte, o filho do Senador Manuel, Sr. Ivan Cepeda, bem como os advogados do Coletivo José Alvear Restrepo e os integrantes do Centro De Justiça e Direito Internacional, representaram as vítimas:

Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo. (REGULAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Trata-se de mais um mecanismo de acesso à justiça, afinal, o Regulamento Interno da Corte se ocupou de possibilitar a participação direta das vítimas e seus representantes, prevendo expressamente que estes poderão apresentar de forma autônoma seu escrito de petições, argumentos e provas.

Assim, em 4 de julho de 2009, o Estado apresentou sua contestação à demanda, na qual arguiu quatro exceções preliminares, sendo que as duas primeiras se referiam à falta de competência do Tribunal para julgar o caso, uma vez que os fatos principais, relacionados ao caso originário da União Patriótica, ainda estavam pendentes de decisão perante a Comissão; também aventaram a falta de competência em razão da matéria, para declarar a existência de um crime contra a humanidade e incompetência do Tribunal em razão do tempo para reconhecer determinados direitos aventados pelos representantes da vítima.

Além disso, o Estado apresentou um reconhecimento parcial da responsabilidade internacional pela violação dos direitos à vida, integridade pessoal, honra e dignidade, liberdade de expressão, direitos políticos, garantias judiciais e proteção judicial. Nesse contexto, pleiteou ao Tribunal que, se não desse provimento às exceções preliminares, declarasse, ao menos, que no presente caso não houve política de Estado para matar o Sr. Manuel Cepeda Vargas; que não se comprovou a existência do suposto “plano de golpe de misericórdia”; e que não havia padrão violência sistemática contra membros da UP “à frente do Estado”.

Por fim, argumentou que não era responsável pelas supostas violações dos direitos reconhecidos nos artigos 16 e 22, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quanto às reparações, solicitou que fossem limitadas aos familiares imediatos do Senador Manuel Cepeda e que fossem rejeitadas as medidas adicionais de reparação solicitadas pela Comissão e representantes.

As preliminares arguidas foram rejeitadas. Afastadas as exceções preliminares e considerando os termos do

reconhecimento estatal das responsabilidades, a Corte passou ao julgamento do mérito.

Foram analisadas provas documentais, testemunhal e pericial, sendo um perito nomeado pelo Estado e outro perito nomeado pelos representantes das vítimas, cujo intuito era que ambos informassem sobre o processo de desmobilização dos grupos paramilitares na Colômbia, em uma perspectiva normativa e prática.

Ao final, a Corte considerou como “partes lesionadas” (vítimas) o Sr. Manuel Cepeda Vargas e os seguintes familiares: Iván Cepeda Castro (filho), María Cepeda Castro (filha), Olga Navia Soto (esposa falecida), Claudia Girón Ortiz (nora – esposa do Ivan), e os irmãos do Senador: María Estella Cepeda Vargas, Ruth Cepeda Vargas, Gloria María Cepeda Vargas, Álvaro Cepeda Vargas y Cecilia Cepeda Vargas (falecida).

Em sua decisão, os julgadores consignaram que, com base nas disposições do artigo 63.1 da Convenção Americana, qualquer violação de uma obrigação internacional que tenha causado danos implica o dever de repará-los adequadamente e que esta disposição inclui uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado.

A fim de auferir a natureza e o alcance das obrigações de reparação, a Corte utilizou sua jurisprudência consolidada, indicando os seguintes casos como precedentes: *Caso Velásquez Rodríguez. Reparaciones y Costas*; *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, y Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*.

No tocante à responsabilidade, os julgadores pontuaram que o Estado não cumpriu sua obrigação de investigar efetivamente as violações dos direitos humanos que ocorreram, destacando que a ineficácia dos procedimentos foi claramente evidenciada ao analisar a falta de diligência na condução das ações dos investigadores, devido à ausência de uma visão da execução extrajudicial como um crime complexo devido à participação de

diferentes agentes do Estado e membros de grupos paramilitares. Da mesma forma, a falta de diligência também ficou expressa na ausência de investigação das ameaças no contexto indicado e ante a alegada existência de um plano de extermínio.

Nesse ínterim, decidi que o Estado deveria utilizar os meios necessários, de acordo com sua legislação interna, para conduzir as investigações, a fim de identificar e eventualmente punir todos os responsáveis pela execução extrajudicial do senador Manuel Cepeda Vargas.

A Corte determinou que o Estado deveria articular mecanismos de coordenação entre os diferentes órgãos e instituições estatais com poderes de investigação, a fim de alcançar o máximo de eficiência nas investigações; bem como deveria assegurar que os procedimentos no exterior não atrapalhassem ou interferissem nas investigações das graves violações ocorridas neste caso.

A decisão sublinhou ainda a necessidade de que os resultados dos processos fossem divulgados publicamente, para que a sociedade colombiana conhecesse a verdade dos fatos. Destacou também que o Estado deveria garantir a segurança dos parentes do senador Cepeda Vargas, resguardando-os de atos de assédio ou ameaça que poderiam ocorrer após a publicação da decisão.

Ademais, a fim de resgatar a dignidade e memória do Senador, os julgadores indicaram ao Estado que providenciasse a publicação de um documentário audiovisual sobre a vida política, jornalística e o papel do senador no cenário político nacional, que deveria ser projetado em canal estatal de difusão nacional uma vez por semana, durante um mês, bem como ser exibido em um ato público de homenagem ao Sr. Cepeda.

No tocante às indenizações por danos materiais e imateriais, a Corte novamente fez referência à sua jurisprudência, destacando que o dano material supõe:

(...) a perda ou prejuízo da renda das vítimas, os gastos incorridos em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que

tenham nexos de causalidade com os fatos da causa e que danos imateriais podem compreender tanto os sofrimentos como as aflições causadas à vítima direta e seus familiares, o comprometimento de valores muito significativos para as pessoas, bem como alterações, de natureza não pecuniária, nas condições de existência da vítima ou dos seus familiares (Caso 12.531: Manuel Cepeda Vargas versus Colômbia. 2010).

Nesse contexto, condenou o Estado a arcar com os danos materiais em US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) em favor do filho Ivan Cepeda Castro e sua esposa Cláudia Girón Ortiz, US\$ 10.000,00 (dez mil dólares) à filha Maria Cepeda Castro e o mesmo valor a favor de Olga Navia Soto (esposa falecida).

Em relação aos danos morais, condenou o Estado a pagar, além dos valores já estabelecidos em processos contencioso-administrativos internos, US\$ 70.000,00 (setenta mil dólares) em favor do filho Ivan, US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) para a filha Maria; US\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares) para a nora Claudia Girón Ortiz; e US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares) para a irmã Maria Estella.

Relevante notar que as determinações da Corte Internacional de Direitos Humanos não se limitaram apenas a conferir indenizações pecuniárias às vítimas, mas também, e sobretudo, demonstraram de maneira bastante objetiva que violações de direitos humanos não seriam toleradas, consignando a importância de investigações eficazes e afastamento da possibilidade de impunidade, uma vez que esta findaria por perpetrar as violações.

Isto reforça o papel da CIDH como mecanismo de acesso à justiça, bem como garantidora da proteção dos direitos humanos fundamentais, neste sentido:

Dessa forma, é possível observar que as reparações emanadas pela Corte IDH não se restringem a indenizações pecuniárias, mas também podem abarcar reparações simbólicas, fomentar mudanças legislativas e implementação de programas que contribuem

significativamente para evitar futuras violações de direitos humanos (BARRETO; CASTRO; JESUS, 2020).

Frente a essas violações, a Corte declara a responsabilidade internacional do Estado-parte e impõe a obrigação de reparar. Esta, por sua vez, tem apresentado um caráter binário, constituído em medidas de reparação individual (restituição, compensação e satisfação) e medidas destinadas a modificar as causas estruturais que permitiram as violações (obrigações de não repetição). (ROJAS, 2015)

Diante deste cenário, o estudo do caso *Cepeda Vargas versus Colômbia* demonstra a significativa atuação da CIDH como vetor de acesso à justiça quando o Estado viola direitos de seus cidadãos, garantindo a efetiva proteção dos direitos fundamentais individuais e sociais, o que contribui para expansão dos direitos humanos.

Pela análise da obra da jurista Flávia Piovesan, podemos categorizar seis principais violações enfrentadas pela Corte: violações decorrentes do regime ditatorial, violações atinentes ao regime de transição, violações ao direito de acesso à justiça e às proteções judiciais, violações dos direitos de grupos socialmente vulneráveis, violações a direitos sociais e, por fim, violações a direitos da agenda contemporânea.

As decisões da CIDH têm força jurídica vinculante e obrigatória, desde que o Estado tenha reconhecido a sua jurisdição.

No estudo do caso abordado, demasiado importante se mostra a determinação para que o Estado da Colômbia divulgasse os resultados do processo e providenciasse a publicação de um documentário audiovisual, a fim de resgatar a memória histórica do senador. O documentário foi produzido e publicado com o nome “Manuel Cepeda Vargas: un artista em la política”.

A memória histórica constitui poderoso instrumento de construção e desenvolvimento da cidadania, possibilitando a ressignificação dos discursos e a reanálise sobre as posições de

poder, medidas cruciais para o afastamento da discriminação e marginalização de grupos sociais minoritários.

### **3. Proteção dos direitos humanos, acesso à justiça e cidadania**

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, partindo do consenso de Estados que elevam a promoção dos direitos humanos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Assim, a relação de um Estado com seus nacionais passou a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional (PIOVESAN, 2016).

Em 10 de dezembro de 1948, a ONU (Organização das Nações Unidas) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, delineando o conceito contemporâneo dos direitos humanos e buscando o respeito e reconhecimento dos referidos direitos. Nas palavras de René Cassin:

Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. (...) A Declaração, adotada (com apenas 8 abstenções, em face de 48 votos favoráveis), teve imediatamente uma grande repercussão moral das Nações. Os povos começaram a ter consciência de que o conjunto da comunidade humana se interessava pelo seu destino. (PIOVESAN, 2016).

Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, de forma que esses direitos passaram a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.



Nesse contexto é relevante lembrar que existem critérios metodológicos que classificam os direitos humanos em gerações. A partir destes critérios, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, traduzindo o valor da liberdade; os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem o valor da igualdade; por fim, os de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, à livre determinação, traduzindo, por sua vez, o valor da solidariedade (PIOVESAN, 2016).

Os referidos direitos civis, políticos e sociais constituem a base da noção de cidadania, de acordo com a definição do sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall, que relaciona o desenvolvimento da cidadania ao desenvolvimento de cada um daqueles três conjuntos de direitos.

A noção de cidadania está relacionada com a ordem jurídico-política de um Estado, sendo a Constituição que define quem é cidadão e os seus direitos e deveres, enquanto os direitos humanos são mais amplos e devem ser respeitados em qualquer lugar do mundo.

Outrossim, muitas vezes os direitos do cidadão coincidem com os direitos humanos, isto porque a cidadania supõe o direito a um mínimo existencial, para que cada cidadão possa usufruir de liberdade, igualdade e dignidade.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. (PIOVESAN, 2016).

Portanto, o conceito de cidadania trabalha com o ser humano como portador de direitos e deveres, englobando de maneira fundamental os direitos humanos.

Dessa forma para exercer plenamente a cidadania, o indivíduo precisa ter a garantia de que seus direitos, sejam eles civis, políticos ou sociais, serão respeitados, caso contrário, a própria noção de cidadania estará em risco.

A referida garantia depende direta e instrumentalmente do acesso ao sistema de justiça, visto que o direito de acesso à justiça findará por garantir que os demais direitos dos cidadãos sejam respeitados.

Todavia, em que pesem os avanços no que tange às normas de proteção aos direitos humanos, estas por inúmeras vezes se mostram ineficientes para alcance dos seus objetivos, visto que os grupos sociais mais vulneráveis estão distantes do efetivo acesso à justiça, uma vez que o Direito recorrentemente exclui estes grupos de sua lógica.

Nesse íterim, se faz mister pontuar ainda que os agentes de poder operam seletivamente, de acordo com a vulnerabilidade dos grupos sociais, respondendo a estereótipos historicamente construídos, o que finda por sustentar a cultura de discriminação.

Indubitável que na relação Estado *versus* indivíduos administrados, estes últimos são naturalmente as partes vulneráveis, ante o poder estatal, cenário este que se agrava quando os administrados fazem parte da parcela da população chamada de minorias sociais, marcadas pela estigmatização e discriminação, sendo mister o avanço dos mecanismos de acesso à justiça para viabilizar o pleno exercício da cidadania.

É neste contexto que o sistema de justiça interamericano vem contribuindo de forma decisiva para consolidação do efetivo Estado de Direito na região, garantindo que os direitos humanos sejam respeitados, mediante o efetivo acesso à justiça e imposição de obstáculos ao retrocesso no regime de proteção destes direitos.

#### **4. Conclusão: o caso em análise, acesso à justiça e o exercício da cidadania**

Inolvidável que a prática da execução extrajudicial de cidadãos viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, afinal, a vida é o núcleo essencial dos direitos humanos.

A questão se torna ainda mais grave ao sopesarmos que o senador Manuel Cepeda foi assassinado por motivos políticos, como diversos outros membros da União Patriótica e que, inclusive, militares ligados ao governo participaram da execução.

Este caso efetivamente demonstra que muitas vezes o Estado, que deveria ser o responsável por proteger a integridade e dignidade humana de seus cidadãos, é o próprio agente das violações.

Ao não proteger seus cidadãos de arbitrariedades e violações ou, ainda mais grave, ao participar das violações em face de seus cidadãos o Estado rompe com o seu dever de proteção, gerando uma fratura na relação Estado/sociedade que caracteriza a cidadania, rompendo com o ideal do Estado Democrático de Direito, afinal, a face autoritária do Estado o afasta da sociedade civil, impondo o medo como forma de dominação e reprimindo a liberdade de dissenso.

Diante deste cenário, notamos que as Cortes de Direitos Humanos têm um papel essencial para efetivação do acesso à justiça e garantia da plena cidadania, mormente se considerarmos que, no caso em estudo, a Corte determinou inúmeras medidas de reparação de danos, incluindo a necessidade de publicação da decisão e produção de um documentário sobre a vida do Senador, com a finalidade de que os cidadãos colombianos conhecessem a verdade dos fatos.

Com efeito, no processo de formação da cidadania o indivíduo, membro do Estado, assume papel fundamental, sendo mister para este fim que esteja munido de informação de qualidade

para formar a sua consciência de forma segura. A transparência é condição intrínseca para uma democracia efetiva.

Sobre este aspecto, as decisões estruturantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos colaboram de maneira crucial na efetividade dos comandos constitucionais quando verificada graves violações de direitos fundamentais.

O exemplo colombiano nos mostra uma conduta de violação massiva e generalizada de direitos humanos por parte do poder público, que tornou necessária a atuação da CIDH para proteção dos cidadãos colombianos, garantindo o acesso à justiça, bem como a proteção efetiva da democracia.

O efeito prático da condenação no caso do senador Manuel Cepeda foi de fundamental importância para resgate da memória histórica, justamente para alertar os cidadãos colombianos que os erros cometidos pelo Estado no passado não podem voltar a ocorrer, garantindo a proteção dos elementos essenciais da democracia, tais como o acesso ao poder e ao seu exercício sujeito ao Estado de Direito, a liberdade de expressão, bem como liberdade de associação para fins políticos.

Inolvidável que somente a normatização dos direitos fundamentais não é suficiente para garantir a concretização da proteção dos referidos direitos, sendo indispensável que os indivíduos possam se amparar em mecanismos que garantam o efetivo acesso e fruição destas garantias elementares.

Neste contexto, as Cortes Internacionais possuem especial relevância, visto que têm como finalidade precípua resguardar os direitos fundamentais individuais e coletivos contra violações estatais, sendo crucial este papel para o efetivo acesso à justiça e exercício da cidadania.

Afinal, somente quando o Estado protege e resguarda de forma efetiva os direitos humanos dos seus cidadãos, e conseqüentemente seus direitos civis, é que podemos vislumbrar a garantia da cidadania e, dessa forma, efetivar a construção do Estado Democrático de Direito

## Referências

- ARENDDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005. \_\_\_\_\_ **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1973.
- BARRETO, Renata Caldas; CASTRO, Valéria Jansen; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de Jesus. **Acesso à justiça sob a perspectiva internacional: histórico dos casos contenciosos brasileiros perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998/2019)**. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/30198/25840>>. Acesso em 09 de nov 2022.
- CARVALHO, José Murilo de. **Assassinato e tortura na Era Vargas**. Disponível em: <<http://sibila.com.br/critica/assassinato-e-tortura-na-era-vargas/11338>>. Acesso em 30 de mai 2022.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2013.
- CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 09 de nov 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.531: Manuel Cepeda Vargas Colômbia**: sentença de 26 de maio de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pc/demandas.asp?Year=2008>>. Acesso em 08 de mai 2022.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005.
- JORGE, Fernando. **Hitler, retrato de uma tirania**. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed. revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROJAS, Claudio Nash. **Tutela Judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia**. In BAZÁN, Victor. Ed. Justicia Constitutio y Deréchos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



## DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR ÀS MULHERES GRÁVIDAS PRESAS PREVENTIVAMENTE E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE

**Izadora Moro Sampaio**

Graduanda do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de  
Votuporanga.

E-mail: izadorasampaio@hotmail.com

**Marina Calanca Servo**

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto  
(FDRP/USP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal, graduada  
em Direito, docente do Curso de Direito da Unifev – Centro  
Universitário de Votuporanga.

E-mail: marinacservo@gmail.com.

<http://lattes.cnpq.br/4656631408304974>

**Resumo:** O Estado é responsável pela garantia dos direitos concedidos aos seus cidadãos, todavia, quando esses direitos não estão sendo resguardados, cabe ao Judiciário tomar uma atitude para tentar forçar o cumprimento desses direitos. A situação carcerária no Brasil é algo muito discutido em razão da superlotação, falta de higiene adequada, insalubridade, entre outros. Diante disso, a questão da qualidade de vida dos detentos, foi observada no tocante às mulheres presas grávidas e a sua relação com a proteção à maternidade. Sabe-se que as penitenciárias possuem condições precárias e uma infraestrutura que não é adequada para uma gestação saudável. Desse modo a pesquisa busca analisar o sistema feminino penitenciário brasileiro, bem como a proteção à maternidade dentro do presídio, de modo a demonstrar a importância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da substituição da prisão preventiva por domiciliar por meio de um *habeas corpus* coletivo às mulheres grávidas. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, juntamente a um raciocínio hipotético-dedutivo para chegar ao devido trabalho. Em suma, foi possível perceber que a concessão do *habeas corpus* coletivo às mulheres grávidas presas preventivamente é um meio garantidor da proteção à maternidade e deve ser adotado efetivamente. Não se pode com a premonição de punir, submeter uma mulher grávida a um sistema



em que nem mesmo pessoas que não se encontram nessa condição são duramente afetadas.

**Palavras-chave:** *Habeas corpus*. Proteção à maternidade. Prisão preventiva. Sistema Penitenciário.

## 1. Introdução

Atualmente é quase senso comum de que as instituições penitenciárias brasileiras são falhas em sua infraestrutura, não fornecendo condição digna de vida dos detentos que ali cumprem suas penas. Essa questão por vezes é ignorada pela sociedade e pelo próprio Estado.

Dentro desse pensamento, cria-se a dúvida acerca das mulheres grávidas que se encontram no sistema carcerário: se elas possuem uma melhor infraestrutura e acesso às condições básicas para uma gestação saudável tanto para ela quanto para seu bebê, afinal, a Constituição Federal Brasileira garante a proteção à maternidade como um direito social. Em 2018, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio de um *habeas corpus* coletivo, concedeu a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar para mulheres grávidas, mães de filhos com até 12 anos de idade e mães de filhos com algum tipo de deficiência.

Todavia, essa decisão não vem sendo devidamente implantada, não obstante o disposto na legislação processual penal. Logo o objetivo do artigo é demonstrar a importância dessa decisão, aliás, de suma importância e que deve ser aplicada devidamente, discorrendo sobre o sistema feminino penitenciário e a proteção à maternidade dentro do sistema prisional, implementando o dispositivo legal e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

As condições precárias existentes nas penitenciárias ferem a proteção à maternidade, colocando em xeque o cumprimento de um dos direitos conferidos ao cidadão pela Carta Maior.

Desse modo, a partir do método de raciocínio hipotético-dedutivo, juntamente a um procedimento hermenêutico e pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, é que se dá o presente trabalho. Como resultado dessa pesquisa vê-se que não há razão devidamente justificada que fundamente a não aplicação desse *habeas corpus* coletivo, tendo em vista que é possível perceber toda a falha geral do Estado em manter a dignidade dessas mulheres grávidas no sistema prisional. Muito mais do que a proteção à maternidade, é possível ver outros direitos que também são violados, tornando a estadia muito pior do que ela já é.

Em síntese, o *habeas corpus* coletivo para mulheres grávidas preventivamente deve ser colocado efetivamente em prática, visto que é responsabilidade do Estado zelar pelos direitos de todos os cidadãos, pois o cometimento de um crime não faz da pessoa menos cidadã do que as outras.

## **2. O Sistema Penitenciário brasileiro**

O Sistema Penitenciário tem como função administrar as penas que buscam retribuir, prevenir e ressocializar as pessoas que cometeram atos ilícitos. Assim sendo, é importante a garantia de direitos fundamentais básicos ao ser humano dentro das penitenciárias, afinal cometer um crime não caracteriza perder a humanidade, mas sim um desvio de conduta que será punido, respeitado o devido processo legal. Contudo, a prática do crime não deve ser motivo para falta de observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo que essa esteja no cárcere. Logo, é necessário observar as garantias conferidas aos detentos, bem como sua efetiva aplicabilidade pelo sistema, conferidas pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), bem como o artigo 318, IV e V do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.257/2016.

Haroldo Caetano da Silva comentando sobre a cultura do direito penal explica que “o direito penal com fundamento na

natureza humana será efetivo e *libertador*, ao passo que o direito penal que não tiver base antropológica será não-efetivo e meramente repressivo” (SILVA, 2006, p. 31).

Mais adiante afirma que se a pena não reconhecer a natureza do homem enquanto *ser humano*, a pena constituirá mero instrumento de repressão, deixando de ser necessária, útil ou efetiva.

A execução penal é fundada em vários princípios próprios, quais sejam: legalidade, igualdade, jurisdicionalidade, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, humanização da pena, proporcionalidade, individualização e intranscendência.

Apesar de se falar em execução penal, pressupondo uma prisão-pena, na verdade, a Lei de Execução Penal se aplica também aos presos provisórios, conforme previsto em seu artigo 2º, parágrafo único: “esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

Pelo princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e nos artigos 2º e 3º da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). De forma bastante simplista, exige que o magistrado se paute pelas normas legais estabelecidas na Lei Maior, no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e em todas as normas que digam respeito ao crime, à pena e seu cumprimento.

O princípio da igualdade impede que ocorram discriminações dos presos em razão de sexo, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. Contudo, exige também que a igualdade não seja a mesma, seguindo o conceito de que respeitar a igualdade é tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualem. Por essa razão as mulheres presas não podem ter o mesmo tratamento que os homens, vez que suas diferenças são gritantes.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, embora a execução penal seja administrativa, considerando que os presídios pertencem ao Poder Executivo, evidentemente todo o acompanhamento do

cumprimento da pena se desenvolve de acordo com a proteção judiciária, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

As decisões judiciais na execução penal quando não satisfazem o interesse do preso ou do próprio Ministério Público, poderá ser questionada na instância superior. Por isso, aplica-se também na execução penal o princípio do duplo grau de jurisdição.

Todos os pedidos formulados em relação aos presos devem se sujeitar à ampla defesa e ao contraditório, permitindo, *in casu*, à presa que se defenda as possíveis alegações que contrariem seus interesses, como também que se requeira produção probatória para fins de obtenção de benefícios.

A Constituição Federal ao tratar do princípio da humanização da pena estabelece em seu artigo 5º, XLVII que não haverá penas de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis. Significa dizer que o Estado deverá seguir parâmetros de atuais de garantias, internacionalmente aceitos, principalmente mantendo o respeito à dignidade da pessoa humana do preso.

O princípio da proporcionalidade, também chamado de razoabilidade ou racionalidade exige a proibição do excesso, ou seja, qualquer limitação ao preso deve estar subordinada à lei e ser adequada, necessária e na justa medida. Não atentando a esses requisitos, ter-se-á a prisão como ilegal.

Muito importante, também, o princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, ou seja, somente o causador do crime pode sofrer as consequências da pena.

Mais precisamente quanto ao Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro, tem origem com a reforma penal que possibilitou a criação do primeiro presídio exclusivamente feminino no país, por volta do ano de 1940. Nessa época buscava-se “restaurar o sentimento de pudor nas mulheres” (ESPINOZA, 2003), de maneira a fazer com que elas voltassem a ter condutas de dama e não voltassem a se desviar das normas morais e religiosas. Desse modo, era comum que as penitenciárias femininas fossem administradas por freiras, no intuito de trazer a moralidade e bons

costumes de volta à mulher que se “desviou”. O resultado, no entanto, não foi o esperado tendo em vista que como discorre Olga Espinoza (2003) “o cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora, na qual predomina a desconfiança e onde a violência se converte em instrumento de troca. O único objetivo de quem está ali é sair, fugir, atingir e liberdade”.

O princípio da individualização da pena, constitucionalmente previsto, conforme já exposto acima, é consectário do princípio da igualdade ou da isonomia, considerando este no tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, na medida em que se desiguam. É necessário que na execução penal o agente ou operador do Direito considere as desigualdades entre os encarcerados quando na prisão (MESQUITA JÚNIOR, 2007).

Samantha Buglione, ao tratar da execução penal com olhar para as mulheres discorre que a:

criminalidade feminina (bruxas, putas, mães ausentes) evidencia que tanto o discurso jurídico quanto seus meios de operacionalidade não são imparciais e a existência dessa parcialidade resulta num tratamento ou paternalista, de proteção ao papel da mulher, ou de severidade (BUGLIONE, 2007, p. 150).

Continuando a autora afirma:

A mulher criminosa é uma dupla transgressora. Primeiro por invadir a seara pública da criminalidade – que é masculina e, posteriormente, pelo crime cometido. Não ter esse processo em mente implica em não perceber a ação do Estado ao determinar a pena e correr o risco de interpretações evasivas quanto a essa diferença de individualização penal. Na individualização da execução penal, o processo se repete. Ocorre que tanto a criminalidade quanto a prisão, são esferas masculinas e as mulheres que ocupam esses espaços apropriam-se de uma masculinidade que não lhe pertence. Assim, devem sofrer a correção pelo crime e pela conduta, devendo ser reeducadas a fim de formatarem-se ao padrão de feminino “ideal” (*Id*, p. 151).

É importante salientar que de acordo com o Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN) existem cerca de 1.070 unidades prisionais masculinas, 238 mistas e 103 femininas que, diante do número de mulheres presas, configura sua maior parte presente nos estabelecimentos mistos. Dentro desses números é possível observar que as necessidades do gênero feminino acabam sendo esquecidas se comparadas as do gênero masculino.

Soma-se a esses dados a questão da precariedade do sistema em oferecer o mínimo necessário para as mulheres em situação de cárcere de liberdade. Nesse tocante, a pobreza menstrual e até mesmo as condições oferecidas às mulheres gestantes e lactantes para si e para seus bebês. As penitenciárias devem seguir um padrão de infraestrutura capaz de fornecer os meios necessários para que se cumpram as finalidades da pena, afinal não é só punir o indivíduo, mas também ajudá-lo a se reinserir e ressocializar na sociedade depois do cumprimento de sua pena.

Em face disso, é necessário que as mulheres tenham o acesso à higiene básica para poderem ter uma estadia mais agradável. Dessa maneira a questão da pobreza menstrual, ou seja, a falta de absorventes para as mulheres presas que por razões biológicas menstruam, mas não tem acesso a absorventes que fazem parte do “kit” de higiene feminina básica. No tocante as grávidas é um ponto mais específico que envolve não somente a mulher, mas o seu bebê.

## **2.1. Grávidas no Sistema Penitenciário brasileiro**

As mulheres gestantes possuem diversas garantias na sociedade brasileira e, justamente por isso, mesmo aquelas em situação de cárcere também gozam de direitos e garantias de proteção, cuidados e dos seus bebês antes, durante e depois do parto. A Lei nº 13.434/2017 é responsável por alterar o art. 292 do Código de Processo Penal (CPP) no que confere às mulheres

grávidas logo antes de terem o bebê, no parto e no puerpério imediato a não serem algemadas.

Todavia, mesmo com a lei, nem sempre as mulheres gestantes que estão presas possuem acesso a mecanismos para que se tenha uma gestação, parto e puerpério de maneira saudável, podendo muitas vezes os bebês nascerem na própria penitenciária sem o apoio médico específico.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional existem 102 cadeias femininas no Brasil, porém somente 35 delas possuem uma ala destinada às mulheres gestantes e lactantes. O número é preocupante tendo em vista que menos da metade das prisões femininas possuem uma ala adequada às gestantes. Desse modo surge a necessidade de entender como as alas funcionam para que se possa, por meio de políticas públicas, implementá-las em mais unidades prisionais, visto que todo bebê merece ter um nascimento saudável bem como sua mãe uma gestação, parto e puerpério saudável, não havendo distinção diante os erros antes cometidos.

O Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier, localizado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul é um dos presídios que dispõe de ala maternidade. Geralmente as mulheres gestantes presas são encaminhadas para essa ala no nono mês gestacional, mas possuem um acompanhamento de pré-natal durante a gestação, em Unidades Básicas de Saúde que existem dentro dessa penitenciária.

Ainda, quando entram em trabalho de parto são levadas a hospitais geralmente acompanhadas de agentes femininas penitenciárias que poderão entrar na sala de cirurgia e acompanhar a gestante em todos os momentos até a volta para a unidade prisional. Em geral após seis meses os bebês geralmente são entregues a parentes da detenta que serão responsáveis legais ou a assistentes sociais, todavia o tempo do bebê na unidade prisional pode variar dependendo do sistema administrativo, e até mesmo da vontade da mãe (REPÓRTER RECORD, 2018).

Lamentavelmente, a grande maioria das mulheres presas gestantes não estão em presídios que possuem infraestrutura

adequada para passarem a sua gestação e nem após terem o bebê. Devido ao grande número de mulheres presas o sistema carcerário é superlotado, sendo muito comum gestantes presas terem seus bebês em unidades prisionais sem o acompanhamento médico e ainda ter que manter o bebê dentro dessa situação desumana a qual os presos são postos diante da superlotação dos presídios brasileiros. Verifica-se aqui que o princípio da intranscendência e da primazia do interesse da criança é fortemente violado quando o cumprimento da pena se dá em presídios que não possuem o mínimo necessário.

No já citado *habeas corpus coletivo* nº 143.641/SP, o eminente Ministro relator afirmou categoricamente:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

Essa visão punitivista, subjetiva do juiz acerca da legislação penal e processual penal tem deixado de lado e até afrontado princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, gerando uma série de injustiças em relação à essa parcela de agentes de crime que, não maioria das vezes, não praticou crime grave. A maioria encontra-se presa pela prática de tráfico de drogas que, não obstante, o Estado entenda em reprimir, não possui gravidade tal a impedir a prisão domiciliar.

É importante que se reconheça a necessidade de um olhar diferenciado às presas grávidas e com filhos menores de 12 anos



com vistas ao futuro dessas crianças. A concessão da prisão domiciliar, em momento algum, levará à sensação de impunidade, ao contrário, havendo fiscalização do cumprimento, fará com que o objetivo da pena seja efetivamente alcançado.

### **3. Proteção à maternidade**

A proteção à maternidade é um direito resguardado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º “São direitos sociais... a proteção a maternidade e à infância...”. Ela busca promover a proteção da mãe e mulher trabalhadora, além de preservar o seu bebê. No Brasil, a mulher que trabalha possui direito a licença-maternidade até os 120 dias após o nascimento de bebê, sem perder ou ter uma redução em seu salário (art. 392 da CLT).

Além de elas possuírem a garantia do emprego do momento da descoberta da gravidez até cinco meses pós-parto (alínea “b” do inciso II do art. 10 do ADCT), ainda dispensas para ir a consultas médicas e realizar exames (art. 392, §4º, inciso II da CLT). E por fim possui direito de licença para levar o seu filho a consultas médicas (art. 473, inciso XI, da CLT) e a intervalos para amamentar o seu filho até que ele complete seis meses de vida (art. 396 da CLT). Foi sancionada a Lei 14.457, de 21 de setembro de 2022, que instituiu o Programa + Mulheres, principalmente em relação ao apoio à parentalidade de primeira infância.

É possível observar que as mulheres grávidas e puérperas são dignas de receber certas garantias do Estado, devido a suas condições. Todavia, quando se analisa essas garantias e direitos para as mulheres grávidas e puérperas que estão no sistema carcerário, é possível observar que eles não são garantidos, podendo afetar não só a mãe, mas também o seu bebê.

### 3.1 Proteção à maternidade nas penitenciárias brasileiras

É constitucional a proteção à maternidade e à criança nascida no Brasil em qualquer situação, todavia, há de se perguntar como essa proteção a maternidade se dá dentro das penitenciárias brasileiras. É fato que não são todas as detentas grávidas que possuem acesso aos recursos necessários para uma gestação e nascimento saudável tanto para elas quanto para seus bebês, mas o que poderia ser feito e o que se faz diante dessa situação são os pontos a serem tratados agora.

Conforme o Regimento da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo (SAPSP), no estado, as mães presas devem entregar seus bebês para que alguém cuide logo quando eles completam seis meses de vida. Essa regra é um tanto quanto insensível, isso porque, separar a mãe de seu bebê pode trazer consequências psicológicas para ambos. De acordo com Mairlene Carvalho e Kelly Albuquerque, os bebês separados de suas mães precocemente podem ser expostos a situações que não atendam suas necessidades básicas emocionais. E ainda elas ressaltam que:

Em situações de cessação da licença maternidade antes do período mínimo, mães enclausuradas pelo regime carcerário ou acometidas de depressão pós-parto, a criança se encontra numa posição de maior vulnerabilidade (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2017).

Soma-se a isso a falta de infraestrutura adequada nas penitenciárias brasileiras, o que demonstra uma falha do Estado diante a própria população, visto que, ser detento não retira a sua condição de ser humano, logo eles possuem o direito de serem tratados com dignidade. Aliás, um dos princípios da execução penal é o da humanidade. Sobre ele discorre Mesquita Júnior que “pelo princípio da humanização da pena, a execução deve obedecer aos parâmetros modernos de humanidade, consagrados internacionalmente, mantendo-se a dignidade humana do condenado” (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 13).

Nesse sentido reconheceu o Ministro Lewandovski em seu voto no *habeas corpus* nº 143.641-SP:

Aqui, é preciso avaliar, primeiramente, se há, de fato, uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), estejam experimentando a situação retratada na exordial. Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches (STF, HC 143.641-SP, p. 7).

E conclui:

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPJF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente *habeas corpus* – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

A Lei de Execução Penal (LEP) prevê instalações para atendimentos a gestantes e crianças no estabelecimento prisional. O problema é que essas disposições são sistematicamente desrespeitadas, como cita o Ministro Ricardo Lewandovsky em seu voto sobre a concessão do *habeas corpus* coletivo às mulheres que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças (2018, p. 16).

O Ministro ainda continua salientando o fato de a concessão desses *habeas corpus* não é um direito subjetivo que está sendo dado às mulheres grávidas, puérperas e as mães, mas sim porque o Estado falha em não fornecer uma condição digna, afetando outros direitos dessas mulheres, não tornando justa a penalização.

#### **4. Habeas Corpus coletivo a todas as mulheres grávidas presas preventivamente**

O *habeas corpus* coletivo aqui tratado, busca fornecer às mulheres grávidas presas preventivamente a opção de converter essa prisão preventiva em domiciliar. Esse ato é de extrema importância no sistema jurídico e na vida dessas mães, já que ao prever a garantia ao direito à maternidade dessas mulheres, demonstra que a sensibilidade ainda existe no Judiciário.

Com a quantidade de detentos aumentando com o passar do tempo, juntamente a falta de empatia da sociedade para com presidiários, tende-se a não se observar propriamente os direitos e garantias que eles possuem, afinal, não é porque a pessoa cometeu um crime, que ela não deve ter os seus direitos resguardados.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, tratando do subjetivismo judicial, conclui que “pode existir, nas decisões penais, uma ideologia de exclusão social assumida acriticamente, ou pode haver um inconsciente que pré-julga antes de o juiz conhecer a prova, a tese defensiva, o réu, sua personalidade, etc.” (CARVALHO, 2016, p. 92).

No voto do *habeas corpus* o Ministro Lewandowski afirma que de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, existem 622 mulheres presas que estão grávidas ou em fase de amamentação. O problema é que a maioria dos estabelecimentos penitenciários do Brasil que comportam mulheres, não possuem uma infraestrutura adequada para fornecer um suporte para a mãe e o seu bebê. Os presídios acabam por colocar essas mulheres em condições desumanas, impactando diretamente nos direitos humanos dessas.

Ainda, vale acrescentar a fala de Ricardo Lewandowski: “ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres” (STF, HC 143.641/SP, 2018, p. 36).

Conferiu-se, então, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a importância tanto social quanto individual de conceder o *habeas corpus* coletivo às mulheres grávidas, a fim de não só protegê-las, mas também os futuros novos brasileiros.

#### **4.1 Execução de pena de presas grávidas**

De acordo com a Lei nº 14.326/2022 que foi a responsável pela alterar a Lei de Execução Penal (LEP) lei nº 7.210/84, agora é assegurado um tratamento humanitário a mulher grávida durante o pré-parto, durante o parto e no período do puerpério, isso para promover uma assistência integral a saúde da mulher e do recém-nascido (§4º do art. 4 da alterada LEP).

Também o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei 13.257/2016 que alterou a redação do inciso IV do artigo 318 e inseriu o inciso V, estabelecendo no primeiro a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Essas mudanças foram um avanço no tratamento e na humanização das mulheres presas, todavia não garante os cuidados após esse período mencionado e antes. A situação nas penitenciárias brasileiras não é ideal para manter a dignidade humana daqueles que lá cumprem suas penas, sujeitar uma mulher grávida que nesse período a ser tratada com um descaso.

Não parece justo com ela que cometeu ou não um crime, já que está aguardando a decisão, mas não é nem um pouco justo também com o bebê que está para nascer ou já nasceu. Esse indivíduo já nasce em um ambiente desfavorável em todos os sentidos, parecendo até uma espécie de condenação e punição a que ele está sujeito, afrontando também o princípio da intranscendência.

A prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, é utilizada de forma a manter o réu em um processo sob custódia do Estado para evitar possíveis fugas, destruição de provas ou qualquer outro meio que possa vir a prejudicar o processo.

A inserção do Capítulo destinado à prisão domiciliar pela Lei 12.403/2011 representou importante alternativa à prisão, principalmente nas situações apontadas, as quais não podem ser interpretadas como taxativas, vez que situações excepcionais podem ocorrer no cárcere e, em razão do princípio da humanidade, deva o juiz determinar a substituição. Nesse sentido Alberto Zacharias Toron:

A indicação constante dos incisos, malgrado a redação do *caput*, não deve ser tida como taxativa, pois podem se verificar situações em que, p. ex., o sistema carcerário represente séria ameaça ao preso e, por outro lado, embora as medidas alternativas do art. 319 do CPP possam ser reputadas insuficientes, a prisão domiciliar possa vir a representar uma alternativa segura para se resguardar a ordem pública com os fins do processo (TORON, 2020, p. 691).

A Lei 13.257, de 8 de março de 2016, modificou a redação do inciso IV do artigo 318, permitindo a substituição à gestante, independentemente do mês de gravidez ou do estado de risco. Acrescentou o inciso V, incluindo a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

O Supremo Tribunal Federal ao conceder prisão domiciliar no *habeas corpus* coletivo nº 143.641 para as mulheres grávidas presas preventivamente, busca substituir a prisão preventiva na instituição penitenciária pela prisão domiciliar. Isso porque, ela traz um maior conforto que garante os direitos tanto da mãe quanto de seu bebê.

O que chama a atenção é o fato de a lei já estar em vigor e, mesmo assim, os juízes não a aplicam, exigindo que se busque o direito nas instâncias superiores. Esse fato levou um grupo de advogados a impetrar o *habeas corpus* coletivo.

O voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski já começa informando acerca desse problema:

Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de

Advogados em Direitos Humanos, impetraram *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

...

Salientaram o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais (STF – HC 143641-SP, 2018).

Segundo se depreende do julgado os indeferimentos fundamentam na suposta gravidade do delito praticado pelas mulheres, como também pela necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Nada obstante, é de conhecimento público, notória a situação dos presídios brasileiros, constantemente estampada pela mídia, não podendo alegar desconhecimento, principalmente o juiz. É o cúmulo da inocência exigir-se prova da falta de ambiente carcerário adequado à mulher gestante ou àquela que possui filho de até 12 anos. A lei não exige nada disso.

O legislador entendeu a necessidade de a mulher gestante e mãe de filho de até 12 anos estar em seu domicílio durante esse período. Não exigiu nenhuma outra condição para a substituição da prisão preventiva em domiciliar. A condição é objetiva e não subjetiva. Trata-se de direito subjetivo da mulher que reúne as condições exigidas no dispositivo legal.

Certamente a razão de tais decisões contrárias ao dispositivo legal têm fundamento na afirmação de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho ao tratar do subjetivismo judicial, que vale a pena repetir. Conclui que “pode existir, nas decisões penais, uma ideologia de exclusão social assumida acriticamente, ou pode haver um inconsciente que pré-julga antes de o juiz conhecer a prova, a tese defensiva, o réu, sua personalidade, etc.” (CARVALHO, 2016, p. 92).

Esse subjetivismo judicial deve ser afastado do magistrado quando da decisão, sob pena de aforar-se em *justiceiro*, afastando-se de sua função judicante de prestar a tutela jurisdicional de acordo com os princípios constitucionais.

## 5. Conclusão

Diante toda a situação demonstrada, é possível perceber um certo descaso do Estado em cuidar dos direitos envolvendo as mulheres e, mais ainda, as mulheres grávidas em penitenciárias cumprindo prisões preventivas. A história mostra o descaso estatal, iniciando com a demora na criação da primeira penitenciária feminina no Brasil e, mesmo assim essa falta de interesse de somenos importância dada para garantir o básico de higiene e infraestrutura para elas e, conseqüentemente, seus bebês, é um claro sinal de como a sociedade e o ordenamento jurídico são omissos nessas situações.

Ainda, o Estado pode alegar que a Lei de Execução Penal promove a existência de alas de maternidade nos presídios, bem como acompanhamento pré-natal, entre outros. Todavia, de que vale a existência da norma se ela não se efetiva, afinal existem poucas unidades prisionais que oferecem infraestrutura mínima que uma mulher grávida e seu bebê precisam.

A proteção à maternidade é tida como um direito social de qualquer cidadão brasileiro que possa gerar um filho, como prevê o art. 6º da Constituição Federal de 1988. Logo, assume-se a responsabilidade estatal em fornecer recursos, por meio de promulgação e fiscalização da efetividade dos meios para que esse direito seja garantido a todas essas pessoas.

Além de toda a situação que as mulheres presas passam simplesmente por estarem no sistema carcerário que é cruel por si só, estar grávida é um fator agravante que pode gerar risco tanto para ela quanto para o bebê, visto que são estabelecimentos que não são preparados da maneira que deveriam para promover a gravidez e puerpério dignos para a mãe e seu bebê. Além disso,



retirar o bebê da guarda da mãe depois que ele completa seis meses de vida parece insensível diante de toda a questão psicológica de ambos os envolvidos, afrontando, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana.

O *habeas corpus* coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal determina a substituição da prisão preventiva das mulheres grávidas, mães com filhos de até 12 anos de idades e mães com filhos portadores de algum tipo de deficiência, por uma prisão domiciliar. Essa decisão é muito importante, tendo em vista a necessidade da presença da mãe para com seu filho, mesmo que esse ainda esteja em seu ventre. É cruel e insensível submeter essas pessoas ao sistema carcerário enquanto seus processos ainda não foram legitimamente finalizados. Devido à morosidade do sistema judiciário, elas podem ficar lá por anos até que a decisão seja proferida, não faz sentido mantê-las em um lugar que só fará mal a elas e a seus bebês.

Conclui-se, portanto, que o *habeas corpus* coletivo para as mulheres grávidas e para as mães de filhos de até 12 anos de idade e mães de filhos com algum tipo de deficiência é de suma importância e se relaciona com a garantia do direito à proteção à maternidade e dignidade da pessoa humana. Infelizmente, mesmo com a decisão no *habeas corpus* coletivo, não se tem cumprido.

As mulheres que têm esse direito necessitam ainda que seus representantes legais recorram até chegar em altos tribunais, já que o instrumento não está sendo concedido a elas. É um panorama jurídico ruim, exigindo dos agentes do Direito postura garantista e constitucionalista do Direito.

## Referências

Alterações na Lei de Execução Penal asseguram à mulher presa gestante tratamento humanitário. **DireitoNet**. 17 mai 2022. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/26053/Alteracoes-na-Lei-de-Execucao-Penal-asseguram-a-mulher->

presa-gestante-tratamento-humanitario#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.326%2F2022,e%20%C3%A0%20do%20rec%C3%A9m%2Dnascido. Acesso: 31 ago. 2022.

BARBOSA, Anne e SIMONATO, Sabina. Detentas relatam a vida de gestante e o pós-parto em presídio de SP. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/detentas-relatam-a-vida-de-gestante-e-o-pos-parto-em-presidio-de-sp.ghtml>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BARCELLOS, Paula; MABILDE, Deborah. Mãe é mãe: mulheres encarceradas e direito à maternidade. **UFRGS**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/10/09/mae-e-mae-mulheres-encarceradas-e-direito-a-maternidade/>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 143.641 São Paulo. 2ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. j. 20.02.2018. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso: 10 ago. 2022.

BUGLIONE, Samantha. O dividir da Execução Penal: olhando mulheres, olhando diferenças. **Crítica à execução penal**.

Coordenador: Salo de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 139-158.

CARVALHO, Mairlene Katielly Lima; ALBUQUERQUE, Kelly Moreira de. os efeitos da separação precoce entre mãe e bebê na constituição psíquica da criança: uma análise winnicottiana. **Anais da Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia 2017**.

Fortaleza(CE) DeVry Brasil - Damásio - Ibmec, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/mpct2017/46029-os-efeitos-da-separacao-precoce-entre-mae-e-bebe-na-constituicao-psiquica-da-crianca--uma-analise-winnicottiana>>. acesso em: 10 nov. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Subjetivmos Judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Coord. Marina Pinhão Coelho Araújo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, 120, maio-junho 2016. p.75-94.

DAMASCENO, Victoria; MENON, Isabella; XAVIER, Karime. Falta de absorventes, higiene e infraestrutura intensifica pobreza menstrual no cárcere. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/03/falta-de-absorventes-higiene-e-infraestrutura-intensifica-pobreza-menstrual-no-carcere.shtml>. Acesso em: 14 ago. 2022.

FERREIRA, Tarla Atatiana; PEREIRA, Helbert Guilherme Silva. **Reflexões sobre o Sistema Prisional Feminino: Garantias e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14197/2/Reflex%C3%B5es%20sobre%20o%20sistema%20prisional%20feminino%20pdfa.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2020.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal**. Teoria e Prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de informações penitenciária. **INFOPEN MULHERES**. Jun/2021. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2022.

PESTANA, Caroline. A realidade das mulheres no Sistema Penitenciário Brasileiro. **JusBrasil**. Disponível em: <https://carolpestana.jusbrasil.com.br/artigos/520995218/a-realidade-das-mulheres-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 14 ago 2022.

PODER JUDICIÁRIO DO RIO DE JANEIRO. Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios. Disponível em: <http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/5278180>. Acesso: 1 nov. 2022.

QUEIROZ, Nana. “Filhos do cárcere: a vida dos bebês criados em prisões femininas”. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/filhos-do-carcere/>. Acesso em: 14 ago. 2022.

REPÓRTER RECORD INVESTIGAÇÃO. Conheça o drama das presidiárias que precisam entregar os filhos. 20 fev 2018.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FSxZwqVoMPI>. Acesso: 10.08.2022.

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA.

**Unidades femininas** – cuidados com mães e bebês. Disponível em: [http://www.sap.sp.gov.br/unidades-femininas\\_cuidados-com-maes-e-bebes.html](http://www.sap.sp.gov.br/unidades-femininas_cuidados-com-maes-e-bebes.html). Acesso: 01 nov. 2022.

SELVA, Luana. Prisão Preventiva: o que é, quando é cabível e mudanças recentes. Disponível em: [https://marcojean.com/prisao-preventiva/#O\\_que\\_e\\_a\\_prisao\\_preventiva](https://marcojean.com/prisao-preventiva/#O_que_e_a_prisao_preventiva). Acesso. 01 nov. 2022.

SILVA, Angélica Moreira. **Sistema Prisional Feminino Brasileiro frente às garantias e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/841/1/Monografia%20-%20Ang%C3%A9lica%20Moreira.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

SILVA, Haroldo Caetano da Silva. **Execução Penal**. Com as inovações da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Porto Alegre: Magister, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E

TERRITÓRIOS. **Presas grávidas**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/presas-gravidas>. Acesso em: 14 ago. 2022.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O ABORTO: ANÁLISE PRELIMINAR DOS ACÓRDÃOS SOBRE A TEMÁTICA

**Gabriela Cortez Campos**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da  
Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

E-mail: [gabi.cortez@usp.br](mailto:gabi.cortez@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/6498211196759105>

**Fernanda Pacheco Amorim**

Doutoranda em Cidadania e Inclusão Social na Universidade Federal do  
Paraná (UFPR)

E-mail: [fernandapachecoamorim@gmail.com](mailto:fernandapachecoamorim@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/4371039852188980>

**Marina Soares Jenisch**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

E-mail: [marina.jenisch@ufpr.br](mailto:marina.jenisch@ufpr.br)

<http://lattes.cnpq.br/2251878727355026>

**Resumo:** Pretendemos, com este artigo, apresentar uma análise preliminar dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática do aborto. Através de uma pesquisa empírico-exploratória, utilizamos os termos de pesquisa “aborto” OU “interrupção da gravidez” e encontramos, após uma filtragem dos resultados brutos, 89 acórdãos trabalhando a temática no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Destes, selecionamos 8 (oito) como casos paradigmáticos, ou seja, aqueles capazes de construir padrões de julgamentos seguidos pelas cortes subordinadas. Depois de apresentarmos um panorama geral dos resultados encontrados, realizamos uma análise mais detalhada dos casos paradigmáticos para entendermos melhor os padrões de julgamento da Corte Superior a fim de, com a futura ampliação desta pesquisa, construirmos um banco de dados capaz de nos entregar um panorama geral da questão do aborto nos Tribunais Superiores brasileiros, para que a atuação de ativistas sobre a temática possa ser feita de forma ainda mais estratégica.

**Palavras-chave:** aborto; Superior Tribunal de Justiça; pesquisa empírica

## 1. Introdução

A legislação penal brasileira tipifica como crime a prática de aborto, excetuando apenas duas hipóteses: quando há risco de vida para a gestante e quando a gravidez é resultante de estupro. Apesar das diversas tentativas de alteração legislativa para ampliar as hipóteses ou até mesmo descriminalizar a prática do aborto (BARSTED, 1992; RUIBAL, 2020), a presença de uma forte bancada religiosa no Congresso Nacional (ALMEIDA, 2017) impediu maiores avanços.

Esse cenário motivou o movimento feminista a modificar as estratégias adotadas na mobilização em torno do aborto. O judiciário passou a ser visto como um campo de disputa em potencial, o qual possibilita o desenvolvimento de uma litigância estratégica (PEREIRA; PEIXOTO, 2020; RUIBAL, 2020) e o questionamento da criminalização do aborto em determinados casos.

É interessante notar que na década de 80 diversos projetos de lei tentaram, infrutiferamente, introduzir uma excludente de ilicitude nos casos de aborto de fetos com más formações irreversíveis ou anomalias (BARSTED, 1992), sendo apresentado, inclusive, projeto de lei específico sobre a questão da anencefalia fetal (MACHADO; BRACARENSE, 2016). Todavia, tal hipótese só foi regulamentada em 2012, a partir do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A Suprema Corte desempenhou um papel importante ao abrir espaço para discussões dentro do campo dos direitos fundamentais da mulher (PEREIRA; PEIXOTO, 2020) e tratar a questão do aborto como um problema de saúde nacional. Além da ADPF n. 54, outros casos paradigmáticos foram essenciais para a construção de uma narrativa favorável à autonomia das mulheres, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3410, que reconheceu a possibilidade de utilização em pesquisa de células troncos embrionárias e tangenciou a discussão sobre o início da vida fetal, e o

Habeas Corpus (HC) n. 124.306, que reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da criminalização do aborto nas primeiras semanas de gestação. Tais decisões motivaram o ajuizamento da ADPF n. 442, a qual questiona explicitamente a criminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, estando atualmente pendente de julgamento pelo STF.

Todavia, devemos ter em mente que as cortes constitucionais também sofrem pressões políticas, sendo que a sua composição influencia diretamente no resultado das discussões ali travadas. Com o fortalecimento da onda de neoconservadorismo que teve um crescimento exponencial nos últimos 4 (quatro) anos e a indicação de dois ministros assumidamente evangélicos e conservadores para composição da Suprema Corte, é possível que observemos uma ruptura do entendimento favorável às mulheres e outras minorias sociais<sup>1</sup>. Isso evidencia a necessidade de analisarmos como a questão do aborto vem sido tratada nas demais instâncias judiciais para que possamos pensar em novas formas de mobilização em torno da temática.

