



APRESENTAÇÃO

Professora Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

INIMPUTABILIDADE PENAL PELA IDADE. O CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ARTIGO 288 DO CP) E O PROBLEMA DA CONTAGEM DO MENOR DE IDADE NO QUANTUM DO CONCURSO NECESSÁRIO

Guilherme Elizeu Alves da Silveira; Waldir Miguel dos Santos Júnior

FAKE NEWS: UM PARÂMETRO PARA COIBÍ-LAS, PRESERVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Lucia Maria de Sousa; Vivian Beatriz Alves Andrade; Mariana Oliveira de Sá

GREVE EM SERVIÇOS ESSENCIAIS: a inclusão das atividades portuárias na Lei 7.783/1989

Sarah Alves Batista Torres; Yasmín Elisson Dias Menezes ; Geraldo Antônio Avelino

A PANDEMIA DA COVID-19 E AS MEDIDAS JURÍDICAS ADOTADAS PARA SEU ENFRENTAMENTO

Nathália Rodrigues Generoso

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS JOGOS ONLINE

Douglas Eduardo Figueiredo Souza; Adriano Stanley Rocha Souza

SOCIALIZAÇÃO COMO ALIENAÇÃO: Como as instituições (de) formam os sujeitos

Vinicius Silva Bonfim

O ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