Diante desse contexto, o objetivo deste artigo é compreender como a temática do aborto tem adentrado no Superior Tribunal de Justiça. Buscamos, assim, identificar possíveis casos paradigmáticos que possuem o potencial de influenciar na formação do convencimento de outros magistrados.

Observar o posicionamento dos Tribunais Superiores e sua potencial abertura para determinadas temáticas permite o desenvolvimento de mobilizações e estratégias específicas. Conforme demonstram Moreira e Toneli (2015), a importância de se analisar a jurisprudência é justificável pela sua dupla função; por um lado, nos permite analisar historicamente a construção do

---

<sup>1</sup> O voto do ministro André Mendonça será decisivo, por exemplo, na ADPF n. 527 que analisa a obrigatoriedade de detentas travestis e transexuais cumprirem pena em presídios femininos, bem como no RE n. 1017365 que discute o marco temporal sobre as terras indígenas. O papel político do STF foi evidenciado por estudo conduzido por Oliveira (2012), que constatou a influência da composição da corte e o *timing* decisório na resposta jurisdicional prestada.



discurso judicial sobre a temática e a influência dessas decisões no campo político; por outro lado, as decisões judiciais, principalmente aquelas provindas dos Tribunais Superiores, possuem o condão de influenciar julgamentos futuros, na medida em que servirão como argumento para legitimar determinado posicionamento. Esses dois fatores em conjunto possibilitam a visualização de padrões decisórios, auxiliando no aprimoramento dos argumentos utilizados pelo campo das ativistas sobre a questão do aborto.

## **2. Casos paradigmáticos**

Muito se fala sobre os famosos casos paradigmáticos, ainda mais depois da incorporação do chamado sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105). Precedentes seriam, conforme o artigo 927 do Código de Processo Civil, decisões judiciais proferidas em casos concretos que produzem efeitos vinculantes em casos futuros e devem ser utilizadas como fontes do direito pelos tomadores de decisão.

A importância das decisões judiciais tomadas é evidenciada com esse novo sistema, que é utilizado não só nos processos que envolvem o direito civil, mas em todos os processos com as demais temáticas. A utilização de casos paradigmas como suporte da fundamentação da nova decisão tomada, bem como para construção das teorias jurídicas e debates no campo acadêmico é uma realidade na ciência jurídica.

O ponto é: não há definição estabelecida na dogmática jurídica do conceito de “caso paradigmático”. Muitos utilizam o conceito apresentado por Kuhn (1992, p. 13), que considera paradigmas “(...) as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

O significado apresentado acima, apesar de apresentar um norte para a questão, não nos parece suficiente para definir o que é

um “caso paradigmático” na esfera jurídica, até porque acreditamos que quando questões concretas são tratadas, esta definição poderá sofrer alterações caso a caso. Ou seja, os elementos que são considerados para categorização de decisões enquanto paradigmáticas para a pauta do encarceramento feminino, por exemplo, não necessariamente serão os mesmos para a pauta do aborto, a qual é o foco desta análise.

Reconhecendo isso e acreditando numa construção epistemológica feminista decolonial, fez-se importante este tópico inicial para explicitação daquilo que consideramos como paradigmático para a questão do aborto. Falamos em epistemologia feminista decolonial, pois são as autoras desta temática quem apresentam a necessidade de reconhecermos a subjetividade no processo de construção do conhecimento. Enquanto a epistemologia tradicional propõe justamente o contrário, ou seja, que as subjetividades sejam afastadas do processo de produção dos saberes, as epistemologias feministas decoloniais argumentam que essa separação é absolutamente impossível, a imbricação acontece e é mais honesto que seja reconhecida e apontada.

Nesse sentido, Messeder (2020, p. 168) ao falar sobre o assunto afirmou “(...) que somos sempre uma subjetividade corpórea produzindo conhecimento. Portanto, quando entabulamos diálogos, falas, nosso horizonte nunca pode ser considerado como meramente semântico”.

Importante frisarmos que, quando se fala da demonstração da subjetividade existente na produção não se está falando de uma proposta de sobreposição da experiência, ou dessas questões subjetivas, à razão e à cientificidade, pelo contrário, propõe-se apenas o reconhecimento para que saibamos os pontos que envolveram a construção daquela teoria, saber etc. Luís Alberto Warat (1988, p. 49) ao propor um deslocamento epistemológico se preocupa em ressaltar exatamente:

(...) que o deslocamento epistemológico não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas. Portanto, a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força, que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento.

Tendo contextualizado a necessidade de reconhecimento das subjetividades quando da construção dos saberes, acreditamos essencial, antes de adentrarmos nos resultados preliminares encontrados, delimitarmos o que foi por nós considerado como “caso paradigmático”.

Esta análise e definição apesar de ter pontos bastante objetivos, também sofreu a incidência de subjetividades. Numa análise inicialmente realizada apenas nas ementas dos julgados excluímos aqueles que tinham caráter meramente processual e que deixavam claro, já na ementa, o não enfrentamento de nenhuma das questões de mérito. Depois disso, ao lermos o inteiro teor dos acórdãos - para a confecção deste artigo lemos o inteiro teor mesmo daqueles que não consideramos paradigmáticos - selecionamos os que trazem debates importantes sobre as questões relacionadas ao aborto, mesmo que não julgando necessariamente o mérito, ou que tenham perdido o objeto, como, por exemplo, acórdãos que tratam da anencefalia<sup>2</sup>, da possibilidade de interrupção da gravidez em casos de impossibilidade de vida extrauterina, da questão envolvendo o sigilo médico, dentre outros.

Por fim, ressaltamos que esta pesquisa está sendo realizada no âmbito da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná, por bolsistas vinculadas a projeto com financiamento pela CAPES que pesquisa os Impactos da pandemia no acesso ao aborto legal por meninas e mulheres. E foi esta problemática geral

---

<sup>2</sup> Adicionamos estes acórdãos, pois como não fizemos recorte temporal, à época das decisões eles foram importantes, já que ainda não havia a consolidação do entendimento do STF.

do projeto que orientou nossa visão sobre a análise preliminar aqui realizada.

### **3. Metodologia**

A nossa pesquisa é do tipo empírica-exploratória, realizada através da coleta de dados no portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Escolhemos, nesse momento, selecionar apenas os acórdãos devido a sua natureza dialógica, composta pelas vozes dos sujeitos que atuaram em primeira e segunda instância, bem como a legislação e a jurisprudência (SILVA; GONZAGA; MOREIRA, 2021).

Através da ferramenta de consulta completa de jurisprudência fornecida pelo próprio tribunal, utilizamos as palavras chaves “aborto” OU “interrupção da gravidez”. Não colocamos nenhum filtro relacionado às datas das decisões.

A partir dessa primeira consulta, encontramos um total de 160 acórdãos. Estabelecemos quatro critérios de exclusão: (i) acórdãos repetitivos; (ii) decisões sobre outros tipos penais; (iii) decisões onde as palavras chaves eram encontradas apenas nas jurisprudência citada; (iv) decisões que utilizavam o aborto apenas de forma exemplificativa. Ao final, ficamos com 89 acórdãos, que passaram a ser categorizados e analisados.

Organizamos os dados desses documentos em uma planilha Excel, considerando as seguintes categorias: número do processo, data da decisão, turma julgadora, ministro(a) relator(a), qual a controvérsia do caso, se houve análise de mérito, os principais argumentos levantados pelas partes, os principais argumentos utilizados na fundamentação do acórdão, o desfecho da decisão e, por fim, se o resultado havia sido favorável às mulheres. A intenção era estabelecer categorias iniciais que nos permitissem ter uma visão ampla da discussão travada na instância superior.

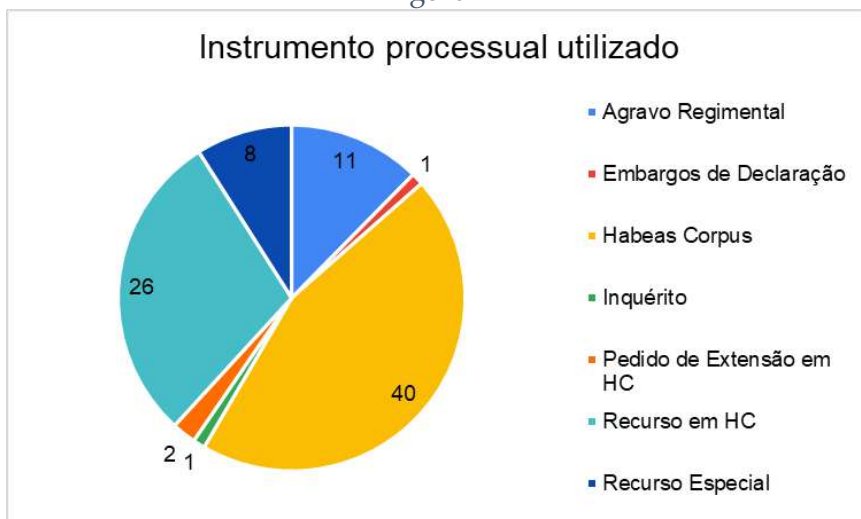
Após estabelecer esse panorama geral, articulamos os dados coletados com a literatura especializada, de modo a compor um quadro confiável e consistente (ZANELLI, 2002).

#### 4. Resumo dos achados

Conforme mencionado, buscamos obter um panorama geral dos acórdãos que tratam, ainda que de maneira reflexa, do direito ao aborto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para, posteriormente, identificarmos os casos paradigmáticos. A partir dos dados extraídos elaboramos gráficos a fim de facilitar a compreensão e auxiliar na visualização de tendências.

O primeiro elemento observado foi o instrumento processual utilizado para acionar a Corte Superior. Verificamos se foi utilizado algum recurso, remédio constitucional ou, ainda, outro instrumento processual. Com base nessa categoria, chegamos ao seguinte gráfico (Figura 1):

Figura 1



O gráfico foi elaborado considerando o número absoluto dos processos. O formato escolhido nos permite observar a prevalência da utilização do *Habeas Corpus*, o qual corresponde a 44% dos casos. Se considerarmos os recursos oriundos de Habeas Corpus, teremos que 74% dos processos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de aborto discutem, essencialmente, eventual ocorrência de violência ou coação à sua liberdade.

A pouca quantidade de recursos especiais e outras modalidades recursais pode ser explicada pelo próprio texto constitucional. Sabe-se que há uma série de obstáculos para que um caso seja efetivamente analisado pelos Tribunais Superiores, isto porque exige-se o preenchimento de determinados requisitos para a sua admissibilidade. Todavia, nos casos de *Habeas Corpus* é possível que sua apreciação seja facilitada, eis que pode vir a se enquadrar em uma das hipóteses de competência originária do STJ, nos termos do artigo 105, I, c da Constituição Federal<sup>3</sup>.

Examinando os acórdãos por seção e/ou turma de julgamento, percebemos uma prevalência das câmaras criminais, especificamente da quinta e sexta turma. A Figura 2 representa a divisão de acórdãos por turma:

---

<sup>3</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...) c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Figura 2

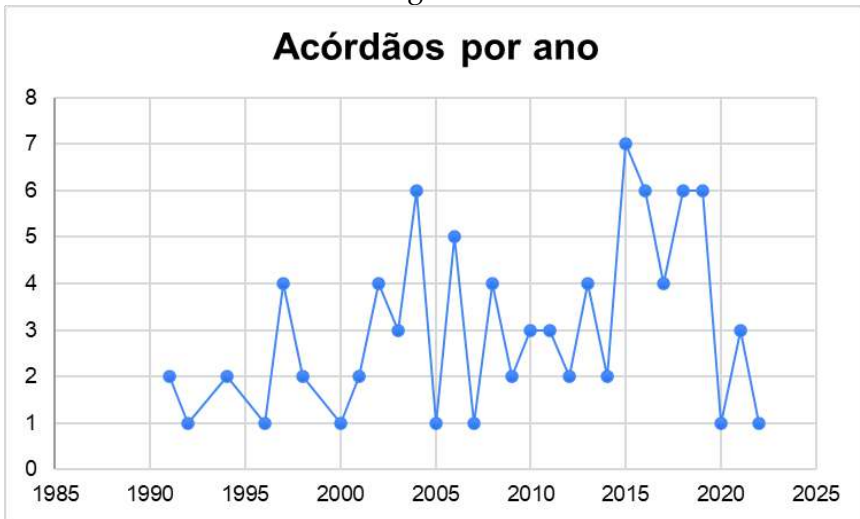


Os números indicados no gráfico representam a quantidade absoluta de processos em cada turma. Se considerarmos as câmaras especializadas em direito penal e criminal, percebemos que estas foram responsáveis pelo julgamento de 95% dos casos. Isso indica a ausência de normas não penais regulamentando a questão do aborto no Brasil.

Analisando quem foram os relatores, encontramos uma diversidade considerável, com a participação de 28 ministros do STJ e mais 2 desembargadores convocados. Assim, dos acórdãos selecionados, cada ministro foi o relator de 1 a 4 processos. Os Ministros que se destacaram com relatorias além dessa média foram: a Ministra Laurita Vaz, que foi a responsável por 12 acórdãos; o Ministro Sebastião Reis Júnior, com 7 processos; e os Ministros Felix Fischer e Ribeiro Dantas, com 6 relatorias cada um.

Em relação ao ano de julgamento, o acórdão mais antigo é datado de 02/04/1991 e o mais novo de 10/05/2022. Ao ordenar o conjunto de acórdãos pelo ano de julgamento, chegamos ao seguinte gráfico (Figura 3):

Figura 3

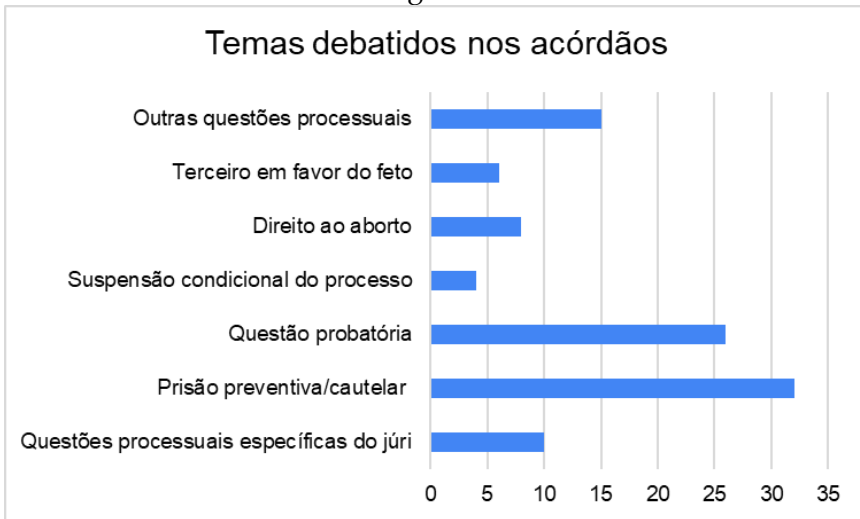


Percebe-se um leve aumento no número de casos no decorrer dos anos. Como o Superior Tribunal de Justiça foi criado em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, o aumento de casos pode ser uma decorrência natural da consolidação do tribunal e do aprimoramento das novas técnicas judiciárias. Outra hipótese é que o ajuizamento das ações constitucionais questionando a criminalização do aborto em determinadas hipóteses, como a ADPF 54 e a ADI 5581, podem ter motivado a litigância na temática. A presente pesquisa, contudo, não consegue confirmar tais hipóteses devido às limitações da amostra coletada.

Superados esses dados iniciais, através da leitura em profundidade dos acórdãos, buscamos identificar as principais controvérsias e temas debatidos nos acórdãos. Conseguimos categorizar esses dados em sete grupos não excludentes, conforme demonstrado na Figura 4:



Figura 4



Na categoria “questões processuais específicas do júri” foram considerados todos aqueles casos que questionavam aspectos específicos desse procedimento, como eventual anulação do júri, presença de vício na formulação dos quesitos, ausência de fundamentação na decisão de pronúncia, alegação de excesso de linguagem na decisão de pronúncia, dentre outros. A categoria “prisão preventiva/cautelar” considerou os acórdãos que versavam sobre a coerção de liberdade. Verificamos que o argumento majoritário era referente ao excesso de prazo da prisão cautelar e sua ilegalidade.

Aglutinamos no grupo “questão probatória” os processos que argumentavam pela ilegalidade da quebra de sigilo médico; insuficiência do conjunto probatório; ausência de provas específicas como o exame de corpo de delito e exame de DNA, dentre outros. Nesse grupo, a maioria dos pedidos foi feita em sede de Habeas Corpus e objetivava o trancamento da ação penal.

Encontramos número expressivo de acórdãos que versavam sobre a Lei n. 9.099/95 e, mais especificamente, sobre a aplicação do artigo 89. Esses processos compuseram a categoria “suspensão condicional do processo”.

Aqueles processos que discutiam especificamente o direito ao aborto à luz do caso concreto foram assim categorizados. Nesse ponto notamos que muitos eram pedidos feitos por terceiros a favor do feto tentando impedir a eficácia de decisão judicial anterior que reconheceu o direito ao aborto legal. Esses casos integram a categoria “direito ao aborto”, mas também compõem categoria separada devido a sua expressividade numérica e relevância.

Por fim, consideramos como “outras questões processuais” os acórdãos cuja temática não se enquadra nas outras categorias e não era expressiva a ponto de formar grupo autônomo. Neste grupo estão, por exemplo, os acórdãos que versam sobre a existência de repercussão geral, conflitos de competência, discussões sobre dosimetria da pena, nulidade de julgamento por ausência de intimação de defensor, dentre outros.

Na busca pela identificação da controvérsia do acórdão e dos argumentos utilizados pelas partes e pelo tribunal nos chamou a atenção a quantidade expressiva de acórdãos que não adentravam no mérito da questão. Nesse ponto, chegamos ao seguinte gráfico (Figura 5):

Figura 5



A principal justificativa nesses casos foi de que eventual decisão do tribunal acarretaria supressão de instância. Também foram frequentes os casos de *Habeas Corpus* não conhecidos por não constituírem o meio processual adequado. Nesses casos, a análise da Corte Superior se resumiu a verificar se seria o caso de conceder ordem de ofício. A ausência de pronunciamento de mérito pode ser uma estratégia para evitar um posicionamento sobre questões que possam desgastar sua imagem (OLIVEIRA, 2012).

A partir desses dados, identificamos como casos paradigmáticos oito acórdãos, sendo 6 *Habeas Corpus* (HC 359733/RS; HC 54317/SP; HC 205386/SP; HC 266445/GO; HC 32159/RJ; e HC 47371/GO) e 2 Recursos Especiais (REsp 1467888/GO e REsp 856194/RS). Os julgamentos ocorreram entre 2004 e 2016 e os processos são provenientes das regiões Sudeste, Centro Oeste e Sul. Resumimos os casos a partir da ordem cronológica, do mais antigo ao mais recente, destacando os principais pontos.

O HC 32159/RJ trata de um *Habeas Corpus* interposto por Luiz Carlos Lodi da Cruz, um sacerdote e presidente da Associação Pró-Vida de Anápolis, em favor de nascituro contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que autorizou a realização de abortamento. A gestante, com o auxílio da Defensoria Pública, ajuizou o pedido de aborto tendo em vista a inviabilidade de vida extrauterina do feto portador de anencefalia. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, consignou que, apesar da situação vivida pela gestante gerar grande transtorno psíquico, a hipótese de abortamento pela inviabilidade da vida fetal não está prevista na lei penal e, portanto, não pode ser autorizada. De acordo com a Ministra Laurita Vaz, as hipóteses em que se admite atentar contra o bem jurídico da vida estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in*

*malam partem*. Desse modo, com base no princípio da reserva legal, a ordem foi concedida desautorizando a interrupção da gravidez<sup>4</sup>.

O HC 47371 tem origem em Goiás (GO) e foi julgado pela quinta turma em 02/05/2006. Ele foi impetrado por terceiro em favor do nascituro com o objetivo de impedir um aborto já autorizado judicialmente em razão da anencefalia do feto. O HC foi interposto em 05/09/2005 e, em 30/09/2005 foi proferida decisão monocrática pelo Ministro Felix Fischer negando a liminar pleiteada. O caso só foi levado a julgamento em maio de 2006, momento em que já havia ocorrido o abortamento. Assim, por unanimidade, o HC foi julgado prejudicado pela perda do objeto.

Seguindo, em 09/05/2006 foi julgado pela quinta turma o HC 54317 com origem no estado de São Paulo (SP). Ele foi impetrado contra a decisão que negou a realização da interrupção da gestação em caso de anencefalia do nascituro pelo fato de que a gestação ultrapassou a sua vigésima semana. Nesse caso, o *habeas corpus* foi considerado prejudicado, pois o parto ocorreu antes da apreciação do instrumento. Importante destacar ainda que o juiz de piso considerou que, em razão do tempo de gravidez, o caso não seria de aborto, mas sim de antecipação do parto — o que dependeria de autorização judicial. Além disso, o diagnóstico de anencefalia só foi feito quando a mulher atingiu a décima quarta semana de gestação, o que por si só impediria que o procedimento fosse realizado nas primeiras semanas de gestação.

Em 19/03/2013, a quinta turma julgou, favoravelmente à mulher, o HC 266445 de Goiás. O remédio constitucional foi interposto pela Damares Regina Alves, ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos ligada à bancada evangélica do Congresso Nacional, em favor do feto. O objetivo era impedir a realização do aborto legal, tomando como argumento o fato de que, com ele, o nascituro teria seu direito à vida violado. O Ministro Campos Marques, relator do caso, considerou a condição da gestante, a qual

---

<sup>4</sup> Importante ressaltar que este julgamento aconteceu antes da decisão do STF na ADPF 54, que autorizou o aborto para casos de fetos anencéfalos.

era portadora de câncer pulmonar e necessitava de sessões de quimioterapia para seu tratamento, de maneira que a continuidade da gravidez resultaria na interrupção do tratamento – o que geraria risco de vida tanto para a mulher quanto para o bebê. Com base nisso, os Ministros decidiram, por maioria, indeferir a liminar.

O HC 359733, do estado do Rio Grande do Sul, foi julgado pela sexta turma do STJ no dia 23/06/2016. O caso envolve uma menina que teria engravidado com 13 anos após ter relação sexual com adolescente de 14 anos, abrangendo também a interrupção da gestação em caso de gravidez em estágio avançado. A parte impetrante argumentou que a interrupção estaria dentro das hipóteses de aborto legal – houve a ocorrência de um ato análogo ao estupro, ao passo que a gestação apresentava risco à saúde da gestante. Por outro lado, o relator do caso defendeu que não foram apresentados documentos médicos suficientes para justificar a interrupção da gravidez. Apesar da ocorrência do estupro, como a gravidez já se encontrava na 31ª semana, não seria recomendado a realização de tal procedimento. Desse modo, o pedido de Habeas corpus foi julgado prejudicado por maioria. O voto vencido afirmava que na decisão deveria constar o direito ao aborto, sendo a análise do tempo da gravidez questão exclusivamente médica.

Outro acórdão que engloba esse tema é o Recurso Especial n. 856194, do Rio Grande do Sul (RS), o qual foi improvido pela segunda turma do STJ na data de 12/09/2006. Nele, o Estado do Rio Grande do Sul questionava a legitimidade do Ministério Público para a internação compulsória de menor gestante com risco de aborto para garantia de seu tratamento. A decisão foi tomada com base no entendimento prévio do Tribunal de que o Ministério Público pode agir legitimamente em defesa dos direitos individuais indisponíveis mesmo quando se visa a tutela de uma pessoa considerada individualmente. Nesse caso, o julgamento teve um resultado favorável à mulher, eis que preservou a defesa de seus interesses.

O HC 205386/SP é mais um caso onde um terceiro ajuizou ação visando impedir a interrupção da gestação. Nesse caso, o *Habeas*

*Corpus* foi impetrado por Marcos Antônio Favaro e Vanessa Martins Fernandes Favaro, sendo ela sócia do Instituto de Defesa da Vida e da Família - IDVF. No caso em tela, o feto era portador de anencefalia fetal e, portanto, não havia expectativa de vida extrauterina. A gestante recorreu ao judiciário a fim de viabilizar a interrupção de sua gestação, tendo o pedido atendido. Os impetrantes argumentaram, todavia, que as regras que autorizam o aborto são incompatíveis com o ordenamento pátrio, eis que o nascituro é dotado de personalidade e, portanto, deve ter seu direito à vida resguardado. A Ministra Laurita Vaz, em 10/05/2011, concedeu a liminar suspendendo a decisão anterior<sup>5</sup>. A fim de avaliar o melhor julgamento do caso, a Corte Superior determinou a oitiva da gestante, a qual, então, desistiu de prosseguir com o procedimento.

Por fim, o REsp 1467888/GO tratou da responsabilidade civil do terceiro que ajuizou ação impedindo a interrupção da gravidez de feto sem expectativa de vida extrauterina. O recurso foi interposto por casal contra Luiz Carlos Lodi da Cruz, padre que impetrou o HC 32159/RJ e suspendeu a eficácia de decisão anterior que havia concedido o aborto. O casal argumentou que o padre teria a obrigação de compensar o dano moral pelo uso inconsequente de seu direito de ação, tanto por ter abusado desse direito, tentando fazer prevalecer seu posicionamento religioso, quanto pela má-fé processual, que não considerou a inviabilidade da vida extrauterina no manejo do instrumento processual. O feto era portador da Síndrome de Body Stalk, a qual se assemelha com a condição de anencefalia fetal, admitida pelo STF como hipótese permissiva para a realização do aborto. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, iniciou sua análise reconstruindo os fatos do caso.

---

<sup>5</sup> Ressalta-se que, à época, a ADPF n. 54 estava em vias de ser julgada e o STF já havia se manifestado brevemente sobre o tema em sede do HC 84.025/2004, demonstrando uma tendência a descriminalizar o aborto nessa hipótese.

Na data de 06/10/2005 a gestante conseguiu autorização judicial para realizar o aborto. Poucos dias depois, em 11/10/2005, ela foi internada e passou a receber medicamentos para induzir o parto. Ocorre que dois dias depois, em 13/10/2005, o padre, estranho ao processo original, conseguiu a liminar para interromper o procedimento. Assim, em 14/10/2005 o tratamento de indução do parto foi interrompido e a mulher permaneceu no hospital em observação até receber alta e voltar para casa. Uma semana depois da interrupção do procedimento, em 22/10/2005, a mulher retornou ao hospital em trabalho de parto, tendo a criança nascido nesta mesma data e falecido depois de 1h40min.

A Terceira Turma, por unanimidade, considerou que houve abuso de direito por parte do terceiro, eis que este violou a intimidade e a vida privada do casal, tentando fazer prevalecer sua posição particular em relação à interrupção da gestação, mesmo estando eles amparados, na decisão que tomaram, por tutela judicial. Consideraram também ter ocorrido violação à honra do casal, eis que a decisão de aborto, amparada pelo judiciário, foi denominada e difundida entre a comunidade como um ato de assassinato. Por fim, também se impôs sofrimento inócuo à mãe, visto que os prognósticos de inviabilidade de vida extrauterina se confirmaram. A decisão, julgada em 20/10/2016, foi importante porque reconheceu o dever de indenizar nesses casos e confirmou a equiparação da Síndrome de Body Stalk à anencefalia, determinando que a realização de aborto nesses casos trata-se de medida terapêutica visando a diminuição do sofrimento da mulher.

## **5. Tendências apontadas pela literatura**

A Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro (2018), através de levantamento de dados pelo portal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, evidenciou o perfil dos réus acusados da prática de aborto, categorizando-os em três grupos: (i) mulheres indiciadas; (ii) réus que obrigaram a mulher a praticar o aborto,

desde seus companheiros até médicos negligentes; e (iii) processos que se originaram em razão de clínicas clandestinas de aborto.

Em relação ao primeiro grupo, evidenciou-se que a maioria das mulheres indiciadas eram negras (60%), mães de outras crianças (65%), solteiras, de baixa escolaridade e baixa condição econômica (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 29-30).

Tendo em vista a vulnerabilidade dessas mulheres e a consciência da ilicitude do ato, notou-se que a maioria das mulheres demora a se decidir pelo aborto, realizando o procedimento de forma clandestina e improvisada com uma gravidez em estágio já avançado. Devido a essas condições, é comum que sofram de efeitos inesperados e precisem procurar atendimento médico. A pesquisa constatou que na maioria dos casos desse público em específico a denúncia da prática de aborto foi provocada por parte do próprio hospital, o qual, por sua vez, tende a ser público ou receber repasses públicos para atender usuários do SUS.

Em nossa coleta do Superior Tribunal de Justiça não conseguimos identificar marcadores sociais de raça, renda e/ou escolaridade nas decisões, todavia, conforme apontado pela figura 4, um assunto frequente foi a (i)legalidade da prova obtida mediante sigilo médico e a possibilidade de trancamento da ação penal por ser o único documento que atesta a prática de aborto. Nesses casos, encontramos argumentos que não ponderavam acerca da questão da quebra do sigilo médico em si, mas buscavam afastar a alegação de trancamento da ação penal pela presença de outros elementos nos autos ou pelo argumento de que tal análise cabe ao tribunal de origem, eis que demanda “um profundo estudo das provas” e não se pode admitir a supressão de instância.

A articulação das instâncias de saúde na denúncia das mulheres também foi observada pelas pesquisadoras Silva, Gonzaga e Moreira (2021) que analisaram decisões do sentenças e acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Esse ponto em comum entre as pesquisas sugere que, se no itinerário do aborto o



hospital marca o meio da trajetória das mulheres em busca do serviço de aborto (DINIZ; MEDEIROS, 2012), no itinerário da criminalização o hospital é, muitas vezes, o ponto de partida.

Outro assunto destacado pelas autoras Silva, Gonzaga e Moreira (2021) foi a quantidade expressiva de processos, referente a 31% da amostra coletada, discutindo a temática da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Embora se trate de instituto despenalizante, as pesquisadoras destacam que:

Esse procedimento não tem impedido que as mulheres sejam submetidas a prisões em flagrante, quando ainda em recuperação do processo abortivo; a inquérito policial, em que suas vidas e intimidades são invadidas e, consoante tratado, a uma série de procedimentos institucionais, perpetrados por profissionais da área da saúde que, em descumprimento do seu dever de zelo, não proveem o tratamento mais adequado às mulheres em situação de abortamento (SILVA; GONZAGA; MOREIRA, 2021, p. 17).

Ainda que em nossa coleta tenhamos encontrado apenas 4 acórdãos que versavam sobre esse tema, a presença dessa discussão no tribunal superior demonstra a relevância da discussão acerca de institutos processuais específicos, eis que “pode significar um uso ‘normal’ das regras processuais em casos que não tiveram maior atenção do promotor de Justiça” (CUNHA; NORONHA; VESTENA, 2012, p. 196).

Durante a leitura dos acórdãos, em específico dos casos paradigmáticos, notamos, também, que todos tratavam da questão do aborto com base na saúde da gestante e/ou na presença de má formação fetal e outras síndromes no feto. Encontramos, por exemplo, menção à anencefalia fetal, em casos anteriores ao julgamento da ADPF n. 54, à Síndrome de Body Stalk e à Síndrome de Edwards. Observamos uma tendência à judicialização de casos onde não há expectativa de vida extrauterina.

Essa hipótese foi confirmada por pesquisas realizadas através da coleta de acórdãos dos Tribunais de Justiça da região sul (ROCHA et al., 2008; SILVA et al., 2012). As pesquisas foram conduzidas por

pesquisadores em comum e utilizaram metodologia similar. Com isso, puderam comparar os cenários do judiciário encontrados, tendo concluído que, em 2012, os casos dobraram de quantidade em relação a 2008 (SILVA et al., 2012, p. 177).

Foram encontradas menções a diversos tipos de anomalias fetais, tais como aquelas observadas em nossa pesquisa. No entanto, ressaltaram uma demora na apreciação da matéria pelos tribunais, o que causou a perda do objeto em alguns casos, tanto pelo fato da gestante ter sofrido aborto espontâneo, quanto pelo parto já ter ocorrido (SILVA et al., 2012, p. 179)

Dos oito acórdãos que identificamos a discussão sobre o direito ao aborto em si, três deles não tiveram análise de mérito devido a circunstâncias alheias ao processo. Em um deles, o parto ocorreu antes que a Corte Superior pudesse apreciar o pedido, em outro a gestante desistiu do pedido e, no terceiro, o procedimento foi realizado antes que o tribunal pudesse reanalisar a matéria e eventualmente suspender o direito ao aborto anteriormente concedido.

Destaca-se, ainda, que quatro dos casos paradigmáticos tiveram intervenção direta de sujeitos ligados a instituições religiosas auto intituladas de pró-vidas. Diversas pesquisas apontam a influência de grupos religiosos na formação da opinião pública sobre o aborto (MACHADO, 2012; LUNA, 2014; ALMEIDA, 2017), o que compromete a laicidade do Estado. Já identificou-se, inclusive, a interferência da religião do magistrado na vida privada de sujeitos que estavam sob sua jurisdição (GONÇALVES; LAPA, 2008, p. 94).

Esses pontos em comum com estudos já realizados auxiliam na identificação de um panorama judicial partilhado, podendo servir como orientação para a formulação de hipóteses de pesquisas futuras.

## 6. Conclusão

Propusemos, neste artigo, realizar uma análise preliminar dos acórdãos encontrados no Superior Tribunal de Justiça, sobre a temática do aborto, debruçando-nos, com maior aprofundamento, naqueles elencados como casos paradigmáticos, ou seja, aqueles capazes de criar um padrão decisório nas cortes subordinadas.

Verificamos uma quantidade expressiva de *Habeas Corpus*, o que indica uma penalização da matéria e ausência de regulamentação do aborto em outras áreas (como questão de saúde pública, por exemplo), e, ainda, a considerável - e impactante - participação de terceiros interessados atuando em favor do feto.

Percebemos também a tendência da Corte de não adentrar no mérito da questão do aborto, o que acontece, conforme verificamos nesta análise preliminar, apenas em casos excepcionais. Na maioria dos acórdãos analisados o processo é encerrado por questões processuais.

Por fim, procuramos identificar se as decisões tomadas pela Corte Superior estão em consonância com as tendências encontradas na literatura e pesquisas recentes sobre o tema do aborto de maneira geral e sobre a penalização da questão.

Como já dito anteriormente, esta é uma análise preliminar dos resultados encontrados e pretendemos ampliá-la verificando as decisões monocráticas do STJ, que são bastante relevantes, bem assim acórdãos e decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal, para construirmos um panorama geral das tendências de julgamentos das Cortes brasileiras.

Essa pesquisa insere-se dentro de uma agenda coletiva orientada pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná que busca traçar novos parâmetros em relação aos estudos sobre aborto legal no Brasil.

## Referências

- ALMEIDA, R. de. A onda quebrada - evangélicos e conservadorismo. **Cadernos Pagu**, 26 jun. 2017.
- BARSTED, L. de A. L. Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista. **Revista Estudos Feministas**, n. 0, p. 104–104, 1 jan. 1992.
- CUNHA, J. R.; NORONHA, R.; VESTENA, C. A. Trajetórias de mulheres incriminadas por aborto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: uma análise a partir dos atores e dos discursos do sistema de Justiça Criminal. In: OLIVEIRA, F. L (Org.). **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2018.
- DINIZ, D.; MEDEIROS, M. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, p. 1671–1681, jul. 2012.
- GONÇALVES, T. A. (Coord.); LAPA, T. de S. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.
- KUNH, T. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- LUNA, N. Aborto no Congresso Nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, p. 83–109, ago. 2014.
- MACHADO, M. D. C. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. **Revista Brasileira de Ciência Política**, p. 25–54, abr. 2012.
- MACHADO, M. R. de A.; BRACARENSE, A. C. O caso do feto anencefálico: direitos sexuais e reprodutivos, confronto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 3, p. 677–714, 14 set. 2016.
- MESSER, S. A. A pesquisadora encarnada: uma trajetória decolonial na construção do saber científico blasfêmico. In:

Hollanda, Heloísa Buarque de (org). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, p. 154-171.

OLIVEIRA, F. L. DE. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, p. 89–115, out. 2012.

PEREIRA, T. A. D.; PEIXOTO, F. H. Mobilização jurídica e o direito ao aborto no Brasil: a evolução argumentativa nas respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n.1, p. 354–370, 2020.

ROCHA, A. R. DA et al. Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. **Direito & Justiça**, v. 34, n. 1, 2008.

RUIBAL, A. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, p. 1166–1187, 8 jun. 2020.

SILVA, A. C. J.; GONZAGA, P. R. B.; MOREIRA, L. E. Indiciamento das mulheres pela prática do abortamento: a (des)continuidade do discurso punitivista. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, 23 jul. 2021.

SILVA, A. C. et al. Análise das decisões judiciais de aborto de malformações fetais e a problematização do slippery slope. **Rev. AMRIGS**, 2012.

ZANELLI, J. C. Pesquisa qualitativa em estudos da gestão de pessoas. **Estudos de Psicologia (Natal)**, v. 7, p. 79–88, 2002.

WARAT, L. A. O senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, v. 3, p. 48-57, 1988.

**PODER JUDICIÁRIO, SOCIEDADE E JURISDIÇÃO  
CRIMINAL: PELO PERFIL NORMATIVO DE UM JUIZ  
GARANTIDOR.**

**Rubens Beçak**

Livre-Docente em Direito do Estado pela FD/USP  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de São Paulo  
(FDRP/USP)

E-mail: [prof.becak@usp.br](mailto:prof.becak@usp.br)  
<http://lattes.cnpq.br/7461141539467509>

**Lucas Paulo Fernandes**

Mestrando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de  
São Paulo (USP/FDRP).

E-mail: [fernandes.lucas@usp.br](mailto:fernandes.lucas@usp.br)  
<http://lattes.cnpq.br/1493995542953033>

**Lucas Hernandes Lopes**

Pós-graduado na Universidade Estadual de Londrina (UEL)  
E-mail: [lucashernandes@adv.oabsp.org.br](mailto:lucashernandes@adv.oabsp.org.br)  
<http://lattes.cnpq.br/5381581029186847>

**Resumo:** O artigo trata das funções do juiz criminal sob o enfoque da hipertrofia do Poder Judiciário. Investiga os papéis institucionais do Judiciário na realização dos valores da sociedade e a forma como, particularmente, esse comportamento reflete na jurisdição criminal. Partindo do processo penal acusatório, o foco é dado ao juiz criminal, especialmente, no exame das funções normativas atribuídas ao magistrado, caracterizando o juiz garantidor, e à crise de identidade da jurisdição criminal. Também é feita a análise de duas decisões de tribunais brasileiros que aplicaram as disposições normativas para acoimar posturas ativistas de juízes criminais. Constatou-se que, apesar da referida crise, cultural e estrutural, os tribunais acoimaram posturas judiciais ativistas, triunfando a figura do juiz garantidor. Essa situação aponta para a impossibilidade de prosperar

comportamentos de juízes criminais ativistas. A pesquisa possui uma abordagem transdisciplinar entre o Direito Constitucional e Processual Penal, a partir do método dedutivo, sendo viabilizada por meio de revisão bibliográfica narrativa e pesquisa documental qualitativa, tudo com um enfoque crítico-filosófico.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário; criminal procedure; juiz garantidor; normativo.

## 1. Introdução

A atuação do Poder Judiciário nas diversas circunstâncias da vida – individual, de cada sujeito e da coletividade, no âmbito comum –, é um fenômeno que recorrentemente se verifica. Quer seja sob a ótica política e da tripartição de poderes, bem como das relações sociais e humanas, observa-se uma preponderância do Judiciário e de suas decisões em caráter de definitividade. Para além da função pacificadora de conflitos, a jurisprudência tem assumido um papel de significação da realidade social, por vezes, de expressão dos próprios valores da sociedade. Este cenário pode ser representado pelo que ora convencionou-se denominar “ativismo judicial”.

Se diversos são os casos levados em juízo, no conhecido movimento de judicialização, em paralelo, verifica-se a delegação de poder e de autonomia do sujeito a juízes e tribunais. Irradiado mundo afora, esse fenômeno torna o magistrado um protagonista, senão o agente principal de significação moral da sociedade. No âmbito do processo penal – no qual o juiz posiciona-se imiscuído num sistema de racionalidade jurídica na proteção de valores, os bens juridicamente protegidos, e adornado pela necessidade de garantia dos direitos fundamentais do réu – a questão que se coloca, por si só, parece criar contornos e complexidade próprios.

Qual deve ser a postura do Judiciário na persecução criminal? Sobre este problema é que se debruça nesta pesquisa. Diante do

crescente fenômeno de hipertrofia judicial, o artigo pretende explorar a atuação do juiz criminal no contraponto entre um perfil judicial de significação dos valores sociais e a previsão normativa (o dever ser), constitucional e legal, das funções e atribuições do magistrado criminal.

Na primeira parte, examina-se a forma como o Poder Judiciário atua na representação dos valores e da moral da sociedade, abordando o ativismo judicial como problema. Num segundo momento, avança-se para o panorama normativo e estrutural das funções dos sujeitos do processo penal, com recorte na posição fundante do sistema em relação ao juiz criminal. Ao final, examina-se duas decisões de tribunais brasileiros, a fim de refletir sobre a possibilidade de existência de uma postura judicial ativista do juiz criminal.

O artigo insere-se no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal com uma abordagem transdisciplinar. Para o desenvolvimento, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa por meio de investigação na literatura nacional e estrangeira, selecionada qualitativamente; e, pesquisa documental qualitativa em duas decisões de tribunais brasileiros. Desenvolve-se a partir do método dedutivo, por meio de um enfoque crítico-filosófico.

## **2. Judiciário, sociedade e a proteção de valores**

O Poder Judiciário tem ocupado um papel de centralidade na vida da sociedade. Nem sempre foi assim, mas, quer seja para satisfazer demandas individuais, como para realizar preferências coletivas, o acionamento dos tribunais para a garantia de direitos é uma realidade. Em verdade, a este Poder foi delegada uma tarefa – para além da própria atribuição típica de aplicação normativa e das outras funções estatais atípicas –, de protetor dos valores democráticos, senão a própria sociedade.



Um ponto de partida para explicar o que se tem observado remonta às revoluções liberais do século XVIII e às experiências do século XX. A partir de tais experimentações humanas, firmou-se um desenho institucional mundo afora que se sustenta na separação de poderes, na força normativa da Constituição e na normatividade de direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2020).

Daí porque, o indivíduo tornou-se sujeito de direitos, ora insculpidos nos textos constitucionais. A propósito, é traço característico das Constituições do período Pós-Guerra uma significativa normatização de valores e princípios que, vetorizados a partir da dignidade humana, foram estabelecidos como normas constitucionais (MENDES; BRANCO, 2020). Com isso, o texto constitucional dotou-se de aplicabilidade concreta nas diversas situações da vida.

Com isso, se antes a intervenção do Judiciário reservava-se à resolução de conflitos nos termos previstos na lei, essa instituição passou, também, a proteger os direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2014). A este poder foram delegadas as funções de significação normativa e proteção do que fora consolidado como marco civilizatório e valorativo da sociedade, a própria Constituição (BEÇAK, 2008). Isso porque, referidos direitos fundamentais “passaram a ser visualizados como valores do Estado, em reconhecimento da dimensão objetiva” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 161).

A própria lógica institucional-normativa estabeleceu um arquétipo no qual ao Judiciário foi possibilitada uma expansividade de imissão na vida dos indivíduos<sup>1</sup>. Por isso, fala-se

---

<sup>1</sup> Brandão (2019, p. 92 – 108 ) sistematiza as condições para judicialização da política, quais sejam: 1) Políticas: a) a democracia e o pluralismo jurídico; federalismo e separação dos poderes; c) ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias; 2) Institucionais: a) catálogo de direitos; b) o perfil do controle de constitucionalidade; c) rol de competências dos tribunais constitucionais; d) nomeação e investimento dos membros dos tribunais constitucionais; e) constitucionalização abrangente e dificuldade de reforma constitucional; 3) Condições interpretativas.

de uma expansão global do Judiciário, da qual o Brasil acompanhou a mesma tendência mundo afora (BRANDÃO, 2019). A proeminência deste poder na proteção dos valores democráticos desembocou, progressivamente, na supremacia judicial de significação normativo-axiológica estabelecida pela Constituição. Em poucas palavras, as decisões judiciais tornam-se finais, “diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial” (BRANDÃO, 2019, p. 89).

De toda sorte, com o objetivo de realizar as normas constitucionais, em especial aquelas de direitos fundamentais, nas democracias modernas, como coloca Barroso (2010, p. 9), pode-se verificar “uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais”. Isto é, o Judiciário parece tornar-se, para além de árbitro, um partícipe, senão protagonista ativo do entrelaçamento institucional dos poderes. A propósito, como destaca Brandão (2019, p. 89), existe uma relação de proporcionalidade direta entre a expansão da própria democracia e a ampliação da atuação do Judiciário no controle de adequação constitucional das leis.

Isto é, se a democracia está fundada num texto constitucional – este ora protegido a instituição judicial –, pode-se cogitar que a manutenção democrática exigiria um Poder Judiciário que a garantisse. Visto de outro modo, se a consolidação democrática avança, a atuação do Judiciário igualmente prosseguirá. Ocorre que, de toda maneira, como explica Beçak (2008, p. 332), verifica-se a assunção pelo Judiciário “do papel – mesmo que potencial – de convalidador (ou não) da vontade geral expressa na lei”.

Com isso, pode-se observar a diminuição das fronteiras entre direito e moral, num movimento progressivo, não ocasional, em que o Judiciário passa a ocupar o local de uma superior instância de significação dos valores e preferências da sociedade (MAUS, 2000). A interpretação judicial torna-se fonte axiológica daquilo que os indivíduos-cidadãos projetam socialmente e converte-se, em substituição, no vetor de manifestação daqueles que seriam os princípios essenciais para determinada comunidade política.

Então, juízes e tribunais passam a ocupar uma posição central na definição dos princípios e valores sociais, sejam os coletivos, ou mesmo, os individuais. Maus (2000, p. 20) destaca que esse fenômeno deriva de um sintoma contemporâneo, típico de “sociedades órfãs”, nas quais “exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos”.

Nesse movimento, segundo Maus (2000), há uma transferência do superego da sociedade para o Judiciário<sup>2</sup>. Isso porque, a definição dos valores e das concepções sociais deslocam-se do múnus político-público e torna-se fruto da interpretação jurídica e da construção jurisprudencial, a partir do trespassse substitutivo da complexidade natural das preferências e dilemas da vida (MAUS, 2000). Todo esse processo impõe a “eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso [...] [que] é alcançada através da centralização da ‘consciência’ social na Justiça.” (MAUS, 2000, p. 5).

O Poder Judiciário torna-se o “novo gestor da vida em sociedade”, num processo devolutivo, encabeçado pelos próprios cidadãos, de que toda organização social seja delegada a uma instituição (CARVALHO FILHO, 2014, p. 163). Com efeito, parece ser possível apontar que esse fenômeno ocorre de forma voluntária. O cidadão, ora imiscuído numa sociedade permeada por uma crise democrática e premente o descrédito político-institucional, passa a depositar nos juízes e tribunais uma confiança-expectativa na realização de escolhas dos valores sociais (MAUS, 2000; CARVALHO FILHO, 2014).

Com isso, há diminuição do caráter emancipatório do sujeito-cidadão, o qual, ao ser posto à margem, aumenta a legitimidade do Judiciário e o libera de qualquer vinculação que possa garantir uma relação mínima com a vontade popular em abstrato (MAUS, 2000). Note-se que esse processo cria uma relação de (inter)dependência

---

<sup>2</sup> Carvalho Filho (2014, p. 164) defende que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal aparece como superego da sociedade, por “ocupar a posição de depositário de expectativas frustradas dos cidadãos”.

entre o indivíduo e a atuação judicial, na qual ele próprio – sujeito de direito e partícipe da *polis* –, torna-se vinculado e voluntariamente submetido. O Poder Judiciário torna-se uma espécie de “revelador” da moral individual e dos princípios notáveis para determinada sociedade, expressando a vontade pública que se capitaneia pela jurisprudência.

Se, para além da própria seguridade democrática, o Poder Judiciário torna-se instituição indispensável à realização dos direitos fundamentais, também se verifica o movimento de delegação de poderes e atribuições a esta instituição (BRANDÃO, 2019). A transformação do Judiciário em um superpoder, notadamente, hipertrofiado (CARVALHO FILHO, 2014), que o coloca na já mencionada condição de proeminência institucional, fez com que tenha assumido, progressivamente, uma postura ativista.

Apesar do desafio conceitual do fenômeno<sup>3</sup>, Barroso (2010, p. 11) aponta que o ativismo judicial se associa a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. É a caracterização de um modelo interpretativo ativo-solucionador de juízes e tribunais ao decidir as questões colocadas em juízo. Em outras palavras, é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2010, p. 11).

Inserido no contexto que se ora se aborda, adiante problematiza-se o ativismo judicial enquanto, pode-se dizer, modo interpretativo marcante do Judiciário superego.

---

<sup>3</sup> Brandão (2019) destaca que não há consenso, mundo afora, em torno da locução que caracteriza a atividade interpretativa ativista de juízes. Por sua vez, Ramos (2015) também apresenta o mesmo dissenso conceitual, marcadamente, em virtude da modelagem diversa dos sistemas jurídicos de *common law*. A opção, nesse artigo, pelo conceito de Barroso (2010) é feita para colocar a perspectiva brasileira que, notadamente, tem-se difundido na literatura nacional.

## 2.1. O ativismo judicial como problema

Parece certo supor, como confirma Brandão (2019, p. 178), que “o ciclo de judicialização somente se completa caso, além da judicialização em sentido estrito [...], existir [exista] um ativismo judicial”. Isto é, a disposição dos juízes num comportamento interpretativo expansivo aparece como pressuposto de realização dos direitos e valores sociais pela via judicial. Isso justifica-se, substancialmente, em razão da profusão de direitos fundamentais a partir da segunda metade do século XX, o que contribuiu para o aumento do acionamento judicial (MENDES; BRANCO, 2020), ao passo que também possibilitou – por razões tantas outras, como também já se mencionou – a centralidade institucional do Judiciário.

Coloca-se em evidência, com isso, como destaca Ramos (2015, p. 119), o desequilíbrio do Judiciário na relação entre os poderes, por meio da “incurião insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” [grifo do autor]. Por isso, o traço marcante da postura ativista de juízes e tribunais designa-se pelo trespasse dos próprios limites constitucionais normativamente estabelecidos. Se em flagrante dissonância ao disposto na Constituição, por isso mesmo, o ativismo judicial aponta para uma situação de desvio constitucional, já que, ao ultrapassar fronteiras, flexiona os marcos demarcatórios da função jurisdicional (RAMOS, 2015).

Daí porque, Ramos (2015, p. 141) é enfático ao defender que o ativismo judicial aparece como “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. Note-se que reside nessa perspectiva o pressuposto de um atravessamento normativo-institucional<sup>4</sup>, então indesejável por representar, imediatamente,

---

<sup>4</sup> Sob o desenho institucional, Ramos (2015, p. 132) destaca que o poder legislativo é aquele que mais tem prejuízo com o ativismo judicial, “o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalido por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.”

verdadeiras inobservâncias às disposições constitucionais. Por isso, pode-se apontar para uma “sinalização claramente negativa no tocantes às práticas ativistas, por importarem a desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (RAMOS, 2015, p. 131).

Entretanto, vale pontuar, como faz Beçak (2008), que não se ignora a necessidade de que o Judiciário colmate espaços normativo-interpretativos<sup>5</sup>, também não se afirma pela ausência de legitimidade na atuação de juízes e tribunais e sequer defende-se a inexistência de funções judiciais atípicas previstas constitucionalmente. A crítica remanesce à postura judicial para além do posto de regulador institucional. No intento interpretativo realizado por métodos e normas fluidos (BRANDÃO, 2019), o Judiciário acaba por escapar à normatividade ou esvaziar da lei, então parâmetro e sustentáculo da própria democracia.

Soma-se a isso a postura assumida pelo Judiciário de recolocação das vontades e representação morais da sociedade. Essa capitalização social pode permitir a substituição das forças democráticas, culminando, até mesmo, na arbitrariedade judicial, como é apresentado por Maus (2000, p. 201 – 202):

Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente. [...] Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção

---

<sup>5</sup> Sobre a atividade interpretativa dos juízes, Ramos (2015, p. 131) discorre sobre a discricionariedade judicial, a qual “floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar [...], o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.”

estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral.

Diante disso, pode-se afirmar que, na sistemática de representação dos valores da sociedade ao que fora atribuído, o Judiciário passa a assumir uma postura ativista. O ativismo judicial aparece, exatamente, por meio de modelo interpretativo fluido que, no espelhamento de uma moral social, rompe os limites normativos da função jurisdicional.

Fixadas essas premissas iniciais, problematiza-se a atuação de magistrados na atuação de casos no juízo criminal, com o que se objeta neste artigo. Importa delimitar a natureza normativa do processo penal, as funções dos sujeitos processuais, com destaque para o papel do juiz criminal, como se segue.

### **3. Processo Penal e sistema acusatório: a posição fundante do juiz**

*A priori*, a discussão sobre o lugar do juiz, sua função e a que expectativas deve corresponder no processo penal brasileiro revela-se de extrema importância, na medida em que o desenho processual legalmente disposto na Constituição, bem como recentemente na legislação ordinária, impõe ao magistrado uma posição fundante do sistema, seja ele de base inquisitória ou acusatória.

Desse modo, necessário que não só o juiz criminal compreenda e respeite o papel que lhe cabe dentro de uma ideia de jurisdição como direito fundamental, e de processo como estrutura de contenção do poder punitivo, senão todos os sujeitos processuais estejam cientes e zelem por seu irrestrito cumprimento, o que exige o rompimento, dentre outras mazelas autoritárias, com o mito da busca da verdade (KHALED JR., 2020, p. 442).

Nesse ínterim, na medida em que as normas processuais possuem destinatários e não se concretizam sem a interferência

destes, revelam-se antagônicas as funções e os interesses exercidos pelos sujeitos em cada modelo de processo, sendo primordial definir se existe e qual o grau de divisão entre as tarefas de acusar, julgar e defender.

Em verdade, de acordo com Cordero (2000, p. 88), o que distingue o processo acusatório do inquisitório são “as regras do jogo”. No processo inquisitório, prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, independente da forma utilizada para se alcançar o resultado. Em contrapartida, no processo acusatório, o horizonte de atuação de cada sujeito processual é estabelecido pelos direitos fundamentais do acusado em contraposição à possibilidade de arbítrio do poder de punir (PRADO, 2005).

Consoante dispõe Prado (2005), visto que o objetivo primordial do juiz inquisidor é tornar realidade o triunfo do poder de punir do Estado, é certo que passa a cumprir a função de segurança pública no exercício do magistério penal, desequilibrando a balança entre as partes do processo, vez que avoca para si funções investigativas e de acusação, além do poder delimitado de julgar.

Seguindo essa linha de raciocínio, torna-se imprescindível a identificação do princípio formador de cada sistema, possibilitando, por conseguinte, a distinção clara entre ambos, além de permitir verificar a compatibilidade normativa-processual entre as regras já positivadas e a posição jurisprudencial adotada pelos tribunais.

Sob este prisma, a análise do modelo processual penal eleito pela Constituição, de forma sistêmica, com a observância da garantia ao devido processo legal e ao contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, incisos LIV e LV<sup>6</sup>), e pela separação das funções de acusar e julgar, deve partir, necessariamente, da posição do juiz

---

<sup>6</sup> Constituição Federal, artigo 5º: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.



como garantidor da eficácia de todo o sistema de garantias constitucionais.

Além do modelo constitucionalmente eleito de forma implícita, a legislador ordinário incluiu expressamente na Lei 13.964/2019 – ainda que de forma tardia – o artigo 3º-A do Código de Processo Penal<sup>7</sup>, responsável por demarcar de forma inquestionável a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Vale ressaltar, ainda, que o diploma processual penal mencionado em vigor é de 1941, promulgado em contexto histórico, social e institucional diverso. De tal maneira que a Exposição de Motivos do CPP/41 “deixa clara a escolha política pelo processo penal autoritário (de inspiração fascista), com limitações defensivas e acolhimento de conceitos ultrapassados (verdade real, atividade probatória pelo juiz, nulidade relativa etc.)” (MORAIS DA ROSA, 2021, p. 109).

Não obstante a inclusão expressa da estrutura acusatória na legislação ordinária, a partir da promulgação do denominado “Pacote Anticrime”, cumpre salientar o ajuizamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI’s n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), impugnando diversos dispositivos<sup>8</sup> que evidenciam a escolha também legislativa por um processo penal de matriz acusatória em detrimento do ultrapassado modelo inquisitório.

Em clara demonstração de resistência aos avanços legislativos em prol de um processo penal democrático, o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2020), na condição de relator das ações diretas de inconstitucionalidade suspendeu<sup>9</sup> *sine die*, de forma liminar e

---

<sup>7</sup> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

<sup>8</sup> Em conjunto, as ADI’s questionaram os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 20, 28, *caput*, 28-A, incisos III e VIII, e §§5º, 7º e 8º, 157, §5º e 310, §4º, todos do Código de Processo Penal e introduzidos pela lei n.º 13.964/2019;

<sup>9</sup> A decisão foi prolatada no bojo da ADI 6298, em 22 de janeiro de 2020.

monocrática, uma parcela significativa das alterações trazidas pela lei nº. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”).

Em que pese a importância das alterações legais, tal matéria aguarda há quase três anos para ser pautada para a discussão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a partir de uma leitura constitucional – e agora legal – do papel do juiz como limitador e controlador da acusação exercida exclusivamente pelo órgão ministerial, sendo o grau de seu afastamento das partes crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça, possível afirmar categoricamente que somente um processo penal acusatório é capaz de criar condições para a imparcialidade judicial (LOPES JR., 2021), a qual deve considerada como o princípio supremo do processo<sup>10</sup>.

Todavia, em que pese a relevância da separação definida entre um acusador distinto do julgador, o distanciamento deve ser estrutural, mantendo o juiz afastado da iniciativa e da gestão da prova, exigindo-se que sua esfera de atuação não se confunda, em hipótese alguma, com a esfera de atuação das partes, conforme destaca Lopes Jr. (2021, p. 104):

O erro está em considerar que essa separação deve ser apenas “inicial”, com um acusador distinto do julgador. Grave reducionismo, porque de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, como, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício, condenando sem pedido ou nas atuações *ex officio* (v.g., prisão, busca e apreensão etc. sem pedido). (...) O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade.

---

<sup>10</sup> Lopes Jr. (2021) atribui essa expressão a Pedro Aragonese Alonso, na obra *Proceso y derecho procesal*.

Levando-se em consideração a incompreensão estrutural e cultural sobre a íntima relação entre sistema processual, lugar do juiz e imparcialidade como princípio supremo do processo, Lopes Jr. (2021) aponta, de forma crítica, para uma grave crise identitária da jurisdição penal no Brasil.

Sendo assim, o juiz criminal brasileiro, ainda que adote a filtragem constitucional, em decorrência da permanência de uma estrutura processual inquisitória validada até então “já inicia o processo completamente contaminado e sem a necessária originalidade cognitiva” (LOPES JR., 2021, p. 105).

No panorama apresentado, no que tange à imparcialidade subjetiva<sup>11</sup>, na prática forense, inverte-se a lógica do sistema processual acusatório e fulmina-se o princípio basilar da necessidade do processo penal em relação à pena, na medida em que a versão policial, encampada ainda na fase pré-processual, assume especial relevância, em detrimento das provas colhidas no curso do processo.

Assim, ainda que na teoria o inquérito policial e, por conseguinte, o auto de prisão em flagrante, servisse como suplemento às provas produzidas sob o crivo do contraditório, a mera permanência do caderno policial nos autos do processo já poderia influenciar na (im)parcialidade do magistrado, em virtude do efeito primazia e da teoria da dissonância cognitiva<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “É a inexistência de prévia tomada de decisão, capaz de gerar os pré-juízos que causam um imenso prejuízo” (LOPES JR., 2021, p. 106).

<sup>12</sup> Sobre o *efeito primazia*, salutar os questionamentos levantados por Ritter (2016, p. 119): “(...) afinal, sabendo-se que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, em tese, criminoso é produto desta investigação policial, que é produzida unilateralmente (e tendenciosamente) ao arrepio das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, existe a possibilidade desse julgador manter-se imparcial no curso do processo? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de fixação de uma primeira impressão negativa sobre uma pessoa, considerando que esta dificilmente será revertida em face da busca involuntária e seletiva por coerência (correlação) entre os conhecimentos que sustentam tal imagem e novos que sobrevierem em relação à mesma (investigação preliminar vs. Processo)?”.

Na medida em que há inversão da lógica processual acusatória (produção de provas em juízo como complemento da versão policial no auto de prisão em flagrante), a investigação preliminar, principalmente nos delitos de tráfico de drogas, excede o desempenho de sua tarefa primordial, qual seja, a de filtrar acusações infundadas, para se transformar em “instrumento de arrecadação de prova” (GLOECKNER, 2015, p. 404), sem garantir ao sujeito investigado o fiel cumprimento das normas constitucionais, observadas apenas durante a instrução processual.

Compreendida a importância da imparcialidade subjetiva ao juiz criminal, cumpre assinalar os desdobramentos sobre a imparcialidade objetiva, a qual “diz respeito à posição que objetivamente o juiz ocupa na estrutura dialética do processo” (LOPES JR., 2021, p. 111), controvérsia que mais interessa ao deslinde da discussão trazida nesse artigo.

O ativismo judicial, propriamente dito, demonstra uma ligação íntima com a presença da (im)parcialidade objetiva, vez que é o momento em que o juiz criminal se desloca ao espaço reservado às partes, assume a iniciativa probatória e rompe com a estética de imparcialidade, na qual reside e afeta a confiança na jurisdição, como é apresentado por Lopes Jr. (2021, p. 112):

Quando o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na “arena das partes”, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou *parcialidade*, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável: basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, e da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.

Circunscrito ao que foi exposto, pode-se concluir que, sob o ponto de vista normativo (constitucional e legal), observadas as garantias ao devido processo legal e ao contraditório e ampla

defesa, além da separação das funções de acusar e julgar, a posição do juiz criminal brasileiro revela-se fundante de um sistema penal acusatório, devendo ser compreendido como garantidor da eficácia de todo o sistema de garantias constitucionais, apesar de, na prática, permanecerem resquícios estruturais e culturais de um processo penal inquisitório.

No próximo capítulo, busca-se investigar, por meio da jurisprudência recente dos Tribunais Superiores, se ainda há espaço para a persistência do comportamento ativista por parte dos de juízes criminais.

#### **4. Há espaço para um juiz criminal ativista?**

Nesta parte final do artigo, passa-se à análise de duas decisões de tribunais brasileiros nas quais houveram a exprobração de comportamentos judiciais ativistas. Em cada uma delas, analisar-se-á a forma como as respectivas cortes acoimaram o ativismo judicial criminal<sup>13</sup>, sob o enfoque normativo das funções processuais do magistrado.

O critério de seleção foi qualitativo, valendo-se de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ora representativas do que se pretende nesse artigo. A eleição dos julgados também se deve à hierarquia institucional dos tribunais; e, em razão das decisões possuírem repercussão significativa, por envolver dois Ex-presidentes da República.

De início, no julgamento do *Habeas Corpus* 509.030, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou, em caráter liminar, se havia a necessidade de manutenção ou não da medida cautelar extrema, qual seja, a prisão preventiva do Ex-Presidente da República, Michel Miguel Elias Temer Lulia decretada à época

---

<sup>13</sup> Ramos (2015) faz uma distinção entre as discricionariedades administrativa e judicial. Para o autor, a última insere-se num sistema próprio – o duplo grau de jurisdição e a sistemática processual, pode-se dizer – que serve para colmatar a prolação das decisões judiciais.

pelo Juízo da 7ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no Processo n. 0500591-66.2019.4.02.5101.

Em decisão unânime, levada ao colegiado em caráter excepcional, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça deferiu a liminar pleiteada em menor extensão, nos termos do voto do Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro, impondo ao paciente medidas cautelares diversas da prisão descritas no artigo 319<sup>14</sup>.

No caso em estudo, e focando no objeto que aqui interessa, importante destacar trecho dos votos dos Ministros Rogério Schietti Cruz, Laurita Vaz e Nefi Cordeiro, nos quais imprimiram valiosas considerações a respeito da função do juiz e das expectativas geradas, sobretudo pela pressão social e midiática, ainda que envolva a classe política mais influente, empresários e dirigentes de empreiteiras, diretores de estatais e Ex-Presidentes da República, em casos de repercussão nacional.

Em primeiro lugar, em relação ao voto-vogal da Ministra Laurita Vaz, cumpre mencionar que há, de forma explícita, a expressão de uma opinião pessoal mais rigorosa – utilizando as palavras da própria magistrada – em casos envolvendo agentes públicos, inclusive mencionando que “(...) o Poder Judiciário possui importante papel nessa luta” (BRASIL, 2019), retomando,

---

<sup>14</sup> No caso concreto, a substituição da custódia preventiva do paciente se deu pelas seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) proibição de manter contato com outros investigados sobre os fatos em apuração, que possam interferir na produção probatória, ou seja, contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual, enquanto durar a instrução, salvo aqueles que mantêm relação de afinidade ou parentesco entre si (inciso III); b) proibição de mudança de endereço e de ausentar-se do País sem autorização judicial (inciso IV); c) entrega do passaporte; d) bloqueio dos bens, até o limite de sua responsabilidade, a ser apurada individualmente pelo Juízo de origem competente; e) compromisso de comparecimento em juízo, para todos os atos designados pela autoridade competente; f) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações com as pessoas jurídicas citadas na denúncia, e de ocupar cargos ou funções públicas, ou quaisquer cargos de direção em órgãos partidários.

logo após, a um entendimento mais próximo de um processo penal acusatório<sup>15</sup>.

Verifica-se que a Ministra, apesar de externar sua opinião íntima sobre o contexto histórico vivido no Brasil, envolvendo episódios de corrupção estrutural, umbilicalmente ligadas à crimes perpetrados por agentes públicos contra o erário, adota uma posição de garantia aos princípios e ditames constitucionais.

No voto do Ministro Rogério Schietti, por sua vez, é nítida a adesão à posição de juiz como fundante de um sistema acusatório, alicerçado em um comportamento imparcial e distante das partes, na medida em que registra essa consciência de forma expressa em seu voto<sup>16</sup>.

Por fim, ao analisar-se o voto do Ex-Ministro Nefi Cordeiro<sup>17</sup>, observa-se uma posição contundente contra o real desejo que

---

<sup>15</sup> Do voto da ministra (BRASIL, 2009) colhe-se o seguinte destaque: “(...) Pessoalmente, tenho votado sempre com viés de maior rigorismo em casos dessa natureza, que envolvem organizações criminosas estruturadas para o cometimento de crimes contra o erário, notadamente quando envolve agentes públicos. (...) Sem dúvida, não há outro caminho. O Brasil precisa ser passado a limpo, e o Poder Judiciário possui importante papel nessa luta, ao decidir medidas cautelares e julgamentos de mérito, com isenção e austeridade. Entretanto, essa luta não pode virar “caça às bruxas”, com ancinhos e tochas na mão, buscando culpados sem preocupação com princípios e garantias individuais que foram construídos ao longo de séculos de civilidade. **É dever do Poder Judiciário garantir, em todos os casos e para todos os acusados, o devido processo legal.** (...) [grifo nosso]”.

<sup>16</sup> O ministro Rogério Schietti (BRASIL, 2009) assim defende: “(...) E do magistrado, personagem central na definição da responsabilidade penal e eventual inflição de pena ao acusado, espera-se um comportamento absolutamente imparcial, mantendo-se em posição de terzietà no exame dos casos que lhe são submetidos para julgar, despido de interesse pessoal, e muito menos da pretensão de agir como coadjuvante de políticas criminais (quer punitivistas, quer abolicionistas). (...) Cumpre, assim, ao magistrado manter-se fiel aos ditames do Direito, interpretando-o e aplicando-o de modo a realizar a justiça, independentemente de injunções políticas, simpatias ou antipatias, preconceitos ou pressões midiáticas ou da opinião pública (...).”

<sup>17</sup> Também se destaca o excerto do voto do ministro (BRASIL, 2009): “(...) Aliás, é bom que se esclareça, ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o

permeia o imaginário social de que o juiz deve ser uma espécie de “herói contra o crime” (BRASIL, 2019).

Em tempos de resistência explícita ao sistema acusatório e às garantias individuais do cidadão, notadamente no momento de responder a um processo criminal, indispensáveis as considerações realizadas pelo Ex-ministro Nefi. Ao aludir que “juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública” (BRASIL, 2019), o magistrado deixa evidente a impossibilidade do juiz criminal possuir uma posição de parte no processo, em especial, a de auxiliar a acusação no enfrentamento da criminalidade.

Para além disso, no segundo julgado que ora se analisa, o Habeas Corpus 164.493<sup>18</sup>, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a controvérsia sobre a suspeição do então juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, na condução do processo que gerou a condenação do então Ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva<sup>19</sup>. Por maioria dos votos, o órgão fracionário decidiu que o magistrado de primeiro grau fora suspeito, tendo anulado todos os atos processuais realizados.

---

crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação... O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas.”.

<sup>18</sup> Do julgamento do referido *habeas corpus*, o réu e o Ministério Público interpuseram recursos ao plenário da corte, num dos quais, a decisão ora analisada foi confirmada. Apesar do esgotamento processual apenas após a decisão do órgão pleno, examina-se aqui o pronunciamento da unidade fracionária em razão dos fundamentos que se pretende refletir.

<sup>19</sup> Como é sabido, o denominado “Caso do Triplex do Guarujá” (Ação Penal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000) resultou na condenação criminal do ex-presidente da República pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A condenação foi publicada em 12 de julho de 2017, tendo sido confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) em 24 de janeiro de 2018.



A ação constitucional fora impetrada para questionar a parcialidade do magistrado na condução do referido processo. De início, entendeu-se pela possibilidade de conhecimento da matéria em sede de habeas corpus. Também fora enfrentada uma questão de ordem, de natureza processual, referente à suposta prejudicialidade da impetração, o que foi afastado.

No mérito, o órgão fracionário entendeu que a imparcialidade do juiz é elemento condicionante do devido processo legal, já que a primeira estaria intimamente ligada ao contraditório. O histórico do magistrado, marcado por apontamentos de condução irregular de processos, também serviu de fundamento para a decisão tomada. Vale pontuar que também se discutiu a possibilidade de utilização de provas ilícitas para o enfrentamento da matéria, o que foi afastado.

A partir desses fundamentos, a turma julgadora entendeu pela existência de sete circunstâncias que indicaram para a parcialidade do então magistrado, quais sejam, 1) a espetacularização de uma condução coercitiva determinada ao ora paciente, sem a observância legal da prévia intimação para comparecimento espontâneo; 2) a flagrante violação ao direito de ampla defesa do paciente, pela quebra de sigilos telefônicos; 3) a divulgação seletiva e ilegal de interceptações telefônicas do paciente; 4) a atuação do magistrado para impedir o cumprimento da concessão de ordem de habeas corpus do TRF-4, confundindo-se com a figura processual do órgão acusador; 5) o uso de expressões, na sentença, que revelaram juízos pessoais negativos sobre a defesa do ora paciente; 6) a determinação de juntada de colaboração premiada e o sucessivo levantamento de sigilo, por iniciativa própria do magistrado, sem requerimento do órgão acusador, em período prévio às eleições e mesmo após o encerramento da fase probatória do processo; 7) o beneficiamento do então magistrado com o cargo de ministro do Poder Executivo em governo de adversário político do ora paciente.

Pode-se perceber, com efeito, que o tribunal balizou o entendimento pela parcialidade do magistrado de primeiro grau e

sua consequente suspeição em razão da dissonância dos atos praticados com as disposições normativas que regulam o processo penal, dentre as quais, os princípios definidores das funções processuais do juiz. Isto é, a legalidade (*lato sensu*), fundamento- alicerce do Estado Democrático de Direito (MENDES; BRANCO, 2020), tornou-se o parâmetro de validação dos atos praticados pelo magistrado.

Prevaleceu o signo da juridicização do poder, ao qual deve se submeter, inclusive, o Judiciário (RAMOS, 2015). Daí porque, para bem da verdade, pode-se afirmar que a decisão tomada pelo STF acoimou a fluidez argumentativa do juiz de primeiro grau, a qual é traço característico da postura judicial ativista, conforme o entendimento de Brandão (2019).

Da análise de ambas decisões, pode-se perceber que os tribunais, de forma contundente, reformaram comportamentos ativistas de juízes. A fim de fazer prevalecer o modelo normativo atribuído ao magistrado criminal, as cortes afastaram comportamentos que extrapolaram os limites do magistrado. De um lado, nota-se a reminiscência de uma crise de identidade do processo penal, marcada por decisões originárias que extrapolaram o espaço da jurisdição criminal; ao mesmo tempo em que surge o papel corretivo das cortes superiores para coibir o exercício de funções que, em verdade, deslocam a jurisdição criminal de seu panorama normativo.

## **5. Conclusão**

Ante todo o exposto, constatou-se que o Poder Judiciário encampa uma posição que, além de necessária para a manutenção da democracia, o coloca numa posição de centralidade institucional. Faz parte desse movimento a judicialização de conflitos e a delegação de atribuições a juízes e tribunais. A propósito, percebeu-se que o Judiciário aparece como um superego da sociedade, já que serve como concretizador dos valores sociais.

Ao assumir essa postura, o Judiciário adquire uma roupagem que se identifica no ativismo judicial, caracterizado por um modelo interpretativo fluido, ora representado pelo rompimento dos limites normativos da função jurisdicional. A postura ativista é problemática, já que desafia o esteio normativo-constitucional e pode levar à substituição da vontade democrática.

No que tange ao processo penal brasileiro, constatou-se um desenho normativo acusatório, marcado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, em que o magistrado deve apenas julgar. Nessa lógica, a imparcialidade do juiz torna-se requisito orgânico sobre o qual deve alicerçar-se a persecução penal do Estado, revelada no juiz criminal como ocupante do posto de garantidor dos direitos fundamentais.

Daí porque, nessa sistemática, descabem posturas judiciais que tornem o julgador também o acusador. O exercício de funções que extrapolam o papel de juiz-garantidor é típico de um comportamento ativista, já que contrapostas às disposições legais e constitucionais dos papéis a serem desempenhados pela jurisdição criminal. No entanto, destaca-se que, apesar de todo o arcabouço normativo que ampara o modelo acusatório, também se verificou a existência de uma crise identitária no processo penal, marcada por resquícios estruturais e culturais de um perfil processual inquisitório.

De toda maneira, a partir das duas decisões analisadas, a despeito da referida crise identitária, observou-se um trunfo da figura do juiz-garantidor, então normativamente disposta. Os tribunais superiores acoimaram posturas judiciais ativistas, aplicando as normas relativas às estritas funções a serem exercidas pelo juiz criminal.

Por certo, ao mesmo tempo em que se observou a resistência de problemáticas práticas de juízes criminais, o sistema jurisdicional diminuiu o espaço para o ativismo judicial criminal. Essa constatação aponta para a progressiva construção de um modelo de atuação desses magistrados que seja, normativamente,

orientada às disposições constitucionais e legais, as quais estabelecem o papel do Judiciário na persecução criminal.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 5 – 43, 2010.
- BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 325 – 336. 2008.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 509.030/RJ. Impetrante: Ricardo Pizarro Carnelos e outros(as). Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relato: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 fev. 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 164.493. Impetrante: Cristiano Zanin e outros(as). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09 de março de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 jun. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião das promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 202, abr./jun, p. 159–179. 2014.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Colômbia: Têmis, 2000.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 – 408, jan. – fev. 2015.

KHALED JR., Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Traduzido por: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183 – 202. 2000.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Tese de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais) – PUCRS, Porto Alegre, 2016.

# AS FUNDAMENTAÇÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MEIO PARA A LIBERDADE: RAWLS, ALEXY E AS CRÍTICAS DE TUGENDHAT

**Rodrigo Henrique Pitton**

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

E-mail: [rodrigopitton2@gmail.com](mailto:rodrigopitton2@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/1346055533690903>

**Alexandre Garrido da Silva**

Doutor pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

E-mail: [garridosilva81@gmail.com](mailto:garridosilva81@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/0282309799374234>

**Resumo:** O presente artigo versa sobre as fundamentações do mínimo existencial sob o aspecto da liberdade, de acordo com o pensamento de Robert Alexy. Por sua vez, aborda-se também o pensamento de Ernst Tugendhat, que se contrapõe à ideia do primeiro autor: a utilização do mínimo existencial como um instrumento para a liberdade. Assim, Tugendhat aponta criticamente no sentido inverso, defendendo a própria autonomia do direito constitucional, como um fim em si mesmo. Busca-se, desse modo, com base nas leituras das obras e artigos dos autores, apresentar uma compreensão ampla e diversificada do conceito, que possui relação direta com a justiça e com o desenvolvimento democrático. **Palavras-chave:** Mínimo existencial. Liberdade. Direitos Fundamentais. Robert Alexy. Ernst Tugendhat.

## 1. Introdução

O mínimo existencial, enquanto um conjunto básico de condições materiais para uma vida digna, nunca se tornou tão essencial ao longo dos últimos anos. A pandemia de coronavírus causou não apenas milhões de mortes ao redor do mundo, mas

também acentuou as desigualdades socioeconômicas<sup>1</sup>. No Brasil, milhões de pessoas sobrevivem abaixo de um patamar de vida digna, em uma espécie de subcidadania, sem acesso a seus direitos fundamentais básicos, como demonstrado pelo retorno do país ao Mapa da Fome (JORNAL NACIONAL, 2022).

É diante desse cenário de injustiça constante presente no Estado Democrático de Direito que se faz necessário fundamentar o conceito de mínimo existencial. Tal artifício pode ser feito por uma via instrumental do conceito, com vistas à liberdade – mais comum entre pensadores como John Rawls, Michael Walzel e Robert Alexy. Isso, pois, embora muitas democracias liberais busquem minimizar as desigualdades sociais, enfrentam dificuldades em concretizar duas dimensões: a social e a liberal, no mesmo ordenamento jurídico.

No entanto, não satisfeito esse aspecto liberal do mínimo existencial, ainda se apresenta uma fundamentação autônoma, quer dizer, a garantia do mínimo existencial sem necessitar de qualquer suporte se não ele mesmo. É o que Ernst Tugendhat busca realizar em sua obra Lições sobre Ética.

Esses pensadores foram escolhidos de acordo com a divisão interpretativa do jurista Daniel Sarmiento (2016). Segundo o autor, as fundamentações do mínimo existencial podem ser categorizadas entre uma explicação instrumental do conceito – quer dizer, dependente de outro valor ou direitos – e uma autônoma – que vale por si mesmo. Alexy e Tugendhat, apesar de divergirem em pensamento, apresentam grandes riquezas em suas ideias, contribuindo para o fortalecimento conceitual do mínimo existencial e, dessa forma, do desenvolvimento democrático, das

---

<sup>1</sup> Segundo relatório da ONG Oxfam International, além dos quase 3,2 bilhões de pessoas que viviam, antes de 2020, abaixo da linha da pobreza, de acordo com o Banco Mundial, a pandemia trouxe mais 163 milhões de pessoas a essa categoria. Por outro lado, do início da pandemia a novembro de 2021, um novo bilionário surge a cada 26 horas e a fortuna dos 10 homens mais ricos do mundo duplicou. (OXFAM INTERNATIONAL, 2002).

conquistas sociais e da autodeterminação dos cidadãos na busca pelos seus direitos.

## 2. O mínimo existencial e os direitos sociais

A história moderna dos direitos sociais tem início em meados do século XIX com um ciclo de revoluções sociais que se estabiliza até a Segunda Guerra Mundial<sup>2</sup>. Até então, influenciado pelo liberalismo, o Estado se autocontinha para garantir os direitos negativos do indivíduo. Por conta disso, exigia-se apenas do Estado ações como “não faça, não reprima, não censure. Nada fazer, no comum das vezes, não reclama custos, não reclama aparato.” (AMARAL, 2001, p. 111).

Porém, o surgimento de novas exigências, “como os de bem-estar social e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado” (BOBBIO, 2004, p. 32), alterou a maneira pela qual o Estado se portava, ou seja, tornou-se agente responsável pela realização dessas garantias – isso, visto sobretudo nas Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Na eficácia desses direitos, é necessário, antes de tudo, um aparato estatal estruturado, o qual, costumeiramente, requer cobertura de gastos.

No entanto, apesar dessa morosa positivação dos direitos sociais, parte desse conjunto não encontrou e ainda não encontra sua plena efetivação de fato, uma vez que há uma série de problemas com relação à sua juridicidade, que, como observa Ana Paula de Barcellos, é tanto teórica, como técnico-jurídica (2007, p. 101). Entre os problemas teóricos, vale destacar sua fundamentação, ou seja, o motivo para existirem, serem cobrados

---

<sup>2</sup> Ainda se poderia falar em uma “pré-história” dos direitos sociais, realizada por instituições – muitas vezes, não estatais – na Antiguidade e Idade Média, por meio das quais se desenvolveu uma sensibilização para o social, vista em cartas de direitos (PISARELLO, 2007, p. 19).



pelo Estado, sua extensão – isso, diante do colapso do socialismo real e da crise dos estados-providência (ROSANVALLON, 1997).

Quanto aos problemas técnicos-jurídicos, cumpre ressaltar a dificuldade de implementar esses direitos, já que envolvem recursos financeiros, aparato estatal – como estruturas físicas, logísticas, pessoais etc – e políticas públicas<sup>3</sup>. É de se mencionar que as receitas públicas são advindas da tributação, de modo a emergir o problema de recursos escassos para necessidades ilimitadas, tema de estudo da chamada reserva do possível. Outro problema enfrentado, muitas vezes, é a de que alguns direitos fundamentais se encontram sob a forma de princípios, tornando sua interpretação imprecisa, como a própria dignidade da pessoa humana.

É diante desses impasses que foram desenvolvidos mecanismos para evitar uma omissão injustificada ou insuficiente por parte dos poderes Executivo e Legislativo: entre tais soluções, a figura do mínimo existencial, enquanto um subconjunto seletivo de direitos sociais, econômicos e culturais – menor, mais preciso e exigível do Estado –, com base sobretudo na sua essencialidade e outros critérios (BARCELLOS, 2007, pp. 100-109). Corresponde às garantias materiais básicas para que um ser humano possa viver sua vida – e, mais que isso, possa viver dignamente.

Na qualidade de um subconjunto de direitos, a doutrina majoritária tende a convergir no fato de que se trata de “um núcleo básico, formado por um conjunto de prestações materiais mínimas, ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual se poderia afirmar que esse princípio foi violado” (DANIEL, 2013, p.

---

<sup>3</sup> É importante lembrar que, em um modelo de suporte fático para os direitos sociais, é necessária uma readequação à formulação clássica: os problemas enfrentados são relativos à falta de realização desses direitos pelo Estado, seja por uma ausência de intervenção, seja então por uma ação insuficiente. Já no suporte fático para as liberdades públicas, o preenchimento dos elementos âmbito de proteção, intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional para essa intervenção implica uma consequência jurídica do direito cerceado. (SILVA, 2010, pp. 73-7).

99). Isto é, coincide com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Na busca por fundamentações ao mínimo existencial, sejam elas instrumentais ou independente, como distingue Daniel Sarmiento, pode-se desde já esclarecer que Alexy e Tugendhat distinguem-se quanto à finalidade do mínimo existencial: para o primeiro, volta-se sobretudo à liberdade real; para o segundo, o fim é em si mesmo. Já, por sua vez, Alexy parte de um pensamento direcionado à liberdade, porém, caracteriza-se por tentar resolver problemas jurídicos e técnicos-instrumentais.

Nota-se, não obstante, que esses pensamentos não se excluem – na realidade, complementam-se. Seja pela ausência de liberdade, seja pela não satisfação das necessidades básicas do indivíduo, é fato que a não garantia do mínimo existencial gera e perpetua injustiças, na medida em que as pessoas, muitas vezes, sequer dispõem de condições para tomar conhecimento de seus direitos e reivindicá-los propriamente, impossibilitando o acesso à Justiça. De fato, esse direito, doutrinária e jurisprudencialmente, configura um grande objeto de controvérsias, e sua fundamentação é apenas uma dessas facetas.

### **3. A Fundamentação jurídica de Robert Alexy**

No campo da dogmática constitucional, o jurista alemão Robert Alexy notabilizou-se pela sua teoria dos direitos fundamentais na obra *Theorie der Grundrechte*. Para compreender a maneira pela qual seus pensamentos relacionam-se com o mínimo existencial e, mais que isso, fundamentam-no por meio dos direitos fundamentais e da liberdade, é necessário se atentar a alguns conceitos essenciais trabalhados pelo autor, como a distinção entre as regras e princípios, a teoria da ponderação, a fundamentação dos direitos fundamentais sociais, da liberdade fática e, finalmente, a aplicação desses conceitos ao mínimo existencial.

Em atenção a essa ordem, em uma análise estrutural das normas de direitos fundamentais, é possível identificar duas

espécies: regras e princípios. Em sua distinção, Alexy define princípios como

[..] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90).

Regras, por sua vez,

[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 91).

Nos conflitos normativos, algumas diferenças também podem ser notadas. No conflito entre regras, tipo de norma cuja aplicação é por meio da subsunção, a solução possível é, ora uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ora a declaração de invalidade de uma das regras. Já nos conflitos entre princípios, uma das normas tem precedência em face da outra, em razão das condições jurídicas e fáticas, ou seja, uma cede em lugar da outra, mas não será eliminada do ordenamento jurídico ou será incluída uma cláusula de exceção, como nos conflitos entre regras.

Em especial, nesse conflito de princípios, o procedimento metodológico é a ponderação: “Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico” (ALEXY, 2011, p. 64).

A ponderação, enquanto o método de escolha racionalmente fundamentada sobre qual dos princípios conflitantes deve ter

prevalência, é um elemento da teoria da proporcionalidade, que serve para proteger e otimizar os direitos fundamentais<sup>4</sup>. Pode-se extrair dessa teoria da proporcionalidade a lei da ponderação, na qual se afirma que, para o cumprimento de um princípio, é necessário a importância de outro. A escolha do princípio com maior peso não é aferida de forma absoluta: os pesos são relativos.<sup>5</sup>

Em termos práticos, de acordo com Ana Paula Barcellos:

Submetido o princípio em exame à ponderação, haverá uma redução dessas possibilidades de escolha e de sua própria extensão. Isso porque, de todas as escolhas disponíveis, será escolhida aquela que, realizando o princípio definido como prevalente (ou ao menos um conteúdo básico desse princípio), não despreze totalmente os demais, otimizando-os em alguma medida. A ponderação, portanto, transforma o princípio, para aquele caso, em uma regra, biunívoca e diretamente aplicável (BARCELLOS, 2007, p. 128).

Outro ponto a se considerar nesse tópico, para se chegar a um direito ao mínimo existencial, é a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Enquanto direitos fundamentais em sentido estrito, Alexy define os direitos fundamentais sociais a partir da seguinte constatação:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à

---

<sup>4</sup> A proporcionalidade se divide em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Neste último, o objeto de análise é a ponderação, que pode ser traduzida, em uma lei aplicável a todas as ponderações de princípios, da seguinte maneira: “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro” (LIMA, 2014).

<sup>5</sup> Essa lei da ponderação leva a um modelo geral de ponderação, o qual, embora não produza uma fórmula capaz de resolver todos os conflitos, permite a adoção de um critério que vincula a fundamentação, a argumentação jurídica e a racionalidade (TORRES, 2007, p. 495).

assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 499).

Ainda de acordo com o mesmo autor, apesar de os direitos fundamentais assemelharem-se aos direitos humanos, estão positivados em um ordenamento jurídico. Quer dizer, possuem pretensão universalista, mas têm por fonte de validade, ao invés de tratados internacionais, a Constituição de Estado dentro da qual estão inseridos (TREVISAN, 2015, p. 147).

Ora, é sabido que o modelo burguês da Constituição da Alemanha, com poucas exceções, não expressa direitos fundamentais sociais em seu texto.<sup>6</sup> Mesmo assim, grande parte dos doutrinadores, assim como a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, procuram dar suporte a essa classe de direitos, em especial, ao mínimo existencial<sup>7</sup>. Diante dessas fontes, Alexy enxerga na Constituição alemã “os direitos sociais como direitos adscritos às normas de direitos fundamentais expressamente previstas” (ANGELUCCI, 2015, p. 20), ou seja, enxerga “pontos de apoio”, a partir dos quais traça argumentos em defesa dos direitos fundamentais sociais.

Dentre esses pontos de apoio, está a concepção de duas espécies de liberdade: uma jurídica, determinada pelas normas de permissão, e outra, fática, de possibilidades reais de atuação do sujeito, independente da liberdade jurídica. A conexão de ambas é

---

<sup>6</sup> Em uma breve leitura, pode-se constatar, como ponto de apoio aos direitos prestacionais, a obrigação dos poderes estatais em proteger a dignidade humana, no artigo 1º, §1, 2, a cláusula do Estado Social, no artigo 20, §1, e artigo 28, §1, 1. Também cumpre mencionar o artigo 6º, §1 e §5, em proteção da família e dos filhos ilegítimos, e o único direito fundamental social expresso, no artigo 6º, §4, enquanto direito da mãe de ser protegida e assistida pela comunidade.

<sup>7</sup> De maneira análoga, sobre o direito ao mínimo existencial, afirma Alexy: “Não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina” (ALEXY, 2008, p. 437).

evidente, de modo a se traduzir em uma tese geral: a liberdade jurídica não possui valor algum sem a existência da liberdade fática<sup>8</sup> – é claro, algumas diferenciações a essa tese são contempladas<sup>9</sup>. Assim, haveria a necessidade da atuação estatal, em geral, a fim de que a liberdade fática dos cidadãos encontrasse base em um espaço vital por eles controlado.

Em aceitação a essa lógica organizada pelo autor, haveria necessidade de repartir as tarefas sobre como a liberdade fática e a liberdade jurídica seriam efetivadas – os direitos fundamentais deveriam proteger esta, e o processo político, aquela. No entanto, não bastasse a pretensão de tornar viável os direitos fundamentais sociais de acordo com a liberdade, é também necessário fundamentar a razão do por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais sociais contém em si a liberdade fática.

Desse modo, Alexy apresenta dois argumentos favoráveis à liberdade fática: o primeiro, na sua importância para o indivíduo. Em uma orientação didática, afirma o autor:

Para utilizar apenas três exemplos, para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo (ALEXY, 2008, p. 506).

Nessa condição, para a pessoa necessitada, as liberdades jurídicas chegam a ser mera “fórmula vazia”, isto é, entre as suas

---

<sup>8</sup> Duas passagens citadas pelo jurista transmitem bem a concepção das duas espécies de liberdade: uma, de Lorenz von Stein: “A liberdade é real apenas para aquele que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação” (ALEXY, 2008, p. 504, apud, STEIN, 1921, p. 104). A outra, do julgado BVerfGE 33, 303, do Tribunal Constitucional Federal, também conhecido como “*numerus clausus*”- cujo tema tratava do acesso à universidade pública em vista da limitada quantidade de vagas – “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”.

<sup>9</sup> Cf. pp. 503-4, em que Alexy demonstra vários exemplos de diferenciações a essa tese geral (ALEXY, 2008).

prioridades, está em primeiro lugar a saída dessa condição degradante.

O segundo argumento se relaciona com o primeiro, na medida em que torna os direitos fundamentais, principalmente o da dignidade humana, orientados pela liberdade fática, já que estes são uma “expressão de um sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social” (ALEXY, 2008, p. 506). Da mesma maneira, se estão orientados ao livre desenvolvimento da personalidade humana, “também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 506). Portanto, os direitos fundamentais abarcam a liberdade jurídica e a liberdade fática.

Em contraposição aos direitos fundamentais sociais, podem-se mencionar o debate acerca da competência de elaboração dessas normas: segundo Alexy, como os direitos sociais possuem um conteúdo de difícil definição<sup>10</sup>, caberia ao Legislativo, o poder político, determinar o conteúdo dessa norma. Portanto, a norma não é sindicável pelo Judiciário até ser elaborada pelo Legislativo. Outro ponto relativo a essa competência é a da separação dos poderes: como são direitos de elevado custo, se o Judiciário se responsabilizasse pelos gastos, estaria determinando grande parte da política orçamentária do Estado, ideia inconciliável com a separação dos poderes. Por isso, caberia aos outros poderes o controle do orçamento e de suas receitas. Por fim, há o argumento de incompatibilidade, ou, no mínimo, colisões, entre os direitos fundamentais sociais e outros direitos constitucionais materiais, a exemplo de direitos de liberdade individual.

Uma vez considerados, também, os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais em sua obra, Alexy propõe uma solução: um modelo que leve em consideração ambos os lados,

---

<sup>10</sup> Até o menor deles, o mínimo existencial, apresenta dificuldades em determinar seu exato conteúdo.

favoráveis e contrários aos direitos sociais; uma ideia-guia, na qual “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” (ALEXY, 2008, p. 506), como é o caso das cláusulas pétreas. Assim, a partir dessa fórmula, a definição de quais direitos fundamentais sociais os indivíduos têm passa por um sopesamento de princípios.

De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2008, p. 512).

Na satisfação desses princípios – levando em consideração um impacto mínimo causado pela ponderação – ter-se-iam direitos fundamentais sociais mínimos, tal qual o mínimo existencial.

Portanto, na análise de um direito fundamental ao mínimo existencial – em casos reais, o princípio da liberdade fática exige esse direito com urgência –, estão em ponderação, principalmente, de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade fática, da autonomia, pelo qual a pessoa possa atuar autônoma e livremente, e o princípio da igualdade real. Por outro lado, estão os princípios da separação dos poderes, da competência do legislador e o limite imposto pelos direitos de terceiros.

Em defesa da dignidade da pessoa humana, princípio mais amplo que os demais, pode-se afirmar que os últimos princípios destacados não são absolutos, principalmente a separação dos poderes e a competência do legislador, que servem como meios, e não fins em si próprios; não são também absolutos, pois podem ser relativizados. Os direitos de terceiros, como no caso da liberdade individual e da propriedade privada, obviamente não preponderam



sobre a dignidade da pessoa humana. Logo, chega-se à definição do princípio de maior peso: a dignidade da pessoa humana.

Porém, ainda na fase da ponderação, também se deve ater à medida que menos afeta os outros princípios. Por isso, como resultado plausível, a dignidade da pessoa humana, a autonomia e a igualdade real se farão presentes minimamente em uma regra biunívoca, sindicável pelo Judiciário e não podendo se opor aos princípios críticos dos direitos fundamentais sociais. Como se sabe, esse resultado, o mínimo existencial, contempla o conjunto de prestações materiais mínimas.

Enquanto direito fundamental capaz de desenvolver a personalidade humana, sua autonomia e dignidade, o mínimo existencial está, logo, orientado pela liberdade fática, isto é, serve como pressuposto para garantir as possibilidades reais de atuação do sujeito, inclusive a de notar, compreender e lutar pelos seus direitos no Judiciário.

#### **4. Críticas da fundamentação independente de Ernst Tugendhat**

Nessa discussão, outra fundamentação curiosa de se analisar é a do filósofo alemão Ernst Tugendhat. Sua corrente de pensamento aponta para um sentido contrário daquelas desenvolvidas por John Rawls e Robert Alexy. Como será visto adiante, Tugendhat não adere a um posicionamento que fundamenta direitos, como o mínimo existencial, em prol de um ideal de liberdade. Na realidade, trata-os como um fim em si mesmo.

Assim como no outro tópico, não se pretende analisar seu pensamento em exaustão, mas, de forma sucinta e clara, explicá-lo a ponto de se tornar possível a relação com os fundamentos do mínimo existencial.

Em oportunidade, cabe destacar que o filósofo faz uso da Filosofia Analítica da Linguagem para compreender os significados da moral e da ética. Essa filosofia consiste no

[...] esclarecimento, reflexivo, de conceitos, isto é, daqueles conceitos indispensáveis à nossa compreensão do que quer que seja. Por meio do exame e clarificação de tais conceitos, a filosofia guarda uma relação com o todo – “com o todo de nossa compreensão”. Sendo assim, afirma Souza, a filosofia (sem se confundir com a linguística) trata de uma explicação conceitual do uso das palavras, mediante a utilização de um método analítico, método que, ele reconhece, tem “um caráter hermenêutico latente” (LEAL, 2011, p. 15, apud, SOUZA, 2005, p. 134).

Esse método de análise da linguagem serve de meio para resolver a “pergunta fundamental da filosofia tradicional que era a do ser ou, em seus termos, do que significa representar um objeto” (LEAL, 2011, p. 15). Esse esclarecimento de conceitos obviamente também engloba as ações humanas, visto em uma busca de definir palavras como “correto”, “justo” ou “bom”. Isso traz à tona temas morais envolvendo política e ética, tais quais a democracia, direitos humanos e justiça social.

Tugendhat parte então na tentativa de esclarecer o que significa justificar uma moral moderna e como se deve defini-la. Essa moral não se funda em uma autoridade religiosa ou tradicional – a chamada moral antiga ou vertical. Funda-se na razão e tem como estrutura os interesses humanos, horizontalmente. Por isso, chega-se à conclusão de que, dessa moral baseada em interesses comuns, extrai-se um sistema de exigências recíprocas voltado a um conceito comum de bem, com forte feição contratualista (LACERDA, 2012, p. 165).

Uma vez racional, decorre da moral moderna duas características centrais: sua universalidade e sua igualdade, os quais farão parte da construção do Estado moderno, capaz de assegurar os direitos humanos. Justifica-se esse padrão de justiça por meio da premissa de que todos os seres humanos, embora empiricamente distintos, devam ser considerados moralmente iguais. A dignidade e o respeito mútuo atribuem essa igualdade entre as pessoas, todos contando como sujeitos de direitos. Direito, aqui, é entendido como correlato de uma obrigação (DIAS, 2007, p.

133). Quer dizer, essa moral igualitária não visa a uma distribuição de bens, mas à simetria e a reciprocidade entre os indivíduos e seus interesses: o outro passa a ser sujeito de direito, e não apenas um objeto de obrigações. Assim, nesse padrão de justiça, “aquele que é obrigado, é obrigado em relação a todos. Aquele que tem os direitos tem os direitos face a todos” (TUGENDHAT, 1996, p. 349).

Esta premissa estaria então na base tanto da perspectiva igualitarista como das perspectivas não igualitaristas. Para defender o não igualitarismo seria necessário dar um passo a mais e fornecer as razões para que os direitos e obrigações devessem ser desiguais. Haveria assim uma primazia do igualitarismo, o que não significaria ainda uma justificação final do igualitarismo. Para que o igualitarismo estivesse enfim justificado, seria ainda necessário recusar a existência de razões para a desigualdade. O ônus da prova, contudo, estaria nas mãos dos não-igualitaristas, ou seja, a eles caberia a apresentação de razões ditas satisfatórias (DIAS, 2007, p. 134).

De qualquer modo, importante notar que o primado da base igualitária serve tanto ao igualitarismo quanto ao não-igualitarismo – justifica-se para todos.<sup>11</sup> Assim, ter-se-ia a seguinte fórmula: “A distribuição deve ser igual, exceto se se puder justificar para todos as razões para uma distribuição desigual” (DIAS, 2007, p. 134, apud, TUGENDHAT, 1997). Já quanto às razões que justificariam uma limitação da igualdade, ou seja, razões as quais todos aceitassem, Tugendhat faz a distinção de dois tipos de discriminação: a primária, que faz logo de início uma diferenciação prévia de valor entre as pessoas. Assim, nem todos seriam iguais em questão de respeito, tal qual se viu inúmeras vezes ao longo da história humana.

---

<sup>11</sup> Um exemplo oferecido por Tugendhat é o de uma mãe que deve repartir um bolo a seus filhos. Se não há um bom motivo para dividi-lo desigualmente, ela pode simplesmente repartir o bolo igualmente. Agora, se ela o divide desigualmente e não explica o porquê, já que é seu ônus justificar a divisão arbitrária, age de forma injusta. Essa ação omissiva pode ser considerada injusta tanto por igualitaristas quanto por não-igualitaristas.

Obviamente, essa forma de discriminação não encontra espaço em uma moral igualitária moderna.

Porém, a discriminação secundária permite uma distribuição desigual, ao mesmo tempo em que respeita a igualdade de valor entre os indivíduos. Suas razões são requeridas como sendo sempre razões intersubjetivamente válidas em face de contingências. É o caso das reconhecidas ações afirmativas ou dos direitos sociais, em que ocorre um nivelamento social, por bons motivos. Enxerga-se, desse modo, que a igualdade, ao mesmo tempo em que exige um tratamento igual decorrente da dignidade e respeito igual, também exige desigualdades, por bons motivos, como visto nas discriminações secundárias.

Ainda em relação à justificação de um padrão de justiça, importante levar em conta a imparcialidade dos princípios morais – a não exclusão arbitrária de interesses dos indivíduos. Essa imparcialidade garante que os princípios morais sejam válidos para todos, universalmente. Portanto, em uma lógica procedimental de justiça, para Tugendhat, justo seria o princípio capaz de ser justificado conforme o interesse de todos.

Esse mesmo interesse de todos – considerados iguais e, a partir de contingências, capazes de receber algo a mais – é, segundo Tugendhat, a fonte legitimadora do poder do Estado, instância legal representante unitária de todos, nascida da exigência de se cobrar direitos e fazer valer sua força. Isso pode ser melhor explicado quando analisado do ponto de vista dos direitos: primeiramente, existem em relação a todas as pessoas, individualmente. Somente quando não cumprem suas obrigações os direitos existem em relação ao Estado, qual seja, um representante do coletivo, cujo dever é exigir o cumprimento das obrigações e garantir os direitos – em especial, direitos de defesa. Tugendhat, na linha do pensamento de Henry Shue, ainda enxerga mais dois níveis de obrigação do Estado. O primeiro, de que, embora proteja os direitos, o Estado deva ajudar os indivíduos acometidos dos maus. Também deveria ajudar àqueles que tiveram

seus direitos acometidos por catástrofes da natureza ou pela má sorte – obrigações que vão muito além da fronteira liberal.

Embora o pensador concorde com muitos liberais no sentido de que o Estado ganhe legitimidade por meio do interesse de todos, critica o liberalismo quando este não leva em atenção o interesse comum. Há dois motivos para isso: a experiência histórica demonstra a ignorância de vários liberais em aceitar o fato de que muitas pessoas sem recursos materiais não podem fazer uso de sua liberdade negativa; outro argumento é a desconsideração de mulheres, crianças, idosos, incapacitados – enfim, minorias – enquanto sujeitos de direito, ou então a consideração destes como anexos de homens adultos e capacitados. Em outras palavras, o liberalismo falha “por não levar suficientemente os indivíduos em consideração, ou seja, não tomar em consideração os interesses de todos os indivíduos.” Nesses casos, não são moralmente iguais em dignidade e respeito. O resultado disso é a criação ou definição de direitos capazes de prejudicar os interesses dos outros indivíduos.<sup>12</sup>

Alguns liberais alegariam que todos possuem liberdade para enriquecer ou comprar propriedades, porém, é de saltar à vista a falta de oportunidade e, assim, de liberdade dos necessitados em relação a pessoas com maior grau de riqueza ou poder. Nesse sentido, é possível afirmar que lhes falta uma liberdade positiva, conceito concatenado ao de condições materiais, do qual se extrai a criação de direitos socioeconômicos – o que claramente restringe a riqueza causadora das desigualdades, em prol da justiça –, bem como a falta de noções de escolhas, oportunidades e capacidades.

---

<sup>12</sup> Por exemplo, é recorrente encontrar ao longo dos capítulos da história humana a defesa exacerbada do enriquecimento ou da aquisição de terras seguidos de uma proteção estatal dos direitos dos proprietários. Do outro lado dessa faceta, muitas pessoas sem condições financeiras, vivendo abaixo de um mínimo existencial, tiveram seus interesses negados por essa perspectiva, sem poder adquirir recursos financeiros ou um pedaço de terra. Tugendhat, em contraposição a John Locke, discorda da ideia da livre disponibilidade de recursos, pois, na realidade, todos já estão dispostos nas mãos de alguns que ainda possuem a defesa do poder estatal para protegê-los de eventuais violações – o Estado protegeria unicamente um grupo seleto de pessoas e seus interesses, negando parte da sociedade.

É possível correlacionar esses três últimos conceitos, de tal modo que essas pessoas possam exercitar e aprimorar, por meio de oportunidades e escolhas, as suas capacidades.

Esse tipo de ajuda (externa), que pode ser oferecida de forma subsidiária pelo Estado, propicia a auto-ajuda (interna) na própria pessoa, no sentido de desenvolver suas capacidades e passar a ter como reconhecida sua autonomia e independência, necessidades fundamentais do ser humano. Esse dever de ajuda caberia sobretudo ao Estado, instituição fundada na consideração igual dos interesses de todos – com igual dignidade e respeito - bem como em sua efetivação, principalmente dos menos favorecidos, de sorte a garantir os direitos humanos. Os desfavorecidos poderiam ser pessoas afetadas pelo sistema social, pela sorte ou natureza.

De qualquer modo, garantem-se a dignidade e o auto-respeito, que correspondem a essa concepção ampliada de direitos humanos. Afinal, uma vez que tomada essa moral igualitária em prática, quando se respeita o próximo como sujeito de direitos, assumindo suas obrigações diante dele, concede-se a ele dignidade e valor absoluto. Quer dizer, o respeito ao outro enquanto sujeito de direito, e não apenas como objeto de obrigações. Essas obrigações, – reflexo dos direitos – vale ressaltar, derivam dos interesses, necessidades e direitos, e estes apenas resultam das necessidades (NAHRA, 2007, p. 171).

Portanto, reconhecido o outro como sujeito de direito, impossível seria afastar os direitos humanos de um nível mínimo de satisfação de necessidades básicas, o mínimo existencial. Assim, amplia-se o significado dos direitos humanos aos direitos socioeconômicos e aos direitos à ajuda para a auto-ajuda.

Desse modo, para Tugendhat, a indagação acerca de quais direitos uma pessoa tem ou não, ou então do direito ao mínimo existencial, passa a ser respondida pelos conceitos de necessidade ou interesse, com base na universalidade e igualdade. Em outras palavras, se todos contam como moralmente iguais, enquanto sujeitos de direitos, com respeito e dignidade, as contingências que desfavorecem grupos de pessoas justificam a atuação do Estado

para suprir a necessidade ou o interesse desses indivíduos, conforme a discriminação secundária. Daí surgem os direitos humanos e, especialmente para suprir as necessidades, o direito ao mínimo existencial – uma justificação moral.

A dignidade garante essa ampliação do significado dos direitos humanos, os quais são definidos pelas necessidades fundamentais. A liberdade, apesar de extremamente importante, é apenas uma dessas necessidades fundamentais, ao lado da necessidade da vida, da educação, da saúde, entre outros.<sup>13</sup>

Em sua crítica a Alexy, Tugendhat destaca a insuficiência fundamentadora de se expandir o conceito de liberdade aos direitos sociais sem levar em conta a ajuda para auto-ajuda. Não bastam recursos externos, deve-se buscar a capacitação do indivíduo para que possa adquirir sua autonomia. Diferentemente de Alexy, o qual faz da garantia da liberdade uma norma para compreender os direitos humanos, Tugendhat retoma o conceito de necessidade fundamental para se adquirir autonomia e dignidade. Dessas conquistas, possibilita-se que o sujeito de direitos possa acessar à Justiça, de modo a reivindicar novos direitos e romper os ciclos de injustiça.

---

<sup>13</sup> “Até Alexy escreve: ‘Direitos fundamentais devem garantir a liberdade’, e por isso ‘o argumento principal para direitos sociais fundamentais’ inclusive teria que ser ‘um argumento de liberdade’. A orientação unilateral a partir da liberdade é contudo falsa até para a tradição liberal, porque sobretudo o direito à vida e à integridade física não é um direito de liberdade. Além disso, a idéia de uma condição natural é, visto do ponto de vista moral, um mito ruim, porque ele parte exclusivamente dos adultos que têm condições de providenciar por si mesmos. Nenhum indivíduo jamais teria podido sobreviver se não tivesse nascido no interior de uma comunidade. Precisamos, contudo, reconhecer naturalmente a liberdade e a autonomia do indivíduo como um bem central, e por isso a necessidade de ser protegido em sua liberdade como um direito moral central. Mas fundamental para a pergunta pelos direitos que a gente tem somente pode ser o conceito de necessidade (ou do interesse). O lugar da necessidade ficaria no ar se ela não fosse uma das necessidades fundamentais do indivíduo a ser reconhecida moralmente, da mesma forma como a necessidade da integridade física (...)” (TUGENDHAT, 1996, p. 357).

Desse modo, o mínimo existencial deixa de ser um mero instrumento para outros princípios, valores ou direitos. Em Tugendhat, os direitos, sobretudo o mínimo existencial, surgem das necessidades e devem atendê-las, como fundamento autônomo da justiça. É um dos pressupostos básicos para, não apenas a realização da justiça social, como também para maiores conquistas sociais.

## **5. Conclusão**

Pôde-se perceber que Robert Alexy e Ernst Tugendhat buscaram, por caminhos diferentes, alcançar a compreensão do mínimo existencial. O primeiro, pautado pelo conceito de liberdade, por meio da ciência jurídica. Em essência, pondera a dignidade humana com outros princípios que são suscitados pelos críticos dos direitos socioeconômicos, chegando então à redução máxima da dignidade da pessoa humana e outros princípios ao mínimo existencial. Torna-o em um núcleo básico inalienável, obrigatório de ser prestado pelo Estado e sindicável pelo Poder Judiciário.

Tugendhat, em confronto com o pensamento de Alexy, retira do mínimo existencial essa característica acessoriedade. Funda-o no atendimento das necessidades humanas, e não apenas para atender uma delas, qual seja, a liberdade. Suas críticas apontam não apenas para o fato de que nem todos são considerados realmente iguais, mas também para o fato de que as necessidades humanas e a dignidade humana não se subsumem ao conceito de liberdade.

De um modo geral, apesar das divergências, os dois pensadores complementam e articulam uma maneira ampla de se enxergar o mínimo existencial. Trata-se de um debate essencial à justiça, em vista das crescentes desigualdades sociais que impactam não apenas as liberdades – sejam elas fáticas ou jurídicas – dos indivíduos, mas também sua capacidade de autodeterminação – torná-los não somente livres, mas também



sujeitos de direitos autônomos –, bem como seus direitos fundamentais. Sua fundamentação potencializa a garantia desse direito e o combate às desigualdades.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Brasil volta ao Mapa da Fome das Nações Unidas. **JORNAL NACIONAL**, 06 de jul. 2022.
- DALL'AGNOLL, Darlei (org.). **Verdade e respeito: a filosofia de Ernst Tugendhat**, Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.
- DIAS, Maria Clara. Uma concepção subjetiva de Justiça: das razões para o tratamento desigual em uma perspectiva moral universalista. In: DALL'AGNOLL, Darlei (org.). **Verdade e respeito: a filosofia de Ernst Tugendhat**, Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.
- DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle constitucional de políticas públicas**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- LACERDA, Bruno Amaro. Justiça e igualdade no contratualismo simétrico de Ernst Tugendhat. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 104, jan./jun. 2012.
- LEAL, Roberto Basílio. **Tugendhat e uma moral de respeito universal: implicações na educação**. Orientador: Paulo Evaldo

Fensterseifer. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação em Ciências, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2011.

LIMA, André Canuto de Figueiredo. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 1 fev. 2022.

NAHRA, Cinara. Tugendhat e os direitos humanos. In: DALL'AGNOLL, Darlei (org.). **Verdade e respeito: a filosofia de Ernst Tugendhat**, Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

OXFAM INTERNATIONAL. **A Desigualdade Mata: A incomparável ação necessária para combater a desigualdade sem precedente da Covid-19**. Reino Unido: [s. n.], jan. 2022. DOI 10.21201/2022.8465. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/justica-social-e-economica/forum-economico-de-davos/a-desigualdade-mata/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise dos Estados-Providência**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial: *the right for basic conditions of life*. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 08, n° 04, pp. 1644-1689, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>>. Acesso em: 20 out. 2022.

SOUZA, José Crisóstomo de. Ernst Tugendhat: um filósofo analítico interessado em problemas humanos. In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). **A filosofia entre nós**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 134.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEIN, Lorenz von. **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, v. 03 (Ausg. Solomon), München: Drei Masken, 1921.

- TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TREVISAN, Leonardo Simchen. Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, v. 10, n. 01, 2015.
- TUGENDHAT, Ernst. Igualdade e universalidade na moral. In: NAVES DE BRITO, A.; HECK, J. (Org.). **Ética e Política**, Goiânia: Editora UFG, 1997.
- TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

## O ITINERÁRIO DE UM ESTUDO SOBRE SENTIDOS E SIGNIFICADOS DE ACESSO À JUSTIÇA

**Íngride Ohana de Queiroz Lima**

Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

E-mail: [ingride@usp.br](mailto:ingride@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/9729036177054325>

**Paulo Eduardo Alves da Silva**

Professor Associado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP  
USP.

Email: [pauloeduardoalves@usp.br](mailto:pauloeduardoalves@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/8525107983606820>

**Resumo:** Este artigo visa apresentar o andamento de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do mestrado, que reflete sobre as percepções de acesso à justiça que residentes em uma cidade pequena podem ter, considerando os contextos sociais e locais que guardam características próprias. A pesquisa está inserida nos estudos sociojurídicos, com base em bibliografia interdisciplinar, a partir da ideia de que o acesso à justiça poderá se dar por instituições formais ou informais, por mecanismos governamentais ou não, segundo Galanter. Assim, baseando-se nos estudos de Silbey e Ewick sobre *legal consciousness*, a pesquisa está voltada para a dimensão constitutiva de direito, em que as pessoas, a partir das suas próprias experiências, formulam os signos sobre como percebem o mundo. Trata-se de uma pesquisa empírica qualitativa, com o objetivo de descrever as percepções de acesso à justiça dos residentes em uma cidade pequena, a partir das suas experiências, considerando os eventos, práticas e relações cotidianas e de que forma buscam (ou não) a concretização de direitos no contexto em que se encontram. Desta forma, este artigo pretende divulgar o avanço da pesquisa, com os pontos de partida para o estudo, os aspectos metodológicos trabalhados e os dados sobre a cidade em que serão realizadas as entrevistas, finalizando com o plano de trabalho para continuidade do estudo.

**Palavras-chave:** acesso à justiça; consciência jurídica; percepções.

## 1. Introdução

Refletir sobre o acesso à justiça demanda identificar as suas múltiplas dimensões, diferenciando os contextos sociais que guardam características próprias. As pessoas, a partir das suas próprias experiências, acabam formulando os signos sobre como percebem o mundo e, mais especificamente, como entendem o acesso à justiça, o que pode ser influenciado por muitos fatores.

No III Seminário de Pesquisa da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, foi exposto o início da pesquisa, com a proposta que havia sido apresentada no processo seletivo para ingresso no mestrado (LIMA, 2021). A proposta era comparar as percepções de acesso à justiça de usuários do CRAS de dois municípios - Barrocas e Ribeirão Preto, situados em regiões diferentes do Brasil e com diferentes aspectos socioeconômicos.

Com a progressão dos estudos bibliográficos e construção do referencial teórico, surgiu um desafio: comparar as percepções de moradores de duas cidades com características tão diferentes poderia contaminar os resultados, tendo em vista a disparidade de estruturas. Com isso, decidimos recortar a pesquisa para que seja feita somente a descrição das percepções dos residentes de um município, cujas particularidades permitirão uma análise a partir de um aspecto local.

A proposta de pesquisa se deu em razão da suspeita de que as condições desiguais que se tem podem influenciar as percepções de acesso à justiça. A hipótese é de que a disponibilidade de órgãos e todo o aparato institucional poderá influenciar em como são construídos os sentidos e significados pelos residentes de uma cidade. E, especialmente, em cidades localizadas fora dos grandes centros urbanos, como essa dimensão constitutiva do direito poderá ser formada e como os signos podem ser modificados.

Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever as percepções de acesso à justiça dos residentes em uma cidade pequena no nordeste do Brasil, a partir das suas experiências, e quais elementos as

compõem, em uma pesquisa empírica qualitativa. Para isso, será necessário explorar os conceitos e as categorias de análise vinculados aos estudos da dimensão constitutiva do direito, sobre consciência jurídica e acesso à justiça, com base em revisão bibliográfica; descrever quais são as percepções de acesso à justiça dos moradores de Barrocas/BA a partir de entrevistas semiestruturadas, e analisar como compreendem o acesso à justiça a partir dos eventos, práticas e relações cotidianas e de que forma buscam (ou não) a concretização de direitos no contexto em que se encontram.

Motivações social, política e pessoal existiram para a escolha do tema, que não podem ser afastadas da construção do caminho que está sendo trilhado - a pesquisadora elegeu a sua cidade de origem, situada no interior da Bahia, para a realização das entrevistas, enquanto estuda na Universidade de São Paulo, localizada no estado com o maior número de unidades judiciárias do país (CNJ, 2022).

Desta forma, este artigo pretende divulgar o avanço da pesquisa, com o trajeto que está sendo percorrido, indicando na primeira parte quais são os pontos de partida para o estudo, com o referencial teórico estudado, em seguida quais são os aspectos metodológicos trabalhados, com dados sobre a cidade em que serão realizadas as entrevistas e, por fim, o plano de trabalho para continuidade do estudo.

## **2. Pontos de partida**

O conceito de acesso à justiça foi difundido especialmente com o Projeto Florença, patrocinado pela Fundação Ford, no qual as práticas em diversos países foram comparadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que apresentaram um relatório (única parte do extenso trabalho que foi traduzida para o português) que indicava que as barreiras a serem superadas no acesso à justiça seriam caracterizadas por três ondas: garantia de assistência

jurídica aos hipossuficientes, a representação de direitos coletivos e a informalização dos procedimentos para resolução dos conflitos.

Para Cappelletti e Garth, os problemas identificados poderiam ser superados a partir de reformas institucionais tomando por base essas três ondas, cuja solução é bastante vinculada ao poder judiciário e pela busca por solução de conflitos com intermédio do Estado como garantidor da proclamação dos direitos.

Para os autores,

[a expressão acesso à justiça serve] para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)

Os autores trabalham o conceito de acesso à justiça em um caráter institucional, o que, para Alves da Silva (2022), acaba por limitar a própria análise, já que direciona apenas para o direito processual e para a organização da justiça “a responsabilidade de neutralizar as desigualdades sociais e alcançarem um novo padrão desejável de acesso à justiça, o que pode não ser factível concretamente” (p. 60), pois se limita pela estrutura do sistema de justiça e do próprio direito.

Se o acesso à justiça for pensado com vínculo às instituições formais, deixaremos à margem de usufruir esse direito aqueles que vivem em situação de vulnerabilidade, seja geográfica, econômica ou social. Por isso, entenderemos o acesso à justiça como “a possibilidade de fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar a justiça” (GALANTER, 2015, p. 38), que se mostra mais adequado por tratar o acesso à justiça para além das limitações que o próprio direito oferece.

Assim, se a legalidade é uma construção social, constituída por ações e práticas cotidianas com “significados, fontes de autoridade

e práticas culturais que são comumente reconhecidas como legais, independentemente de quem os emprega ou para que fins” (SILBEY, 2005, p. 347), então o conjunto de atitudes e opiniões formam a consciência jurídica, conceito que está inserido nos estudos sobre o direito “na” sociedade, como trabalhado por Silbey e Ewick (1998).

É neste cenário que, para Felstiner, Abel e Sarat (1980-1981), é necessário compreender não só o papel da instituição (ou de funcionários dela) em um conflito, mas também o significado do próprio conflito e o seu resultado para as pessoas envolvidas, o que requer uma visão das origens, contexto, história de vida e as consequências do conflito, que somente pode ser obtida pelos participantes.

No mesmo sentido é a ideia de que “de fato, “ter o direito” designa tanto aquilo que pensamos legitimamente merecer, poder fazer, como aquilo que é garantido e permitido pelo direito, no sentido de fundamento jurídico” (ISRAËL, 2019, p. 164). Assim, o reconhecimento do direito de acesso à justiça - e não só da legalidade ou da resolução de conflitos - é percebê-lo como um aspecto para fornecer a justiça social.

Por isso, entender a consciência jurídica enquanto dimensão constitutiva de direito é também observar os sujeitos enquanto responsáveis pelos sentidos e significados de justiça, ainda que as suas práticas sejam discordantes dos seus discursos. Isso porque “articular um direito à percepção pelos atores dos seus direitos supõe, assim, traçar inter-relações e circulações de reivindicações, de sentidos e de conhecimentos entre pessoas, coletividades e instituições” (ISRAËL, 2019, p. 166).

Portanto, considerar as diversas possibilidades de resolução dos conflitos e concretização dos direitos, é pensar que existem diversos “ramos” simultaneamente em um processo não linear, em uma “árvore de disputas”, como definido por Albiston; Edelman e Milligan (2014). Para as autoras, esta seria a metáfora mais adequada para representar as pesquisas sobre disputas (dentro e fora dos tribunais), bem como as mobilizações



individuais e coletivas, em substituição à ideia de pirâmide de disputas, que se concentra nas resoluções legais dos conflitos, deixando de lado os meios “informais”; enquanto a árvore abarca as diversas naturezas de disputas e os seus tratamentos, em uma concepção orgânica e dinâmica.

Diante da multiplicidade de elementos que precisam ser considerados, pensar o direito em sua dimensão constitutiva é investigar o papel do direito no cotidiano, de que forma a interpretação do direito pode ser utilizada como ferramenta para entender as experiências. Como mapeado por Edelman e Galanter (2015), a perspectiva sociojurídica retrata o direito vinculando-o com a sociedade, a política e a cultura, entendendo-o de forma mais ampla do que os regramentos jurídicos, sendo que a mobilização pelos direitos requer uma visão das origens, contexto, história de vida e as consequências do conflito, o que somente pode ser obtido pelos próprios sujeitos (FELSTINER; ABEL; SARAT, 1980-1981).

Para os autores, as três as grandes dimensões do direito são a regulatória (mais voltada para as normas), a processual (tratando das ferramentas) e a constitutiva, que o identifica como um conjunto de símbolos e formas. As três dimensões coexistem e os estudos sociojurídicos pretendem enfatizar a consciência jurídica a partir do “fazer sentido”, que não se desvincula das instituições formais, porém, não é dependente dela.

Por isso, Edelman e Galanter (2015) entendem que o direito precisa ser embutido em seu contexto social para ser compreendido, já que é tanto produto quanto fonte das práticas sociais. Os autores ainda reforçam que os agentes de transformação, expressão utilizada por Albiston, Edelman e Milligan (2014) para definir pessoas que podem influenciar a decisão por buscar ou não uma solução de um conflito, podem impactar mais do que os próprios tribunais, sobre como deve ser moldado o comportamento das pessoas.

Todos esses fatores podem ser cruciais para a construção da percepção que as pessoas têm do acesso à justiça e são importantes para a compreensão, já que o acesso à justiça não é apenas

institucional, sendo necessário equacioná-lo a partir do fenômeno socioeconômico da desigualdade (ALVES DA SILVA, 2022). Em razão disso, o direito pode não ser percebido diretamente no cotidiano das pessoas que residem em pequenas cidades, que não procuram o Estado para solucionar alguma situação de conflito, embora experimentem o direito em seu cotidiano frequentemente.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios demonstrou, no levantamento sobre vitimização e justiça, que apenas 9,4% da população com mais de 18 anos reconheceu que passou por uma situação de conflito nos cinco anos anteriores à pesquisa e, dessas, somente 2/3 das situações de conflitos mais graves as pessoas buscavam a solução no poder judiciário (IBGE, 2010, pp. 197 e 199).

Propõe-se, diante disso, um estudo sobre a consciência jurídica (também chamada de “consciência de direito” e “consciência legal”), com base nos trabalhos de Patrícia Ewick e Susan Silbey (1998), buscando ouvir dos residentes de Barrocas/BA, pequena cidade localizada no sertão da Bahia, quais as suas percepções sobre o acesso à justiça, “de baixo para cima”, como define Sandefur (2008). As narrativas contribuirão para descrever o direito como produto das suas experiências e a consciência jurídica como conjunto de atitudes e opiniões destes, levando em consideração que a legalidade é uma construção social (SILBEY, 2005). A proposta surgiu diante da necessidade de interpretação dos contextos sociais para construção do fenômeno a partir de uma perspectiva local, para contribuir com o aprimoramento das soluções frente aos obstáculos e desafios contemporâneos voltados ao tema, ouvindo “quem não tem” (GALANTER, 2018).

Para o desenvolvimento da pesquisa, serão utilizados paradigmas diversos daqueles vinculados ao sistema de justiça, pois, como valorizado por Liora Israël (2019), focar nas utilizações mais concretas do direito e na tomada de consciência dos atores sociais, parece ser de grande pertinência para a situação atual, como reforça a autora, “é de fato relevante investigar como as pessoas, no seu confronto com as burocracias das repartições públicas, reivindicam ou negociam o acesso aos seus direitos,

especialmente aos seus direitos sociais, na prefeitura, na previdência social etc.” (ISRAËL, 2019, p. 167).

Diante disso, uma das premissas da pesquisa é a de que o poder judiciário, por si só, não é responsável exclusivamente pela efetivação de direitos e resolução dos conflitos (SADEK, 2014), sendo que a descrição de como as pessoas convivem com o direito nas suas experiências cotidianas, como interagem, compartilham e interpretam essas vivências, poderá contribuir para a compreensão do fenômeno do acesso à justiça.

Para tanto, trataremos o direito em sua dimensão constitutiva, como um conjunto de símbolos e formas que evocam significados e entendimentos (EDELMAN; GALANTER, 2015), levando em consideração o seu papel no cotidiano das pessoas (EWICK; SILBEY, 1998), falando diretamente com elas, para entender como culturalmente (a partir do contexto em que vivem) é moldado o pensamento e o comportamento social, não valorizando as regras e sanções, mas sim pelo fazer sentido (EDELMAN; GALANTER, 2015).

A pesquisa está sendo desenvolvida na área de concentração “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, na linha de pesquisa “Racionalidade jurídica e direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito”, do projeto 1 “Acesso à Justiça e Desigualdades”, que reúne pesquisas sobre os meios institucionais de processos decisórios e questões sociais, temas considerados centrais para o desenvolvimento sustentável e garantia dos direitos humanos, produzindo conhecimento interdisciplinar.

### **3. Aspectos metodológicos**

A busca pelo Estado para solucionar um problema ou um conflito pode ser um privilégio no Brasil, um país repleto de desigualdades sociais, econômicas, geográficas e institucionais, que podem ser multiplicadas a partir da existências delas mesmas. Cidades localizadas fora do eixo sul-sudeste do Brasil

são impactadas por diferentes políticas públicas e até pela sensação de segurança que as pessoas podem sentir - moradores da região norte do Brasil foram aqueles que menos declararam se sentirem seguros, enquanto a região sul apresentou os maiores índices (PNAD, 2010, p. 43).

O fator renda ganha destaque entre as desigualdades, ao considerarmos a alta concentração no Brasil, com 1% da população que tem os maiores rendimentos recebendo, em média, 38,4 vezes o rendimento da população com os menores rendimentos (IBGE, 2022, p. 10), sendo que a renda reflete em escolaridade, moradia, saúde e trabalho, um cenário que realça as vantagens de “quem sai na frente”, como indicado por Galanter (2018).

Além disso, o Justiça em Números (2022, p. 42) apontou o número de unidades judiciárias da justiça estadual existentes na Bahia (745) e no estado de São Paulo (1.553), enquanto o número de municípios-sede são, respectivamente, 203 e 320. Ou seja, São Paulo tem mais que o dobro de unidades do que a Bahia, mesmo não tendo o dobro de municípios-sede, situação que deve decorrer em razão do número populacional<sup>14</sup>, mas que também pode ser um indício de disparidade entre o aparato institucional disponível a partir do estado em que o sujeito reside e que também pode refletir no próprio uso pela população.

Do ponto de vista metodológico, essa característica da litigiosidade no Brasil impõe a consideração de alguns aspectos que atravessam o próprio objeto da pesquisa, que pretende estudar um contexto específico e, para isso, é preciso “levar em consideração as variações locais e peculiaridades que tornam este ambiente e este problema aquilo que são de modo único” (BECKER, 1999, p. 13).

---

<sup>14</sup> De acordo com o painel “PNAD Contínua” do IBGE, o estado de São Paulo tem 46,9 milhões de habitantes, enquanto a Bahia tem 15 milhões de habitantes. A análise exclusiva dos números não é suficiente para que se conclua que há uma desigualdade com relação à disponibilidade de instituições do sistema de justiça, mas pode dar indícios para reflexões futuras a respeito do tema. Os dados estão disponíveis para <https://painel.ibge.gov.br/pnadc/>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

Com a mesma expressão de Roberto Kant de Lima e Bárbara Lupetti (2010), é possível dizer que há um “descompasso” entre o que os cidadãos desejam e o que a justiça oferece e, por isso, a pesquisa empírica, com interdisciplinaridade, poderá produzir conhecimento que viabilize o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Por isso, propõe-se uma ruptura epistemológica com pesquisas jurídicas tradicionais, com a utilização de um método mais vinculado às pesquisas da sociologia do direito, porque, como registra Liora Israël, “a abordagem sociológica permite reconhecer a dificuldade dos atores para identificar quais são os seus direitos e como efetivá-los, e a maneira pela qual o horizonte judiciário está frequentemente distante, problemático, inacessível ou mesmo assustador para eles” (2019, p. 168), sendo esta identificação e compreensão um dos objetivos da pesquisa.

A opção por utilizar as entrevistas se deu pela possibilidade de compreender as realidades a partir das perspectivas dos sujeitos, de modo que a entrevista seria o método mais adequado para apreender as experiências dos atores sociais e “como instrumento que permite elucidar suas condutas, na medida em que estas só podem ser interpretadas, considerando-se a própria perspectiva dos atores, ou seja, o sentido que eles mesmos conferem às suas ações” (POUPART, 2014, p. 217).

As pessoas entrevistadas serão informadas sobre o tema e o objetivo da pesquisa, consultadas sobre o interesse em participar após a leitura do termo de consentimento livre e esclarecido que, em caso positivo, será assinado, com a informação de que poderão desistir a qualquer momento, com a possibilidade de exclusão do conteúdo já registrado.

As perguntas estão concentradas nas experiências, com tentativa de distanciar das instituições jurídicas formais. Por isso, o roteiro de entrevista foi construído considerando os seguintes eixos: *a)* informação e conhecimento sobre direitos; *b)* iniciativas para buscar a concretização do direito ou resolução de conflito; *c)* experiências anteriores com instituições formais do sistema de

justiça. Outras perguntas poderão surgir durante as entrevistas, ainda não previstas pela pesquisadora.

As entrevistas serão realizadas em Barrocas/BA<sup>15</sup>, cidade da caatinga situada na mesorregião nordeste baiano, interior do estado, com uma projeção atual de 16.225 habitantes<sup>16</sup>. A cidade é de pequeno porte<sup>17</sup>, com hierarquia urbana considerada “centro local”<sup>18</sup>.

A coleta de dados se dará pela abordagem direta ao público na cidade, cujo critério de seleção de amostragem será residir no município; com utilização do método da bola de neve para identificar outras pessoas, até a “saturação empírica” enquanto regularidade de apresentação das concepções e explicações dos sujeitos, que não trazem nas entrevistas ou observações informações suficientemente novas ou diferentes (PIRES, 2020, p. 198).

Para compor a amostra<sup>19</sup>, haverá uma preocupação sem rigor para que seja formado um grupo estratificado e diversificado, com representações paritárias de gênero. Ademais, “o ‘universo’ em questão não são os sujeitos em si, mas suas representações,

---

<sup>15</sup> Dados do município de Barrocas/BA produzidos pelo IBGE estão disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ba/barrocas.html>; <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/barrocas/panorama>; <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?=&t=oque-e>.

<sup>16</sup> O último censo, de 2010, apontou que a população era de 14.191 pessoas.

<sup>17</sup> Como consta na nota de rodapé nº 9, o termo “pequena cidade” será utilizado com base no critério de porte populacional do IBGE, segundo o qual cidades com mais de 10.000 habitantes são consideradas “urbanas” e cidades com até 25.000 habitantes são consideradas de “pequeno porte populacional” (IBGE, 2017).

<sup>18</sup> Para o IBGE, “a hierarquia urbana indica a centralidade da Cidade de acordo com a atração que exerce a populações de outros centros urbanos para acesso a bens e serviços e o nível de articulação territorial que a Cidade possui por estar inserida em atividades de gestão pública e empresarial. São cinco níveis hierárquicos, com onze subdivisões: Metrópoles (1A, 1B e 1C), Capitais Regionais (2A, 2B e 2C), Centros Sub-Regionais (3A e 3B), Centros de Zona (4A e 4B) e Centros Locais (5).” Informações disponíveis em: <https://cidades.Ibge.gov.br/brasil/ba/barrocas/panorama>. Acesso em: 14 de julho de 2022.

<sup>19</sup> Utiliza-se o conceito amplo de amostra, conforme explicado por Álvaro Pires (2014, p. 154).

conhecimentos, práticas, comportamentos e atitudes” (DESLANDES, 2021, p. 44), por isso a inclusão será progressiva, sem definição inicial do número de participantes.

Serão excluídos da amostragem: *a)* menores de 18 anos por conta da incapacidade legal; *b)* não residente na cidade no momento da entrevista ou que tenham se mudado para a cidade há menos de 10 anos; *c)* pessoas com educação de nível superior completo, uma vez que não há curso superior sediado na cidade, o que faz com que as pessoas tenham que se deslocar para outros municípios e experimentar outras realidades e isso pode influenciar as percepções; *d)* pessoas que tenham parentesco de até segundo grau com profissionais do direito.

Por ser uma pesquisa com técnica qualitativa, não se pretende desenhar um perfil dos moradores da cidade, mas sim promover um estudo exploratório, com o desenvolvimento de ideias a partir das narrativas dos entrevistados, de modo que não há uma preocupação com a amostra representativa da população da cidade como um todo, pois “por sua natureza, estudos exploratórios não produzem descobertas passíveis de generalizações. Portanto, a principal utilidade desses estudos é aumentar a percepção de problemas, ajudar a esclarecer conceitos e estimular o pensamento diferencial sobre fenômenos de interesse” (TRIPODI, 1981, p. 152).

Assim, a pesquisadora analisará os resultados para descrever as percepções, ciente de que é possível que as narrativas sejam representativas, ou seja, que não correspondam à exata compreensão que os sujeitos possuem sobre aquela questão ou que não tenham elaborado antes de ouvi-la, o que tentará ser minimizado a partir da observação de todas as respostas e da concessão de tempo para reflexão. Este ponto poderá ser minimizado com o esclarecimento do objetivo da pesquisa e reforçando a importância da colaboração dos entrevistados.

## 4. A pequena cidade

Um dos pressupostos dessa pesquisa é que as cidades que estão localizadas em grandes centros urbanos, com disponibilidade de instituições do sistema de justiça formal, possuem condições diferentes daquelas cidades que não as dispõem, o que interfere nas experiências das pessoas com a justiça e, por consequência, na formulação das suas compreensões sobre ela. A cidade de Barrocas, localizada no território do sisal do sertão da Bahia, está neste segundo cenário.

A primeira criação do município ocorreu em 09/05/1985 pela Lei nº 4.444, após vínculo com a cidade de Serrinha, localizada a 18km, da qual Barrocas antes foi distrito (Lei estadual nº 628, de 30 de dezembro de 1983), mas em 31 de dezembro de 1988 foi anulada, voltando a condição de distrito.

A situação mudou quando, em 30/03/2000, o município foi novamente emancipado, mas estava entre aqueles que foram objeto de discussão por conta da Emenda Constitucional 15/1996, alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por conta dos critérios estabelecidos para a criação dos municípios e pela ausência de lei complementar que definisse a matéria<sup>20</sup>.

O Congresso, por sua vez, convalidou por meio de nova emenda constitucional os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramentos cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, se tivessem atendido os requisitos das leis referentes ao tema do seu respectivo estado<sup>21</sup>, o que garantiu à Barrocas o status de município, como previsto na Lei estadual nº 7.620.

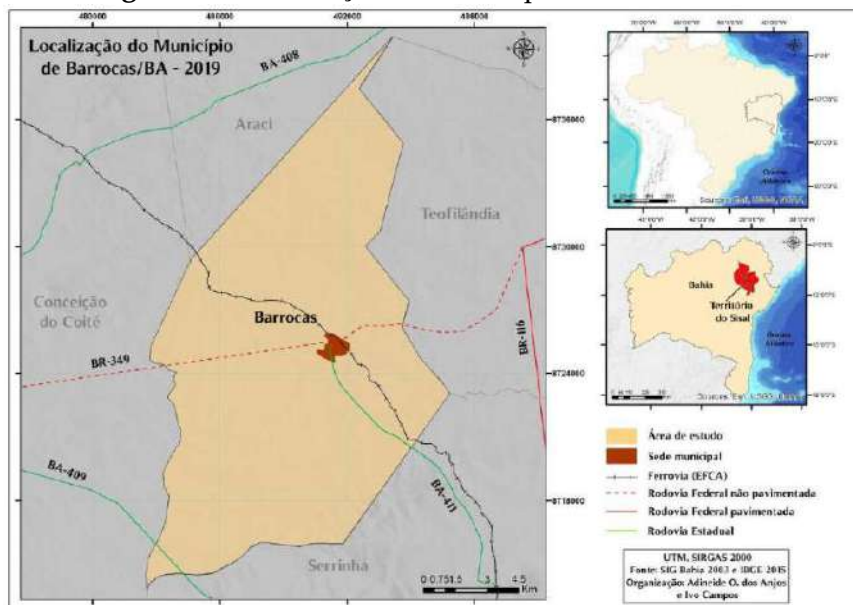
---

<sup>20</sup> A título de curiosidade, o município de Barrocas teve a sua emancipação no mesmo dia do município de Luís Eduardo Magalhães (BA), dia 30 de março de 2000, e que foi objeto da ADI 2.240/BA, cujo julgamento foi de inconstitucionalidade da lei que criou o município, mas pelo interesse social e pela segurança jurídica, deu prazo para o Congresso Nacional regulamentar a previsão da emenda.

<sup>21</sup> Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de



**Figura 1 – Localização do município de Barrocas/BA**



Fonte: ANJOS, 2020, p. 30

Para a Justiça Estadual, o município está na 5ª subseção judiciária (nordeste baiano), na região e circunscrição de Serrinha, de entrância intermediária. Para a Justiça do Trabalho, o município fica sob a jurisdição da comarca de Conceição do Coité<sup>22</sup>, enquanto que para a Justiça Federal, a jurisdição é de Feira de Santana<sup>23</sup>.

---

criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc57.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc57.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2022.

<sup>22</sup> Informações disponíveis em: [https://www.trt5.jus.br/varas?field\\_jurisdicao\\_tid=48](https://www.trt5.jus.br/varas?field_jurisdicao_tid=48)

<sup>23</sup> Informações disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br/sjba/institucional/competencia/competencia.htm>

Não há uma comarca instalada na cidade<sup>24</sup>, também não há Promotoria de Justiça<sup>25</sup>, tampouco Defensoria Pública<sup>26</sup>. Nesse cenário, já é possível perceber que para acessar os aparatos institucionais formais é necessário o deslocamento para a cidade mais próxima.

Já foi possível saber, por conversas informais com residentes na cidade, que em algumas situações há um redirecionamento para advocacia privada ou para a Defensoria Pública pode ocorrer quando as pessoas buscam a Prefeitura ou os seus órgãos para solucionar algum problema, mas esta é uma hipótese que precisará ser confirmada no campo, para saber se é uma regra.

Também foi identificada a Lei Municipal nº 213, de 25 de janeiro de 2011, que cria o Departamento de Assistência Jurídica ao Carente, vinculado à Secretaria Municipal de Assistência Social, a qual precisaremos investigar como funciona, qual a sua organização e como as pessoas podem usufruir do órgão.

O trabalho de campo que será realizado na cidade será importante para incorporar na pesquisa as características específicas e demográficas locais, a disponibilidade de políticas públicas, o acesso às instituições e como é o cotidiano dos residentes, a partir de dados secundários do IBGE e também da vivência da pesquisadora no local, com as narrativas dos entrevistados, que serão registrados em diários de campo.

---

<sup>24</sup> Informações disponíveis em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/comarcas/>

<sup>25</sup> A cidade de Barrocas fica na Promotoria Regional com sede em Serrinha. Disponível em: <http://www.perfil.sistemas.mpba.mp.br/Modulos/PJMPE/TelaInicial/TelaInicial.aspx>.

<sup>26</sup> As unidades da Defensoria Pública do Estado da Bahia mais próximas da sede de Barrocas estão nas cidades de Conceição do Coité e Serrinha. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/coordenadoria-das-defensorias-publicas-regionais/defensorias-regionais/>

## 5. Conclusão: considerações não conclusivas

As pessoas entrevistadas provavelmente demonstrarão as suas percepções sobre o acesso à justiça a partir do contexto em que se encontram, levando em consideração as suas relações, os eventos e práticas diárias. A partir da interação com moradores de Barrocas, será possível perceber como compreendem o direito, dentro ou fora do sistema jurídico formal.

As descrições das percepções levarão em conta as mobilizações, as formas de atuação e direcionamento, com intermediários ou não, o que irá ocorrer a partir da interação com o campo, o que possibilitará organizar nos eixos: *a)* informação e conhecimento de direitos; *b)* iniciativas para buscar a concretização do direito ou resolução de conflito; *c)* experiências anteriores com instituições formais do sistema de justiça.

No primeiro eixo, espera-se respostas que apontem sobre saber da existência ou não de direitos, já que entre os principais impasses do acesso à justiça pode ser a ausência de conhecimento sobre o próprio direito, seja para o seu reconhecimento ou para resolução dos conflitos, bem como as dificuldades de assimilação da linguagem técnica e específica da área, como já indicado por Felstiner, Abel e Sarat (1980-1981).

Em seguida, espera-se que indiquem quais reações tiveram ou teriam em caso de um conflito ou de violação e restrição de direitos, momento que podem mencionar instituições formais do próprio poder judiciário, instituições informais, associações comunitárias, organizações vinculadas à entidades de classe, acesso à operadores de direito, consultas a amigos e familiares (os agentes de transformação).

Na cidade onde serão realizadas as entrevistas, o Sindicatos dos Trabalhadores Rurais, a Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL), o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), as secretarias municipais de Saúde, Educação e Assistência Social e a Associação dos Professores Licenciados do Brasil – Secção da Bahia (APLB)

podem ser organizações citadas nas entrevistas como referências de informações e auxílio jurídico. O jornal local, que tem serviço de rádio e comunicação, também pode ser citado como fonte de informação sobre direitos.

Por fim, no terceiro eixo, as pessoas poderão narrar como foram as suas experiências anteriores com o poder judiciário, direta ou indiretamente. Imagina-se que os entrevistados abordarão as próprias situações, sobre eventual processo que já tenham ajuizado ou que tenham sido demandados, mas também poderão contar sobre situações que ouviram de outras pessoas conhecidas.

As diferenças podem surgir em razão das condições sociais, políticas, culturais e econômicas do Brasil e que podem ser barreiras na realização do próprio acesso à justiça, direito sem o qual não seria possível usufruir nenhum outro (CAPPELLETTI e GARTH, 1988; SADEK, 2014), sendo que até a dimensão continental do país deve ser considerada, diante das diversidades regionais (PELLEGRINI, 2018, p. 80).

Um dos desafios que poderá surgir durante as entrevistas é que as pessoas ainda não tenham elaborado sobre as perguntas, ou seja, é possível que durante a entrevista o entrevistado passe a refletir sobre o tema que lhe foi posto. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa, esse aspecto também será observado para entender a compreensão das pessoas.

As entrevistas serão realizadas no primeiro trimestre de 2023, para em seguida serem descritas as experiências, apresentando-se os dados utilizados para avaliação, com transcrição dos depoimentos, sendo possível a codificação das respostas a partir dos eixos indicados. Ao final, será feita a análise de como as pessoas compreendem o acesso à justiça e de que forma buscam (ou não) a concretização de direitos no contexto em que se encontram, levando em consideração as percepções sobre conhecimento e respeito aos direitos, os principais problemas e conflitos, os mecanismos de solução e as vias utilizadas, indicando quais os significados que construíram sobre o fenômeno, contribuindo para os estudos sociojurídicos sobre o acesso à justiça.

## Referências

- ALBISTON, Catherine R.; EDELMAN, Lauren B.; MILLIGAN, Joy. The dispute tree and the legal forest. **Annual Review of Law and Social Science**: Berkeley, v. 10, 2014, pp. 105-131.
- ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022.
- ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Por um acesso qualitativo à justiça - o perfil da litigância nos juizados especiais cíveis. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 75, pp. 443-466, jul./dez. 2019. pp. 443-466.
- ANJOS, Adineide Oliveira dos. **Análise geoambiental como subsídio ao ordenamento territorial do município de Barrocas/BA**. 2020. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2020.
- BAISSO, Arley de Matos. **Entre usos e resistências: um estudo sobre a consciência jurídica de pessoas transgêneras**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.
- BARROCAS. **Lei nº 01, de 11 de janeiro de 2001**. Organiza a Estrutura Administrativa da Prefeitura Municipal de Barrocas, criando Órgãos que denomina e dá outras providências. Barrocas: Câmara Municipal, [2001]. Disponível em: <http://www.barrocas.ba.gov.br/wp-content/uploads/2017/02/LEI001.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.
- BARROCAS. **Lei nº 213, de 25 de janeiro de 2011**. Altera a lei municipal nº 01/2001, criando no âmbito da Secretaria Municipal de Assistência Social os cargos que especifica e dá outras providências. Barrocas: Câmara Municipal, [2011]. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/barrocas/?pagina=abreDocumento&arquivo=37EB015B814B>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.
- BECKER, Howard. **Métodos de pesquisa em Ciências Sociais**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Índice de Acesso à Justiça**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio\\_Indice-de-Acesso-a-Justica\\_LIODS\\_22-2-2021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf). Acesso em: 21 de abril de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

DESLANDES, Suely Ferreira. O projeto de pesquisa como exercício científico e artesanato intelectual. *In*: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. pp. 29-55.

EDELMAN, Lauren; GALANTER, Marc. Law: The Socio-Legal Perspective, Editor(s): James D. Wright, **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences** (Second Edition), Elsevier, 2015, Pages 604-613, ISBN 9780080970875.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. **The commonplace of law: stories from everyday life**. Chicago/US: The University Of Chicago Press, 1998.

FELSTINER, William; ABEL, Richard; SARAT, Austin Sarat. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming.... **Law & Society Review**, Vol. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980 - 1981), pp. 631-654.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**. Porto Alegre. ABraSD. v. 2. n. 1. jan/jun. 2015.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente [recurso eletrônico]**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e tradutora Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. 150p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.  
**Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil 2009.** Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.  
**Classificação e caracterização dos espaços rurais e urbanos do Brasil: uma primeira aproximação.** Coordenação de Geografia. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100643.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.  
**Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: rendimento de todas as fontes 2021.** Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101950\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101950_informativo.pdf). Acesso em: 01 de novembro de 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.  
**Área territorial brasileira 2020.** Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: [http://geoftp.ibge.gov.br/produtos\\_educacionais/mapas\\_mudos/mapas\\_do\\_brasil/mapas\\_municipais/BA/2903276.pdf](http://geoftp.ibge.gov.br/produtos_educacionais/mapas_mudos/mapas_do_brasil/mapas_municipais/BA/2903276.pdf). Acesso em: 14 de julho de 2022.

ISRAËL, Liora. O que significa ter direito? Mobilizações do direito sob uma perspectiva sociológica. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2019. DOI: 10.19092/reed.v6i1.419. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/419>. Acesso em: 15 de março de 2022.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica.** 2010. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/8005?locale-attribute=en>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

LIMA, Íngrid Ohana de Queiroz; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. A construção de uma análise sobre as percepções de acesso à justiça. In: **Anais do III Seminário de Pesquisa “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”**. 2021. São Carlos: Pedro & João Editores, 2021. pp. 167-180.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. **Opinião Pública**, vol. 22, nº 2, Campinas, 2016. pp. 318-349.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. *In*: POUPART, Jean *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. pp. 154-211.

POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. *In*: POUPART, Jean *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. pp. 215-253.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP** nº 101, março/abril/maio 2014. pp. 55-66.

SANDEFUR, Rebecca. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. **Annual Review of Sociology**, Vol. 34, 2008. pp. 339-358.

SILBEY, Susan. After legal consciousness. **Annual Review of Law and Social Science**. Science. v. 1, pp. 323-368, 2005. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115938>. Acesso em: 26 de setembro de 2021.

TRIPODI, Tony; FELLIN, Phillip; MEYER, Henry. **Análise da pesquisa social**. Tradução de Geni Hirata. 2ª ed. Rio de Janeiro, F. Alves, 1981.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. *In*: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. pp. 119-160.

YAMAMURA, Rafael Bessa. **A Defensoria Pública como instrumento político de transformação social: entre narrativas e práticas profissionais**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.





# SOLUÇÕES DE TECNOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: CRITÉRIOS DE ANÁLISE PARA COMPARAÇÃO SOB O OLHAR DO DIREITO

**Carolina Lopes Scodro**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto  
(FDRP/USP)

E-mail: [carolinascodro@usp.br](mailto:carolinascodro@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/8926546458417175>

**Paulo Eduardo Alves da Silva**

Professor Associado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto –  
FDRP USP.

Email: [pauloeduardoalves@usp.br](mailto:pauloeduardoalves@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/8525107983606820>

**Resumo:** Em 2020 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Resolução n. 335/20 ratificando a Resolução n. 185/2013, que definia o PJe como sistema de tecnologia oficial do Poder Judiciário. Embora passados mais de dois anos, em 2022, o órgãos do Judiciário ainda contam com nove diferentes tipos de soluções de tecnologia, PJe, SAJ, PROJUDI, E-proc, Tucujuris. SCPV, Apolo, Themis e EJUD. Com efeito, a proposta da pesquisa se refere a buscar subsídios e reflexões que possibilitem, sob a perspectiva do pesquisador da área do direito, definir critérios de comparação das soluções de tecnologia, a ser realizada oportunamente. Para tanto, por meio da pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo, foram pesquisados estudos que respaldassem a proposta, definindo como critérios: “econômico” e “tecnológico” para atores internos (servidores, auxiliares da justiça etc.) e “comportamental” / “acessibilidade” e “informativo” para atores externos (advogados, demandantes etc.). Definidos os critérios, foram realizadas reflexões sobre a possibilidade de comparação entre os sistemas SAJ e PJe, constando-se (i) impossibilidade de analisar (i.i) economicamente pela ausência de dados do PJe e (i.ii) pelo critério tecnológico, considerando as particularidades da área; (iii) possibilidade de analisar (ii) pelos critérios “comportamental” / “acessibilidade” e “informativo”, tanto em relação aos atores internos como externos, com destaque ao uso de entrevistas e surveys.

**Palavras-chave:** Soluções de tecnologia; Poder Judiciário brasileiro; Critérios de análise; Direito.

## 1. Introdução

A instituição da Resolução n. 335/20<sup>1</sup> pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem trazendo uma nova roupagem ao Judiciário frente a utilização de sistemas de tecnologia. O que desde 2006, como resultado da “Lei do Processo Eletrônico”, era formalmente definido por cada órgão do Poder Judiciário brasileiro<sup>2</sup>, a partir da regulação passa a depender de requisitos, por exemplo, a vedação a contratação de fornecedores externos e a utilização de sistemas com código aberto, priorizando a unidade e o uso do PJe (2020).

Embora a proposta de migração da descentralização para centralização da política de informatização dos tribunais não seja algo novo, vide Resolução n. 185, que já em 2013 definia o PJe como sistema oficial do Judiciário, a nova norma busca ratificar definições já realizadas e, ao que parece, não efetivas se analisando o cenário atual. No âmbito estadual e federal, no ano de 2022, o Poder Judiciário conta com nove diferentes tipos de soluções de tecnologia, PJe, SAJ, PROJUDI, E-proc, Tucujuris. SCPV, Apolo, Themis e EJUD<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A regulamentação instituiu a “política pública para a governança e gestão do processo judicial eletrônico” (CNJ, 2020).

<sup>2</sup> Embora Lei do Processo Eletrônico (Lei n. 11.419/2006) tenha sido um marco no que se refere à informatização dos tribunais brasileiros, passando a regulamentar o “uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais”, muito tribunais quando da sua promulgação, já possuíam solução de tecnologia. Como exemplo disso, há o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que no ano de 2006 começou o projeto piloto do hoje é o SAJ (BRASIL, 2014, p. 12). Por isso, considera-se que apenas “formalmente” a Lei iniciou a informatização do Judiciário, visto que já era uma realidade em prática em determinados tribunais.

<sup>3</sup> O levantamento das soluções de tecnologia dos tribunais estaduais e federais foi realizado em junho de 2022 e é oriundo de dissertação de mestrado ainda em desenvolvimento.

Assim, apesar da regulação de 2020 definir e restringir a liberdade dos tribunais brasileiros anteriormente concedida, com ajuizamento de processos administrativos para cumprimento de suas definições<sup>4</sup>, o que se percebe em 2022 ainda é uma variedade de sistemas nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, a proposta aqui se refere buscar subsídios e reflexões que possibilitem, sob a perspectiva do pesquisador da área do direito, definir critérios de comparação das soluções de tecnologia, a ser realizada oportunamente.

A partir de pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo (BARDIN, 2011) para definição de critérios, a proposta é refletir sobre eles por meio olhar direto às soluções de tecnologia. Portanto, ainda que a pesquisa se fundamente em perspectiva teórica, a real e efetiva definição dos requisitos somente será possível pela conjugação entre os fatores (critérios de análise) e os sistemas. Assim, como objetivos específicos, buscam-se: (i) pesquisar critérios de análise; (ii) definir os critérios de análise que possam ser aplicados às soluções, e (iii) refletir sobre a utilização desses critérios nas soluções de tecnologia do Judiciário.

## **2. Aspectos metodológicos da pesquisa e do estudo**

A presente pesquisa se situa em um contexto exploratório e descritivo, com a proposta de refletir sobre a definição de critérios

---

<sup>4</sup> O levantamento dos procedimentos administrativos para cumprimento das normas da Resolução n. 335/20, ou seja, para implantação do PJe, ainda que decorrente de outra perspectiva foi proposto no X Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (2021), com posterior desenvolvimento do artigo “Política de Informatização dos Tribunais Estaduais Brasileiros: A implementação do PJe a partir da tentativa de contratação com a Microsoft” (coautoria), aprovado no Encontro Internacional do Conpedi – Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina. Na pesquisa foi constatado propositura de procedimentos administrativos nos tribunais dos estados de Alagoas, Amazonas, Acre, Mato Grosso do Sul e São Paulo. No Tribunal de São Catarina foi localizado procedimento anterior à Resolução n. 335. Nos tribunais estaduais da Bahia e do Rio Grande do Norte, considerando a não localização do procedimento, feita nova pesquisa, diretamente no site de cada um dos órgãos, constatando-se a migração ao PJe.

para comparar as soluções de tecnologia do Poder Judiciário sob a perspectiva do pesquisador da área de ciências sociais. Para subsidiar essa delimitação dos critérios, procedeu-se a revisão de literatura por meio de pesquisa no Portal Busca Integrada da USP, na data de 23.07.2022, limitando-se as publicações revisadas por pares, sem limitação temporal, dos termos: “sistema informatizado”, “sistema de tramitação processual”, “processo eletrônico”, “sistema eletrônico” e “‘processo eletrônico’ e ‘PJE’” e “e-SAJ”.

A limitação aos termos mencionados decorre da proposta (i) pesquisar critérios de análise, que respaldem reflexões sobre os sistemas de tecnologia do Poder Judiciário. Para tanto, foram selecionados apenas textos que explorassem em suas temáticas questões que pudessem subsidiar a identificação de parâmetros descritivos a sistemas informatizados. Definido isso, desconsiderou-se os textos que apesar de alinhados a temática do estudo, deixaram de ostentar as orientações buscadas.

O primeiro critério de seleção definido foi em relação ao título do artigo. Nessa ocasião, selecionaram-se 57 títulos<sup>5</sup> dos 1.886 resultados, sendo treze em relação à expressão “sistema informatizado”; cinco à “sistema de tramitação processual”; dezesseis à “processo eletrônico”; nove à “sistema eletrônico”; onze à “‘processo eletrônico’ e ‘PJE’”, e nenhum à “e-SAJ”. Após essa primeira moderação, passou-se a análise do conteúdo do texto, inicialmente, em relação ao resumo e, quando insuficiente ou mesmo necessário, à análise integral do texto.

Após essa etapa, os textos que haviam passado por uma leitura mais superficial, passaram por nova análise, chegando-se ao número final de três artigos. Definidos estes primeiros trabalhos selecionados, procedeu-se a nova revisão pelo método “bola de

---

<sup>5</sup> Da totalidade de textos selecionados: “Uma visão arquivística do Sistema de Processo Judicial” foi localizado na pesquisa de duas expressões; “Adoção de Tecnologias na Perspectiva de Profissionais” foi localizado na pesquisa de quatro expressões; “Gestão de Documentos no Processo Judicial” foi localizado na pesquisa de duas expressões, e “Os Tribunais e as Novas Tecnologias de Comunicação e de Informação” foi localizado na pesquisa de duas expressões.

neve”, a fim de se buscar mais materiais a respaldar o proposto. Inicialmente, de forma semelhante ao que já havia sido realizado, analisou-se primeiramente o título, posteriormente passando para o resumo e o texto integral, caso necessário.

Por esse procedimento, na segunda etapa de revisão, chegou-se ao número de seis, dos quais apenas dois<sup>6</sup> permaneceram selecionados após mais detida análise. Ao total, selecionaram-se cinco textos para subsidiar a definição dos critérios. Com efeito, considerando-se que o estudo se encontra em um contexto de interdisciplinaridade, oportuno apresentar a diversidade de áreas abrangidas nos textos selecionados, que para além do direito, abarcaram áreas como, administração de empresa<sup>7</sup>; arquivologia<sup>8</sup> e ciência da computação<sup>9</sup>:

---

<sup>6</sup> Os dois textos são “Inovação, Recursos e Desempenho em Tribunais do Trabalho” e “Um Estudo Exploratório sobre a Satisfação do Usuário de Sistemas de Software”, considerando que o texto “The adoption of innovations in Brazilian Labour Courts from Perspective of Judges and Court Managers” foi desconsiderado por se tratar de parte da pesquisa “Inovação, Recursos e Desempenho em Tribunais do Trabalho”.

<sup>7</sup> Os textos “Adaptação e Validação de Instrumento para Mensurar a Satisfação dos Usuários de Sistemas de Informações no Brasil”; “Adoção de tecnologias na perspectiva de profissionais de direito”, e “Inovação, Recursos e Desempenho em Tribunais do Trabalho” são oriundos da área de administração de empresas, sendo publicado, respectivamente, nas revistas “Gestão & Regionalidade” e “Revista Direito GV”, sendo o último decorrente de tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Administração da UnB.

<sup>8</sup> O texto “Uma visão arquivística do Sistema de Processo Judicial” é oriundo da área de arquivologia, sendo publicado na revista “Caderno de Informação Jurídica”.

<sup>9</sup> O texto “Um Estudo Exploratório sobre a Satisfação do Usuário de Sistemas de Software” é oriundo da área de ciência da computação, sendo publicado no “VII Símpósio Brasileiro de Qualidade de Software”.

**Tabela 01 – Autores *versus* Critérios de Análise**

<b>Autores</b>	<b>Ano</b>	<b>Critérios</b>
<b>DOLL; TORKZADEH apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1988 2016	Acurácia; Conteúdo; Formato; Exatidão; Facilidade de Uso.
<b>BAILEY; PERSON apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO</b>	1983 2016	Pessoal e Serviços da área de SI; Conhecimento e Envolvimento do usuário.
<b>CHIN; LEE apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO</b>	2000 2016	Conteúdo; Precisão; Pontualidade; Facilidade de Uso; Formato; Velocidade.
<b>DAVIS apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1989 2016	Utilidade e Facilidade de Uso Percebida pelo Usuário.
<b>DELONE; MCLEAN apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1992 2016	Qualidade do Sistema; Qualidade da Informação; Satisfação do Usuário; Uso Real; Impacto Individual.
<b>ETEZADI-AMOLI; FAARHOOMAND, apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1996 2016	Documentação; Facilidade de Uso, Funcionalidade; Qualidade nos Resultados; Suporte; Segurança; Desempenho do Usuário.
<b>GOODHUE apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1998 2016	Nível Certo de Detalhe, Acurácia, Atualização, Facilidade de Uso, Apresentação, Compatibilidade, Significado, Confusão, Localização, Acesso, Assistência Técnica e Confiabilidade do Sistema
<b>PARASURAMAN; ZEITHAML; BERRY apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO.</b>	1988 2016	Tangíveis; Confiabilidade; Responsabilidade; Segurança; Empatia.
<b>SOUSA apud MOREIRA.</b>	2015	Comportamental, Cultural, Organizacional, Estrutural; Econômico.
<b>HINO; CUNHA.</b>	2020	Acessibilidade; Conteúdo; Estrutural; Econômico; Tecnológico.

KIRNER; PERINI; MONTEBELO.	[s/a]	Conteúdo do Sistema; Exatidão; Segurança; Formato; Facilidade de Uso; Pontualidade da Informação; Velocidade do sistema; Flexibilidade; Atratividades.
----------------------------	-------	--

Fonte própria.

### 3. Revisão de literatura sobre critérios de análise

O artigo “Adaptação e Validação de Instrumento para Mensurar a Satisfação dos Usuários de Sistemas de Informações no Brasil” propôs, a partir de uma revisão de literatura, a definição de critérios para mensurar a satisfação de usuários de sistemas de informações (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016). Segundo os autores, citando O’Brian, “sistemas são um conjunto organizado de pessoas, hardware, software, redes de comunicações e recursos de dados que coletam, transformam e disseminam informações em uma organização” (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 05/06), podendo ser classificado como de “apoio às operações” ou “à gestão” (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 06).

A partir de oito estudos, que propuseram os fatores: (i) “pessoal e serviços da área de SI e conhecimento e envolvimento do usuário” (BAILEY; PERSON, 1983 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07); (ii) “conteúdo, precisão, pontualidade, facilidade de uso, formato e velocidade” (CHIN; LEE, 2000 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07); (iii) “utilidade e facilidade de uso percebida pelo usuário” (DAVIS, 1989 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07); (iv) “qualidade do sistema, qualidade da informação, satisfação do usuário, uso real e impacto individual” (DELONE; MCLEAN, 1992 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07); (v) “qualidade do sistema, qualidade da informação, satisfação do usuário, uso real e impacto individual” (DOLL; TORKZADEH, 1988 apud SANTANA;



THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07); (vi) “documentação, facilidade de uso, funcionalidade, qualidade nos resultados, suporte, segurança, desempenho do usuário” (ETEZADI-AMOLI; FAARHOOMAND, 1996 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 08); (vii) “nível certo de detalhe, acurácia, atualização, facilidade de uso, apresentação, compatibilidade, significado, confusão, localização, acesso, assistência técnica e confiabilidade do sistema” (GOODHUE, 1998 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07), e (viii) “tangíveis, confiabilidade, responsabilidade, segurança e empatia” (PARASURAMAN; ZEITHAML; BERRY, 1988 apud SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 07), os autores definiram a utilização dos critérios de Doll e Torkzadeh (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 10).

Segundo os autores, a utilização desses critérios, “acurácia, conteúdo, formato, exatidão, facilidade de uso e adequação”, a despeito dos demais, decorreu do fato de abarcarem, segundo exposto, de um “enfoque multidimensional” (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 10), ou seja, com maior abrangência em diversos aspectos. Além disso, outras justificativas para a escolha decorreram de a definição dos fatores ter partido da análise da tecnologia da informação nas empresas, afora ser o mais recorrentemente utilizado em casos semelhantes (SANTANA; THIAGO; TRIGUEIRO; PREARO, 2016, p. 10 e 17).

O texto “Uma visão arquivística do sistema Processo Judicial Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça” parte dos compromissos de “implementação da reforma constitucional do judiciário” e, principalmente, de “informatização” do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano” (MOREIRA, 2015, p. 40), para analisar critérios arquivísticos e de confiabilidade e de autenticidade de documentos no âmbito de implementação do sistema PJe pelo CNJ (MOREIRA, 2015, p. 42).

De acordo com o autor, por ser o PJe um “fenômeno informacional complexo”, que abarca “aspectos jurídicos, arquivístico e informáticos”, este possui obstáculos no seu

desenvolvimento (MOREIRA, 2015, p. 42). As vertentes trazidas por Moreira são oriundas da tese de doutorado de Sousa, que após entrevistas com Juízes e Gestores de Tribunais Trabalhistas, identificou elementos relativos ao “comportamento, cultura, organização, estrutura e economia” (SOUSA, 2015 apud MOREIRA, 2015, p. 55).

O texto de Souza “Inovação, Recursos e Desempenho em Tribunais do Trabalho”, especialmente na parte dois, que trata da “Adoção de Inovação no Judiciário Trabalhista Brasileiro segundo o Ponto de Vista de Magistrados e Gestores Judiciais”, sintetiza a partir de entrevistas as cinco barreiras à inovação (2015).

Segundo o autor, no quesito comportamental, as barreiras se referem “à facilidade de uso, percepção de utilidade e resistências culturais” (SOUZA, 2015, p. 50-51); no cultural, questões ligadas divergências entre gerações de servidores; no organizacional trata das “estratégias de adoção e mudanças nos processos de trabalho”, no estrutural foi abordado “problemas de disponibilidade de infraestrutura”, à exemplo, do “fornecimento de energia elétrica e de conexão com a internet” em alguns estados; e no econômico, relativo a questão de “orçamento para investimento na atualização tecnológica de hardware, estações de trabalho, segurança, dentre outros, e custeio do desenvolvimento de atividades (...)” (SOUZA, 2015, p. 51-52).

O texto “Adoção de tecnologias na perspectiva de profissionais de direito” busca, a partir da concepção exposta em entrevistas com desembargadores, juízes e advogados, analisar o uso da tecnologia no contexto de implantação do processo eletrônico e, portanto, de informatização no Brasil (HINO; CUNHA, 2020). Pelas falas dos entrevistados submetidas à análise de conteúdo, as autoras constataram como características da implantação do processo eletrônico: “facilidade no acesso; aumento da quantidade de informação; redução de riscos e custos; ausência de padronização; problemas com a localização de informação; dependência de infraestrutura interna e externa, e indisponibilidade do sistema” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25).

Ao trazer os critérios constatados a realidade desta pesquisa, constatou-se que as características englobadas na pesquisa estavam contidas em cinco aspectos: (i) acessibilidade – “facilidade de acesso” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25); (ii) conteúdo – “aumento da quantidade de informação” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25); (iii) estrutura – “ausência de padronização, problemas com a localização de informação e redução de riscos” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25); (iv) econômico – “redução de custos” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25), e (v) tecnológico – “dependência de infraestrutura interna e externa, e indisponibilidade do sistema” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25).

O texto “Um Estudo Exploratório sobre a Satisfação do Usuário de Sistemas de Software” propõe, a partir de uma abordagem empírica, a realização de avaliação de satisfação do usuário em relação a um sistema de gestão acadêmica (KIRNER; PERINI; MONTEBELO, [s/a]). Para tanto, os autores se utilizam de critérios de dois modelos<sup>10</sup> para definição dos seguintes aspectos: (i) “conteúdo do sistema”; (ii) “exatidão”; (iii) “segurança”; (iv) “formato”; (v) “facilidade de uso”; (vi) “pontualidade da informação”; (vii) “velocidade do sistema”; (viii) “flexibilidade”, e (ix) “atratividades” (KIRNER; PERINI; MONTEBELO, [s/a], p. 217).

Com vista à proposta da pesquisa, de subsidiar reflexão sobre a definição de critérios para comparar as soluções de tecnologia do Poder Judiciário sob a perspectiva do pesquisador da área do direito, passou-se à definição dos parâmetros a serem utilizados dentre a diversidade encontrada. Assim, procedeu-se a realização de nuvem de palavras com a totalidade dos termos da Tabela 01<sup>11</sup>,

---

<sup>10</sup> Os modelos utilizados foram de “DeLone & McLean” (KIRNER; PERINI; MONTEBELO, [s/a]) e de “EUCS - End-User Computing Satisfaction [Doll, 2000; Ives, 1993]” (KIRNER; PERINI; MONTEBELO [s/a]).

<sup>11</sup> A opção pela nuvem de palavras, especialmente em formato de *mouse*, advém da facilidade da identificação dos termos mais recorrentes dentre os apresentados, que no caso, se referem aos termos mais usuais quando se realiza análise de determinados sistemas. A escolha do formato decorreu deste remeter ao tema desta pesquisa, envolvendo-se uso de tecnologia.

com vista a identificar os critérios mais recorrentes nos textos selecionados, chegando-se aos oito principais: “uso”; “facilidade”; “conteúdo”; “sistema”; “usuário”; “formato”; “qualidade” e “segurança”:

**Imagem 01 – Nuvem de palavras**



Fonte própria.

#### **4. Critérios de análise das soluções de tecnologia**

Pelos principais termos destacados, compreende-se que estes decorrem da visão de cliente, operador ou qualquer indivíduo que faça uso do sistema de tecnologia. Nesse sentido, levando-se à realidade do Poder Judiciário, a quem cabe resolver conflitos em tempo condizente com sua complexidade, possível definir dois tipos de operadores das soluções. Operadores internos, aqueles que utilizam para o funcionamento da máquina do Judiciário, por exemplo, servidores, auxiliares da justiça, e operadores externos como, advogados, demandantes.

Atendendo-se às propostas dos estudos analisados, neles considerados também a recorrência dos critérios, e à ideia de refletir sobre critérios que possibilitem a comparação das soluções, optou-se pela utilização dos cinco aspectos definidos a partir da pesquisa de Hino e Cunha, (i) acessibilidade; (ii) conteúdo; (iii) estrutural; (iv) econômico, e (v) tecnológico (2020, p. 25) e pela parcial utilização dos critérios de Sousa, três dos cinco apresentados, sendo eles: (i) “comportamental”; (ii) “organizacional”, e (iii) “econômico” (2015, p. 51-52).

A opção pelos estudos de Hino e Cunha (2020) e de Sousa (2015) adveio da proposta de ambos, de a partir da realização de entrevistas com atores envolvidos na temática, desembargadores, juízes e advogados no caso de Hino e Cunha e juízes e gestores no caso de Souza, analisar a questão da adoção da tecnologia no Judiciário e, portanto, investigar as implicações da implantação do processo eletrônico. Para além da convergência entre as pesquisas e a proposta deste estudo, à escolha dos critérios levou em conta os diferentes operadores dos sistemas e a atividade do Judiciário.

Para os “operadores internos”, os critérios selecionados foram “econômico” e “tecnológico” (SOUSA, 2015, p. 51-52 e 54), sendo o primeiro decorrente de “orçamento para investimento na atualização tecnológica de hardware, estações de trabalho, segurança, dentre outros, e custeio do desenvolvimento de atividades (...)” (SOUZA, 2015, p. 51/52) e de “redução de custos” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25). Em complemento ao investimento, o critério “tecnológico” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25), envolvendo questão de “interoperabilidade” (SOUSA, 2015, p. 54) e de “dependência de infraestrutura interna e externa, e indisponibilidade do sistema” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25).

Para os “operadores externos”, os critérios escolhidos foram “comportamental” (SOUZA, 2015, p. 50-51) e “acessibilidade” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25), e “informativo” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25). Nos critérios “comportamental” e “acessibilidade”, optou-se pela análise em conjunto, considerando que ambos tratam de questões de “facilidade de uso, percepção de utilidade e

resistências culturais” (SOUZA, 2015, p. 50-51) e de “facilidade de acesso” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25). Como completo, definiu-se o parâmetro “informativo” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25), que ao se referir às informações, ressalta a necessidade de se saber o conteúdo disponível de cada uma das soluções.

Assim, levando-se em conta a atividade jurisdicional e as duas vertentes do Judiciário, definiram-se como critérios de análise pelos atores internos, “econômico” e “tecnológico” e pelos atores externos, “comportamental”/“acessibilidade” e “informativo”:

**Tabela 02 – Operadores *versus* Critérios de Análise**

<b>Critérios</b>	<b>Atores</b>
"Econômico"	Operador Interno
"Tecnológico"	Operador Interno
"Comportamental" / "Acessibilidade"	Operador Externo
"Informativo"	Operador Externo

Fonte própria.

## **5. Breves reflexões sobre critérios de análise das soluções de tecnologia**

Selecionados os critérios, passou-se a análise da viabilidade da comparação entre as soluções de tecnologia sob o olhar do pesquisador da área do direito, levando-se em conta os critérios: “econômico” e “tecnológico” (SOUZA, 2015, p. 51-52 e 54); “comportamental” (SOUZA, 2015, p. 50-51) e “acessibilidade”, e “informativo” (HINO; CUNHA, 2020, p. 25). Para subsidiar essa etapa da pesquisa, delimitou-se a utilização das soluções PJe, sistema oficial do CNJ e SAJ, sistema de tecnologia de empresa privada (QUEIRÓS; COLARES; STEMLER; MOTA, 2022, p. 51).

Com relação ao critério “econômico”, uma primeira questão a ser analisada decorre da necessidade de se comparar soluções

atuantes em tribunais que possuem o mesmo porte<sup>12</sup>, ou seja, volume de processos e quantidade de servidores em nível relativamente semelhantes. A proximidade de tamanho para se comparar as soluções de tecnologia decorrem da necessidade de se expressar a quantia real de infraestrutura de tecnologia necessária a subsidiar a sua utilização por determinado órgão.

A despeito disso, embora o website do PJe apresente uma diversidade de documentos, por exemplo, manuais, guias, tutoriais, roteiros, orientações, instruções, ainda assim não foram localizados dados que informassem eventuais valores investidos na solução. Em pesquisa de referências sobre informatização do Judiciário<sup>13</sup>, foi localizado o estudo “Justiça Pesquisa: Políticas Públicas do Poder Judiciário”, que dentre outras propostas, buscou informações a respeito do investimento de alguns tribunais em relação à implantação do PJe (CNJ, 2018).

Nesse sentido, ainda que a pesquisa tenha consultado seis órgãos de diferentes portes<sup>14</sup>, com disponibilização de informações anuais sobre investimento em tecnologia da informação, tais valores não se restringiram à solução PJe, pois segundo os próprios pesquisadores, envolvem custos com vários produtos e/ou serviços, por exemplo, “treinamentos”, “equipe”, “licenças de software”, o que afasta a possibilidade de se compreender o “impacto orçamentário do processo de implementação do PJe especificamente” (CNJ, 2018, p. 89).

---

<sup>12</sup> Categoria apresentada pelos Relatórios do CNJ “Justiça em Números”.

<sup>13</sup> O estudo foi localizado pelo método “bola de neve” realizado a partir de pesquisa bibliográfica dos termos “informatização”, “digitalização ‘judiciário’”, “informatização ‘judiciario’”, “processo eletrônico”, “computerization ‘judiciary’”, “informatization ‘judiciary’” e “eletronic process ‘courts’” realizada entre outubro de 2022 e novembro de 2022 oriundo de dissertação de mestrado ainda em desenvolvimento.

<sup>14</sup> Os órgãos do Judiciário, objeto do estudo do CNJ foram: Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR), Tribunal Regional do Trabalho - 4ª Região (TRT4), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região (TRT 10), Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e Tribunal Regional do Trabalho - 1ª Região (TRT1).

Com efeito, pela pesquisa bibliográfica e documental, compreende-se a impossibilidade de se comparar as soluções de tecnologia pela ausência de informações a respeito do montante investido para desenvolvimento do sistema. Nesse sentido, como proposta de futura pesquisa, entende ser viável a solicitação formal de informações diretamente ao órgão responsável pelo desenvolvimento da solução, CNJ, e aos tribunais, com solicitação de informações sobre valores investidos no PJe.

Em relação à solução desenvolvida por empresa privada, a pesquisa no website do TJSP, localizou contratos de prestação de serviços, acompanhado de termos de aditamento, constando expressamente os valores envolvidos na prestação de serviços, englobando desenvolvimento da solução<sup>15</sup>. Pela quantidade de instrumentos localizados, possível o desenvolvimento de pesquisa com a apresentação da evolução da solução de tecnologia.

No critério “tecnológico”, ainda que as duas soluções tenham disponibilizado em seu website subsídios a comparação, SAJ por meio dos contratos e propostas, e PJe por meio de apresentação das versões do sistema, com descrição das principais características, compreende-se que comparação realizada por pesquisador da área do direito deveria se ater mais a questão da disponibilidade de funções/atividades de cada, considerando que as especificidades das questões tecnológicas, corriqueiramente, são estranha à realidade jurídica.

Passando-se aos critérios dos “operadores externos”, considerando que se pode analisar os sistemas de tecnologia por óticas diversas, advogado e demandantes, em relação ao critério “comportamental” e “acessibilidade”, compreende-se ser possível a comparação por entrevistas semiestruturadas ou *surveys* com indivíduos, tanto em relação a advogados como demandantes. Ainda, possível o desenvolvimento de pesquisa com a utilização

---

<sup>15</sup> O levantamento dos contratos formalizados entre TJSP e SAJ foi realizado em agosto de 2022 e é oriundo de dissertação de mestrado ainda em desenvolvimento.



dos próprios sistemas, a fim de analisar eventuais “facilidades” e “dificuldades” em uma primeira utilização das soluções.

Como exemplo, há o estudo “Informatização Judicial e Efeitos sobre a Eficiência da Prestação Jurisdicional e o Acesso à Justiça” (YEUNG; ALVES DA SILVA; OSSE, 2021), em que diferentes atores foram convidados a responder questões a respeito de experiência com Judiciário, processo eletrônico e soluções de tecnologia. Ao analisar a pesquisa, bem como, outros estudos sobre a mesma temática, observou-se uma grande variedade em relação à implantação e ao uso dos sistemas sob a ótica de servidores.

Assim, embora os critérios “comportamental” e “acessibilidade” tenham sido alinhados aos “operadores externos”, possível também a sua análise pela percepção dos próprios atores inseridos internamente ao Poder Judiciário. Ainda, em relação aos atores externos, outra possibilidade de pesquisa reside em relação ao uso do sistema por indivíduos portadores de deficiência como realizado por Araújo e Saldanha (2017), questão esta pouco analisada quando se pesquisa termos como, “processo eletrônico” e “Judiciário”.

Com relação ao critério “informativo”, de forma semelhante ao “comportamental” e “acessibilidade”, compreende-se que a sua análise também pode ser realizada por meio tanto de atores internos como externos ao sistema de justiça. Levando-se em conta ambos os casos, compreende-se a possibilidade de se pesquisar pela simples observação comparativa entre os sistemas. Ainda, também é possível a realização de entrevistas com servidores, a fim de se assimilar novas questões, em perspectiva de quem diariamente se utiliza do sistema de tecnologia.

## **6. Conclusões**

Em relação às propostas de (i) pesquisar critérios de análise, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de conteúdo dos termos “sistema informatizado”, “sistema de tramitação

processual”, “processo eletrônico”, “sistema eletrônico” e “‘processo eletrônico’ e ‘PJE’” e “e-SAJ”, foram selecionados cinco textos para subsidiar a definição dos critérios. Ao proceder a nuvem de palavras, conforme Tabela 01, foi identificada maior recorrência nos termos: “uso”; “facilidade”; “conteúdo”; “sistema”; “usuário”; “formato”; “qualidade” e “segurança”.

Com relação à etapa (ii), de definição dos critérios de análise de forma a aplicar às soluções de tecnologia, levando em conta a atividade do Poder Judiciário e os dois tipos de atores do Judiciário (interno e externo), definiram-se como critérios de análise: “econômico” e “tecnológico” para internos (servidores, auxiliares da justiça etc.) e “comportamental” / “acessibilidade” e “informativo” para externos (advogados, demandantes etc.).

Concluída o segundo objetivo, passou ao (iii), de reflexão sobre a utilização desses critérios nas soluções de tecnologia do Judiciário por pesquisadores da área do direito. Em relação ao critério “econômico”, pela falta de dados sobre eventuais valores investidos na solução PJe, constatou-se certa impossibilidade em proceder a comparação entre os sistemas SAJ e PJe. Em relação ao critério “tecnológico”, apesar de localizado material que possibilitasse a comparação entre os sistemas, compreendeu-se certa limitação do pesquisador do direito, considerando as especificidades das questões tecnológicas, que corriqueiramente, são estranhas à realidade jurídica.

Com relação ao critério “comportamental” e “acessibilidade”, apesar de vinculado aos atores externos, percebeu-se a possibilidade de analisar também pela vertente interna. Nesse sentido, pela necessidade de contato, possível a comparação por entrevistas semiestruturadas e/ou surveys. Como exemplo, foram trazidos dois estudos, um denominado “Informatização Judicial e Efeitos sobre a Eficiência da Prestação Jurisdicional e o Acesso à Justiça”, tratando de experiência com Judiciário, processo eletrônico e soluções de tecnologia, e outro em relação a falta de acessibilidade a portadores de deficiência.

No que diz respeito ao critério “informativo”, semelhante aos critérios vinculados aos atores externos, possível o desenvolvimento de pesquisa por simples observação comparativa entre os sistemas de tecnologia. Ainda, constatou-se a possibilidade de realização de entrevistas com servidores, levando em conta perspectiva de usuários que se utilizam do sistema de forma frequente.

## Referências

- ARAUJO, Alberto David; SALDANHA, Paloma Mendes. Processo Judicial Eletrônico e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: Novidades, Ilegalidades e Inconstitucionalidades. **Rev. Direitos fundam. Democ.**, v. 22, n. 1, p. 80/101, jan./abr. 2017.
- BARDIN, Laurence, **Análise de Conteúdo**. Edições 70, 2011.
- BRASIL. (2006). **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.
- CNJ. **Resolução nº 185 de 18/12/2013**. 18 dez. 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- CNJ. **Resolução nº 335 de 29/09/2020**. 29 set. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- HINO, Marcia Cassitas; CUNHA, Maria Alexandra. Adoção de Tecnologias na Perspectiva de Profissionais de Direito. São Paulo: **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, p. 01/28, 2020.
- KIRNER, Tereza G.; PERINI, José Carlos; MONTEBELO, Maria I. Um Estudo Exploratório sobre a Satisfação do Usuário de Sistema de Software. **VII Simpósio Brasileiro de Qualidade de Software**, p. 215/229, [s/a].
- MACHADO, M. R. **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Leonardo Neve. Uma visão arquivística do sistema de Processo Judicial Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: **Cadernos de Informação Jurídica**, v. 2, n. 2, p. 37/69, jul/dez 2015.

PJE. **PJE**. Disponível em: <https://www.pje.jus.br/navegador/>. Acesso em: 02 set. 2022.

QUEIRÓS, Danielly; COLARES, Elisa; STEMLER, Igor; MOTA, Isabely. **Justiça em números 2022**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022.

SANTANA, Edilson Hélio; THIAGO, Fernando; TRIGUEIRO, Francisco Mirialdo Chaves; PREARO, Leandro Campi. Adaptação e Validação de Instrumentos para Mensura a Satisfação dos Usuários de Sistemas de Informação no Brasil. **Gestão & Regionalidade**, v. 32, n. 96, p. 04/21, set/dez de 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os Tribunais e as Novas Tecnologias de Comunicação e de Informação. Porto Alegre: **Sociologias**, ano 7, n. 13, p. 82/109, jan/jun. 2015.

YEUNG, L.; ALVES DA SILVA, P. E.; OSSE, C. **Informatização Judicial e Efeitos sobre a Eficiência da Prestação Jurisdicional e o Acesso à Justiça**. Insper, 2021, no prelo.

YIN, R. K. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Tradução: Daniel Bueno. Porto Alegre: Penso, 2017.



## **GRUPO DE TRABALHO II**

**Ambientes e desenvolvimento: avaliação de políticas públicas e atividades impactantes sobre o ambiente natural, urbano, cultural e laboral**



## O MEIO AMBIENTE NO TELETRABALHO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

**Gabriella Francynni Rodrigues Silva**

Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela  
UNICAMP e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho  
pela FDRP/USP

E-mail: [gabriellafrancynni@hotmail.com](mailto:gabriellafrancynni@hotmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/7805956343446813>

**Isadora Pereira**

Pós-graduada pela FDRP/USP

E-mail: [isadorapereira879@hotmail.com](mailto:isadorapereira879@hotmail.com)

**Rodolfo Ignácio Aliceda**

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de  
Londrina e professor na Fatec Marília/SP

E-mail: [rodolfo\\_aliceda@hotmail.com](mailto:rodolfo_aliceda@hotmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/6805318283254034>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a desigualdade de gênero em relação às mulheres na modalidade teletrabalho, a partir de um contexto histórico de como a mulher se inseriu no mercado de trabalho e como isso impacta nos dias atuais, considerando, especialmente, as novidades trazidas pela quarta revolução industrial. Nessa lógica, será demonstrado que as mulheres são as que mais sofrem com o teletrabalho em razão de sua jornada dupla, pois, além do trabalho, têm de cuidar dos afazeres domésticos e de cuidado com pessoas, tornando o ambiente de trabalho prejudicial à sua saúde, considerando os impactos psicológicos e físicos, tais como: cobranças excessivas, incompreensão dos empregadores com as mulheres mães e lactantes, dentre outros. A pesquisa é qualitativa e aborda o tema no âmbito social e jurídico, sendo utilizada a metodologia de revisão bibliográfica aliada ao método de revisão integrativa, a partir de estudos realizados pelo IBGE e por doutrinadores acerca da modalidade de teletrabalho. Portanto, a



importância de estudar esse tema na contemporaneidade é porque, embora as mulheres tenham conquistado muitos direitos, ainda há desigualdade de gênero e machismo estrutural nas relações familiares e de trabalho e, com a modalidade do teletrabalho, isso ficou evidenciado. O presente estudo traz contribuições práticas para as organizações e para as trabalhadoras, demonstrando que é possível ter um ambiente de teletrabalho seguro e saudável.

**Palavras-chave:** meio ambiente do trabalho. teletrabalho. desigualdade de gênero. mulheres.

## 1. Introdução

O presente estudo tem como tema principal o ambiente de trabalho da mulher, sob regime de teletrabalho. Para o desenvolvimento do tema, foi realizada uma síntese histórica para demonstrar que mesmo no século XXI, a mulher enfrenta dificuldades no mercado de trabalho, e com o teletrabalho, as dificuldades aumentaram.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu como fundamentais os direitos do trabalho, dando ênfase à necessidade de o meio ambiente de trabalho ser saudável e seguro, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República. Tais direitos tratam-se de normas cogentes e universais, sendo indisponíveis e de interesse público, não podendo, assim, serem reduzidas, sob qualquer justificativa, sem contraprestação, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

O art. 7º, inciso XXII, da CF/88 garante à trabalhadora urbana e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por intermédio de normas de saúde, higiene e segurança, objetivando fazer com que os riscos que atinjam a saúde física e psíquica das trabalhadoras sejam prevenidos, evitando consequências aos aspectos humanos, sociais e econômicos.

O meio ambiente do trabalho é considerado como o local onde a trabalhadora exerce suas atividades laborais, seja remunerada ou

não, não se limitando às dependências físicas do empregador ou ao contato com outros trabalhadores, bem como não se limitando ao vínculo de emprego, e, sim, a atividade produtiva exercida.

Para a construção do raciocínio, fez-se necessário discutir sobre pontos da quarta revolução industrial e o meio ambiente de trabalho no regime de teletrabalho, que ocasiona dupla jornada e diversas dificuldades, considerando o machismo estrutural presente na sociedade do século XXI. Por essa razão, a importância de manter um ambiente de trabalho seguro e saudável para a mulher, por integrar, o meio ambiente de trabalho, o rol dos direitos humanos fundamentais, que tem como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do seu art. 1º, III.

Para chegar a conclusão do presente trabalho, foi analisada pesquisa realizada pelo IBGE e trabalhos escritos por pesquisadores, no sentido de que, embora o teletrabalho seja mais flexível, as mulheres dedicam mais horas para afazeres domésticos e cuidados de pessoas da família, do que os homens, além da jornada de trabalho.

Ainda, analisou-se que os males à saúde mental, a carga horária de trabalho e o esgotamento emocional das trabalhadoras que tentam equilibrar o trabalho e a vida pessoal aumentaram, o que impactou a qualidade de vida dessas mulheres.

Em razão disso, concluiu-se que, embora as mulheres tenham conquistado muitos direitos e espaço no mercado de trabalho, ainda enfrentam dificuldades, as quais podem ser neutralizadas até serem extintas, através de políticas públicas e internas das empresas, sendo necessária atuação tanto do Estado, quanto dos empregadores, a fim de garantir a redução de riscos no ambiente de trabalho e o trabalho seguro e sadio, assim como garantir a igualdade de gênero.

## 2. A mulher no mercado de trabalho

No século passado, cabia à mulher a realização de afazeres domésticos e de cuidado com pessoas, enquanto os homens eram incumbidos de proverem financeiramente o lar.

Na Revolução Industrial, pela própria necessidade do capitalismo, houve a contratação em massa de mulheres para trabalhar nas fábricas, o que ocorreu, da mesma forma, diante da necessidade de complementação da renda para sustento da família. Nesse contexto, mulheres e homens trabalhavam lado a lado, mas com salários diferentes. A mulher era superexplorada, pois, além de receber menos que o homem, tinha dupla jornada (TOLEDO, 2005).

Nessa época, as mulheres, por medo de perderem o trabalho, se sujeitavam a salários inferiores aos dos homens e a jornadas exaustivas. Além disso, não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher ou de amamentação (PINTO MARTINS, 2008).

No entanto, com as Grandes Guerras Mundiais, o papel da mulher no mercado de trabalho se fortificou, pois, enquanto os maridos iam para a guerra, as mulheres ficavam com o papel de proteger os filhos, cuidar da casa e dos negócios da família ou até sendo enfermeiras dos soldados (ROCHA, 2020).

Após o período das guerras, com as mortes dos maridos ou em razão dos acidentes que incapacitavam os homens para o trabalho, as mulheres assumiram, definitivamente, a posição dos homens nos negócios da família e como geradoras de renda.

No Brasil, somente com o fim da escravidão, em 1888, o trabalho ganhou destaque (OLIVEIRA, 2018).

A luta pela igualdade de gêneros ganhou impulso no século XX e, em 1923, as mulheres conquistaram o direito ao voto.

Em 1932, o Decreto nº 21.417-A de 1932 regulou as condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, prevendo a igualdade entre os sexos, vedando o trabalho noturno da mulher, o trabalho de remover materiais pesados, dentre outros.

Em 1934, com o advento da primeira Constituição Federal do Brasil, é que a proteção das mulheres começou a amadurecer.

Quanto ao plano internacional de defesa dos direitos trabalhistas das mulheres, o Brasil ratificou em 25/04/1957 a Convenção da OIT n° 89, que trata do Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria, e, na mesma data, a Convenção da OIT n° 100, que trata da Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, buscando efetivar a igualdade de gênero nos Estados-Membros.

Foi ratificada e promulgada pelo Brasil, no mesmo sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, que afirma que “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”, e que provocou a criação da Lei n° 1.973, de 1° de agosto de 1996, que garante em seu artigo 4° que:

#### Artigo 4

Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

(...)

- a) direito a que se respeite sua vida;
- b) direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c) direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d) direito a não ser submetida a tortura;
- e) direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família;
- f) direito a igual proteção perante a lei e da lei;

(...)

Contudo, mesmo com a evolução das legislações trabalhistas no Brasil, a entrada da mulher no mercado de trabalho não significou maior igualdade das condições laborais e, até mesmo,

sociais. Pelo contrário, as mulheres que incorporaram o mercado de trabalho tinham funções relacionadas ao cuidado do lar e da família (empregada doméstica, lavadeira, cozinheira, cuidadora de crianças ou idosos, dentre outras), ou ao seu corpo como objeto sexual, ou subordinadas aos homens (prostituição, dançarinas de programas de TV objetivadas sexualmente, atrizes com papéis de subordinação aos homens, dentre outras). Os salários eram inferiores aos dos homens e o trabalho era, em suma, informal.

Nesse contexto, o trabalho feminino se tornou manobra do capitalismo para obtenção de lucro através de mão de obra barata. O capital não se preocupa em diminuir as desigualdades, ele age de acordo com suas necessidades, a fim de obter lucratividade (TOLEDO, 2005).

Não obstante, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos das mulheres passam a ser garantias constitucionais, dando início à criação de legislações de proteção à mulher e ao trabalho da mulher, como por exemplo, a Lei Complementar nº 150/2015, “Lei das Domésticas”.

Muito embora as mulheres tenham conquistado direitos trabalhistas e estejam caminhando rumo à igualdade de gêneros, a luta contra o machismo estrutural, os estigmas da sociedade e o pensamento patriarcal de que a mulher é a cuidadora do lar e não a provedora, é longa.

### **3. O meio ambiente do teletrabalho**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 7º, inciso XXII, o direito da trabalhadora urbana e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por intermédio de normas de saúde, higiene e segurança. O objetivo desse dispositivo é fazer com que o empregador cumpra tais normas, prevenindo os riscos que atinjam a saúde física e psíquica das obreiras, que causem consequências aos aspectos humanos, sociais e econômicos.

O artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81 define que o meio ambiente em geral é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

O meio ambiente de trabalho compreende o meio ambiente natural (solo, ar, água, flora, fauna e suas interações entre si e com o meio), artificial (espaço urbano construído) e meio ambiente cultural (patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico) (FELICIANO, 2002), caracterizando-se pelo local e pelas condições onde os trabalhadores realizam suas atividades laborais, de modo remunerado ou não, “cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade física e mental dos trabalhadores” (MELO, 2013).

Seguindo esse raciocínio, aplica-se o disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo direito de todos e dever do Poder Público a garantia de um meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, o meio ambiente do trabalho não pode ser visto apenas como o local de prestação de serviços do trabalhador ou da trabalhadora, mas como um todo, devendo ser analisados o local, os meios de trabalho, os instrumentos utilizados no trabalho, os modos de execução do trabalho e tudo que envolve, direta ou indiretamente, o trabalho, não se limitando às dependências físicas do empregador ou ao contato com outros obreiros, haja vista que há a possibilidade do labor ocorrer, por exemplo, por via do teletrabalho, bem como não se limitando à relação de vínculo empregatício e, sim, a uma atividade produtiva, que consome

energia física e mental da trabalhadora em benefício de outrem, em uma cadeia produtiva.

O teletrabalho ou trabalho remoto, oficialmente regulamentado pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, é a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, mas que não pode ser configurada como trabalho externo.

A implementação do regime de teletrabalho, decorre a princípio, do desdobramento do próprio capitalismo, ou seja, da busca pela maior produtividade e da redução de custos, surgindo com a quarta revolução industrial e com a Indústria 4.0, a qual tem como objetivo a aplicação de um conjunto de tecnologias para integrar e controlar a produção, pela fusão do meio físico com o meio digital.

As tecnologias resultantes da quarta revolução industrial têm transformado a vida das pessoas no mundo todo por meio da *internet*, gerando especialmente novas formas de interação do homem com seu ambiente de trabalho e com seu próprio trabalho.

Nesta senda, embora o teletrabalho já existisse na legislação trabalhista brasileira, com a pandemia da COVID-19 o Decreto nº 06/2020 estabeleceu o Estado de Calamidade no Brasil e, ao argumento de preservar a economia e os empregos de vários brasileiros e brasileiras, as empresas passaram a adotar majoritariamente o regime de teletrabalho (STÜRMEER; FINCATO, 2020).

Embora a adoção do regime de teletrabalho, inicialmente, tenha sido uma solução de urgência para a manutenção dos empregos e da economia, frente à pandemia, muitos empregadores verificaram a diminuição de gastos com a manutenção de um espaço físico (luz, água, materiais de limpeza, internet, vale-transporte, dentre outros), adotando o teletrabalho, predominantemente, como regime integral de trabalho.

Contudo, essa nova modalidade, surgida majoritariamente na quarta revolução industrial, idealizada para aumento da

produtividade e redução de custos, teve sua adoção acelerada pela pandemia e pela facilidade da desnecessidade de deslocamento das trabalhadoras, que não precisariam mais gastar tempo e dinheiro com o trânsito ou, até mesmo, com gastos com vestimentas para o trabalho presencial, e gerou um cenário de grandes dificuldades para as trabalhadoras, que passaram a ser submetidas a um ritmo intenso de trabalho, inclusive sofrendo com comportamentos abusivos por parte dos gestores, que controlam e pressionam as trabalhadoras, e que invadem a vida privada das mesmas, o que favorece, até mesmo, a prática do assédio moral organizacional (WYZYKOWSKI, 2020), havendo cobranças de metas excessivas, humilhações, longas jornadas de trabalho ou controle exacerbado.

Com o isolamento social causado pela pandemia da COVID-19, as trabalhadoras passaram a ocupar uma posição de vulnerabilidade de uma forma ainda mais expressiva, temendo pela perda do trabalho e pela dificuldade do momento em conseguir outro, aceitando, portanto, trabalhar em situações degradantes física e psicologicamente.

Problemas na conexão de internet, conciliação entre reuniões e aula *on-line* dos filhos ou atenção aos filhos que não estudam em período integral, obras em vizinhos ou no prédio, interfone tocando em horários de reunião, dentre outras situações fomentaram a degradação do trabalho. Ainda, a falta de comunicação presencial entre colegas de trabalho e a ausência de socialização no espaço físico do empregador, tornou as pessoas menos empáticas.

Com a junção dos ambientes casa e trabalho, a carga horária de trabalho da trabalhadora empregada se tornou maior, sua privacidade diminuiu, as formas de proteção à saúde e segurança do trabalho ficaram prejudicadas, ocorrendo a restrição de diversos direitos fundamentais, inclusive do direito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal do Brasil de 1988, por não conseguir a obreira se desconectar do trabalho, impactando os aspectos psicológicos e físicos da mesma (SILVA, 2019).



Nesta esteira, infere-se que não é possível obter qualidade de vida e dignidade sem que o trabalho e seu meio ambiente sejam convenientes, pois o labor está diretamente ligado à vida comum.

Cumprir destacar que a Convenção n° 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992 (Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho), instrui os Estados-membros, em seu artigo 3º, de que a saúde do trabalho não abrange apenas “a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”, assim, a proteção da saúde das trabalhadoras segue o objetivo de eliminar todas as situações de exposição aos riscos, dentre eles a jornada excessiva.

Considerando que ao longo da história as mulheres foram submetidas a desigualdades sociais, políticas e culturais, tem-se que as mesmas foram as mais afetadas com a pandemia da Covid-19 e a implementação do regime de teletrabalho, seja em razão da dupla jornada que exercem, posta socialmente pelo machismo estrutural, seja pelos estigmas da sociedade, no sentido de que a mulher é a cuidadora do lar e não a provedora, o que faz com que ela se sinta responsável por todos os afazeres domésticos e de cuidado com outras pessoas.

#### **4. O meio ambiente de trabalho da mulher sob o regime de teletrabalho**

Desde a Revolução Industrial, com o surgimento das máquinas, a força masculina passou a não ser tão necessária para operação das mesmas, tendo sido inseridas as mulheres e crianças na atividade laboral, pela própria necessidade do capital de aumento da produtividade, bem como pela necessidade das famílias conseguirem maiores rendimentos para própria subsistência. A renda da mulher passou a ser complementar a do homem, pois inferior. Ao mesmo tempo, as atribuições relativas aos

afazeres domésticos e de cuidado com a família foram mantidas como sendo de incumbência das mulheres, ensejando a imposição a ela de cumprimento de dupla jornada, com a realização do trabalho para o empregador e para o lar e a família.

Com o próprio desdobramento do capitalismo, gerou-se o aumento de oportunidades de trabalho para as mulheres. Contudo, considerando que ao longo da história as mulheres foram submetidas a desigualdades sociais, políticas e culturais, e que, apesar de ocuparem atualmente parte significativa do mercado de trabalho, elas se dedicam mais aos afazeres domésticos e de cuidado com familiares do que os homens.

A quarta revolução industrial rompeu com os paradigmas relacionados ao trabalho, tendo o capital passado a utilizar tecnologias digitais para integrar e controlar a produção, pela fusão do meio físico com o meio digital, reproduzindo uma forma de trabalho que destrói a divisão entre tempo de vida no trabalho e fora dele (WYZYKOWSKI, 2020).

Durante a pandemia da COVID-19, houve a suspensão das atividades presenciais nas escolas e para àquelas trabalhadoras que possuem filhos, além de exercerem suas funções institucionais, ficaram sobrecarregadas com o ensino remoto, tendo de participar ativamente das atividades escolares da prole, além de cuidar das atividades domésticas.

Com o retorno das atividades presenciais dos filhos, as mulheres continuaram a exercer jornada dupla, tendo em vista que antes e após o término do expediente de trabalho ao empregador, elas continuam com as atribuições de cuidado doméstico e com a família.

A divisão sexista de tarefas domésticas decorre do machismo estrutural presente na sociedade do século XXI, que exige que a mulher realize majoritariamente as atividades domésticas, mesmo quando labora um dia inteiro, por exemplo.

Nesta senda, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) pelo IBGE realizada em 2019, os afazeres domésticos abrangem atividades como preparar

ou servir alimentos, arrumar a mesa ou lavar as louças; cuidar da limpeza ou manutenção de roupas e sapatos, fazer pequenos reparos ou manutenção do domicílio, do automóvel, de eletrodomésticos ou outros equipamentos; limpar ou arrumar o domicílio, garagem, quintal ou jardim; cuidar da organização do domicílio (pagar contas, contratar serviços, orientar empregados); e cuidar dos animais domésticos, e o cuidado de pessoas abrange atividades como auxiliar nos cuidados pessoais (alimentar, vestir, pentear, dar remédio, dar banho, colocar para dormir); auxiliar em atividades educacionais; ler, jogar ou brincar; monitorar ou fazer companhia dentro do domicílio; e transportar ou acompanhar para escola, médico, exames, parque, praça, atividades sociais, culturais, esportivas ou religiosas.

Dentro de tais atividades, domésticas e/ou de cuidados, a Pnad Contínua demonstrou que a diferença de horas entre homens e mulheres ocupados é de 8,1 horas a mais para as mulheres, enquanto entre não ocupados a diferença chega a 11,9 horas. Nesse contexto, as mulheres que trabalham dedicam em média 18,5 horas para afazeres domésticos e cuidados de pessoas da família, enquanto homens empregados dedicam 10,4 horas para as mesmas atividades.

A mesma pesquisa demonstrou que as atividades domésticas mais realizadas pelas mulheres são as de preparar ou servir alimentos, arrumar a mesa ou lavar louça, cuidar da limpeza ou manutenção de roupas e sapatos, e limpar ou arrumar o domicílio, a garagem, o quintal ou o jardim, enquanto os homens realizam mais atividades como compras ou pesquisar preços de bens para o domicílio, cuidado da organização do domicílio (pagar contas, contratar serviços, orientar empregados etc.), e limpar ou arrumar o domicílio, a garagem, o quintal ou o jardim, havendo maior diferença de taxa de realização das atividades domésticas entre homens e mulheres na região Nordeste do país, e de realização de atividades de cuidado nas regiões Nordeste e Norte, esta última sendo maior entre pessoas de cor preta e parda, e tendo as maiores

diferenças entre o auxílio nos cuidados pessoais e nas atividades educacionais.

No contexto do ambiente de trabalho, destaca-se, da mesma forma, que além dos afazeres domésticos e de cuidado, no teletrabalho as mulheres sofrem, ainda, retaliações no período pós gestação, pois, como estão em casa, podem trabalhar e exercer a maternidade concomitantemente, e, muitas vezes, têm que amamentar enquanto trabalham.

Para exemplificação, cabe trazer à baila um caso que gerou repercussão, o da advogada Malu Borges Nunes que foi repreendida pelo presidente da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM), o desembargador Elci Simões, por amamentar o seu bebê de seis meses durante uma sessão plenária realizada por videoconferência. Na ocasião, o Desembargador disse que a advogada estava sendo antiética (G1 Amazonas, 2022).

Em relato colhido em pesquisa realizada por Conceição e Nunes (2021, p.12), uma trabalhadora descreveu: “não tenho conseguido lidar com a situação, a rotina está desgastante, tenho me cobrado muito e tenho prejudicado meu dia a dia com minha família. Me cobro como mãe, filha, esposa, profissional, dona de casa”, o que evidencia a sobrecarga de trabalho das mulheres que laboram em regime de teletrabalho.

Casos como o da advogada e o da entrevistada, acima mencionados, são uma realidade no Brasil, pois, muito embora a mulher tenha conquistado muitos direitos, inclusive trabalhistas, ainda enfrenta situações de desigualdade de gênero no trabalho e dentro da própria família, exercendo jornadas de trabalho dupla ou, até mesmo, tripla, considerando o compromisso com o trabalho formal e, da mesma forma, com as tarefas domésticas (SILVEIRA, 2017).

Ainda sobre os resultados da pesquisa de Conceição e Nunes (2021), tem-se que a pandemia da COVID-19 e o teletrabalho agravaram os males à saúde mental, pois, com o aumento da carga horária de trabalho, as trabalhadoras se esgotaram emocionalmente tentando equilibrar o trabalho e a vida pessoal.

Na pesquisa, outras trabalhadoras entrevistadas relataram a extrapolação da jornada com reuniões e, para quem tem família e filhos em casa, isso impactou diretamente na qualidade de vida. Segundo uma trabalhadora, ela tem medo até mesmo de ir ao banheiro e alguém do trabalho chamá-la e, caso ela não responda, isso possa gerar um julgamento.

Outro relato de uma das trabalhadoras, na pesquisa supramencionada, é sobre ser impossível ter equilíbrio entre as duas jornadas, pois os serviços domésticos não acabam, seja fazendo refeições, cuidando dos filhos e até mesmo as interrupções trazidas pelo ambiente familiar.

Como concluíram Conceição e Nunes (2021), e Silveira (2017), apesar da crescente conquista da igualdade entre homens e mulheres, ainda existem múltiplas condições de desigualdades vividas pelas mulheres, reforçando que elas realmente precisam se equilibrar entre múltiplas funções pelo fato de que as atividades domésticas não são compartilhadas com os homens de forma igualitária (SILVEIRA,2017).

Destaca-se que as condições de dupla jornada das mulheres é agravada pela busca incessante do maior lucro pelos empregadores, que pressionam as trabalhadoras cada vez mais a serem melhores e mais produtivas umas que as outras, concorrendo, inclusive, com homens pelos postos de trabalho, num espírito de competitividade que leva o estado físico e psíquico à níveis extremos, muitas vezes.

As condições degradantes e precárias do trabalho vêm ressurgindo nos dias atuais, no intuito de conduzir o capitalismo à níveis mais elevados de produção e consumo, como a Indústria 4.0, cujo objetivo é incentivar a competitividade para melhorar a participação do país nas cadeias globais de valor, não observando, contudo, a desigualdade de gênero no trabalho exercido pelas mulheres e na sociedade.

A trabalhadora acaba se submetendo à hiper conexão ao trabalho, pois se sente na obrigação de estar disponível ao empregador a qualquer momento, tendo que cumprir, muitas

vezes, metas excessivas, o que faz com que ela esteja disponível ao trabalho de forma superior a qualquer padrão observado num momento de pré-revolução tecnológica (WYZYKOWSKI, 2020).

No ponto, cumpre destacar que os direitos trabalhistas são protegidos pelo princípio da indisponibilidade, o qual proíbe a renúncia ou transação de direitos trabalhistas que possam resultar em prejuízos à trabalhadora, quais sejam, aqueles que são tutelados pelo interesse público, como, por exemplo, normas de proteção à saúde e segurança do trabalho.

Sobre o tema, ponderam Cleber Lúcio de Almeida e Vânia Guimarães Rabêllo de Almeida, em sua obra “Direito do Trabalho e Constituição: A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil”:

O trabalhador não é despedido da condição de pessoa e cidadão quando se vincula ao tomador de seus serviços por meio de um contrato de trabalho. Desde modo, o trabalhador é titular, além de direitos fundamentais trabalhistas específicos, isto é, de direitos fundamentais inerentes à relação de emprego (proteção contra a dispensa arbitrária, por exemplo), de direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos, ou seja, de direitos fundamentais cuja titularidade pertence às pessoas e aos cidadãos. Cite-se, como exemplo de direito fundamental trabalhista inespecífico, o direito à intimidade e à vida privada.

Os direitos fundamentais das trabalhadoras, especialmente o ambiente de trabalho saudável e seguro, são normas cogentes e direitos indisponíveis, universais e de dever do Estado, pois possuem caráter de interesse público. Da mesma forma, as normas relativas à saúde e segurança do trabalho são abarcadas pela tutela do interesse público, não podendo ser reduzidas, por qualquer justificativa, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, pelo princípio da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, não podem ser renunciados os direitos que versem sobre a vida, e a integridade física e psíquica humana (Código Civil, art. 11).

Outrossim, é obrigação do empregador garantir a redução dos riscos inerentes ao trabalho, através do cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança, mantendo o meio ambiente de trabalho saudável, sendo que as atividades que acarretem danos à saúde psíquica, física, ou patrimonial das trabalhadoras não podem ser admitidas, de modo que, caso ocorram, devem ser indenizadas, haja vista que o risco do negócio é sempre do empregador (art. 2º da CLT).

Em vista disso, a implementação da adoção do regime de teletrabalho, acelerada pela pandemia da COVID-19, dão margem para que os empregadores desrespeitem a legislação trabalhista quanto a garantia de um meio ambiente de trabalho hígido às trabalhadoras, que acabam exercendo jornada intensa de trabalho, com controle e pressões que favorecem a prática do assédio moral organizacional, além realização de dupla jornada pelas trabalhadoras, que, como demonstrado, despendem de mais horas que os homens para realização, contribuem para o adoecimento das mesmas.

As novidades nas relações de trabalho trazidas pela quarta revolução industrial devem observar o sistema protetivo do direito do trabalho e os limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 no tocante a proteção dos direitos dos trabalhadores, mormente às normas indisponíveis que garantem um meio ambiente de trabalho saudável e seguro.

Dessa forma, é importante para a garantia de um meio ambiente de trabalho seguro e sadio, no regime de teletrabalho, que sejam implementadas políticas públicas afirmativas que garantam iguais condições entre homens e mulheres na sociedade, fazendo com que o pensamento patriarcal se dissolva; fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho com aplicação de multas para as empresas que não seguem o artigo 461 da CLT, que prevê a igualdade salarial, sem distinção de sexo, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, em atendimento, inclusive às Convenção nº 100 e 155 da OIT; regimento interno nas empresas

que garantam a paridade salarial, crie um programa de liderança feminina, ofereça auxílio às mães (auxílio creche) e flexibilidade, que tomem medidas contra assédio criando um canal de denúncias efetivo, inclua igualdade de gêneros nos seus valores, mude o recrutamento e a seleção e, por fim, ouça as suas trabalhadoras, tendo em vista que os direitos relacionados à saúde, higiene e segurança do trabalho são direitos fundamentais, irrenunciáveis, e é dever do empregador zelar pela redução dos riscos no ambiente de trabalho.

## **5. Conclusão**

Como demonstrado neste trabalho, ao longo da história as mulheres foram submetidas a desigualdades sociais, políticas e culturais, o trabalho da mulher sempre foi visto como secundário, complementar ao do homem e/ou relacionado às atividades domésticas, fazendo com que isso se enraizasse na estrutura social.

Neste contexto, a quarta revolução industrial permite a renovação do processo produtivo, com redução de custos, controle sobre todos os processos, e a customização da produção, de modo a otimizar os processos por meio da internet, e estimula a adoção de regimes de teletrabalho, para aumento de produtividade e redução de custos, o que foi acelerado pela pandemia da Covid-19. Tais novidades devem observar o sistema protetivo do direito do trabalho e os limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 no tocante a proteção dos direitos dos trabalhadores, mormente às normas indisponíveis que garantem um meio ambiente de trabalho saudável e seguro.

Contudo, considerando que a mulher sempre se sujeitou a trabalhos informais e salários inferiores aos dos homens para se inserir no mercado de trabalho, tem-se que a referida estrutura sexista faz com que as mulheres, nos tempos atuais, tenham mais dificuldades em conciliar a carreira com a vida pessoal, o que



resulta em preconceito com as mulheres mães, assédio moral e sexual, e ausência de oportunidades em cargos de liderança.

O presente estudo demonstrou que, em que pese o passar dos anos, a legislação e a sociedade tenham mudado, por ainda haver machismo estrutural nas relações familiares, de trabalho, e na sociedade, as mulheres enfrentam grandes barreiras, especialmente no âmbito laboral, mormente quando submetidas a regime de teletrabalho, pois, além de terem que realizar a jornada de trabalho ao empregador, têm as atividades domésticas mais pesadas sob sua responsabilidade, como as preparar ou servir alimentos, arrumar a mesa ou lavar louça, cuidar da limpeza ou manutenção de roupas e sapatos, e limpar ou arrumar o domicílio, a garagem, o quintal ou o jardim, bem como têm a responsabilidade maior de realização de atividades de cuidado.

Para que esse cenário mude e o meio ambiente de trabalho da mulher sob regime de teletrabalho seja seguro e saudável, é necessário que sejam implementadas políticas públicas afirmativas que garantam iguais condições entre homens e mulheres na sociedade, fazendo com que o pensamento patriarcal se dissolva; fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho com aplicação de multas para as empresas que não seguem o artigo 461 da CLT, que prevê a igualdade salarial, sem distinção de sexo, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, em atendimento, inclusive às Convenção ns° 100 e 155 da OIT; regimento interno nas empresas que garantam a paridade salarial, crie um programa de liderança feminina, ofereça auxílio às mães (auxílio creche) e flexibilidade, que tomem medidas contra assédio criando um canal de denúncias efetivo, inclua igualdade de gêneros nos seus valores, mude o recrutamento e a seleção e, por fim, ouça as suas trabalhadoras, tendo em vista que os direitos relacionados à saúde, higiene e segurança do trabalho são direitos fundamentais, irrenunciáveis, e é dever do empregador zelar pela redução dos riscos no ambiente de trabalho.

Diante de todas as soluções citadas ao problema que as mulheres vêm enfrentando no teletrabalho, o presente estudo se torna de suma importância e relevância para a contemporaneidade, a fim de eliminar a desigualdade de gênero e garantir às trabalhadoras, especialmente aquelas em regime de teletrabalho, a redução dos riscos no ambiente de trabalho e um trabalho seguro e sadio.

## Referências

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição: A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil**. LTr, 2018.
- BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico – 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Brasília, DF, 29 de setembro de 1994.
- BRASIL. **Decreto nº 1.973**, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 02 de agosto de 1996.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 09 de agosto de 1943.
- BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 02 de setembro de 1981. Rio de Janeiro-RJ. 17 de maio de 1932.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.340,** de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 08 de agosto de 2006.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A,** de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Desafios para Indústria 4.0 no Brasil.** Brasília: 2016. Disponível em <https://pedbrasil.org.br/ped/artigos/079F8BA3E7E5281B.0>. Acesso em 01/11/2022.

CONSCEIÇÃO, K. A. S.; NUNES, T. S.. Amélia & Executiva: **Qual a Mulher de Verdade?– Trabalho, Pandemia e Home Office.** In: Encontro Nacional dos cursos de pós-graduação em Administração, 45, 2021, Maringá. Anais. Maringá: ANPAD, 2021.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, **Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.** 1994. Disponível em [https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Mulher/convencao\\_interamericana\\_para\\_erradicar\\_a\\_violencia\\_contra\\_a\\_mulher.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_interamericana_para_erradicar_a_violencia_contra_a_mulher.htm). Acesso em 02/11/2022.

CONVENÇÃO Nº 89 DA OIT. **Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria.** Adoção OIT 1948. Ratificação Brasil 25/04/1957.

Disponível em [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235133/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235133/lang--pt/index.htm). Acesso em 02/11/2022.

CONVENÇÃO Nº 100 DA OIT. **Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor.**

Adoção OIT 1951. Ratificação Brasil 25/04/1957. Disponível em [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235190/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm). Acesso em 02/11/2022.

**CONVENÇÃO N° 155 DA OIT. Segurança e Saúde dos Trabalhadores.** Adoção OIT 1981. Ratificação Brasil 18/05/1992. Disponível em [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm). Acesso em 02/11/2022.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.** Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Brasília-DF. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 01/11/2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Meio ambiente do Teletrabalho (aspectos gerais e propedêuticos).** 2002. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – N° 20 – Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109018/2002\\_feliciano\\_guilherme\\_meio\\_ambiente.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109018/2002_feliciano_guilherme_meio_ambiente.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07/11/2022.

MELO, Raimundo Simão de. **A responsabilidade do empregador pelos acidentes do trabalho: evolução histórica e legislativa.** *Revista do TRT da 2ª Região*. São Paulo, n. 14, 2013. p. 54-72.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à Desconexão do Trabalho: Com Análise Crítica da Reforma Trabalhista: (Lei n. 13.467/2017)**, LTr, 2018.

OLIVEIRA, Francisco Kennedy da Silva. **A construção histórica do direito do trabalho no mundo e no brasil e seus desdobramentos no modelo trabalhista brasileiro pós-industrial, 2018.** Disponível em <http://eventos.ifg.edu.br/7semanadehistoria/wp-content/uploads/sites/31/2018/02/Francisco-Kennedy-da-Silva-de-Oliveira.pdf>. Acesso em: 02/11/2022.

PINTO MARTINS, S.: **Derecho del Trabajo**, São Paulo, Atlas, 2008.

PNAD outras formas de trabalho 2019; **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: outras formas de trabalho:**

2019; PNAD contínua: outras formas de trabalho: 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101722>. Acesso em 02/11/2022.

ROCHA, Elaine Pereira. **Guerreiras ou Anjos? As mulheres brasileiras e a grande Guerra**. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, 2020, v.28, n.3. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n361492>. Acesso em: 02/11/2022.

RODRIGUES, Luciana Martinez Geraldês; GUIMARÃES, Priscila Andrade Cravero; **A Redemocratização e a Constituição Federal de 1988**. In: **Retalhos Históricos do Direito do Trabalho**; MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas (org.); MAIOR, Giovanna Maria Magalhães Souto (org.); RODRIGUES, Renata do Nascimento. LTr, 2017.

SILVA, Denise. **Teletrabalho: uma análise do direito à desconexão**. 2019, Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, RS, 2019. Disponível em <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/1760>. Acesso em: 07/11/2022.

SILVEIRA, S. S. **Estratégias de conciliação na relação trabalho-família realizadas por professores universitários**. 2017. 109f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

STÜRMER, Gilberto, FINCATO, Denise. **Teletrabalho em tempos de calamidade por COVID19: Impacto das medidas trabalhistas de urgência. O Direito do Trabalho na Crise da Covid19**, 1ed., e-Book, Bahia, Juspodvim, 2020.

TOLEDO, Cecília. **Mulheres: o gênero nos une, a classe nos divide**. Sundermann, 2005. São Paulo

WYZYKOWSKI, Adriana. **Revolução Tecnológica, Indústria 4.0 e o Teleassédio Moral Organizacional**. Rev. TST, São Paulo, vol. 86, n° 3, jul/set 2020. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/181130/2020\\_wyzkowski\\_adriana\\_revolucao\\_tecnologica.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/181130/2020_wyzkowski_adriana_revolucao_tecnologica.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 02/11/2022.

**GRUPO DE TRABALHO III**  
**Ética e Desenvolvimento**



# A RESPONSABILIDADE DO INVESTIDOR NÃO SÓCIO DE UMA *STARTUP* EM CASO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

**Fabio Garcia Leal Ferraz**

Doutor em Direito Empresarial pela USP. Pesquisador na UNESP

Franca

E-mail: [fabio@bernardiniadvogados.com.br](mailto:fabio@bernardiniadvogados.com.br)

<http://lattes.cnpq.br/8050312159735629>

**José Carlos Ferreira Neto**

Pós-graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

(FDRP/USP)

E-mail: [polloni.janolio@gmail.com](mailto:polloni.janolio@gmail.com)

**Ana Paula Bagaiolo Moraes**

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade  
Presbiteriana Mackenzie. Professora colaboradora na UNESP

E-mail: [apbagaiolomoraes@gmail.com](mailto:apbagaiolomoraes@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/5211528576933137>

**Resumo:** Se destacando pelo alto potencial e alta incerteza de rentabilidade, as *startups* são sociedades empresárias consideradas como um celeiro de apostas dos empreendedores e investidores. No entanto, os riscos de empreender e investir no setor empresarial brasileiro são medidos, muitas vezes, pela possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que teve sua mais recente alteração na redação do art. 50 do Código Civil, dada pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. O presente trabalho propõe uma breve análise da responsabilidade de seus sócios e administradores, sob a ótica da desconsideração da personalidade jurídica, abarcando a Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021 (Marco Legal das *Startups*) como ponto de referência em que o Poder Público, visando um controle social dos negócios (em forma de incentivo),



isentou os investidores de qualquer risco da atividade inovadora desenvolvida pelas *startups*.

**Palavras-chave:** *Startup*; Investidores; Desconsideração da personalidade Jurídica; Lei da liberdade econômica; Marco legal das *startups*.

## 1. Introdução

As *startups* são sociedades empresárias que se destacam pelo alto potencial de rentabilidade, sendo, muitas vezes, uma grande aposta dos empreendedores e investidores.

No entanto, os riscos de empreender e investir no setor empresarial brasileiro não são baixos, seja pela possibilidade de insucesso das atividades, seja pelos riscos de serem cometidos eventuais abusos de direito pelos administradores societários, que pode culminar com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*), por sua vez, é um tópico da disciplina de direito empresarial que tem sido objeto de muito estudo, porém de poucas modificações legislativas, sendo a mais recente a alteração da redação do art. 50 do Código Civil, dada pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

Assim, de forma sucinta, o presente trabalho propõe uma breve análise das *startups* e das questões inerentes à responsabilidade de seus investidores, especialmente sob a ótica da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso porque a *disregard doctrine* é, talvez, o instituto jurídico que mais preocupa o investidor no momento de aportar capital em uma *startup* e o receio não é infundado, pois, dependendo da forma com que investe na sociedade, pode ser responsabilizado e ter seu patrimônio pessoal atingido.

A atual redação do artigo 50 do Código Civil, dada pela Lei da Liberdade Econômica, positivou o “benefício” como requisito para

direcionamento da execução aos sócios da sociedade cuja personalidade jurídica é desconsiderada.

A pergunta que se pretende responder com o presente estudo é se há ou não imputação de responsabilidade ao investidor da *startup* em incidente de aplicação da *disregard doctrine*, observando o requisito de eventual benefício recebido, as diretrizes da lei e a situação com que ele investiu (se foi por meio de investimento-anjo, contrato de mútuo conversível em quotas, ingresso direto na sociedade por meio de aquisição de quotas ou outro tipo).

Será visto que o Poder Público, principalmente por meio da Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021, que instituiu o Marco Legal das *Startups* no país e trouxe incentivos para o empreendedorismo, precisou interferir e reger a forma de responsabilização dos investidores como meio de fomentar a atividade empresarial típica de uma *startup*, minimizando riscos de afetação patrimonial.

## **2. A responsabilidade do investidor de *startup* em caso de desconsideração da personalidade jurídica**

Foi a partir do século XX, mas com maior intensidade no início do século XXI, que um novo *player* se destacou na economia mundial (FEIGELSON, NYBØ e FONSECA, 2018, posição 294/301), especialmente após a criação e propagação da internet, que levou à perpetuação a “era da informação”, uma vez que lhe incluiu dois novos elementos: a velocidade na transmissão de informações e a origem descentralizada destas (PINHEIRO, 2021, p. 45-46). Esse ambiente de negócios propiciou a rápida propagação de sociedades empresárias que tinham (e ainda têm) por objeto social a prática de atividades relacionadas à inovação aplicada a um modelo de negócios, produtos ou serviços. São as chamadas *startups*.

O termo *startup* data da década de 1970, no entanto, passou a ser maciçamente utilizado a partir da segunda metade da década de 1990, com a disseminação da internet, sendo que a inovação é o

cerne da existência destes tipos de sociedades empresárias, que visam criar produtos e/ou serviços absolutamente novos e sob condições de extrema incerteza do negócio (FEIGELSON, NYBØ e FONSECA, 2018, posição 294/319). Atualmente, as *startups* têm, portanto, íntima correlação com a internet, uma vez que quase que a unanimidade destas são forjadas em ambientes virtuais, levando conforto e tecnologia para os lares de milhões de pessoas.

Muitos países, especialmente na Europa, possuem uma legislação própria para caracterizar e até mesmo incentivar uma *startup*, enquanto no Brasil nada disso havia até o início do ano de 2021. No entanto, no dia 1º de junho de 2021, foi publicada a Lei Complementar nº 182, que instituiu o Marco Legal das *Startups* no Brasil, passando a melhor fomentar o empreendedorismo inovador.

De acordo com o art. 4º desta lei complementar, *startups* são “organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”.

É sabido que o início de vida de um empreendimento desta natureza é muito difícil, por conta da incerteza do sucesso negocial que se acredita, de modo que a aquisição de financiamentos em instituições financeiras é complicada, sendo usual que se recorra aos agentes FFF (*Family, Friends and Fools*), investidores-anjo e fundos de capital semente (fundos que investem em empresas iniciantes e inovadoras), conforme ensinam FEIGELSON, NYBØ e FONSECA (2018, posição 1415/1421).

No entanto, é necessário que se remeta ao início de tudo, sendo certo que é com o registro societário que a *startup* ganha vida perante terceiros e a sociedade, pois adquire sua personalidade jurídica (sendo eleita uma modalidade empresarial que assim permita). Em obra específica sobre o tema, COELHO (1989, p. 13) afirma que a principal consequência da personalidade jurídica é exatamente a autonomia patrimonial conferida ao ente coletivo, separando os patrimônios da sociedade e de seus sócios.

Resta fácil, assim, entender que a personalidade jurídica de uma *startup* é exatamente o que a permite ser distinta de seus sócios, ou seja, é a capacidade de ser titular de obrigações e direitos diferentes daqueles de seus sócios.

Contudo, é de se considerar que a personalização da sociedade nem sempre está diretamente ligada à limitação da responsabilidade dos seus sócios, uma vez que existem sociedades personalizadas em que sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, como a sociedade empresária em nome coletivo.

Há que se ponderar que as obrigações e dívidas originadas pelas sociedades empresárias são, em regra, de responsabilidade unicamente destas, e não de seus sócios. Dependendo da modalidade empresarial escolhida, caso a *startup* não honre suas dívidas e obrigações, estas poderão ser automaticamente direcionadas a seus sócios. Por isso, as modalidades empresariais mais comuns são aquelas que têm responsabilidade totalmente limitada, como a sociedade limitada e as sociedades anônimas. Nelas, a personalização garante à sociedade empresária a titularidade das obrigações da pessoa jurídica (direitos e deveres assumidos), a titularidade processual e a titularidade patrimonial. Há, com isso, uma perfeita distinção entre a sociedade e seus sócios ou único titular. Ocorre que a existência da personalidade jurídica das sociedades empresárias de responsabilidade limitada acabou dando ensejo, em alguns casos, às práticas de abuso e fraude.

Desse modo, a doutrina inicialmente criou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para descaracterizar o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1.024 do Código Civil. Tal teoria surgiu com a finalidade de garantir que as sociedades não fossem utilizadas por seus sócios de maneira indevida, como para a prática de atos ilícitos, abusos de direito e ocultação por trás do manto da personalidade jurídica (BRUSCHI, 2004, p. 13).

Esse é exatamente o entendimento do precursor do assunto, Rolf Serick (1966, p. 275), para quem, em caso de constatação de abuso da personalidade jurídica, o juiz pode, visando evitar a

manutenção do ilícito cometido, afastar a separação jurídica existente entre a sociedade e seus sócios.

No Brasil, é certo que é, via de regra, necessária uma intervenção judicial para se decretar a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que, assim sendo, será determinado o afastamento da divisão existente entre os bens da sociedade e os bens pessoais dos sócios, considerando uma universalidade de bens que responderá pelas obrigações contraídas pelos sócios em nome da sociedade. É o que se entende quando se lê o art. 50 do Código Civil, que disciplina o instituto.

A desconsideração da personalidade jurídica não visa anular a personalidade jurídica, pois isso seria despersonalizá-la, mas apenas afastar seus efeitos, no caso concreto analisado, com vistas a proteger a boa-fé e a prevenir o abuso de direito (ALVES, 2001, p. 259).

É importante se ponderar, inclusive, que a Lei nº 13.874/2019, convalidando medida provisória anterior, em claro atendimento aos anseios acadêmicos e externados em posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, aprimorou o art. 50 do Código Civil, trazendo o instituto do benefício como requisito da extensão da responsabilidade dos sócios, além de pormenorizar o que seria desvio de finalidade e confusão patrimonial:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

É de se notar que houve um desenvolvimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo o legislador novos requisitos e esclarecendo questões que, antes, ficavam à mercê de um entendimento particular do magistrado.

No entanto, mesmo com as inovações trazidas à *disregard doctrine* pela Lei da Liberdade Econômica, persistia, ainda, no meio empresarial brasileiro, a dúvida sobre a afetação, durante o incidente de desconsideração, do patrimônio de investidores que patrocinavam sociedades que desenvolviam atividades inovadoras de *startup*, mesmo sem ingressar em seus quadros societários.

O Poder Público, em especial o Poder Legislativo, entendeu que, para incentivar o fomento destes tipos de sociedades que desenvolvem tecnologias inovadoras, precisaria promover, dentro do Marco Legal das *Startups*, uma verdadeira “defesa” dos investidores, promovendo um cenário juridicamente favorável para haver injeção de recursos financeiros sem maiores comprometimentos.

No Projeto de Lei Complementar nº 146/2019, de autoria do então deputado federal João Henrique Holanda Caldas (JHC) e de outros deputados que foram somados à autoria por apensarem seus projetos de temas semelhantes a esse apresentado por JHC, o legislador brasileiro pretendeu separar de forma clara o investidor

da sociedade para fins de comprometimento patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica.

É notável que a preocupação do Poder Legislativo encontrava-se em proteger o investidor de empresas de inovação e tecnologia, com claro intuito de aquecer esse mercado, tal como ocorreu em diversos outros países, como a França.

Por isso, o Marco Legal das *Startups* consagrou a vontade do legislador em seu art. 8º, que assim disciplina a matéria:

Art. 8º O investidor que realizar o aporte de capital a que se refere o art. 5º desta Lei Complementar:

I - não será considerado sócio ou acionista nem possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa, conforme pactuação contratual;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e em outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica existentes na legislação vigente.

Parágrafo único. As disposições do inciso II do caput deste artigo não se aplicam às hipóteses de dolo, de fraude ou de simulação com o envolvimento do investidor.

Enquanto o art. 5º disciplina as formas e modalidade de aporte de capital para os empreendedores promoverem seus investimentos, o art. 8º limita a responsabilidade deles em caso de insucesso das atividades.

Essa é exatamente a grande preocupação dos investidores que querem empreender e se tornar sócios não gestores: querem uma melhor proteção ao seu patrimônio particular, independente das eventuais abusividades que possam ser cometidas pelo administrador societário.

As *startups* conseguiram essa proteção porque, de acordo com a Lei Complementar acima destacada, seu potencial investidor “não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

Com sabedoria, o Poder Legislativo entendeu que somente assim fomentaria o mercado das *startups* e incentivaria a injeção de capital que tanto precisam no início de suas vidas, no concorrido mercado nacional.

Complementando a temática, importante salientar que o art. 5º elenca as formas com que o investidor pode se valer para fomentar financeiramente as atividades da *startup* em que acredita, tais como o contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e a empresa, o contrato de opção de compra de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa, a debênture conversível emitida pela empresa nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o contrato de mútuo conversível em participação societária celebrado entre o investidor e a empresa, a estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa, o contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006, entre outros. É de se notar que a lei elenca opções em que o investidor não adentra no contrato social da sociedade, ou seja, não interfere na gestão da *startup*.

Bem por isso, não há como se admitir um investidor no quadro societário da *startup* e, ainda, isentá-lo totalmente de responsabilidades inerentes à eventual aplicação da *disregard of legal entity*. Portanto, é imperioso denotar atenção nessa informação: o investidor que ingressa no quadro societário como mero sócio não gestor passa a poder ser responsabilizado pelo disposto no art. 50 do Código Civil, no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), entre outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica.



A premissa é lógica: enquanto o investidor não tiver influência alguma na administração da *startup*, terá toda a proteção do art. 8º da Lei Complementar nº 182/2021. No entanto, se o investidor passar a figurar como sócio efetivo da sociedade (gestor ou não), poderá, em sendo observados os requisitos autorizadores, ser responsabilizado em caso de decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

### 3. Conclusão

O presente trabalho foi pensado com o intuito de tecer uma análise, ainda que breve, dos riscos de afetação do patrimônio particular dos investidores de sociedades enquadradas como *startups*, por ocasião da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Não pretendeu este estudo fazer uma abordagem completa da *disregard doctrine*, mas sim adentrar nas particularidades advindas do Marco Legal das *Startups*, que trouxe, no art. 8º, a impossibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica atingir investidores não sócios.

É sabido que o investidor de *startups* tem receio de afetação de seu patrimônio e, por isso, procura alternativas para não ingressar no contrato social da sociedade em que quer investir. Prova disso é que a maioria das opções de investimentos possuem opção de conversão em quotas sociais da investida (p.ex.: mútuo conversível em quotas). Ou seja, o investidor tem vontade de ingressar no quadro societário da *startup*, mas, para isso, quer ver primeiro a prosperidade desta para, depois, ter tranquilidade para se tornar sócio (via de regra na modalidade “não gestor”).

Concluiu-se que o sócio meramente investidor (não gestor) de uma sociedade enquadrada como *startup* se responsabiliza pelos atos irregulares praticados por esta, deflagrados em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, desde que tenha auferido benefício com tais atos. Ainda que seja um simples investidor da sociedade, o art. 50 do Código Civil, mesmo após a mudança advinda da Lei da Liberdade Econômica, continua dando

margem para responsabilização daquele sócio inocente da sociedade empresária.

A Lei Complementar nº 182/2021 não protege o investidor sócio dos impactos da *disregard*, mas, em contrapartida, protege (e muito) os investidores não sócios, que injetam capital na *startup* por meio de investimento-anjo, mútuo conversível em quotas, contrato de opção de subscrição de quotas, estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa, debênture conversível, entre outras possibilidades previstas no art. 5º, § 1º.

Assim, enquanto a legislação brasileira não adequar a proporcionalidade da responsabilidade do sócio não gestor, em caso de aplicação da *disregard of legal entity*, que, atualmente, pelo critério do benefício foi equiparada à responsabilidade do sócio administrador e/ou infrator do ato de abuso da personalidade jurídica, os investidores de *startups* continuarão com receio de ingressar no quadro societário destas e permanecerão utilizando opções diversas para investir sem aparecer no negócio (investimento-anjo, sociedade em conta de participação, mútuo conversível etc.), ou seja, utilizarão essas “maquiagens” para que seus patrimônios particulares não sejam atingidos em eventual desconsideração da personalidade jurídica da sociedade investida.

## Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. TEPEDINO, Gustavo (Coord.).

**Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-278.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 5, p. 168-182, jan.-mar. 1993.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, n. 104, p. 109-126, out.-dez. 1996.

BARATA, Rodrigo Rentsch Sarmento. **Alcance subjetivo da desconsideração da personalidade jurídica**: imputação de sócios, controladores e administradores. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.

BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização. DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1005-1034.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual**. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOITEUX, Fernando Netto. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei de Liberdade Econômica. CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Orgs.). **Lei da Liberdade Econômica anotada: Lei nº 13.874, de 2019**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2. p. 158-167.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova "desconsideração inversa" da personalidade jurídica. **Revista do IASP**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 12, n. 23, p. 233-246, jan./jun. 2009.

BORGHI, Hélio. **A teoria da aparência no direito brasileiro**. São Paulo: Lejus, 1999.

BRAVO, Federico de Castro y. **La persona jurídica**. Madri: Civitas, 1984.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

CEOLIN, Ana Carolina Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CERVASIO, Daniel Bucar. Desconsideração da personalidade jurídica: panorama e aplicação do instituto no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 8, p. 91-113, jul./set. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal. **Repertório da Jurisprudência – RJ 3**, n. 2, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 54, n. 353, p.14-26, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para poder compreender o mundo em que vivemos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDIER, Paul. **Le droit commercial**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2001.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

DUARTE, Nestor. Art. 50. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. Barueri: Manole, 2020. p. 58-61.

ECHEGARAY, José Luis Diez. **La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima**. Madri: Montecorvo, 1995.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. ISBN 9788553600311.

FERRAZ, Fábio. **A desconsideração da personalidade jurídica e os sócios não gestores da sociedade limitada**: atualizado de acordo com a Lei da Liberdade Econômica e Lei do Ambiente de Negócios. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

FERRAZ, Fábio. **A empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli)**: uma análise de sua criação até sua transformação – com as alterações advindas das Leis nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica) e nº 14.195/21 (Lei do Ambiente de Negócios). São Paulo: Editora Dialética, 2021.

FERRAZ, Fábio. **A sociedade limitada enquadrada como Startup e a responsabilidade de seus investidores**: uma breve análise sob a ótica da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 467-486.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002.

GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5065-395-8.

GANGI, Calogero. **Persone fisiche e persone giuridiche**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1948.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º. MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. E-book. ISBN 978-85-5321-937-7. p. RB-18.1.

LORENS, Júlio César. **Responsabilidade do sócio não administrador na sociedade limitada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e Lei de Liberdade Econômica. SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 515-527.

MACHADO, Silvio Marcondes. **Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

MADALENO, Rolf. **Desconsideração judicial da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARCONDES, Gustavo Viegas. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação ao reconhecimento, *incidenter tantum*, da existência de grupos econômicos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 252, p. 41-57, fev. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Borsoi, 1970. t. I.



**GRUPO DE TRABALHO IV**  
**Interdisciplinaridade e**  
**Métodos de Pesquisa em Direito**





## DIREITO CONSTITUCIONAL: FORMANDO CIDADÃOS NAS ESCOLAS BRASILEIRAS

**Maria Candida Vianna da Silva Mendes**

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga –  
UNIFEV;

E-mail: mendes.mariavianna@gmail.com

**Walter Francisco Sampaio Filho**

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFRAN – Universidade de  
Franca. Professor de Direito na UNIFEV – Centro Universitário de  
Votuporanga.

E-mail: sampaio-walter@hotmail.com.

<http://lattes.cnpq.br/2426908594452305>

**Resumo:** Partindo do princípio de que uma das funções da educação escolar é o preparo para o exercício da cidadania, temos como proposta introduzir nas escolas brasileiras, noções jurídicas, principalmente de Direito Constitucional. O Direito Constitucional é um ramo do direito público dedicado a estudar e interpretar as normas contidas na Constituição relativas à organização do Estado. Embora a educação constitucional seja uma área específica dos cursos de Direito, tem sido objeto de estudo em várias áreas da erudição moderna, incluindo História, Ciência Política, Economia, Filosofia e Serviço Social, peça fundamental para construir uma sociedade política organizada. O ensino de Direito configura-se como uma determinação legal, imposta na lei 9.394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e, em seu artigo 2º, estabelece que a educação, obrigação do Estado e da família, devem objetivar o total desenvolvimento do estudante, bem como prepará-lo como futuro cidadão e deixá-lo apto ao mercado de trabalho. Logo compreendemos a importância de obter o conhecimento acerca do ordenamento jurídico. A metodologia empregada foi uma pesquisa exploratória, com levantamentos bibliográficos e leituras pertinentes ao tema. Com a ideia de que a sociedade tenderia a desenvolver-se melhor ao entender os seus direitos e deveres, promovendo maior igualdade

social entre todos por abranger conteúdos que hoje em dia são do conhecimento de apenas pequena parcela da sociedade.

**Palavras-chave:** direito constitucional; educação; Lei de Diretrizes e Bases da Educação; cidadania.

## 1. Introdução

A educação é de grande importância, tendo em vista fatos históricos, como o marco pioneiro da educação no Brasil que só ocorreu quase cinquenta anos depois do Descobrimento. Na primeira administração do Governo Geral, implantada por D. João III, aportaram no Brasil o padre Manoel da Nóbrega e dois jesuítas, que deram início à instrução e a catequese dos indígenas.

Com o intuito de se formar mais padres, vieram outros jesuítas e desenvolveram as escolas de ordenação, e a instrução e a catequese foram levadas aos filhos dos colonos brancos e aos mestiços.

Para Manoel da Nóbrega, sua missão era montar um plano de ensino. Com essa primeira pedagogia, no plano de estudo continha o ensino da língua portuguesa, a doutrina cristã e a escola de ler e escrever.

A Companhia de Jesus foi oficializada pela Igreja em 1540. Essa época caracterizou-se por uma situação de divisão e conflitos dentro da igreja, destacando-se, dentre estes, a Reforma Protestante. Ademais, foi o período de expansão das fronteiras geográficas, com a descoberta da América e a abertura de novas rotas comerciais na Ásia, sem esquecer o fato de o mundo ter vivido uma autêntica revolução no campo das ciências e das letras. A Companhia de Jesus tentou dar uma resposta positiva a esses desafios atuando em quatro campos: serviço ao povo cristão na defesa, promoção e propaganda da fé nos territórios de missão, e a educação da juventude. A atividade educativa tornou-se a principal tarefa dos jesuítas.

No final do século XVI, o número de colégios elevou-se a 372. A experiência pedagógica dos jesuítas sintetizou-se em um conjunto de normas e estratégias denominado *Ratio Studiorum* (Ordem dos Estudos), que visa à formação integral do homem cristão, de acordo com a fé e a cultura daquele tempo.

Mas o ensino realmente começou a se alterar mais profundamente em nosso país quando, em 1807, Portugal foi invadido pelas tropas de Napoleão e, por conseguinte, a Corte portuguesa se deslocou para o Brasil sob escolta e proteção dos ingleses. O Brasil, com D. João VI no Rio de Janeiro, passou a ser a sede do reino português. Com isso, inúmeros cursos, tanto profissionalizantes em nível médio quanto em nível superior, bem como militares, foram criados para fazer do local algo realmente parecido com uma Corte. Deu-se a abertura dos portos; aconteceu o nascimento da Imprensa Régia e a criação do Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Em 1808, surgiram o Curso de Cirurgia na Bahia e o Curso de Cirurgia e Anatomia no Rio de Janeiro. Posteriormente, criou-se o Curso de Medicina no Rio de Janeiro e, em seguida, em 1910, a Academia Real Militar (que mais tarde tornou-se a Escola Nacional de Engenharia). O ensino no Império foi estruturado, então, em três níveis: primário, secundário e superior. O primário era a escola de ler e escrever, que ganhou um incentivo da Corte e aumentou suas cadeiras consideravelmente. O secundário se manteve dentro do esquema das aulas régias, mas recebeu várias novas cadeiras (disciplinas), principalmente em cidades de Pernambuco, Minas Gerais e, é claro, Rio de Janeiro.

Em 1821, a Corte voltou para Portugal e, um ano depois, D. Pedro I liderou a Independência, outorgando em seguida uma Constituição ao nosso país – a Constituição de 1824. Tal Carta Magna continha um tópico específico em relação à educação. Ela inspirava a ideia de um sistema nacional de educação. Discriminava em seu texto que o Império deveria possuir escolas primárias, ginásios e universidades.

Atualmente a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205 especifica a educação sendo direito e dever de todos, com o objetivo de preparar as pessoas a exercerem a cidadania.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988, cap. III, art. 205).

Portanto, a Educação é muito mais que aplicação de métodos pedagógicos e didáticos. A Educação é um ato de instruir ao convívio e desenvolvimento humano e cabe não só ao Estado, mas também a toda sociedade essa tarefa.

Utilizou-se, como método, uma abordagem dialética, que consiste no diálogo entre a evolução da educação e a importância do Direito Constitucional para amparar tais transformações, observados mediante análise bibliográfica e histórico-evolutiva sobre o tema, com a finalidade de produzir novos olhares sobre as diretrizes da educação em nosso país que constituem objetivos fundamentais da República Federativa: construir uma sociedade justa e livre.

O texto foi organizado e dividido em três partes: na primeira, é realizada uma análise do contexto histórico-evolutivo desde o período no qual ocorreu a Constituição Imperial pelos Portugueses, abordando a importância da educação para o desenvolvimento da Nação até os dias atuais.

No capítulo seguinte foi apresentada a importância do saber da Ciência do Direito na educação. Sendo o Direito enraizado em nosso cotidiano e tarefas do dia a dia e estando o Direito dentro do campo da Moral é de suma importância para a formação de um bom cidadão diante da sociedade.

Por fim, é abordada a contínua necessidade de tutela do Estado no âmbito educacional, pela óptica de ser através de nossa

juventude o futuro na nossa Nação. Ampliando a grade curricular com o ensino político, democrático, no ensino médio, como reflexo da Constituição Federal.

## **2. A história da educação no Brasil**

O Império não conseguiu sobreviver a um modo de vida que parecia nada ter a ver mais com ele, repleto de novidades: expansão da lavoura cafeeira, fim do regime escravocrata, adoção do trabalho assalariado, remodelação material do país, incluindo o surgimento da rede telegráfica, novos portos e ferrovias (JÚNIOR, 2009, p. 9).

Instituiu-se uma nova Constituição do Brasil, a Primeira República (1889-1930).

Em meio a isto, houve relativa urbanização do país, ampliando o que seria, mais tarde, a chamada classe média. Pessoas desse meio, que estiveram junto aos militares na idealização e construção do novo regime, tinham aspirações que não mais eram submeter seus filhos ao trabalho comum, braçal. Eram pessoas que, não raro, até já estavam livres desse tipo de trabalho, e que queriam para os filhos a escolarização, pois sabiam que a escola estava se tornando um elemento central da vida urbana, formando os profissionais que iriam exercer cargos burocráticos e de manejo de algum ensino formal. Então, o tema do mudancismo (não só social, mas individual) trouxe um incentivo para que as pessoas viessem a discutir a necessidade de abertura de escolas (JÚNIOR, 2002, p. 10).

Segundo Paschoal Lemme, professor que viveu o período, o que se tinha era o seguinte: “Em 1920, o Estado mais rico da nação não atingia mais que 28% da população em idade escolar; para cada quatro crianças em idade escolar, uma era analfabeta (39, p. 26-30)”. Esse quadro não se alterou substancialmente até os anos de 1940 (JÚNIOR, 2002, p. 18).

A Primeira República durou quarenta anos. Por meio da revolução de outubro de 1930, temos uma nova República, a Segunda República, (1930-1937).

Em 1932 houve o movimento chamado *O MANIFESTO DOS PIONEIROS DA EDUCAÇÃO NOVA*, os educadores que assinaram o manifesto diziam que a escola tradicional estava instalada para uma concepção burguesa, deixando o indivíduo numa autonomia isolada e estéril (MENEZES, 2001).

A democracia no Brasil era um dos pontos importantes abordado no manifesto de 1932. A educação era vista como instrumento de reconstrução da democracia, permitindo a integração dos diversos grupos sociais. Nesse sentido, o governo federal deveria defender bases e princípios únicos para a educação, mas sem ignorar as características regionais de cada comunidade (MENEZES, 2001).

Pode-se dizer, portanto, que em relação à primeira Constituição republicana, a de 1891, a educação associada às ideias democráticas, tiveram uma melhor acolhida na Carta de 1934 (JÚNIOR, 2002, p. 61).

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado, acreditando, segundo relata a história, que havia uma suposta ameaça comunista para tirá-lo do poder, fechando o Congresso Nacional e extinguiu a democracia. A nova Carta, de 1937, foi imposta ao país como ordenamento legal.

A Carta de 1937 não estava interessada em determinar ao Estado tarefas para fornecer à população uma educação geral por meio de uma rede de ensino público e gratuito. A intenção da Carta de 1937 era manter um explícito dualismo educacional: os ricos proveriam seus estudos por meio do sistema público ou particular e os pobres, sem usufruir desse sistema, deveriam ter como destino as escolas profissionais ou, se quisessem insistir em se manter em escolas propedêuticas a um grau mais elevado, teriam de contar com a boa vontade dos ricos para com as caixas escolares (JÚNIOR, 2002, p. 65).

Paulo Ghiraldelli Júnior (2002, p. 70) expõe ainda que a legislação do Novo Estado deixa claro que a escola deveria contribuir para a divisão de classes e, desde cedo separar pelas diferenças de chances de aquisição cultural os dirigentes dos dirigidos.

O Estado Novo terminou em 29 de outubro de 1945, com a deposição de Getúlio Vargas. Houve uma Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação de nova Constituição (1946).

Marcada por grandes discussões, em 1961 o projeto de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN) foi aprovado pelo Senado e sancionado pelo Presidente da República João Goulart

Conhecida como Lei n. 4.024/61, a primeira LDBN garantiu igualdade de tratamento por parte do Poder Público para os estabelecimentos oficiais e os particulares, o que assegurava que as verbas públicas poderiam, inexoravelmente, ser carreadas para a rede particular de ensino em todos os graus (JÚNIOR, 2002, p. 84).

Agora o período de Regime Militar (1964-1985).

Começava o período do governo militar, com seu regime centralizado e coercitivo e sua política de desenvolvimentismo associado, isto é, a etapa da economia embasada na indústria e dependente do capital estrangeiro. Essa orientação pode ser sintetizada na seguinte frase de um governante da época: “O povo vai mal, mas a economia brasileira vai bem”, indicando que em decorrência da política dos militares e empresários em favor do monopólio econômico, ocorreria o desenvolvimento do país (o chamado “milagre econômico”), mas com base no crescimento das taxas de concentração de renda e na contenção dos movimentos sociais populares que haviam marcado a década anterior (HILSDORF, 2012, p. 122).

Do ponto de vista da filosofia do sistema as reformas de 1968 e 1971 isolaram a educação dos contextos social e político, em um processo que D. Trigueiro Mendes chamou de “desvio tecnocrático”, o qual não apenas substituiu a prática da participação popular existente entre 1946-64 pelo critério da eficiência, como ainda objetivou despolitizar a sociedade pela compartimentação do trabalho: se entre os anos 50 e o início da década de 60 se concebia a cultura – produto dos grupos sociais – como elemento de transformação econômica e social do país, no pós-64 o ensino passou a ser pensado outra vez de cima para baixo,



na direção tecnicista dada pelos interesses atendidos com os acordos MEC-USAID (HILSDORF, 2012, p. 125).

A imposição do econômico sobre o sociocultural e o predomínio do interesse privado sobre o público, marcantes desde o período da ditadura militar, levaram à manutenção ou agravamento dos problemas da educação escolar, mesmo que algumas dessas medidas, como a licenciatura curta e os ciclos básicos, no ensino superior, e a profissionalização compulsória, no secundário, não tivessem sido implantadas graças à resistência dos educadores, levando à sua revogação (HILSDORF, 2012, p. 127).

Embora o mais recente processo de redemocratização do país tenha se iniciado há cerca de 20 anos e produzido uma nova Constituição em 5/10/1988, no que concerne à educação escolar é como se apenas tivéssemos acabado de sair da vigência das leis do período da ditadura militar, pois a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei no 9.394, de 20/12/1996) teve uma longa tramitação no Congresso Nacional e começou a ser posta em execução muito recentemente, com a reformulação da legislação ordinária concernente ao sistema educacional (HILSDORF, 2012, p. 130).

## **2.1 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira**

As Leis de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) definem e regularizam o sistema de educação a partir da Constituição Federal.

Far-se-á doravante uma breve apresentação das características de cada uma.

A Lei. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, dá mais autonomia aos órgãos estaduais e reduz a centralização de poder no MEC (Ministério da Educação e Cultura); regulamenta a existência de conselhos estaduais de educação e conselhos federais de educação; garante 12% do orçamento federal e 20% dos compromissos educacionais dos municípios; entre outras regras, a educação é opcional, e quatro anos de educação primária são obrigatórios.

Já em contrapartida a Lei 5.692 de 11 de agosto de 1971, publicada durante a ditadura militar, pelo presidente Emílio Garrastazu Médici, enfatizava a obrigatoriedade da educação primária entre 7 e 14 anos; abordava a educação a distância; oferecia um núcleo comum para cursos de primeira e segunda séries; determinava que os municípios deveriam gastar 20% de seus orçamentos sobre Educação, visando a profissionalização do então ensino secundário.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a LDB anterior foi considerada obsoleta, mas apenas em 1996 o debate sobre a nova lei foi concluído. A atual LDB foi sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso e pelo ministro da Educação Paulo Renato em 1996; seu relator foi Darcy Ribeiro. Baseada no princípio do direito universal à educação para todos, a LDB de 1996 trouxe diversas mudanças, como a inclusão da Educação Infantil, com creches e pré-escolas, como primeira etapa da educação (CHAVES, 2021, v. 21. nº 29).

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional:

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Complementando, a Lei 9.394/96, que também é dever do Estado:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

O enunciado demonstra que o papel da educação é preparar o educando para o exercício da cidadania. Nesse sentido, o questionamento é: as escolas ensinam diversos assuntos, mas será que os alunos estão sendo preparados para se tornarem cidadãos? Como separar o estudo de Direito, o estudo de Direito Constitucional Político na fase educacional?

### **3. A Ciência do Direito e a Educação**

Segundo Miguel Reale, (2002, p. 28) “[...] o Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.”

O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; existe na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social (REALE, 2002, p. 29).

Ainda para o jurista, as regras jurídicas são valoradas em um estágio bem maduro da civilização, apartado das normas religiosas ou costumeiras e, por via de consequência, a partir daí é que a humanidade passa a considerar o Direito como algo merecedor de estudos autônomos.

Logo, entendendo que a escola é uma instituição com a finalidade de passar os conhecimentos, habilidades e valores necessários para a socialização pessoal, as escolas devem dominar os conteúdos culturais básicos de leitura, da escrita, das artes e da literatura, sem os quais os alunos dificilmente poderão exercer seus direitos civis.

As escolas têm a responsabilidade de desenvolver os alunos para serem críticos, reflexivos e autônomos, a fim de compreender seus direitos e obrigações, as realidades econômicas, sociais e políticas do país e serem capazes de construir uma sociedade mais justa e acomodar diferenças culturais.

Essa preocupação com os direitos sociais já aparece no Preâmbulo da Constituição:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL,1988, Preâmbulo)

Os objetivos fundamentais estão delineados no artigo 3º da Carta Política de 1988, *in verbis*

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Acrescentemos os ensinamentos de Flávio Martins:

Cidadania: numa visão estrita, cidadania é a possibilidade de interferir nas decisões políticas do Estado. Assim, cidadãos seriam os titulares dos direitos políticos. Não obstante, há também uma visão ampla de cidadania, segundo a qual ela corresponde à titularidade dos direitos fundamentais, como também de deveres perante os semelhantes. Sobre a evolução do conceito de cidadania, brilhantemente expõe Gianpaolo Smanio: “A Constituição Federal de 1988, chamada de ‘Constituição Cidadã’, efetivou uma mudança na conceituação de cidadania, conferindo maior amplitude ao seu significado, ao colocá-la dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, II). A cidadania deixou de

estar relacionada apenas com a nacionalidade, deixou de ser considerada apenas um status de reconhecimento do Estado, para ser um conceito amplo, compatível com uma nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e de solidariedade. Conforme análise de Hannah Arendt, o primeiro dos direitos do homem é o direito a ter direitos, o que implica na dimensão e conceito de cidadania, como um meio para a proteção de direitos e também como um princípio, pois a destituição da cidadania implica na perda desses direitos. Portanto, quando a nossa Constituição estabelece a cidadania como um princípio fundamental da República, abrange essa dimensão de concretização dos direitos fundamentais (MARTINS, 2022)

A relação entre escola e comunidade ganhou grande impulso a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que retomou o processo de democratização no país. Até então, havia um grande fosso entre a escola e as famílias, uma vez que a escola, cujo acesso não era garantido a todos, era vista como local elitizado e, portanto, dominado por uma cultura e linguagem diferentes da comunidade menos privilegiada que a ela não ascendia (TOLEDO, 2015, p. 68).

#### **4. O ensino do Direito Constitucional no preparo do aluno do ensino médio para um cidadão melhor**

O direito à educação se constitui como direito subjetivo explicitado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). A Constituição Federal é a lei suprema de um país, é o documento que reúne as leis fundamentais de estruturação do Estado, formação dos poderes, formas de governo e direitos e deveres do cidadão de um país. Assim, todas as demais leis estão a ela subordinadas. Por isso, toda a legislação educacional deve estar em consonância com os princípios constitucionais (TOLEDO, 2015, p. 09).

A Educação é tema constitucional presente no capítulo terceiro, seção um, que abrange os artigos 205 a 214. Importante

destacar alguns artigos pertinentes à pesquisa, no intuito de demonstrar a importância do ensino do Direito Constitucional no Ensino Médio.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988, cap. III, art. 208).

Diante do art. 208 da Constituição Federal de 1988, Margot Toledo (2015, p.13), explica que diante de tantos compromissos, o texto constitucional, por si só, não garante que os objetivos sejam alcançados. Sugerindo uma implementação de sistemas de cooperação entre as diversas esferas do sistema educacional.

Aqui já se pode analisar que pelos dados históricos, já citados no decorrer dessa pesquisa, o poder público não está cumprindo de

forma satisfatória com o cuidado necessário de propiciar uma educação eficaz para a formação de um cidadão.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê uma articulação entre os três sistemas de ensino, a saber: municipal, estadual e federal, bem como um sistema nacional de educação. Nesse intuito, bem como o de concretizar a disposição transitória da mesma lei, nasce o Plano Nacional da Educação, por meio da Emenda Constitucional n. 59/2009. A emenda altera o *status* do documento de uma disposição transitória para uma exigência constitucional. O Plano passa, então, a assumir o papel de articulador do sistema nacional de ensino (TOLEDO, 2015, p.30).

Com a discussão do novo PNE, em 2014, também ganhou notória discussão a renovação do ensino médio. E no governo do presidente Michel Temer, em 2017, foi aprovada a Lei 13.415/2017, conhecida como a Reforma do Ensino Médio. Essa Reforma do Ensino Médio, institui um Novo Ensino Médio, que fez alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pois o tempo mínimo do estudante era de 800 horas e passou para 1000 horas anuais e ajustou uma nova organização curricular, que contemple habilidades e competências relacionadas às quatro áreas do conhecimento. São eles:

Art. 35-A. A Base Nacional Comum Curricular definirá direitos e objetivos de aprendizagem do ensino médio, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Educação, nas seguintes áreas do conhecimento:

I - linguagens e suas tecnologias;

II - matemática e suas tecnologias;

III - ciências da natureza e suas tecnologias;

IV - ciências humanas e sociais aplicadas (Lei 9.394/1996)

O Plano Nacional de Educação, é uma lei brasileira que define metas, e desenvolvimento nacional, estadual e municipal da educação. Por isso estabelecendo algumas metas, como:

Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezesete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

O Anuário Brasileiro da Educação Básica de 2021, mostra que a taxa líquida de matrícula do Ensino Médio – ou seja, a porcentagem de jovens de 15 a 17 anos inscritos nessa etapa – apresentou avanço em 2020, segundo os dados da Pnad Contínua. Passou de 71,1%, em 2019, para 75,4%, em 2020, o que representa mais de 11 pontos percentuais acima do registrado em 2014, primeiro ano de vigência do PNE.

Porém, apenas 69,4% dos brasileiros concluíram o Ensino Médio na idade esperada, até os 19 anos. E 5,6% dos brasileiros com idades entre 15 e 17 anos não estudam e não concluíram o Ensino Médio.

A referida Lei de Diretrizes e Bases na Educação Nacional, em seu Art. 26-A, mostra que o Estado intervém no currículo, ao “fixar” conteúdos que devem ser estudados em todo o território nacional, ainda que não constituam a totalidade do currículo, indica a possibilidade de complementar o currículo com conhecimentos específicos para cada localidade (TOLEDO, 2015, p. 14):

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.



Logo entende-se ser necessária uma proposta de alteração na matriz curricular do ensino médio, inserindo como matéria obrigatória o Direito Constitucional, ou, disciplina com outro nome ou, ainda, que já esteja na matriz, mas cujo conteúdo seja inerente às questões da organização do Estado.

No ensino médio, estão os jovens de 15 a 17 anos, caminhando para a etapa final da educação básica, momento marcante da formação para a sociedade e para escolher a carreira profissional. Não se pode esquecer que o poder político como cidadão, também já se inicia, pois de acordo com o art. 14, alínea c, da CF/88, é facultativo o direito ao voto aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Como votar, escolher pessoas para o futuro da sociedade e da Nação, sem o conhecimento mínimo do Estado?

O art. 14, *caput*, da Constituição Federal afirma que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal”. Significa que, preenchidos alguns requisitos mínimos, todos podem votar e ser votados (um dos requisitos para votar é a idade mínima e um dos requisitos para ser votado é a filiação partidária) (MARTINS, 2022, p. 549).

A população estimada pelo IBGE no ano de 2021, no Brasil, são de 11.406.975 jovens, entre 15 a 17 anos de idade.

Aqui chama atenção para a participação política, efetiva em nossa última eleição, de outubro de 2022, na faixa etária de 16 e 17 anos, quando o voto é facultativo, apenas 2.116.781 eleitores (TSE, 2022, Estatísticas do eleitorado – Por sexo e faixa etária) participaram do pleito.

Ser uma pátria educadora é algo que ultrapassa o que se faz na escola. A educação começa em casa, nos exemplos dos pais, mas transcende para a esfera pública. Implica experimentar, no cotidiano, relações de civilidade, respeito, justiça. E atinge, claro, a dimensão política. Acontece quando há engajamento dos cidadãos, ética nos governantes, transparência no uso dos recursos públicos (RAMAL, 2019, p. 12).

## 5. Conclusão

Sem a pretensão de esgotar o tema abordado, este estudo tem a intenção de fomentar em nossos jovens a ideia crítica, pois são formadores de opiniões, devem participar ativamente da sociedade e formar forças para uma sociedade melhor. São os construtores do futuro.

Diante de um panorama histórico, vimos todos os esforços e movimentos em cada Constituição, a cada novo governo, lutas que foram travadas para garantir ao povo brasileiro direitos na participação política, através do voto, dignidade da pessoa humana, soberania, os valores sociais do trabalho e a cidadania.

Nota-se nos últimos anos que os jovens não têm tido a correta noção do Estado na vida das pessoas. Desconhecem a razão pela qual as instituições existem e seus papéis. Não encontram suas participações na sociedade, qual será o futuro da nação e das pessoas. Não se manifestam acerca das necessidades de melhoria nos diversos campos de atuação estatal.

É necessário, portanto, que o conhecimento da organização do Estado, sua estrutura e instituições, seja conhecida já nas cadeiras escolares, principalmente no ensino médio, quando já possuem amadurecimento melhor sobre a sociedade e as relações humanas.

A partir desse conhecimento é que terá condições de discutir acerca de questões econômicas, políticas, sociais, etc., que afetam a todos. Constituirá, com o conhecimento da organização do Estado, sua estrutura e instituições, um membro ativo na contribuição da melhoria do atual sistema político, social e econômico.

Concluindo e enfatizando, o ensino acerca da organização do Estado, sua estrutura e instituições, certamente, trará novas pessoas dispostas e desejosas de uma nação melhor, colaborando efetivamente para que isso ocorra.

## Referências

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presiente da República, [2022] . Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2022.
- CHAVES, Lyjane Queiroz Lucena. Um breve comparativo entre as LDBs. **Revista Educação Pública**, v. 21, nº 29, 3 de agosto de 2021. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/21/29/um-breve-comparativo-entre-as-ldbs>. Acesso em: 02 de nov. 2022.
- ENSINO MÉDIO – Metas do PNE. Anuário Brasileiro de Educação Básica – 2021. Disponível em: <https://www.moderna.com.br/anuario-educacao-basica/2021/ensino-medio.html>. Acesso: 5.11.2022.
- HILSDORF, Maria Lucia S. **História da Educação Brasileira**. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2012. E-book. ISBN 9788522114023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522114023/>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- JR., Paulo G. **Filosofia e História da Educação Brasileira: da Colônia ao Governo Lula**. Barueri: Editora Manole, 2009. E-book. ISBN 9788520443361. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520443361/>. Acesso em: 03 nov. 2022.
- LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm) Acesso em 21 de setembro de 2022.
- MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620575/>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- MENEZES, Ebenezer Takuno de. Verbete Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil**. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em <https://www.educabrasil.com.br/manifesto-dos-pioneiros-da-educacao-nova>. Acesso em 06 nov. 2022.

RAMAL, Andréa. **Educação no Brasil** - Um Panorama do Ensino na Atualidade. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597023145. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023145/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

REAL, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502136847. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136847/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TOLEDO, Margot D. **Direito Educacional**. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2015. E-book. ISBN 9788522122479. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522122479/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas do eleitorado** – por sexo e faixa etária. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso: 02 nov.2022.



# PATERNALISMO PENAL E SUICÍDIO: UMA ANÁLISE DAS NORMATIVAS DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INGLÊS, ALEMÃO E BRASILEIRO

**Bruno Walker Farias Cunha**

Graduando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)

E-mail: [bruno\\_woolker@gmail.com](mailto:bruno_woolker@gmail.com)

<http://lattes.cnpq.br/6393182922697656>

**Daniel Pacheco Pontes**

Doutor em Direito pela USP. Professor da FDRP/USP

E-mail: [dppontes@usp.br](mailto:dppontes@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/6049575967318006>

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de analisar o tratamento penal do suicídio em diferentes países, por meio da metodologia de direito comparado, construindo-se, ao longo do artigo, um argumento que relaciona a resposta criminal dos Estados à conduta do suicídio com as espécies de paternalismo penal. Para tanto, os conceitos teóricos importantes, como as questões acerca do suicídio e o conceito de paternalismo, serão previamente abordados, possibilitando uma análise mais completa do tema através da comparação e viabilizando uma melhor compreensão das conclusões e críticas finais. Explicados todos os conceitos substanciais para a construção da tese deste trabalho, terá início a análise de direito comparado. Para tanto, serão utilizados três países: Inglaterra, Alemanha e Brasil. Isso se justifica na medida em que cada um deles, nos recortes temporais determinados, representa um exemplo das categorias paternalistas estudadas e, portanto, a partir da comparação e da pesquisa analítica dialética, em que se contraporão tese e antítese, pretende-se chegar à elaboração de uma proposta para o tratamento penal do suicídio no Brasil mais razoável que a atualmente vigente. Com isso, espera-se que a pesquisa comparativa seja profunda o suficiente para verificar, de maneira prática, a tese teórica de que o paternalismo penal no caso do suicídio, em regra, não é sustentável.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Paternalismo; Suicídio; Direito Comparado.

## 1. Introdução

A questão do suicídio ainda é bastante polêmica e suscita diversos debates nos mais diversos campos do conhecimento. Em razão da sua interdisciplinaridade, há diferentes conceituações e distintas abordagens ao seu respeito. Este trabalho pretende fazer uma análise da perspectiva de ciências criminais, mais especificamente, do tratamento dado pelo Estado a essa conduta mediante o Direito Penal. Para tanto, o método utilizado será o de direito comparado, tendo em vista os resultados que podem ser obtidos a partir dessa metodologia distinta e com enorme potencial para a pesquisa em Direito.

Nesse sentido, terá início a abordagem substancial do tema, explicando, em princípio, os elementos importantes para a construção da ideia defendida neste artigo. Assim, serão brevemente levantadas as generalidades acerca do suicídio, seus conceitos fundamentais e o seu tratamento ao longo da história humana, destacando-se a sua relação com o Direito – mais especificamente, o Direito Penal. Além disso, serão abordadas as diferentes espécies de terminalidade da vida, evidenciando-se as intersecções com o suicídio relevantes no que diz respeito ao tratamento criminal.

Outrossim, será preciso estabelecer os conceitos relacionados ao paternalismo, de fundamental importância para esse trabalho. Assim, além de defini-lo de maneira clara e ampla, ressaltar-se-ão suas principais características pertinentes para o Direito Penal, qual sejam: a classificação em paternalismo penal direto e indireto, as críticas a esse instituto e a exceção da vulnerabilidade.

Explicados todos os conceitos substanciais para a construção da tese deste artigo, terá início a análise de direito comparado. Para tanto, serão utilizados três países: Inglaterra, Alemanha e Brasil. Assim, abordar-se-á, introdutoriamente, o sistema jurídico e o direito de cada um dos Estados, para que se realize, em seguida, a análise mais específica e detalhada do tratamento criminal dado ao suicídio por

cada um deles, relacionando-o ato com as espécies de paternalismo penal, viabilizando, assim, as conclusões e críticas finais.

## **2. Suicídio**

### **2.1 Questões gerais sobre o suicídio**

Logo no início da obra, Durkheim define o suicídio como “toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado” (DURKHEIM, 2000, p.11). Desse modo, embora este fenômeno, em geral, seja representado por ação positiva, pode ser resultado, também, de uma atitude negativa, uma abstenção que resulte no mesmo fim. Nesta última hipótese se encontra abarcado o suicídio assistido, em que o titular do bem jurídico (vida) conta com a participação de terceiros para realizar a sua vontade, que é de findar a própria vida.

Não satisfeito, o sociólogo vai além e, ainda em nótula introdutória, destaca duas importantes espécies de suicídio, relacionado à capacidade do indivíduo que comete o ato. Assim, dispõe o autor: “não poderíamos incluir numa mesma classe e tratar da mesma maneira a morte do alucinado que se joga de uma janela alta por acreditar que ela se encontra no mesmo nível do chão e a do homem, são de espírito, que se atinge sabendo o que está fazendo”. Portanto, apenas adiantando o que será tratado de maneira mais específica a seguir, a tese que parece ser a mais correta em concernência ao tratamento penal do suicídio é a de que a interferência somente é legítima nos casos abrangidos pela primeira hipótese acima aventada, na qual se encontra o elemento da vulnerabilidade relacionado ao suicida.

Em caráter histórico, Jamison (2002, p. 11) dispõe sobre o tratamento do tema na Europa Medieval: “Epiléticos, lunáticos e suicidas não eram lavados; pelo contrário, eram enterrados de bruços nas roupas que usavam quando morreram. Eram erguidos



para o caixão com atijadores, nunca com as mãos nuas, já que se temia que doenças e maldição pudessem pegar na família”. Ainda em consonância com o autor:

[...] na França, o corpo de quem tirava a própria vida era arrastado pelas ruas e depois pendurado em forcas. Além disso, a lei francesa do século XVII exigia que se jogasse o corpo do suicida no esgoto ou na lixeira da cidade. Na Alemanha, os corpos eram postos em barris, que deslizavam para o rio, de forma que não conseguissem voltar à sua cidade natal. Na Noruega, os cadáveres dos suicidas deveriam ser enterrados junto aos demais criminosos na floresta ou jogados na maré. No século XVII, houve mudanças nos padrões relativos ao ato suicida na Inglaterra e nos Estados Unidos: um em cada dez vereditos de suicídio foi classificado *non compos mentis*, ou seja, como decorrente de insanidade. Por volta de 1800, todos os casos de suicídio eram vistos da mesma forma: como ato insano. Porém, apesar de considerado como insanidade nos dois países, até 1961 na Inglaterra e no País de Gales o suicídio era considerado crime, e na Irlanda, até 1993 (ARAÚJO e BICALHO, 2012, p. 725-726).

Como destacado, na Inglaterra a conduta ainda era criminalizada até o ano de 1961, o que será analisado posteriormente quando se valer do país para a comparação do tratamento penal ao suicídio. Não obstante, desde a Revolução Francesa, começou-se um processo de descriminalização da conduta na Europa (RIBEIRO, 2004) e a maioria dos países, a partir de então, vem seguindo tal tendência, produzindo legislações cada vez mais liberais acerca do tema, o que prova, de antemão, que o respeito à autodeterminação e a não interferência penal nesse assunto são o estágio final de um processo de evolução sociojurídica.

## **2.2 Auxílio ao suicídio**

Em primeiro lugar, vale colocar que a doutrina, de modo geral, diferencia as três principais espécies alternativas de terminalidade

da vida, quais sejam, o suicídio assistido, a eutanásia e a ortotanásia. Assim, o primeiro configura-se como a forma de a própria pessoa colocar fim à sua vida, necessitando de terceiro apenas para o auxílio na escolha do método e a orientação quanto à maneira de utilizá-lo (POHIER, 1999. p. 185). Destaca-se, ainda, a importância de que tal auxílio seja realizado por profissional da área médica, embora não se vede a orientação e ajuda de outras pessoas que não possuam conhecimentos específicos (SÁ; MOUREIRA, 2015).

Quanto à eutanásia, a diferença se dá apenas em razão de quem administrará as substâncias que gerarão a morte do indivíduo. Assim, ela também se configura como a prática voluntária de terminalidade da vida, escolhida pelo próprio sujeito que deseja morrer, porém com o método realizado pessoalmente por um médico. Sendo assim, diferentemente do que ocorre no suicídio assistido, na eutanásia, o profissional da medicina é quem administrará as substâncias que provocarão a morte do sujeito (POHIER, 1999, p. 185). A diferença, portanto, entre essas duas espécies de terminalidade da vida é bastante tênue.

Por último, há a chamada ortotanásia. Esta, significativamente mais distinta das outras, ocorre quando o indivíduo opta por aceitar o fim biológico da sua vida, sem se valer da distanásia, que, por sua vez, é o prolongamento artificial, através de métodos extraordinários e desproporcionais, visando combater a morte, porém, na prática, apenas prolongando o sofrimento do sujeito. A ortotanásia, portanto, pode ser entendida como a simples aceitação da morte como estágio biológico e natural do ser humano. Diversamente das demais, essa forma de terminalidade da vida não é considerada crime, no Brasil; pelo contrário, embora não tenha mesma força de lei, a Resolução N<sup>o</sup> 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina (CFM), expressamente, permite-a, em seu art. 1<sup>o</sup>.

Essa diferenciação terminológica é bastante importante, principalmente, quando se estudam conceitos relacionados às ciências naturais e, mesmo, à bioética. Entretanto, malgrado seja interessante saber que existem disparidades entre cada uma das

espécies de terminalidade da vida, para os fins pretendidos por este trabalho, que é a análise comparativa do ponto de vista jurídico-penal, tal diferenciação, especialmente, entre o suicídio assistido e a eutanásia, não é tão relevante.

### **3. Paternalismo penal**

#### **3.1 Considerações gerais**

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer que o conceito de paternalismo não deriva de uma concepção jurídica, tampouco procede do Direito Penal. Com efeito, em termos etimológicos, sua definição provém da Roma Antiga, cujo idioma era o latim, de que o radical *pater* – traduzido para o português como “pai” – refere-se à figura do chefe da família patriarcal, responsável por determinar e controlar as atitudes dos componentes de seu núcleo familiar, por possuir hierarquia superior à dos demais (MARTINELLI, 2010, p. 96).

Para Gerald Dworkin (DWORKIN, 1971, p. 230), o paternalismo configura-se como a intervenção do Estado ou de um indivíduo sobre a liberdade de outra pessoa, contra a sua vontade, com o pressuposto de que o sujeito que sofreu a interferência será beneficiado ou preservado de um dano. Sendo assim, dentro desse conceito, destaca-se uma modalidade de ação paternalista, que se dá por meio de imposições. Esta assume uma postura repressora, dado que limita a liberdade do indivíduo e prevê uma sanção, na hipótese de divergência quanto ao posicionamento pretendido pelo protetor (BARRETO NETO, 2015, p. 7).

Muito embora haja relevante aversão por parte da doutrina à sua adoção pelo Estado, qualquer que seja o meio, entende-se razoável a sua prática em alguns casos. Isso porque, na medida em que se enxerga o modelo de bem-estar social – presente na maioria dos países ocidentais – como benéfico, é razoável que o Estado procure promover a proteção do indivíduo, através de incentivo, informação e auxílios, para os quais o próprio Direito pode servir

como meio. O que se mostra, todavia, totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito – e, portanto, deveria ser absolutamente condenado pelos ordenamentos jurídicos modernos – é o fato de o Estado lançar mão do Direito Penal para intervir na autonomia do indivíduo. Assim, a partir do momento em que o Estado enxerga-se na posição de ditar qual conduta é melhor para o indivíduo, ainda que este não provoque nenhum dano a bem jurídico alheio, e, para isso, de maneira autoritária e repressiva, utiliza-se da sanção penal para impor sua vontade, estará configurado o paternalismo penal.

Evidentemente, esse tipo de comportamento destoa do momento hodierno em que vivemos, no qual valores como a liberdade, autodeterminação e a segurança devem, cada vez mais, ser defendidos, ao passo que a referida prática arbitrária tem de ser combatida. É preciso ressaltar, no entanto, que há um caso de exceção, em que, mesmo diante de toda a crítica apresentada, o paternalismo penal deve ser adotado: quando há vulnerabilidade. Devido à sua importância, este elemento será abordado posteriormente, em tópico específico.

### **3.2 Paternalismo penal direto e paternalismo penal indireto**

Uma vez entendida a definição de paternalismo em sentido amplo, bem como contextualizada a sua problematização dentro da esfera penal, é preciso destacarmos esta classificação como de extrema importância para a compreensão acerca do tema da atitude paternalista, dessa vez, focando na sua prática em âmbito penal. Isso porque ela tem relação direta com o modo que os países, em maior ou menor escala, reprimem a prática do suicídio, objeto de análise deste trabalho.

Consoante Dworkin (1971, p. 230), o paternalismo direto ou puro é aquele no qual a pessoa que o agente interventor pretende proteger é a mesma sobre quem recai a interferência. Por outro lado, o paternalismo indireto ou impuro configura-se quando a

intervenção incide sobre pessoa ou grupo de pessoas distinto daquele que se está tentando preservar.

Trazendo isso para a esfera da intervenção penal, o paternalismo direto materializa-se por meio da criminalização das condutas do próprio titular do bem-jurídico ofendido; ao passo que o paternalismo indireto, por sua vez, consiste no emprego do Direito Penal para proibir o comportamento de terceiros que auxiliam o titular do bem-jurídico a ofendê-lo. Relacionando-se com o tema sob exame, haveria, portanto, paternalismo penal direto em havendo a criminalização da conduta do suicídio tentado, recaindo, assim, a pena sobre o indivíduo que tentara pôr fim à sua vida, porém não obteve sucesso. Já o paternalismo penal indireto verificar-se-ia na penalização de terceiros que prestarem auxílio ao suicida, não recaindo sobre este nenhuma pena em caso de frustração.

### **3.3 Vulnerabilidade**

No caso do suicídio, assim como em diversas outras hipóteses de condutas injustamente consideradas crime, devido a essa prática antidemocrática de paternalismo penal, urge a necessidade de se combatê-la, garantindo ao indivíduo a sua capacidade de autodeterminação, inserta no núcleo axiológico de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana. Entretanto, existe uma única exceção que, de maneira razoável e coerente, justifica a sua realização. Trata-se da vulnerabilidade.

Assim como o paternalismo, a vulnerabilidade é um tema muito mais amplo e não possui relação apenas com o Direito, compreendendo, desse modo, diversas conceituações, em distintas áreas do conhecimento. Nesse sentido, apenas como exemplificação, trazemos: a vulnerabilidade moral, que versa sobre a carência de virtudes, gerando incapacidade de cuidar de si mesmo e, assim, demandando cautela especial (READER, 2000, p. 346); a vulnerabilidade operacional, de que se depreende a ausência não deliberada de condições ambientais ou pessoais que

permitam a vida humana (ANJOS, 2006, p. 181); e a vulnerabilidade social, que se configura como a escassez de ativos materiais e imateriais aos quais um grupo ou indivíduo se expõe a sofrer alterações futuras significativas em suas condições de vida (SILVA, 2007, *apud* MARTINELLI, 2010, p. 207).

Para fins de intervenções que justifiquem o paternalismo penal, contudo, mostra-se mais adequada e alinhada a definição trazida pela Resolução nº 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que em seu item II.15 dispõe:

**Vulnerabilidade** - refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

Destarte, é preciso destacar a dimensão e complexidade do tema da vulnerabilidade, razão pela qual não possui um rol taxativo. Assim, a lei prevê, de modo geral, os menores de dezoito anos e as pessoas que possuem problema mental como inimputáveis. Além destes, há de se destacar, também, aqueles que apresentam alguma perturbação, por qualquer que seja o motivo, especificamente, no momento em que agem, caracterizando, assim, sua vulnerabilidade momentânea.

Sendo assim, cabe colocar que, em suma, o paternalismo penal, com seu caráter arbitrário e repressor, dissente da essência do Estado Democrático de Direito, deve ser combatido. Todavia, há uma única exceção que justifica e até demanda a sua aplicação: a vulnerabilidade. Esta, por sua vez, para fins de intervenção paternalista penal, verifica-se em três grupos sociais: as *crianças e adolescentes*, os *adultos com problemas mentais* e os *adultos temporariamente perturbados* (MARTINELLI, 2010, p. 205 - 219).

Nesse sentido, é evidente que existem casos em que o suicida também pode estar maculado pela vulnerabilidade, hipóteses nas quais é possível uma interferência penal legítima visando protegê-lo. Todavia, do mesmo modo, existem indivíduos que,

por motivos de saúde, debilidade, sofrimento ou mesmo outras idiossincrasias, veem na morte uma solução, não sendo nenhum pouco razoável que, por causa disso, sejam eles – ou terceiros auxiliares – punidos criminalmente. Pretende-se, portanto, a partir de agora, utilizar-se do método do direito comparado para demonstrar uma possível evolução do tratamento penal do suicídio, na qual o único desfecho que parece razoável é a sua desestigmatização e a conseqüente menor interferência de um paternalismo punitivo e injusto do Estado.

## **4. Tratamento penal do suicídio sob a ótica do direito comparado**

### **4.1 Inglaterra**

#### *4.1.1 A criminalização do suicídio na Inglaterra até 1961*

O direito inglês se apresenta como fruto de uma longa evolução histórica, com características muito tradicionais. Por tais motivos, a *Common Law* foi desenvolvida ao longo do tempo com elementos constitutivos tão marcantes e peculiares. A *Common Law* ou *Comune Ley*, por sua vez, é caracterizada por ser o direito comum a toda a Inglaterra. Nesse sentido, dispõe René David:

*A comune ley ou common law é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembléia dos homens livres, chamada County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as Hundred Courts ou County Courts serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts), mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro*

eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda a cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster (DAVID, 1996, p. 358).

Nesse contexto, o sistema de *Common Law* desenvolveu-se, predominantemente, de forma contínua e baseada no cotidiano da sociedade inglesa. Essa evolução constante se deu por não haver uma grande ruptura que levasse à criação de um novo modelo jurídico. A Inglaterra sempre buscou preservar os pontos centrais de seu direito e, quando preciso, utilizar sistemas e características próprias para revitalizar e aprimorar seu sistema legal, evitando assim a codificação, que foi muito comum em outros países europeus.

No sistema jurídico penal inglês, existem duas figuras relevantes para a caracterização do suicídio na história, que, em paralelo com o nosso ordenamento jurídico, podem ser entendidas como crime (*felony*) e contravenção penal ( *misdemeanour*). Nesse sentido, consoante o importante jurista inglês do século 13, Henry Bracton, em sua época, o suicídio não era considerado um crime propriamente, mas, em caso de tentativa frustrada por um criminoso, poderia levar ao confisco de bens. Posteriormente, a conduta foi regulada como crime, e a sua consequência era de que a pena de confisco de patrimônio aplicar-se-ia para qualquer que seja o agente frustrado, seja ele anteriormente criminoso ou não (*Hales v. Petit*, 1562).

Em meados do século XIX, por meio dos casos de *R. v. Burgess* (1862) e *R. v. Doody* (1854), o status da tentativa de suicídio foi alterado, não se configurando mais como um crime (*felony*), mas como contravenção (*misdemeanour*). Logo após, em 1870, o *Forfeiture Act* estabeleceu que o suicídio não poderia mais levar ao confisco de bem, uma vez que não era considerado crime. Contudo, o caso *R. v. Mann* (1914), de encontro a esse entendimento, definiu que o suicídio era, de fato, um crime e que o suicídio tentado constituía



uma contravenção, punível por meio de prisão e trabalho forçado (*hard labour*).

Essa concepção jurídica ficou, de certa forma, estável até cerca da segunda metade do século XX, embora a consciência da população em geral tenha, gradualmente, mudado para uma visão mais progressista sobre o tema. Nesse sentido, coloca J. Neeleman:

Sanções penais contra quem praticava suicídio tentado continuaram a ser implementadas até tempos recentes, como 1955, porém houve um crescimento gradual no reconhecimento de que o estado mental do indivíduo que tentara se suicidar deveria ser considerado na decisão de se houve intenção (*R. v. Doody, 1854*). Houve também uma crescente aceitação de que, se quem comete suicídio tentado fosse de alguma forma encarcerado, isso deveria acontecer priorizando a sua saúde, em vez de meramente por punição (*R. v. Saunders, 1913*) (NEELEMAN, 1996, p. 253, tradução nossa).

Por outro lado, a maioria das sanções penais contra quem chegou a realizar por completo o suicídio, isto é, as penas que recaíam sobre seus corpos e propriedades, cessou por volta do século 19. Nada obstante, devido ao status de ofensa criminal que guardara até 1961, o suicídio na Inglaterra continuou a ser um tema do ponto de vista da responsabilidade civil e também para questões de direito envolvendo a Igreja, como o sepultamento religioso (NEELEMAN, 1996, p. 253).

Posteriormente, no ano de 1959, um documento conjunto da Associação Médica Britânica (*British Medical Association - BMA*) e da Associação de Magistrados (*Magistrates' Association*) demonstrava que tratamento voluntário era aceito pela maioria das pessoas que tentaram cometer suicídio, não sendo necessário se valer de medidas legais para forçá-los a aceitarem cuidados médicos. Havia, portanto, uma insatisfação dos magistrados em geral a respeito de como era tratado o suicídio tentado, que consideravam a configuração da conduta como um crime sério algo extremamente desproporcional (NEELEMAN, 1996, p. 253). No mesmo ano, a Igreja da Inglaterra se manifestou, concordando com

a visão dos juristas, porém expressando claramente que a descriminalização do suicídio significaria a mesma coisa que auxiliar ou mesmo instigar tal conduta (“*aiding and abetting suicide*”) (NEELEMAN, 1996, p. 253).

Dessa forma, por mais tardia e atrasada que estivesse, a Inglaterra não pôde mais resistir à pressão e, orientada pelos entendimentos da BMA, dos magistrados e também de membros do clero, editou uma nova legislação, abolindo a criminalização direta do suicídio. Assim dispõe o primeiro item do então promulgado *Suicide Act 1961*:

**1*Suicide to cease to be a crime.***

*The rule of law whereby it is a crime for a person to commit suicide is hereby abrogated.*

**1*Suicídio deixa de ser crime.***

A regra de direito, pela qual é crime uma pessoa cometer suicídio, é por este ato revogada.

(*Suicide Act 1961*, tradução nossa).

Vale ressaltar, no entanto, que a ab-rogação do crime de suicídio ensejou a criação expressa, na mesma legislação, de um novo tipo de ofensa, qual seja, a do suicídio assistido. Assim, embora tenha dado um mais do que necessário passo evolutivo no tratamento penal desse tema (extremamente tardio, inclusive), o direito inglês continuou pobremente condenando a conduta e impossibilitando a sua prática indiretamente, ao que definiu como crime, passível de 14 (quatorze) anos de prisão, o ato de incentivar, viabilizar, aconselhar ou auxiliar o suicídio de outrem (*Suicide Act 1961*).

Desse modo, como especificado no título deste tópico, a análise do tratamento penal dado ao suicídio pelo direito inglês, neste artigo, estende-se até o período em que o ato fora descriminalizado, em 1961. Isso porque, tal qual também já foram explicadas as definições pertinentes do paternalismo penal, bem como sua principal classificação, o objetivo deste trabalho, por meio do direito comparado, é relacionar a criminalização do suicídio com o paternalismo penal, estando o paternalismo direto

– logo, a criminalização da conduta – em um extremo e, no outro despenalização total da conduta, portanto, a inexistência de paternalismo.

Sendo assim, resta evidente que a criminalização do suicídio pela Inglaterra, no recorte temporal especificado, configura-se como um exemplo prático de paternalismo penal direto. Isso porque, embora tenha variado quanto à sua caracterização como crime e contravenção, fato é que o direito inglês reprimia penalmente a conduta do suicídio, recaindo a pena sobre o próprio suicida – por algum tempo, sobre o corpo e bens do falecido que conseguira se suicidar, como também sobre aquele que tentara infrutiferamente. Essa atuação repressora e injusta do Estado inglês perdurou até 1961, com a edição do *Suicide Act 1961*, que pôs fim ao crime de suicídio – inclusive, na modalidade tentada. Apesar disso, a interferência penal abusiva não foi totalmente findada, uma vez que as práticas de suicídio auxiliado (explicadas supra) permanecem sendo punidas, dessa vez, por meio de um paternalismo penal indireto, haja vista que a pena recai sobre aquele que presta auxílio, de modo amplo, ao suicida.

## 4.2 Alemanha

### 4.2.1 O suicídio auxiliado na Alemanha

Muito embora Zweigert e Kötz (1998) retratem em sua principal obra a existência de um sistema jurídico alemão, isoladamente, vale destacar que o direito da Alemanha deriva de um sistema maior, o qual René David retrata como a *família romano-germânica* (DAVID, 1996, p. 36). Dessa forma, com o decurso do tempo e a gradual evolução da sociedade, em diversos campos, as relações sociais, cada vez mais complexas, ensejaram um direito cada vez mais nacional e regional, o que resultou na criação de um direito alemão, com suas próprias vicissitudes e particularidades. Apesar disso, vale dizer que tal direito ainda se valeu dos fundamentos basilares do sistema romanístico para a sua

construção, mantendo a lei como principal fonte jurídica, diferentemente da Inglaterra, que, como já estudado anteriormente, aderiu ao sistema de *Common Law*.

Isso posto, é necessário colocar que, diferentemente do que ocorria na Inglaterra pré-1961, o suicídio não é considerado crime na Alemanha. No entanto, em 2015, visando findar uma prática problemática no país, o parlamento alemão (*Bundestag*) aprovou uma emenda ao seu Código Penal criminalizando o suicídio assistido “comercial” (*geschäftsmäßig*), o que acabou englobando não somente profissionais que ofereciam o suicídio como uma espécie de serviço, mas também qualquer assistência prestada por médicos, enfermeiros, parentes ou membros de organizações defensoras do direito à morte (HORN, 2020, p. 1).

Dessa maneira, o Parágrafo 217 do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) foi inserto com o objetivo de os legisladores darem uma resposta à prática de “negócios com a morte”, feita por associações ou indivíduos. A lei assim dispunha: “Quem, tendo a intenção de promover o suicídio de outrem, lhe garantir, obtiver ou intermediar essa oportunidade em caráter comercial, será punido com pena de até três anos de prisão ou multa”. Todavia, devido à nebulosidade do conceito de “caráter comercial”, desde a emenda, foi suscitado um debate acirrado na doutrina acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, afinal a amplitude do tipo penal era tamanha, que aconselhamentos e recomendações simples acerca da morte assistida já poderiam ser passíveis de punição (DEUTSCHE WELLE).

Outrossim, durante esse período, acentuou-se o fenômeno da chamada “viagem para a morte”, que já era uma prática bastante comum na Europa. Ela consiste, basicamente, na transportação do indivíduo para um país onde o suicídio auxiliado seja permitido, para que possa concretizar a vontade de pôr fim à sua vida. Dentre os países em que tal prática é liberada, ganha destaque a Suíça, cujo número de estrangeiros a realizarem o suicídio assistido ou a eutanásia, no período entre 2008 e 2012, representa quase dois terços do total de casos do país. Só da Alemanha, são oriundos 268

indivíduos, ao passo que, vindas do Reino Unido – englobando a Inglaterra, já analisada acima –, a estimativa é de 126 pessoas. Neste último país, inclusive, ao termo “*going to Switzerland*” (“ir para a Suíça”) tornou-se expressão eufemística para se referir à prática do suicídio assistido (CASTRO et al., 2016, p. 361).

Desse modo, diante das diversas discussões acerca da constitucionalidade do tal dispositivo, seguidas pela pressão de campanhas realizadas, em sua maioria, por médicos e pacientes terminais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (suprema corte da Alemanha) chegou a um veredito final sobre essa questão, no dia 26 de fevereiro de 2020. Falando em nome do Tribunal em Karlsruhe, o juiz Andreas Voßkuhle decidiu que o Parágrafo 217 do Código Penal Alemão feria o direito à morte autodeterminada, como também restringia liberdade de pôr fim à própria vida ou auxiliar outrem a buscar ajuda para fazê-lo. Por esses motivos, tal lei violava a Constituição Alemã, sendo, logicamente, considerada inconstitucional e, portanto, foi revogada (THE LANCET, 2020, p. 774).

Destarte, da perspectiva do Direito Penal sobre o suicídio, valendo-se dos conceitos de paternalismo direto e indireto, o tratamento dado pelo direito alemão encontra-se no estágio mais evoluído em consonância ao Estado Democrático de Direito. Isso porque, após o reconhecimento, acertadamente, da inconstitucionalidade do dispositivo incriminatório pelo Tribunal Alemão, pode-se evidenciar o respeito à vontade individual e à autodeterminação. Ademais, a inexistência de paternalismo penal, seja direto ou indireto, descaracteriza uma repressora e injusta interferência criminal na vida do indivíduo que racionalmente decide escolher a morte; intervenção esta que em nada ajuda o sujeito passivo, apenas reproduz o caráter punitivista da ciência penal, além de violar inexoravelmente princípios dela basilares, tal qual o do seu como última *ratio*.

## 4.3 Brasil

### 4.3.1 O suicídio assistido no Brasil

Antes de tratar da figura do suicídio sob o ponto de vista penal no Brasil, vale situar o direito pátrio no seu respectivo sistema jurídico. Assim, seguindo a classificação clássica de *Civil Law*, em contraposição à *Common Law*, o Brasil encaixar-se-ia na primeira. Devido à expansão de países europeus através das colonizações, a partir da Idade Moderna, houve também uma difusão extra europeia do direito desses países (LOSANO, 2007, p. 301).

O Brasil, como colonizado por Portugal, herdou deste, em um primeiro momento, o direito codificado, com forte influências romanísticas (LOSANO, 2007, p. 303). No entanto, vale ressaltar que diversos outros países também influíram na construção do direito brasileiro, em diferentes ramos e em diferentes períodos. O ordenamento jurídico nacional, de fato, guarda muitas semelhanças com institutos característicos de outros Estados, como Alemanha, França, Itália e até os Estados Unidos, claro, este último, em menor escala.

A título de contextualização e para melhor análise do tema em perspectiva, cabe concatenar os elementos históricos para ele relevantes. Sendo assim, em se tratando da abordagem penal do suicídio no Brasil, a primeira legislação relacionada à conduta foi o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830. Assim previa a referida lei, por sua vez, inspirada no art. 548 do projeto de Código Penal elaborado para a Lousiana, em 1822 (FRAGOSO, 2017, p. 38):

Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa. Penas - de prisão por dous a seis annos (Lei de 16 de dezembro de 1830)

Posteriormente, no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, o legislador brasileiro incluiu também a conduta de

induzir alguém a cometer suicídio no tipo incriminatório. Desse modo, segue a redação do art. 299 da lei penal da época:

Art. 299. Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa: Pena - de prisão cellullar por dous a quatro annos.

Por fim, com relação ao Código Penal de 1940, ainda em vigor hodiernamente, o direito brasileiro baseou-se, especialmente, no Código Penal italiano, de 1930, desprezando, especificamente no que trata do tema do suicídio assistido, o modelo do Código Penal suíço, que punia o auxílio ou induzimento ao suicídio apenas se a sua prática se desse por motivo egoístico. Em vez disso, a lei pátria tomou essa atitude como agravante, prevista, à época, no inciso II do art. 122 do Código Penal (FRAGOSO, 2017, p. 38). É importante ressaltar que tal dispositivo foi alterado, recentemente, pela Lei nº 13.968/2021, que lhe acrescentou, também como crime, a conduta de auxílio, instigação ou induzimento à automutilação, além de outras hipóteses agravantes. Destarte, a título de comparação, cabe transcrever os dispositivos, revogado e em vigor, respectivamente:

#### **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio**

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis annos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três annos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência (Redação antiga; revogada)

#### **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação**

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) annos.

§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 3º A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código.

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

Dessa maneira, concatenando o que foi exposto com o tema principal deste trabalho, pode-se concluir que o suicídio, no Brasil, é punido através do paternalismo penal indireto. Isso porque o Código Penal, em seu art. 122, tipifica a conduta de induzimento, instigação ou auxílio ao suicida, incidindo-se, portanto, a sanção em sujeito ou grupo distinto daquele que se deseja proteger.

Assim sendo, haveria a existência de paternalismo penal direto, em relação ao suicídio, caso este fosse criminalizado,



evidentemente, em modalidade tentada (haja vista que, se o suicida obteve sucesso com sua conduta, não mais estaria vivo para ser punido). Nessa hipótese, a pena recairia sobre o mesmo indivíduo que a norma penal estaria tentando proteger, logo, o paternalismo seria puro.

Vale destacar que o Brasil nunca criminalizou diretamente a conduta do suicídio, nem na sua modalidade tentada, como fez a Inglaterra antes de 1961. No entanto, o que se observa, do ponto de vista prático, a partir da análise da reforma legislativa, é um recrudescimento da lei penal, dirigindo-se, portanto, na contramão da evolução que se pretende para um Estado Democrático de Direito.

Tão logo a evolução nesse tema, como traçada, verifique-se a partir da saída de um paternalismo direto, no qual a conduta do suicídio enseja punição sobre o próprio indivíduo que tentara suicidar-se, em direção a total inexistência de paternalismo, isto é, nenhuma interferência arbitrária do Direito Penal sobre o suicídio auxiliado (claro, excetuados os casos em que houver o elemento da vulnerabilidade), não se pode dizer que o Brasil encontra-se no caminho adequado.

Isso porque, além de estar estagnado na posição intermediária desde quando a conduta foi penalmente regulada pela primeira vez, ou seja, desde o Código Criminal do Império, em 1830, o Estado vem lançando mão do paternalismo indireto em matéria de suicídio, criminalizando a conduta por meio da imposição penal a terceiros que auxiliam o sujeito suicida, ainda que este esteja completamente ciente do ponto de vista racional e de acordo com a sua decisão. Em vez de seguir a tendência evolutiva da descriminalização total da conduta, em razão do direito fundamental à autodeterminação, como fez a Alemanha, a última reforma no Código Penal em relação ao tema se deu em sentido contrário ao defendido como correto neste trabalho, aumentando o endurecimento e a reprimenda criminal totalmente desnecessária.

## 5. Conclusão

Alinhado com o objetivo primordial deste trabalho, que é a análise do tratamento penal dado ao suicídio, nos três países estudados – Inglaterra, Alemanha e Brasil – por meio do direito comparado, alguns apontamentos merecem ser ratificados, antes da conclusão principal.

Desse modo, em razão da melhor verificação prática do tema através da comparação em diferentes ordenamentos jurídicos de estados díspares, restou evidente a justificativa de escolha desse método para a defesa da tese estabelecida nesse trabalho, qual seja, a relação entre o suicídio e o paternalismo penal, em diferentes escalas, conforme as diferentes classificações deste na proporção na criminalização daquele pelos países estudados. Em outras palavras, traçou-se uma linha imaginária, na qual um polo representava a inexistência de paternalismo penal, entendida como posição correta; no intermédio, situava-se o paternalismo indireto e, na outra extremidade, o paternalismo direto, ambos condenáveis no ponto de vista de um Estado Democrático de Direito.

Antes, no entanto, de demonstrar essa tese de maneira prática, por meio do estudo comparado do tratamento penal do suicídio nos países escolhidos, fez-se mister a explicação de conceitos elementares para este trabalho. Sendo assim, abordou-se a questão do suicídio, em perspectiva mais ampla, trazendo suas generalidades, como também de modo mais específico, em que se destacou o termo “suicídio auxiliado”, de fundamental importância neste estudo. Ademais, ainda a título explicativo, foram abordados os principais elementos concernentes ao paternalismo, dando destaque para a questão da vulnerabilidade, bem como à classificação que o divide em direto e indireto, que é de extrema pertinência para este trabalho.

Finalmente, chegou-se ao tópico mais importante deste trabalho, que é a análise do tema, em cada um dos três países, sob a perspectiva do direito comparado. Assim, de maneira introdutória e a fim de

contextualizar, colocaram-se as questões principais sobre o sistema jurídico no qual o respectivo Estado encaixava-se, bem como algumas questões peculiares sobre o seu direito.

Partindo desse pressuposto, foi, então, realizada uma análise mais detalhada da tratativa criminal dada ao suicídio pelos referidos países. Todavia, além do caráter exclusivamente jurídico, levou-se em consideração acontecimentos de cunho histórico e social, fundamentais para entender a visão e a evolução da questão por cada um dos Estados.

Destarte, a conclusão da tese foi feita a partir da relação entre o paternalismo penal e o suicídio, observada, na prática, em cada um dos países. Assim, traçado o paralelo em que, em um dos extremos, há a condenável prática de paternalismo penal direto pelo Estado, foi possível encaixar, justamente, a Inglaterra pré-1961, que punia descabidamente a conduta do suicídio tentado, recaindo, portanto, a pena sobre o próprio indivíduo vítima da intervenção estatal injusta. No outro extremo, por sua vez, situava-se a Alemanha, que após um período cinzento de criminalização do suicídio auxiliado, finalmente, reconheceu a inconstitucionalidade de tal lei, levando ao único cenário compatível com a garantia de direitos e deveres fundamentais: estado em que inexistem de paternalismo penal (ressalvadas as também explicadas hipóteses de vulnerabilidade).

Por fim, evidenciou-se o tema no direito brasileiro, que adota posição intermediária, punindo terceiros que auxiliam o cometimento do suicídio de outrem, caracterizando-se, assim, a aplicação do paternalismo indireto. Nesse contexto, aproveitou-se o ensejo para a realização de crítica ao tratamento dado ao suicídio no Brasil, que, como restou claro a partir da metodologia de análise comparada nos demais países, caminha na contramão da defesa de direitos fundamentais, como a autodeterminação e liberdade de escolha, visto que, recentemente, a legislação sobre o tema foi reformada de modo a recrudescer ainda mais a resposta penal do Estado.

É preciso, portanto, que o suicídio seja tratado de maneira diferente no direito brasileiro. Isso deve ser feito objetivando a sua

evolução, que só pode ser alcançada no sentido da despenalização da conduta de terceiros auxiliares, a exemplo da Alemanha, preservando-se, assim, a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

## Referências

- ANJOS, Marcio Fabri dos. **A vulnerabilidade como parceira da autonomia**. Revista da Sociedade Brasileira de Bioética. Brasília, vol. 02. n.º 02, 2006.
- ARAÚJO, Emanuelle Silva; Bicalho, Pedro Paulo Gastalho. **Suicídio: crime, pecado, estatística, punição**. Revista de Psicologia da IMED. vol.4, n.º 02, 2012.
- BARRETO NETO, Heráclito Mota. **Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal**. Revistas de Criminologias e Políticas Criminais. Minas Gerais. vol. 1. n.º 02. p. 112 – 143. Jul/Dez. 2015.
- BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <LIM-16-12-1830 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 17. jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto Nº 857, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <D847 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 17. jul. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10. jul. 2021.
- CASTRO, M. P. R.; ANTUNES, G. C.; MARCON, L. M. P.; ANDRADE, L. P.; RÜCKL, S.; ANDRADE, V. L. A. **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática**. Rev. bioét. (Impr.). 2016; 24 (2): 355-6.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 13. jul. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DURKHEIM, Émile. **O Suicídio**. (1897). Lisboa/São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Gerald. Autonomy and behavior control. **The Hastings Center Report. Garrison**. vol. 06, n. 01, fev. 1971.

\_\_\_\_\_. Paternalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**.

ZALTA, Edward N (ed.) Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism>. Acesso em: 13.jul. 2021.

FRAGOSO, H. C. **Provocação ou auxílio ao suicídio**. Revista de Direito Penal, 2017. n.º 11/12, p. 35 a 47.

GERMANY OVERTURNS BAN ON ASSISTED SUICIDE: Germany's supreme court has lifted a ban on professionally assisted suicide in a landmark ruling. Rob Hyde reports from Germany. **The Lancet**, 2020. Disponível em: Germany overturns ban on assisted suicide - The Lancet. Acesso em: 16. jul. 2021.

HORN, R. **The right to a self-determined death as expression of the right to freedom of personal development: The German Constitutional Court takes a clear stand on assisted suicide**. J Med Ethics: 2020.

JAMISON, K.R. **Quando a noite cai: Entendendo o suicídio**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

LOSANO, M. G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**; tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito)**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NEELEMAN, J. **Suicide as a crime in the UK: legal history, international comparisons and present implications**. Acta Psychiatr Scand 1996; 94: 252-257. Munksgaard, 1996.

POHIER, J. **A morte oportuna: O direito de cada um decidir o fim da sua vida.** Tradução: Gemeniano Cascais Franco. 1 ed. Lisboa: Notícias, 1999. Título original: *La mort opportune*..

READER, Soran. New Directions in Ethics: Naturalism, Reasons and Virtue. **Ethical Theory and Moral Practice.** Amsterdam (Holanda), vol. 3. n.º 04. dez. 2000.

RIBEIRO, D.M. **Suicídio: critérios científicos e legais de análise.** Jus Navigandi, Teresina, 9, 2004.

SÁ, M. F. F.; MOUREIRA, D. L. **Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, Algéria Valéria da. **Vulnerabilidade social e suas consequências: o contexto educacional da juventude na região metropolitana de Natal.** In: 13.º ENCONTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS DO NORTE NORDESTE, Maceió, 2007. *Apud*

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito).** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

STRAFGESETZBUCH – StGB. **(Código Penal Alemão).** Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html#BJNR001270871BJNE039004307> >. Acesso em: 16. jul. 2021.

SUICIDE ACT. 1961. **Capítulo 60 (Chapter 60).** Governo do Reino Unido (*United Kingdom*). Disponível em: < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60> >. Acesso em: 15. jul. 2021.

SUPREMA CORTE DA ALEMANHA PERMITE SUICÍDIO ASSISTIDO. **Deutsche Welle.** 2020. Disponível em: < <https://www.dw.com/pt-br/suprema-corte-da-alemanha-permite-suic%C3%ADdio-assistido/a-52541206> >. Acesso em: 17. jul. 2021.

ZWEIGERT, K; KÖTZ, H. **An Introduction to Comparative Law.** 3e. ed. trad. par. Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, 1998 [*Einführung in die Rechtsvergleichung, 3e. ed. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996*]



## METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE ENTREVISTAS

**Jéssica Iara de Sousa Frata**

Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)

E-mail: [jessicafrata@usp.br](mailto:jessicafrata@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/9588493134048417>

**Nathália de Assis Camargo Franco**

Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)

E-mail: [nathalia.franco@usp.br](mailto:nathalia.franco@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/9896813302456091>

**Resumo:** Os métodos de análise de dados qualitativos são de suma importância para a garantia de rigor e confiabilidade nos resultados de uma pesquisa. Apesar de o corpus a ser analisado ser o mesmo, o método que será empregado para o seu estudo pode alterar significativamente as conclusões do pesquisador, já que cada técnica de análise tem a sua própria finalidade. Dessa forma, o pesquisador deve considerar o seu problema de pesquisa e, a partir dos estudos dos variados métodos de análise, identificar qual atenderia melhor às suas necessidades de análise. Considerando que a técnica de pesquisa da entrevista é, e em si, complexa, alguns métodos de análise foram desenvolvidos para auxiliar no tratamento dos dados obtidos com as respostas dos entrevistados, sendo os mais conhecidos deles, a análise de discurso e de conteúdo. A análise de discurso, muitas vezes, é tida como uma técnica de interpretação, onde deve ser analisado o contexto histórico e ideológico do entrevistado, isto é, o que está nas entrelinhas de seu discurso. Já a análise de conteúdo é popularmente conhecida no Brasil pela comunidade acadêmica como sinônimo de Laurence Bardin, embora outros autores tenham discorrido sobre a técnica antes dela. A principal característica dessa técnica é a busca pela compreensão do que não foi dito; é tentar compreender e interpretar o fenômeno que está por trás do que foi expresso em palavras. Por fim, a última técnica a ser estudada no presente artigo, é a análise textual discursiva que, em breve síntese, pode ser explicada como uma combinação das técnicas anteriores e métodos de fragmentação e criação de categorias que facilitem a compreensão e organização do corpus.



**Palavras-chave:** pesquisa qualitativa; entrevistas; análise de discurso; análise de conteúdo; análise textual discursiva.

## 1. Introdução

O presente estudo objetiva apresentar três métodos de análise de resultados de pesquisa qualitativa: a análise de conteúdo, a análise de discurso e a análise textual discursiva.

No Direito, tradicionalmente, eram feitas pesquisas cuja metodologia se pautava na revisão bibliográfica somente. Sendo assim, os trabalhos se utilizavam de outros que já haviam sido produzidos e publicados anteriormente, sem que fossem empregadas novas metodologias como a empírica, bastante utilizada na psicologia e nas ciências sociais.

Contudo, mais recentemente, diversas pesquisas realizadas no campo do Direito têm reconhecido a importância da interdisciplinaridade nos trabalhos acadêmicos e aplicado técnicas e métodos de diversas áreas, desde a coleta de informações até o campo de pesquisa. Nesse contexto, um método de pesquisa bastante popular é a pesquisa empírica, a qual pode se valer de entrevistas, aplicação de *surveys* (questionários) etc.

Quando são utilizadas entrevistas na pesquisa, além da escolha da forma de realização delas, a escolha do método que será empregado para a análise dos resultados também é muito importante. Isso porque, o método utilizado para a análise do material coletado impactará diretamente nos resultados e conclusões da pesquisa, o que contribuirá para o direcionamento de sua publicação e embasamento para a continuidade das pesquisas no mesmo tema, além de nortear ações de políticas públicas.

Dois métodos de análise de resultados bastante conhecidos quando se trata de entrevistas são a análise de conteúdo, teoria desenvolvida por Laurence Bardin, e a análise de discurso, de Dominique Maingueneau e Michel Pêcheux. Contudo, os citados métodos não são os únicos. Nesse contexto, um outro método de

análise de resultado que se utiliza dos dois acima citados, além de um conjunto variado de metodologias em trabalhos com textos, busca produzir novas interpretações sobre fenômenos e discursos em um caráter hermenêutico, chamado de análise textual discursiva, de Roque Moraes.

Sendo assim, o presente artigo pretende expor esses métodos de análise, bem como a aplicação desse terceiro método que, pode-se dizer assim, é uma união dos dois anteriores.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a revisão bibliográfica acerca dos três métodos de análise, de forma a trazer as principais características de cada um.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo-se de estudos já realizados acerca da análise de conteúdo, da análise de discurso e da análise textual discursiva.

Por fim, o procedimento metodológico utilizado foi a apresentação da análise de conteúdo e da análise de discurso, com base em seus principais autores; e a possível combinação dos métodos, com as suas consequências e eventuais vantagens, baseado nos estudos de Roque Moraes.

## **2. Análise de discurso**

A análise de discurso foi criada no fim dos anos de 1960, nas Ciências Sociais, por Michel Pêcheux, um filósofo francês que criou a Escola Francesa de Análise do Discurso com a finalidade de substituir a Análise de Conteúdo tradicional (MINAYO, 2007, p. 318). Essa outra abordagem objetiva articular linguagem e sociedade, de modo a ver o contexto ideológico que influencia a fala (ROCHA; DEUSDARÁ, 2005, pp. 307-308). Assim, o discurso é entendido como “um lugar particular em que esta relação ocorre e, pela análise do funcionamento discursivo, ele objetiva explicitar os mecanismos da determinação histórica dos processos de significação. Estabelece como central a relação entre o simbólico e o político” (ORLANDI, 2005, p. 10).

Pêcheux concebeu essa nova teoria de análise qualitativa como uma forma de confronto às supostas evidências extraídas dos métodos tradicionais, que se limitavam a trabalhar com o material objetivo coletado, ao invés de considerarem, conjuntamente, os aspectos linguísticos e históricos presentes do discurso, isto é, as suas entrelinhas. Por esta razão, não pode ser considerada uma teoria nem descritiva e nem explicativa, mas, sim, uma teoria crítica dos processos de significação sob o prisma da determinação histórica (MINAYO, 2007, p. 320).

Alguns autores dizem que a análise de discurso não é uma metodologia, mas uma disciplina de interpretação. Assim, nela, há a intersecção de diversas epistemologias, como a linguística e a psicanálise. Pêcheux, um dos pioneiros no estudo da teoria na França, defende que a linguagem também é uma forma material da ideologia (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 680).

Dessa forma, a análise de discurso não estuda o conteúdo do texto, mas o seu sentido. E esse sentido é produzido, ou seja, não está na fala do entrevistado, por exemplo, mas é construído pelo pesquisador a partir dela. Dessa forma, a linguagem é permeada pela ideologia e pela história (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 680).

Em outras palavras, a Análise de Discurso tem como objetivo básico realizar uma reflexão ampla sobre como os textos são produzidos e apreendidos nos mais diferentes campos: “das relações primárias, religioso, filosófico, jurídico e sociopolítico, visando compreender o modo de funcionamento, os princípios de organização e as formas de produção de seus sentidos”, como esclarece Minayo (MINAYO, 2007, p. 319).

Maingueneau nos ensina que a análise “em vez de proceder a uma análise linguística do texto em si, ou uma análise sociológica ou psicológica de seu contexto, visa articular sua enunciação sobre certo lugar social” (LIMA, 2003, p. 77). Logo, o analista vai além do texto escrito e do material coletado.

A análise de discurso teoriza que não há um único sentido para os enunciados, sendo possíveis diversas leituras. Por isso, o intérprete necessita chegar ao enunciável, pois não o enunciado é

incompleto e a palavra não possui sentido inato. Em adição, a fala do sujeito sempre sofrerá a influência de seu contexto histórico (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 681).

Assim, segundo o seu criador, Pêcheux, essa teoria pode se resumir a dois princípios: (i) o sentido de uma fala, de uma proposição, não existe em si mesmo, pois é resultado de um contexto ideológico e histórico no qual as relações são produzidas; (ii) toda narrativa pretende mascarar sua sujeição às construções ideológicas do meio (MINAYO, 2007, p. 319).

Nesse contexto, essa forma de análise defende que não encontrará nada novo fazendo apenas uma releitura ou uma reinterpretação. Além disso, o próprio intérprete sofre a influência das suas experiências e crenças (CAREGNATO; MUTTI, 2006, pp. 681-682).

Quando se vai realizar a análise de discurso, o ponto de partida é a exterioridade, por meio do modo como os sentidos se trabalham no texto. O foco é o modo como se constituiu a linguagem e a ideologia, e não o seu conteúdo (LIMA, 2003, p. 81).

É importante anotar, ainda, que a análise de discurso não busca extrair sentido do texto, pois considera que a linguagem não é transparente. Logo, o objetivo é compreender “‘como’ esse texto significa” (LIMA, 2003, p. 82). Ou seja, é se analisar os elementos de produção que viabilizaram determinada externalização por meio de palavras (MINAYO, 2007, p. 219).

Essa forma de análise busca, então, ir além do que se pode saber por meio apenas das palavras utilizadas pelo entrevistado/interlocutor; é tentar se obter o que ele pretendeu esconder e não tomar como verdade tudo o que foi dito por ele (MAY, 2004, p. 170).

Em um exemplo bem didático para explicar a sua teoria, Pêcheux, em seu livro “O Discurso” (2006) cita a apropriação de um termo geralmente utilizado em um contexto esportivo ao resultado das eleições francesas de 1981. Em maio do referido ano, quando milhares de francesas acompanhavam ansiosos pela TV a divulgação do resultado que lhes apresentaria o novo presidente

da França, era possível se observar que os apresentadores responsáveis pelas transmissões das informações davam determinado candidato como “vencedor”, no programa “especial-eleições” (PÊCHEUX, 2006, p. 19).

Toda a França acompanhava o “fenômeno” como se fosse uma copa do mundo de futebol ou algo que o valha. Assim, quando finalmente anunciado o novo presidente eleito, diversos enunciados da mídia emergiram como “F. Mitterand é eleito presidente da República Francesa”; “A esquerda francesa leva a vitória eleitoral dos presidenciáveis” ou, ainda, “A coalização socialista-comunista se apodera da França”. Todas essas frases se referem ao mesmo fato, mas não compartilham do mesmo significado (PÊCHEUX 2006, p. 20).

Assim, ao grito de “ganhamos”, milhares de parisienses se reuniram na Praça da Bastilha para celebrar a eleição do seu candidato. Com esse exemplo, Pêcheux (2006) chama a atenção de que tal expressão não tem nem o conteúdo e nem a palavra de um comício ou ato político, que mais parecia com gritos de torcedores que acabaram de sair de uma partida vencida por sua equipe preferida (PÊCHEUX, ANO, p. 21).

Contudo, mesmo em um contexto do resultado de um jogo em que é apresentado objetivamente, geralmente por meio de números, surgem, depois da partida, diversos comentários e sugestões/críticas estratégicas que buscam responder a questões como “quem ganhou na verdade? Em realidade? Além das aparências? Face à história?”, ou seja, são questões secundárias ao resultado, mas que, de alguma forma, podem funcionar como justificativas para os torcedores que se identificam com a equipe perdedora, por exemplo (PÊCHEUX, 2006, p. 23).

O mesmo ocorre com o discurso político. O resultado das eleições é lógico e pautado por regras claras que não admitem discussão sobre o resultado em si. Porém, o enunciado “ganhamos”, desacompanhado de qualquer complemento ou explicação,

imerge esse enunciado em uma rede de relações associativas implícitas – paráfrases, implicações, comentários, alusões, etc. – isto é, em uma série heterogênea de enunciados, funcionando sob diferentes registros discursivos, e com uma estabilidade lógica variável (PÊCHEUX, p. 23).

Diversas análises linguísticas e históricas são possíveis a partir desse “simples” enunciado de vitória, além daqueles propagados pela grande mídia, fazendo emergir questões que obrigam uma análise mais detida para se compreender aspectos mais profundos desses discursos, tais como: “quem grita ganhamos”? ou “ganhou o que, como e por que?” (PÊCHEUX, 2006, p. 27).

Como bem elucida principal discípula de Pêuchex no Brasil, Eni Orlandi, a análise do funcionamento discursivo, isto é, de como a ideologia se manifesta por meio da linguagem, “estabelece como central a relação entre o simbólico e o político. [...] podemos compreender como as relações de poder são significadas, são simbolizadas” (ORLANDI, 2005, p. 10).

Assim, a Análise de Discurso levanta questões para a linguística de aspectos históricos que ela mesma exclui, além de questionar as Ciências Sociais sobre a transparência da linguagem sobre a qual ela se funda (ORLANDI, 2005, p. 10).

Para Pêcheux, há um sentido por trás das palavras e todo enunciado estaria suscetível a se tornar outros e com significados completamente diferentes entre si. Como explica Orlandi, “toda sequência de enunciados é linguisticamente descritível como uma série (léxico-sintaticamente determinada) de pontos de deriva possíveis, oferecendo lugar à interpretação. E é nesse espaço que trabalha a Análise de Discurso” (2005, p. 11).

Como se é possível perceber até aqui, o texto, para a Análise de Discurso, é um “monumento e sua exterioridade como parte constitutiva da historicidade inscrita nele. Dessa forma, entende que a situação em estudo está atestada no texto e é preciso buscar a *compreensão do seu processo produtivo*, muito mais do que realizar uma interpretação exteriorizada [...]” (MINAYO, 2007, p. 320-321).

Em termos mais práticos, podemos definir – ainda que de forma sucinta – alguns conceitos desenvolvidos a partir da perspectiva de análise em questão, sendo o primeiro deles o Texto.

O Texto pode ser compreendido como uma unidade complexa de análise e cheio de significados.

O Discurso, por sua vez, representa diálogos estabelecidos, seria a linguagem em movimento. Para fins de análise, o texto seria o discurso acabado.

Há vários tipos de discurso, sendo classificados em discurso lúdico, discurso polêmico e discurso autoritário (MINAYO, 2007, p. 323) que, por limitação teórica, não serão esmiuçados no presente trabalho.

Pêcheux também lança luz para a matriz de sentido, ou seja, de que os processos discursivos se dão por meio da produção de sentidos. Nessa linha de raciocínio, em síntese,

A situação dada do locutor assim como a do destinatário afetam o discurso emitido, pois o sujeito produz e transmite o discurso num espaço social: o locutor antecipa, no processo discursivo, as representações de sentido de seu interlocutor, ainda quando esse último seja configurado apenas hipoteticamente na fala sempre referida do autor (MINAYO, p. 324).

É em busca dessas respostas mais profundas e que pretendem desvendar o que não está dito em palavras que a análise de discurso desenvolvida por Pêcheux se pauta.

Conclui-se, pois, que a análise de discurso parte do pressuposto de que aquele que profere o discurso é influenciado, tanto pelo seu passado quanto pelo contexto em que o discurso é proferido. Logo, para se buscar o que foi dito, é necessário entender o contexto em que foi dito e o perfil do próprio entrevistado.

Ademais, a pesquisa também é influenciada pelo contexto do pesquisador. Este fará a pesquisa com base no seu contexto e no que ele entende dos conceitos e preconceitos. Dessa forma, ao se realizar

uma pesquisa e a sua análise, é essencial levar em consideração todas as influências que atuam nas falar e nos roteiros.

### 3. Análise de conteúdo

Esse método de análise surgiu no século XX, tendo em vista a busca por recursos metodológicos que validassem as descobertas das pesquisas realizadas. Dessa forma, a *neutralidade* do método garantiria resultados mais precisos (ROCHA; DEUSDARÁ, 2005, pp. 308-309).

A análise de conteúdo pode ser definida como “um conjunto de técnicas de análise das comunicações”. Assim, o foco deste tipo de análise são as comunicações, a fim de interpretá-las, com uma descrição objetiva e sistemática. O interesse maior da análise de conteúdo não é a sua descrição, mas o que ele pode ensinar após o seu tratamento (BARDIN, 1977, p. 31-38).

A análise de conteúdo tem dois objetivos principais: fazer com que a leitura do pesquisador sobre os dados coletados seja válida e generalizável; e tornar a leitura mais enriquecedora, com a análise minuciosa de seu conteúdo (BARDIN, 1977, p. 29). Dessa forma, esse tipo de análise dos dados coletados é importante para dar maior confiabilidade à pesquisa realizada.

As principais características desse método de análise são quatro. A primeira é a busca por uma interpretação no sentido de abstração, ou seja, afasta-se da mera descrição. A segunda é a compreensão do fenômeno analisado. Ela se preocupa, ainda, com o explícito e, também, com o implícito, o que torna a análise complexa. Por último, há sempre a construção de categorias, mas sem fragmentação (LEITE, 2017, p. 542).

A análise de conteúdo possui três fases: a pré-análise (organização do material), a exploração do material (descrição analítica) e o tratamento dos resultados (interpretação referencial, tornando os dados significativos e válidos) (ROCHA SILVA; CHRISTO GOBBI; ADALGISA SIMÃO, 2005, pp. 73-74).



A pré-análise é o início da análise dos dados coletados. Ela consiste na organização desses dados, com a escolha dos documentos que irão compor o corpo da pesquisa. Para realizar essa escolha, é importante levar em consideração todos os elementos coletados, além de se preocupar com a representatividade em relação ao universo inicial<sup>1</sup>. Em adição, deve haver homogeneidade, de forma a se seguir critérios de escolha, e pertinência (MENDES; MISKULIN, 2017, pp. 1052-1053).

Na pré-análise, é feita uma leitura flutuante. Trata-se de uma leitura exaustiva do material, sendo o primeiro contato direto do analista com os dados coletados. Dessa forma, são encontrados os pressupostos iniciais e as hipóteses emergentes, sendo constituído o chamado *corpus* da pesquisa. Ademais, são construídos os indicadores que servirão para a interpretação final (CAVALCANTE; CALIXTO; PINHEIRO, 2014, p. 16).

Após essa fase inicial, haverá o estudo mais profundo do material já organizado. Logo, nesta etapa, são determinadas as “unidades de registro”, ou seja, a menor parte do conteúdo. No caso de a unidade de registro ser a palavra, o uso de computadores pode auxiliar nesta fase (MENDES; MISKULIN, 2017, pp. 1054-1055).

Por último, é realizado o tratamento dos resultados. Assim, os dados coletados se tornam significativos, com a criação de categorias de análise da pesquisa. Para a construção das categorias, é necessário seguir alguns princípios: um elemento não pode estar em mais de uma divisão; categorias homogêneas e pertinentes; objetividade (de modo que outros pesquisadores chegassem a resultados semelhantes se aplicado o mesmo método); e produtividade, ou seja, resultados férteis (MENDES; MISKULIN, 2017, pp. 10562-1063).

---

<sup>1</sup> Caso seja feita a análise de todo o material coletado, a questão da representatividade não tem tanta relevância. Ela é essencial nas pesquisas em que há muita coleta de dados, mas nem todos farão parte da pesquisa e da análise dos resultados.

O objetivo dessa análise, segundo Bardin, é efetuar deduções lógicas e justificadas no que tange à origem do conteúdo. Assim, é possível verificar quem emitiu a mensagem e qual a finalidade dela, de modo a se buscar o que está subentendido (CAPELLE; MELO; GONÇALVES, 2011, p. 04).

Assim, ao final, são construídas categorias temáticas com os resultados, de forma a se fazer uma codificação. A partir de um reagrupamento analógico, os temas que emergiram do texto são divididos, com base em suas características comuns (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 683).

Ao se analisar os resultados, é importante reconhecer o papel do pesquisador, bem como dos entrevistados. Isso porque eles possuem um ponto de vista baseado em suas experiências e o lugar que ocupam. Assim, vale ressaltar a existência de diversas visões sobre o mesmo assunto e/ou objeto, já que cada um traz consigo uma bagagem pessoal e emocional.

Apesar disso, a análise de conteúdo objetiva obter uma maior objetividade. Dessa forma, busca-se o “desvendamento de uma realidade dada *a priori*”, o que legitima as suas descobertas. A subjetividade do pesquisador deve ficar em segundo plano e, caso outra pessoa replique a pesquisa, os resultados devem ser semelhantes (ROCHA; DEUSDARÁ, 2005, p. 313).

Sendo assim, alguns conceitos são essenciais para a análise de conteúdo. A objetividade, conforme já citado, é um dos pilares de sustentação, já que a análise realizada deve ser passível de verificação e reprodução por outros pesquisadores. A sistematicidade também é relevante, já que não pode haver seleção arbitrária na análise dos dados coletados (OLIVEIRA, 2008, p. 571).

Outro conceito fundamental é o “conteúdo manifesto”, ou seja, devem ser eliminados os preconceitos do pesquisador, bem como suas ideias *a priori*. Logo, o conteúdo presumido não deve fazer parte da análise, mas tão somente o que se manifestou na coleta. As unidades de registro e de contexto contribuem, também, para essa objetividade, já que consistem nos recortes do material coletado, de modo a sustentar a análise realizada (OLIVEIRA, 2008, p. 571).

É interessante anotar que a análise de conteúdo pode ser de dois tipos: quantitativa ou qualitativa. Naquela, o objetivo é verificar a frequência com que a característica se repete ao longo do texto. Já na qualitativa, o foco é a presença ou a ausência de determinada característica ou de um conjunto delas em um fragmento da mensagem (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 682).

Na análise dos resultados, há a construção de categorias temáticas. Essas categorias podem ser *a posteriori*, com base nos dados coletados ou pode ser *a priori*, de modo a já orientar a coleta dos dados. De qualquer forma, sempre há categorias *a priori*, já que sempre haverá focos de análise (LEITE, 2017, p. 546).

Conclui-se que a análise de conteúdo buscar apreender uma realidade visível, ao mesmo tempo em que busca a realidade invisível por trás. Isso porque ela analisa também as entrelinhas do texto, necessitando de um olhar metuculoso e detalhista do analisador (CAVALCANTE; CALIXTO; PINHEIRO, 2014, p. 15).

#### **4. Análise textual discursiva**

De início, é importante estabelecer a premissa de que a análise de discurso e a análise de conteúdo não são excludentes. É possível haver uma combinação desses e de vários outros métodos quando se trata de análise de dados em pesquisa qualitativa, sendo a análise textual discursiva (ATD<sup>2</sup>) mais uma ferramenta analítica.

A teoria que embasou a construção da ATD é resultado de diversos trabalhos acadêmicos desenvolvidos por Roque Moraes e Maria do Carmo Galiuzzi e, de certa forma, mesmo se valendo de um conjunto variado de metodologia de análise de dados, se aproveita tanto da análise de discurso em um extremo quanto da análise de conteúdo num outro limite. Assim, tal técnica transita entre a análise de conteúdo e análise de discurso (GALIAZZI; MORAES, 2006, p. 13).

---

<sup>2</sup> A Análise Textual Discursiva será identificada doravante apenas por ATD.

Pode-se dizer que a ATD é uma nova visão crítica da forma de fazer ciência, que exigiu de seus criadores uma ressignificação da investigação científica, “de modo a substituir o esforço explicativo pelo compreensivo, trocar a meta da previsão pela da descrição, levando-me à busca de uma causalidade interna nos fenômenos investigados” GALIAZZI; MORAES, 2006, p. 17-18).

Da mesma forma que na análise de discurso, a ATD reconhece que toda leitura implica uma interpretação ou múltiplas interpretações, podendo ser obtidos diversos sentidos a partir de um mesmo enunciado, a depender do leitor e de suas lentes teóricas (SILVA, MARCELINO, 2022, p. 19).

A ATD se dá a partir de um processo cíclico que guarda as seguintes fases: (i) desmontagem dos textos ou unitarização, em que os textos serão separados em unidades de significado; (ii) estabelecimento de relações ou categorização, que consistirá na reunião das unidades de significados semelhantes; (iii) comunicação ou produção de metatextos (SILVA, MARCELINO, 2022, p. 20).

Cada uma das etapas descritas acima tem de obedecer a métodos e processos próprios, de modo a garantir o rigor da metodologia escolhida. Para as primeiras duas etapas, podem ser utilizados tanto o método indutivo quanto o dedutivo, conforme Bardin (1977) explica:

- do geral para o particular: determinam-se em primeiro lugar rubricas de classificação e tenta-se em seguida arrumar o todo;
- ou inversamente: partimos dos elementos particulares e reagrupamo-los progressivamente por aproximação de elementos contíguos, para no final deste procedimento atribuímos um título à categoria.

Na etapa de desmontagem ou unitarização dos textos, deve ser realizada uma fragmentação dos textos de modo a obter unidades constituintes, ou enunciados referentes aos fenômenos sob exame. Essa é uma fase que exige detalhamento e é o próprio pesquisador

que decide em que medida fragmentará seus textos (SILVA, MARCELINO, 2022, p. 20).

A partir dessa desconstrução surgem as unidades de análise que deve receber um título que represente a ideia principal da unidade e código, a fim de identificar seu texto na origem, bem como sua localização dentro desse texto, como bem ilustra a imagem abaixo:

Figura 1 – Primeiro passo da ATD

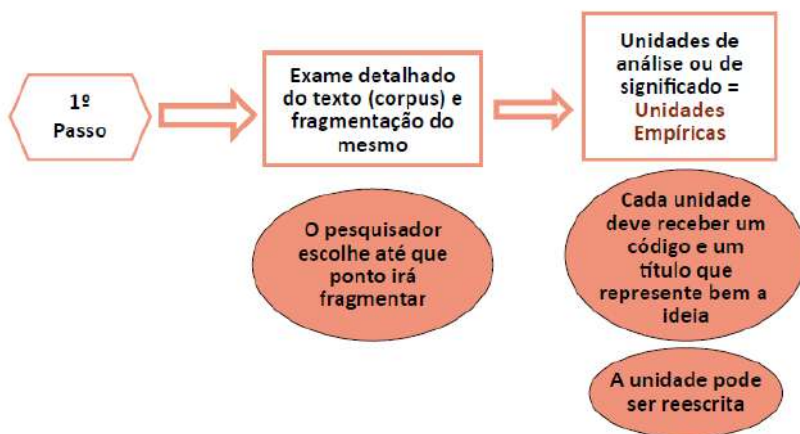
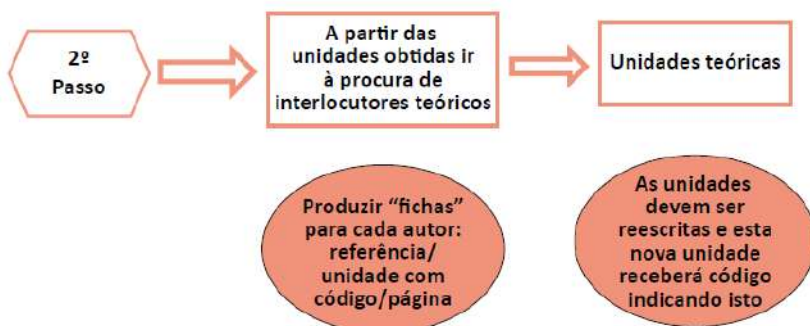


Figura 2 – Segundo passo da ATD



As relações ou categorizações entre as unidades de análise são feitas por meio de um processo minucioso de leitura e comparação entre elas, o que dará origem a elementos semelhantes, que formarão as categorias:

Figura 3 – Terceiro passo da ATD



Na última etapa, “percebe-se uma nova compreensão do todo, possibilitada pelo intenso envolvimento nas etapas anteriores” (SILVA, MARCELINO, 2022, p. 22).

Superadas as duas primeiras etapas de análise, a terceira etapa consistirá na construção de um texto descritivo e interpretativo dos sentidos advindos do *corpus* (MORAES, 2003).

Tem-se, pois, que a ATD é uma ferramenta metodológica que se destaca pelo alto grau de organização e unitarização dos *corpus* de análise. Contudo, é apenas um meio para a produção de significados,

[...] e por isso, em processos recursivos, a análise se desloca do empírico para a abstração teórica, que só pode ser alcançada se o pesquisador fizer um movimento intenso de interpretação e produção de argumentos. Este processo todo gera meta-textos analíticos que irão compor os textos interpretativos.

O pesquisador, então, goza de liberdade para trilhar o seu próprio processo investigativo e participativo na construção de

suas próprias verdades, inexistindo a dicotomia do certo e do errado, sendo valorizada cada etapa superada no caminho da construção da pesquisa (MORAES; GALIAZZI, 2006, p. 119-120).

A ATD é um método desafiador e que exige do pesquisador intensa dedicação para a reconstrução de seus entendimentos sobre ciência e pesquisa, ao passo que aprofunda a compreensão dos fenômenos investigados (MORAES; GALIAZZI, 2006, p. 119-120).

## **5. Conclusão**

É possível concluir que não há uma análise melhor ou pior que a outra. É importante, porém, que o pesquisador conheça os diversos tipos de análise, de forma a escolher a que melhor se encaixa à sua pesquisa. Ademais, ele deve fazer uma escolha consciente e deliberada, além de explicitar por que o tipo escolhido é adequado para o seu objeto de pesquisa.

Em breve síntese, enquanto a análise de conteúdo foca no conteúdo do texto, ou seja, trabalha apenas com o que é efetivamente externalizado, a análise de discurso foca na produção de sentidos do que está sendo discorrido. Em outras palavras, investiga os elementos que podem estar por trás das palavras ditas (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 679). Para a melhor compreensão, segue quadro comparativo:

	ANÁLISE DE CONTEÚDO	ANÁLISE DO DISCURSO
<b>Objetivos de pesquisa</b>	captar um saber que está por trás da superfície textual	analisar em que perspectivas a relação social de poder no plano discursivo se constrói
<b>Eu pesquisador</b>	espião da ordem que se propõe a desvendar a subversão escondida; leitor privilegiado por dispor de "técnicas" seguras de trabalho	agente participante de uma determinada ordem, contribuindo para a construção de uma articulação entre linguagem e sociedade
<b>Concepção de texto</b>	véu que esconde o significado, a intenção do autor	materialidade do discurso
<b>Concepção de linguagem</b>	reprodução e disseminação de uma realidade <i>a priori</i>	ação no mundo
<b>Concepção de ciência</b>	instrumento neutro de verificação de uma determinada realidade	espaço de construção de olhares diversos sobre o real

Fonte: ROCHA; DEUSDARÁ, 2005, p. 321

Quanto à Análise Textual Discursiva (ATD), essa é uma metodologia desenvolvida recentemente, em comparação com as duas primeiras trabalhadas, mas que se utiliza de diversos elementos destas e pode contribuir para a obtenção de resultados antes inimaginados pelo pesquisador.

## Referências

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Persona: São Paulo, 1977.

CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves; MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes; GONÇALVES, Carlos Alberto. **Análise de conteúdo e análise de discurso nas ciências sociais**. Organizações rurais & agroindustriais, v. 5, n. 1, 2011.



- CAREGNATO, Rita Catalina; MUTTI, Regina. **Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo.** Texto contexto Enferm, Florianópolis, v. 15, n. 04, pp. 679-684, 2006.
- CAVALCANTE, Ricardo Bezerra; CALIXTO, Pedro; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. **Análise de conteúdo: considerações gerais, relações com a pergunta de pesquisa, possibilidades e limitações do método.** Informação & Sociedade: Estudos, João Pessoa, v. 24, n. 1, pp. 13-18, jan./abr. 2014.
- LEITE, Rosana Franzen. **A perspectiva da análise de conteúdo na pesquisa qualitativa: algumas considerações.** Revista Pesquisa Qualitativa. São Paulo (SP), v.5, n.9, pp. 539-551, dez. 2017.
- LIMA, Maria Emília Amarante Torres. **Análise do discurso e/ou análise de conteúdo.** Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 9, n. 13, p. 76-88, jun. 2003.
- MAY, Tim. **Pesquisa Social: questões, métodos e processos.** 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- MENDES, Rosana Maria; MISKULIN, Rosana Giaretta Sguerra. **A análise de conteúdo como uma metodologia.** Cadernos de pesquisa, v. 47, n. 165, pp. 1044-1066, jul./set. 2017.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O DESAFIO DO CONHECIMENTO: pesquisa qualitativa em saúde.** 10. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2007. 406 p.
- MORAES, Roque. **UMA TEMPESTADE DE LUZ: A COMPREENSÃO POSSIBILITADA PELA ANÁLISE TEXTUAL DISCURSIVA.** Ciência & Educação, Bauru, v. 9, n. 2, p. 191-2011, out. 2003.
- MORAES, Roque. **UMA TEMPESTADE DE LUZ: A COMPREENSÃO POSSIBILITADA PELA ANÁLISE TEXTUAL DISCURSIVA.** Ciência & Educação, Bauru, v. 9, n. 2, p. 191-2011, out. 2003.
- MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do Carmo. **ANÁLISE TEXTUAL DISCURSIVA: PROCESSO RECONSTRUTIVO DE MÚLTIPLAS FACES.** Ciência & Educação, Bauru, v. 12, n. 1, p. 117-128, abr. 2006.

OLIVEIRA, Denize Cristina de. **Análise de conteúdo temático-categorial: uma proposta de sistematização**. Revista enfermagem UERJ. Rio de Janeiro, v. 16, n. 04, pp. 569-576, out/dez. 2008.

ORLANDI, Eni P.. **Estudos da Lingua(gem): michel pêcheux e a análise de discurso**. Estudos da Lingua(Gem), Vitória da Conquista, n. 1, p. 9-13, jun. 2005.

PÊCHEUX, Michel. **O Discurso: estrutura ou acontecimento**. Tradução: Eni P. Orlandi. 4ª Edição. Campinas: Pontes Editores, 2006.

ROCHA SILVA, Cristiane; CHRISTO GOBBI, Beatriz; ADALGISA SIMÃO, Ana. **O uso da análise de conteúdo como uma ferramenta para a pesquisa qualitativa: descrição e aplicação do método**. Organizações Rurais & Agroindustriais, vol. 7, núm. 1, pp. 70-81, 2005.

ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno. **Análise de conteúdo e análise de discurso: aproximações e afastamento na (re)construção de uma trajetória**. Álea, v. 07, n. 02, pp. 305-322, julho-dezembro 2005.

SILVA, Arthur Rezende da; MARCELINO, Valéria de Souza (org.). **Análise Textual Discursiva (ATD): teoria na prática**. Campos dos Goytacazes: Encontrografia Editora, 2022. Disponível em: <https://www.anped.org.br/news/e-book-analise-textual-discursiva-atd-com-organizacao-de-associado-da-anped-pode-ser-baixado>. Acesso em: 16 nov. 2022.



## LINGUAGEM JURÍDICA É JURIDIQÜÊS?

**Sybile Moreira Santos**

Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto  
(FDRP/USP)

e-mail: [sybilesantos@usp.br](mailto:sybilesantos@usp.br)

<http://lattes.cnpq.br/5903180098784785>

**Resumo:** A linguagem jurídica é juridiquês? Para tentar responder essa pergunta a proposta inicial deste trabalho é analisar porque o discurso jurídico pode ser reconhecido como de difícil compreensão, ou mesmo elitizado e garantidor do *status quo*. Quando a decisão judicial se dá além da interpretação legal e o magistrado usa critérios extralegais, isso pode atravessar fronteiras desconhecidas num primeiro momento. Assim, também será desconhecida a linguagem que utiliza para construir essa decisão. O artigo busca identificar através de uma análise crítica e interdisciplinar do Direito, quais fenômenos jurídicos são afetados em razão de seu próprio tecnicismo que dificulta o acesso ao interlocutor das decisões porque não as compreende. A linguagem excessivamente formalista prejudica a atribuição de sentido ao próprio texto (também conhecido por juridiquês). Identificando quais instrumentos foram e têm sido implantados para que a linguagem esteja mais próxima daquele que dela se utiliza, observamos que o CNJ disciplinou a Resolução 325/2020 que recomenda aos Tribunais do país que adotem estratégias para facilitar a comunicação em linguagem acessível. Essa resolução seria suficiente para o acesso à linguagem? E para o acesso à justiça? O TJSP criou o programa “juridiquês não tem vez” para atender essa orientação. Com a aproximação de saberes interdisciplinares pretende-se conhecer a partir deste caso concreto o trabalho e as estratégias efetuadas pelo programa para que Por tratar-se de uma investigação inicial este artigo se propõe a apresentar as primeiras impressões do autor.

**Palavras-chave:** Interdisciplinariedade; tomada de decisão; linguagem jurídica; acesso à justiça; juridiquês não tem vez.

## 1. Introdução

A linguagem jurídica é juridiquês? Para tentar responder essa pergunta a proposta inicial deste trabalho é analisar porque o discurso jurídico é reconhecido (numa perspectiva do senso comum) como de difícil compreensão, ou mesmo elitizado. Além de procurar identificar quais instrumentos foram e tem sido implantados para trazer a linguagem mais próxima daquele que dele se socorre. Ou seja, identificar através de uma análise crítica e interdisciplinar do Direito, quais os fenômenos jurídicos (compreendidos como ciência de viver e coexistir) são afetados.

Assim, uma das questões que mais nos intrigam quando se trata de acesso à justiça diz respeito à linguagem do Direito. Podemos, por um lado, dizer que é verdade que, enquanto disciplina constituída, o Direito tem uma linguagem que lhe é peculiar – não somente por ser técnica, mas também por essa tecnicidade ser necessária para, por exemplo, evitar múltiplas interpretações de um mesmo dispositivo legal. Por outro lado, podemos também dizer que é verdade que o caráter técnico da redação de leis, decretos e decisões representa uma dificuldade para o cidadão comum (não afeito à linguagem técnica específica do Direito).

E em razão de seu próprio tecnicismo, a linguagem jurídica é tida como elitizada e garantidora *do status quo* dos juristas ou dos grupos que detêm o poder econômico ou político e, de tal maneira, dificulta o acesso aos demais grupos sociais (não juristas).

Preocupados com uma linguagem jurídica que seja mais inteligível e próxima da sociedade, pudemos encontrar instrumentos legais que buscam minimizar essa realidade a Lei 95/1998 é um bom exemplo. Os manuais para elaboração dos textos legais, também (no Senado Federal encontramos disponível um manual datado de 1999). Contudo, atualmente, a preocupação ainda existe, e para saná-la o CNJ disciplinou a Resolução 325 de 29 de junho de 2020.

Notamos, também que muitos Tribunais de Justiça do país contam com canais que atendem a essa demanda. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda, conhecemos o programa “juridiquês não tem vez”, sendo outro exemplo.

Como um dos instrumentos para atingir a interlocução do Direito com outras áreas do conhecimento trazemos a proposta sobre a reflexão da análise da linguagem jurídica como fonte de interação entre os saberes técnicos do Direito e o desafio de que possa se inserir fora da academia de forma ampla e compreensível. Considerando os aspectos interdisciplinares que esta temática requer, iniciaremos, contextualizando a ocorrência desse fenômeno, conceituando-o.

Por estarmos num estágio inicial de pesquisa, entendemos que pode ser rico e importante neste momento que apresentemos algumas doutrinas que estruturam o pensamento já consolidado e que dialogue com nossos questionamentos. Assim, Boaventura Sousa Santos, Iara Ribeiro, José Reinaldo de Lima Lopes, Michel Foucault, Paulo Eduardo Alves da Silva, Robert Alexy, Sérgio Nojiri são alguns dos nomes que nos deram e darão suporte a investigação.

Trataremos, portanto, a partir dessas considerações preliminares, permitir-nos a reconhecer outros campos dos saberes que possam contribuir para uma melhor aplicação da linguagem jurídica como ferramenta de aproximação entre os integrantes da mensagem.

## **2. Da Pesquisa**

A interdisciplinariedade, num conceito didático, porém reduzido, pode ser reconhecida por seu caráter multidimensional, como o fenômeno que ocorre com algumas disciplinas tradicionais e já consagradas, como a História e a Geografia. Exemplificamos: quando estudamos a evolução da humanidade compreender e conhecer além de História e Geografia deveremos nos deter aos saberes da Biologia, Economia, Sociologia, Política entre outras

disciplinas. É necessário por sua característica multi ou polidisciplinar, ou seja, seus olhares e saberes são e estão interligados e, porque não dizer, integrados e coordenados (ALVES DA SILVA, 2022a).

Em outras palavras, a interdisciplinariedade introduz, sobremaneira, áreas do conhecimento em torno de objetos e objetivos comuns e tece conexões entre aqueles que se apoiam deste recurso, pois fortalece os laços dos pesquisadores inseridos nessa prática ao compartilhar seus saberes (BONELLI *apud* NOJIRI, 2022) para além dos programas de redes disciplinares individuais ou isoladas,

Um dos maiores obstáculos metodológicos no campo jurídico é nossa compreensão em relação às “incertezas ao mundo do direito” e que nos impede de enxergar e problematizar para além do dogmatismo (LUPETTI BAPTISTA, 2022a), pois uma vez que a formação jurídica tradicional (no campo do direito dogmático ou positivista) sozinha, não permite que os juristas-pesquisadores tenham fundamentação suficiente e que possam oferecer, tampouco retratar, os “fenômenos em suas dinâmicas concretas”, devido a um instrumental analítico limitado. Desenvolver um diálogo interdisciplinar e diversificado metodologicamente (ALVES da SILVA, p. 154), faz-se salutar para possibilitar uma interpretação de resultados e argumentação mais ricos e mais próximos da realidade.

Boaventura Santos (2010) demonstra que “a natureza teórica do conhecimento científico decorre dos pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas” podemos, portanto, enquanto juristas, encontrar dificuldades para nos desprender da legalidade, como dito, e reduzirmos a leitura do campo a uma visão prescritiva, a ponto de o pesquisador pretender prender em flagrante um interlocutor, em vez de compreender as motivações, sentidos e representações de suas posturas, por exemplo.

Por isso, embora alguns entendam que as pesquisas jurídicas são estruturalmente carentes, quando a interdisciplinaridade acontece há troca dos conceitos entre as áreas de conhecimentos e

conectam-se. Neste sentido, o professor Alves da Silva (2022a) brinda-nos com um rico exemplo: “do ponto de vista epistemológico, o Projeto Florença caracterizou-se como indiscutível e exitosa experiência de interdisciplinaridade envolvendo o direito processual, a sociologia, a ciência política, a economia, a antropologia”. Ou seja, a produção que ali se gerou, com poucos ajustes, hoje poderia se designar como uma “sociopolítica do direito processual e da administração de conflitos”.

Em nossa seara, como cientistas jurídicos, tentaremos encontrar uma solução para questões como a posta por Nojiri (2022) em seu artigo “Mascates do estranho: reflexões sobre a interdisciplinaridade no Direito”: “na hipótese de ocorrer x, qual o comportamento (adequado) que deveremos observar?”

Para isso, faz-se salutar elaborar agendas que possam trazer pesquisas e debates metodológicos adequados à realidade institucional. Vislumbramos que a pesquisa com processos judiciais admitem tanto abordagens quantitativas quanto qualitativas. Contudo, cada uma delas exige uma série de cuidados metodológicos, como nos ensina Alves da Silva (2022b):

duas abordagens e linguagens descritivas [são] ideais: qualitativa e quantitativa. São representações, linguagens usadas para representar o que se é observado. Na quantitativa as informações levantadas são representadas em uma linguagem numérica, grandezas quantificáveis e dimensionais em escalas numéricas. Já a qualitativa, os fenômenos são descritos por palavras, para expressar qualidades, não redutíveis em escalas numéricas.

Tal situação também, pode ser ilustrada com a explicação de Barbosa da Silva (1997)

quando se consulta a documentação jurídica e sobretudo as coletanêas de leis e doutras provisões legais da idade média e mesmo da idade moderna até finais do século XVIII e se analisam as suas características estilísticas a partir dos postulados culturais



gerais e jurídicos do nosso tempo, é difícil furtarmo-nos a uma sensação de estranheza perante a precária sistematização, a deficiente generalidade da linguagem jurídica e o pouco rigor desta, o carácter lacunoso e frequentemente contraditório da regulamentação, a redundância de muitas expressões usadas e, finalmente, os exemplos ou ilustrações fastidiosas. Não é invulgar contabilizar esta caracterização a débito da prática e da ciência jurídicas coevas, atribuindo as “imperfeições” à precariedade dos recursos técnicos e teóricos e ao carácter empírico da formação jurídica e justificando-as enquanto momentos da pré-história do momento de codificação do século XIX.

No dogmatismo da pesquisa jurídica, estudamos que em razão de uma cultura de hierarquização de disciplinas, aquelas que não se enquadram claramente nos requisitos “profissionalizantes” aos profissionais do Direito (advogados, magistrados ou outros) são, implícita ou explicitamente, desprezadas. Disciplinas como Direito Constitucional, Direito Civil ou Penal são reconhecidas como superiores à Antropologia do Direito, Sociologia Jurídica ou mesmo Psicologia do Direito (NOJIRI, 2022).

Por uma questão prática, faz-se importante destacar que as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, introduzidas pela Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que prevê, expressamente, em seu art. 3º, que o curso de graduação em Direito deve assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral e humanística, aliada ‘a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito e no art. 5º que a graduação em Direito deve “priorizar a interdisciplinaridade e a articulação de saberes”, como nos informa Lupetti Baptista (2022a).

Por sua vez, matérias interdisciplinares, muitas vezes vistas como “muito diferentes”, “alternativas” ou “exóticas”, atualmente vem conquistando muitas adesões nas escolas de Direito, pois permitem que reflexões teóricas e trabalhos de campos, por exemplo, dialoguem e garantam validade, inclusive mensurando

aquilo ademais do “que está na vida e não (somente) nos livros” (LUPETTI BAPTISTA, 2022a).

Finalmente, e limitados ao nosso recorte (linguagem jurídica) e num cenário hipotético, insta pontuar, que poderemos encontrar respostas sem o aprofundamento querido.

Estamos iniciando a coleta de materiais no programa “juridiquês não tem vez” disponibilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em três formatos (vídeos curtos no *youtube*, *podcast* em várias plataformas e texto escrito acessível no próprio *site* do TJSP).

Por serem as primeiras impressões por nós apresentadas, permitimo-nos, mesmo que tais interpretações sejam “absolutamente descoladas de nossas experiências na sociedade”, as disponibilizarmos.

Não gostaríamos de, por isso, nos furtar, tampouco que houvesse algum impedimento, ou mesmo que nossas reavaliações para a pesquisa mais longa e profícua possam conquistar melhores respostas e resultados no futuro.

### 3. Da Comunicação

Conhecer quais (ou quem) são os elementos da comunicação contribui para identificar se a informação foi eficaz, pois assim se determina que a função utilizada entre o emissor e o receptor aconteceu de plenamente. Portanto, temos que: **emissor** é quem envia a mensagem; **receptor** é quem recebe a mensagem; **mensagem, propriamente dita**, é o conteúdo da informação; **canal de comunicação** é o meio (código) pelo qual a mensagem é transmitida; **código** é a língua em si (como a língua portuguesa); **contexto** é o objetivo ou situação que a mensagem se refere.

Para que consigamos compreender um dos possíveis caminhos para a utilização de ferramentas que aproximem a linguagem jurídica da sociedade (o interlocutor, em nossa perspectiva), apresentaremos alguns conceitos introdutórios sobre a semiótica e a linguagem propriamente em si.

Semiótica, é a “ciência geral de todas as linguagens” (SANTANELLA, 2005) que procura investigar todas as linguagens possíveis. É capaz de criar “dispositivos de indagação e instrumentos metodológicos aptos a desvendar o universo multiforme e diversificado dos fenômenos de linguagem”. Através dela podemos compreender os signos, descobrir como as pessoas interagem com os objetos, pensam, se emocionam. Tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno de produção de significação e de sentido.

Linguagem, por sua vez, pode ser simplificada conceituada por ser o sistema através do qual o ser humano **comunica suas ideias e sentimentos**, seja da fala, da escrita ou de outros signos (verbais ou não verbais) convencionais. No entanto, salientamos que se faz importante distinguir língua e linguagem para a compreensão da semiótica, pois muitas vezes confundimos os significados desses termos. Língua, além de ser o órgão presente nos corpos dos animais para auxiliar a deglutição, o gosto e fala é também, “sistemas de sinais apropriados a uma notação” (MICHAELIS, 2000), por exemplo, o idioma que falamos e que utilizamos para a escrita. A linguagem, portanto, é tudo que gira em torno da comunicação, da transmissão de informações, assim como a expressão de um grupo garante sua linguagem própria como é o caso da linguagem jurídica.

Neste íterim, alertamos que este sobrevoio temático não pretendeu esgotar tais fundamentos, sob pena de perder a justa e necessária compreensão dos conceitos. Uma análise pertinente da semiótica e da linguística, bem como da filosofia, trazem em si o poder que a linguagem e a comunicação exercem, seja unindo os atores sociais que dela se apropriam, seja segregando algum tipo de conhecimento. Assim, ante a dinâmica deste trabalho, careceremos da profundidade que o enriqueceriam.

## 4. Da tomada de decisão

Convencionalmente, entre os seus pares, a linguagem jurídica tem a função de persuadir e convencer. Contudo, quando a decisão judicial emanada ultrapassa essa fronteira e simplesmente não é compreendida, aparece o que se chama de “ruído na comunicação”.

Poderíamos crer que, quando ocorre, essa “falha” houve inabilidade construída na formação acadêmica do jurista. No entanto, uma visão mais apurada pode nos permitir perceber que outros fatores como relações sociais, aspectos econômicos e até mesmos aspectos simbólicos do próprio tomador de decisão são responsáveis pelo comprometimento da construção do discurso jurídico.

Tendo em vista que a linguagem jurídica pode ser um fator decisivo na aproximação ou no afastamento do cidadão comum com relação a seus direitos – e, por via de consequência, com relação ao Direito –, consideramos que a inacessibilidade da linguagem jurídica constitui uma das mais importantes barreiras ao acesso à justiça e, ao contrário, que sua acessibilidade constitui um dos mais importantes instrumentos para fazer recuarem (senão caírem) essas barreiras.

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

Assim, como nas palavras iniciais de Alexy (1997) acima transcritas da obra “Teoría de la argumentación jurídica”, e na

medida em que o Estado passa a considerar que instrumentalizar as instituições jurídicas é suficiente para proteger a cidadania, pois na garantia estatal dos direitos se encontraria a obtenção de justiça para o cidadão, visualizamos que um dos caminhos para evitar que o acesso à justiça se torne sinônimo de injustiça é permanecermos atentos à possibilidade de que o germe dessa injustiça esteja contido na própria linguagem utilizada – o que pode conduzir a novos problemas.

Nesta seara, entendemos ser importante pontuar que o debate sobre “decisão judicial” segue associado à discussão filosófica de princípios ou regras na interpretação dos textos jurídicos, por isso questionar a racionalidade do processo de tomada de decisão pode soar incômodo para carreiras que tradicionalmente construíram um *ethos* de efetivação da justiça por meio de seu trabalho.

A discussão filosófica da qual nos referimos é o “Realismo Jurídico”. Trata-se de um movimento com considerações iniciais na década de 1920 e 1930 nos Estados Unidos. Na verdade, antes mesmo dessa época já haviam ponderações a respeito como na Europa com “Freireschsschule” (Escola Livre de Direito da Alemanha). Cumpre destacar, ainda que o realismo escandinavo foi bastante diferenciado, pois analisava sob o prisma das ciências sociais empíricas e queria explicar como a lei muda o comportamento humano, ademais dos julgados. Assim, a ascensão do positivismo analítico na filosofia e em muitas ciências sociais consolidaram a visão do Direito como ciência racional no século XX.

No entanto, ao analisar se é a partir de uma perspectiva não dogmática que poderíamos ajudar a desvendar quais os fatores que realmente influenciam no processo de tomada da decisão judicial e, sobremaneira, descrever como a tomada da decisão (judicial) e se se constrói aproximando ou afastando aquele que por ela é atingido ou tem contato, faz-se salutar na medida em que também auxiliará a encontrarmos nossas respostas.

Para Foucault (1999) “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”.

Apoiados nesse entendimento podemos interpretar que uma das formas de materialização para a pacificação social, numa sociedade de conflitos, seria o comando do juiz (como intérprete do caso, da lide ou da disputa) através de um pronunciamento as regras sociais, as normas legais estabelecidas. Nas palavras de Alexy (1997) “decisiones pueden ser racionalmente fundamentadas en el marco del método jurídico. La respuesta a esta pregunta podría, sin embargo, ser importante también para el problema de su admisión constitucional” ou em outras palavras, é a tomada de decisão que se materializa numa decisão judicial.

Ainda, por Boaventura Santos (1988) temos que

o discurso jurídico tem uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável em face do circunstancialismo concreto do problema, em caso algum redutível à dedução lógica e necessária a partir de enunciados normativos gerais. O conhecimento do discurso jurídico pressupõe, assim uma teoria da argumentação onde se dê conta, de modo global, do processo da construção cumulativa da persuasão que culmina na deliberação.

Ao pretendermos identificar, através de uma análise crítica e interdisciplinar do Direito, quais os fenômenos jurídicos (compreendidos como ciência de viver e coexistir) são afetados, concebemos que pela imposição da vontade, o que se mostra no conhecido discurso jurídico é uma linguagem que, por sua vez, constitui-se num instrumento de manutenção do *status quo*. A linguagem utilizada (linguagem jurídica) é mais do que técnica, é construída por símbolos e signos que dificultam ao senso comum sua compreensão. Muitas vezes é excessivamente formalista (o conhecido “juridiquês”) que prejudica a atribuição de sentido ao próprio texto. Assunto este que discutiremos mais profundamente no próximo tópico.

## 5. Da Linguagem Jurídica e do Discurso Jurídico

Partindo da afirmação de que o jurista moderno, na formação do pensamento ocidental subordina a ética à moral, Lopes (2004) parece compreensível entender que é “natural que a linguagem se juridifique”, pois assim, poderia ser transcrita simplesmente em termos de direitos e deveres.

A discussão de justiça, como elemento racional fundante da ordem jurídica ou das leis em particular, perdeu progressivamente importância. No que diz respeito aos usos da linguagem da justiça, trata-se de uma das mais evidentes transformações pelas quais passou o Direito moderno. Se o fundamento do Direito pode ser a conveniência, o interesse ou a vontade a busca da natureza das relações humanas perde sentido.

Os marcos mais significativos do processo da tomada do discurso jurídico “elitizado” se reconhece a partir do grande movimento de codificação posterior à revolução francesa. Neste sentido, Boaventura Santos (1970), didaticamente nos explica que

a emergência de uma ciência jurídica capaz de proporcionar à prática jurídica uma consciência teórico-abstrata e um suporte técnico; aplicação dos princípios e critérios da administração burocrática à administração da justiça; a tendência para a profissionalização plena da produção jurídica decorrente da aceleração da divisão social e técnica do trabalho jurídico e, portanto, da expansão e diversificação interna das profissões jurídicas; a reforma do ensino jurídico no sentido da apropriação monopolística deste por parte dos titulares da ciência jurídica, um ensino centrado na escrita jurídica e na aprendizagem do domínio técnico dois códigos com a negligência activa dos demais objectivos possíveis, quer dos objectivos mais amplos ligado à formação política filosófica e sócia dos juristas, quer dos objectivos mais empíricos e “comezinhos” da preparação para a prática dos tribunais.

Por isso, abordar questões concernentes à relação entre linguagem e poder, são ricas, pois, como se interroga Foucault (1999),

“não [constituiria] o sistema judiciário (...), sob certos aspectos, ao menos, (...) [um sistema] de sujeição do discurso?” de igual modo nos questionamos se os “discursos” do Direito ou de fins políticos se preocupam com a atribuição de sentido pela construção de uma linguagem cientificista e positiva (técnica) ou não.

De toda sorte, conferirmos concordância ao entendimento de que a “norma não teria nenhum sentido prévio a partir do texto, mas, sim, um sentido captável apenas quando o texto normativo é aplicado aos fatos por um intérprete, o qual deve ter a consciência de que desenvolve um trabalho em concreto (não apenas instrumental), isto é, socialmente e politicamente engajado” (RIBEIRO *et al.*, 2022).

Para tanto, percebemos como disciplina Godoy que “o direito é técnica discursiva, remete-nos à decisão e, nesse sentido, manifesta-se também literariamente em miríade de textos. O direito é narrativa” (GODOY, 2008 *apud* RIBEIRO *et al.*, 2022). Veja-se que em 1988 Boaventura Santos (1988), já informava que “a linguagem técnica jurídico-estatal é hoje uma linguagem ultra-especializada cujas relações com a linguagem comum são tensas e complexas”. Diferenciações ou distinções como as descritas por Tercio Ferraz Jr. entre discurso judicial (Discurso da Norma e Discurso da Ciência do Direito) criavam uma linguagem jurídica que exprime um fenômeno social como é o próprio Direito: estratificando-o, reduzindo-se às suas dadas categorias ou classes profissionais (de juristas e não juristas, por exemplo).

Ou seja, percebe-se que algumas problemáticas, a exemplo das “plurissignificações, do afastamento em relação à linguagem popular e do cometimento de excessos que tornam o texto (jurídico) arcaico e prolixo” – quando não incompreensível (ALVES DA SILVA, 2022a), não são discussões tão novas.

Devemos ter em mente que a lição do professor Alves da Silva (2022b) acerca da formação dos juristas (sejam advogados ou juízes), nas Faculdades de Direito, também não. Para ele, o jurista é um intérprete de textos escritos insculpidos em obras bibliográficas, pois aprende, desde os primeiros anos do curso de



direito, a decifrar uma linguagem rebuscada que veicula um conjunto vasto de conceitos, significados e opiniões para então, articulá-la em discursos de função retórica.

No mesmo sentido, Joana Silva (2001 *apud* RIBEIRO *et al.*, 2022), porém ela nos alerta sobre a professora Ribeiro chama de “esoterismo da linguagem jurídica”: é “uma linguagem que, apesar de partilhar com a linguagem ordinária a quase totalidade das suas conformações, não deixa de ser um singular segmento do discurso humano, dotado de características que o tornam acessível a não muitas pessoas”.

Preocupados com uma linguagem jurídica mais inteligível e mais próxima da sociedade, encontramos disposições legislativas regulamentadas há algum tempo. A Lei 95/1998, é um exemplo. Há também manuais para elaboração dos textos legais como o disponibilizado no *site* do Senado Federal (e datado de 1999).

Quiçá concebido como movimento de unificação dos trabalhos e facilitação da linguagem jurídica à sociedade, o Conselho Nacional de Justiça disciplinou a Resolução 325 de 29 de junho de 2020. Tal normativa faz parte da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e instituiu no anexo I “Macrodesafios do Poder Judiciário e respectivas descrições – Perspectiva Sociedade” o desafio de

adoção de estratégias de comunicação e de procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão, visando à transparência e ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora dos direitos. Abrange a atuação interinstitucional integrada e sistêmica, com iniciativas pela solução de problemas públicos que envolvam instituições do Estado e da sociedade civil (grifo nosso).

Neste estudo, pudemos observar através de seus *sites* que muitos Tribunais de Justiça do país já contam com canais que atendem a essa demanda.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde a gestão do então presidente Renato Nalini (2012-2013), já se idealizavam

soluções para diminuir o problema com a linguagem pelos operadores do Direito (“petição 10” foi uma das táticas implementadas). De lá para cá o movimento pela simplificação tem crescido e o Tribunal Bandeirante apresenta atualmente o programa “juridiquês não tem vez”. Tal programa é apresentado em três formatos: vídeos curtos no *youtube*, *podcast* em várias plataformas e texto escrito acessível no próprio *site* do TJSP. Seu intuito é apresentar “temas jurídicos que geram dúvidas na população, com explicações dos juízes paulistas em linguagem acessível e didática”. Sua descrição informa que

Para estar cada vez mais próximo do cidadão, o Tribunal de Justiça de São Paulo mantém em suas mídias sociais (Facebook, Instagram e Twitter), Youtube e agregadores de podcasts o projeto Juridiquês Não Tem Vez (...).

**Podcast.** Periodicamente são veiculadas edições sobre temas jurídicos em pauta na sociedade que geram dúvidas na população, com explicações dos juízes paulistas em linguagem acessível e didática. Entre os assuntos, foram abordados crimes contra a honra, pornografia de vingança e corrupções ativa e passiva. O programa está disponível nas principais plataformas agregadoras, como Spotify e Deezer, página de podcasts do TJSP.

**Vídeos.** Na mesma linha do podcast, os vídeos do Juridiquês Não Tem Vez trazem debates da atualidade em linguagem simples e acessível. Edições anteriores abordaram, entre outros, racismo, Tribunal do Júri, stalking e adoção. Todos os vídeos estão disponíveis nos destaques do Instagram do TJSP e no canal no YouTube.

O enfoque de nossa pesquisa, portanto, será com base nesse caso prático. Pretendemos identificar neste programa se o trabalho realizado como escolhas dos temas, periodicidade e atendimento às resoluções do CNJ tem sido como previsto. Com isso, poderemos mensurar se as respostas obtidas (positivas ou negativas, de compreensão ou não) frente aos assuntos apresentados público destinado. Ademais, importante identificar se o público atingido é

o mesmo ao qual o programa se propôs (toda população que acessar seus canais).

## 6. Conclusão

Lupetti Baptista (2022a) explica que até hoje, as dificuldades do campo jurídico de “assimilar parâmetros acadêmicos fundamentados em pesquisa empírica” continuam a retardar o desenvolvimento de pesquisas científicas na área do Direito. Faz-se necessário, portanto, “romper com a crença de que a norma está em primeiro lugar, é muito desconfortável para as pessoas do campo jurídico”.

Também ensina Alves da Silva (2022b) que o pesquisador em processos judiciais, diferentemente, precisa antes de mais nada saber selecionar, no “vasto manancial de informações disponíveis nos processos”, dado que contribuiria ao esclarecimento da sua pergunta de pesquisa.

Atentar-se ao “rigor metodológico” é uma condição essencial para dar legitimidade aos resultados e por consequência a todo o trabalho de pesquisa propriamente dito. Exemplificamos (ALVES DA SILVA, 2022b): quando se busca informações em documentação processual, os dados como resultado do julgamento, datas, órgãos julgador, partes, outro são simples coletas numéricas, quais poderão atingir um amplo contingente a ser mensurado. No entanto, quando se busca informações subjetivas ou que requerem maior detalhamento a pesquisa deverá recair num contingente menor, sob o risco de não se conseguir extrair os dados necessários.

As velhas habilidades típicas da pesquisa científica (saber fazer a pergunta correta, montar um eficaz plano de análise e usar métodos com rigor) parecem que ainda são o único “remédio realmente eficaz para se prevenir a pobreza metodológica” bem como defender o padrão de que a pesquisa em Direito e a pesquisa empírica pretendem suplantam. Assim como se a pesquisa com

processos judiciais exige o domínio de uma linguagem jurídica específica para compreensão de termos e documentos, agora o acesso às bases de dados também se faz presente, exige-se conhecimento técnico para operação das ferramentas de busca e armazenamento dos dados, geralmente do campo da tecnologia da informação (ALVES DA SILVA, 2022b).

Embora o presente trabalho tenha em sua ideia inicial uma perspectiva do acesso à justiça (problemática analisada por outro eixo temático desta Instituição), uma vez que esta pesquisa requer outros suportes, diante da interdisciplinariedade do tema, entendemos ser pertinente sua apresentação para apreciação neste eixo temático.

Ademais, acreditamos que o discurso jurídico é um tema que abarca todos aqueles estão sob o manto do judiciário e o acesso à justiça não é preocupação exclusiva aos diretamente ou juridicamente envolvidos, por isso, ratificamos que embora nossa pesquisa seja inicial e parcial, e não conclusiva (uma vez que requer que dados estatísticos e de satisfação sejam melhores mensurados), procurará inferir se programas com o intuito de desmistificar a linguagem jurídica têm contribuído para que uma melhor compreensão além dos tecnicismos próprio do Direito, além do que a decisão judicial emitida “quis dizer”.

Enfatizamos que por não estamos tratando de utilizar apenas o senso comum como fonte de conhecimento. Buscamos abrir os horizontes e estender a conexão da pesquisa científica para além dos muros acadêmicos. Ao atravessarmos as “fronteiras do Direito” e sairmos da “zona de conforto” jurídica, poderemos nos encontrar com as palavras de José Garcez Ghirardi (2022) tal qual abaixo transcrevemos:

Nós queremos uma sociedade mais justa, mais igualitária, menos excludente, menos desigual, mas os recursos que nós temos para realizar isso são, também eles, a expressão de um valor. Não podemos fazer isso de qualquer modo. Não podemos usar qualquer recurso e justificá-los sob a alegação de que estamos melhorando a

economia, diminuindo a desigualdade, a exclusão ou a opressão. Se isto for feito, os próprios valores pelos quais estamos lutando se estilham ... não poderemos construir uma sociedade mais justa por meio do arbítrio e do autoritarismo.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica** [Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo]. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES DA SILVA, P. E. Rumo a uma sociopolítica do Direito processual: experiências de diálogo interdisciplinar no campo do Direito *in* CARNEIRO, C.S.; RIBEIRO, I. P.; OLIVEIRA, F. L.; ALVES DA SILVA, P. E.; NOJIRI, S. [Orgs.]. **Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**. São Carlos: Pedro & João Editores, p.139-166, 2022.

\_\_\_\_\_, P. E. Aspectos metodológicos da pesquisa empírica em direito com processos judiciais físicos e eletrônicos. *in* GONÇALVES, G. M.; MAIA, R. C.; ROCHA, I. M.; TEODORO, G. P. [Orgs.] **Estudos empíricos em processo e organização judiciária**. p 62-85, Belo Horizonte: Editora Expert, 2022. Disponível em: <http://experteditora.com.br> Acesso em 16.nov.2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95 de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1998/leicomplementar-95-26-fevereiro-1998-363948-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em 22 mai.2022.

\_\_\_\_\_. **Resolução 325 de 29 de junho de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em: Resolução nº 325 Dispõe sobre a

Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências\_ (cnj.jus.br) Acesso em 16.nov.2022.

CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. **Acesso à Justiça**. [Tradução de Ellen Gracie Northfleet]. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARACO, C. E., MOURA, F. M. de, MARUXO JR., J. H. **Gramática**. São Paulo: Ática, 2010.

FERREIRA, F. A. A teoria do discurso e análise do discurso: de Ernesto Laclau a Michel Foucault. **Perspectivas**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 81–92, 2020. DOI: 10.20873/rpv4n2-61. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/perspectivas/article/view/7234> Acesso em: 16 nov. 2022.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso (aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970)**. 5. ed. [Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio]. São Paulo: Edições Loyola, 1999. Disponível em <https://projetophronesis.files.wordpress.com/2009/08/foucault-michel-a-ordem-do-discurso-aula-inaugural-no-college-de-france.pdf> .Acesso em: 14 mai.2022.

GHIRARDI, J. G. Caminho de Ítaca: apontamentos para o estudo de Direito e Literatura *in* CARNEIRO, C.S., RIBEIRO, I. P. OLIVEIRA, F. L.; SILVA, P. E. A.; NOJIRI, S. [Org.] **Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**. p 195-206, São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

LOPES, J. R. **As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

LUPETTI BAPTISTA, B. G. Relatos de uma experiência docente: os desafios da interdisciplinaridade na formação dos profissionais do Direito *in* CARNEIRO, C.S.; RIBEIRO, I. P.; OLIVEIRA, F. L.; ALVES DA SILVA, P. E.; NOJIRI, S. [Orgs.]. **Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**. p. 43-74, São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

\_\_\_\_\_, B. G. Amigos, amigos, processos à parte? As relações pessoais entre advogados e magistrados no sistema de justiça *in* GONÇALVES, G. M.; MAIA, R. C.; ROCHA, I. M.; TEODORO, G.

P. [Org.]. **Estudos empíricos em processo e organização judiciária**. p. 27-61, Belo Horizonte: Editora Expert, 2022. Disponível em: <http://experteditora.com.br> Acesso em 16.nov.2022.

NOJIRI, Mascates do estranho: reflexões sobre a interdisciplinaridade no Direito *in* CARNEIRO, C.S.; RIBEIRO, I. P.; OLIVEIRA, F. L.; ALVES DA SILVA, P. E.; NOJIRI, S. [Orgs.]. p. 15-42, **Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

IBEIRO, I. P. *et al.* Direito e Literatura: aproximações com a linguagem, hermenêutica e narrativa *in* CARNEIRO, C.S.; RIBEIRO, I. P.; OLIVEIRA, F. L.; ALVES DA SILVA, P. E.; NOJIRI, S. [Orgs.]. **Interdisciplinaridade e Métodos de Pesquisa em Direito**. p. 167-194, São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

SANTANA, S. B. P. .A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à justiça. Uma análise [...]. **Revista ambito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-105/a-linguagem-juridica-como-obstaculo-ao-acesso-a-justica-uma-analise-sobre-o-que-e-o-direito-engajado-na-dialetica-social-e-a-consequente-desrazao-de-utilizar-a-linguagem-juridica-como-barreira-entre-a/> Acesso em: 16.nov.2022.

SANTANELLA, L. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2005.

SANTOS, B. de S. **O discurso e o poder, ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_, **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 16<sup>a</sup> ed, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> Acesso em 16.nov.2022.

**MICHAELIS** 2000: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Reader's Digest, São Paulo: Melhoramento, 200, 2v.

O IV Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação da FDRP foi realizado no período de 29 a 30 de novembro de 2022, com o tema “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, por meio de palestras, mesas redondas e minicursos com a participação de pesquisadores de todo o país que discutiram sobre temas inerentes ao desenvolvimento do país, sistema de justiça e a interdisciplinaridade na ciência do Direito.

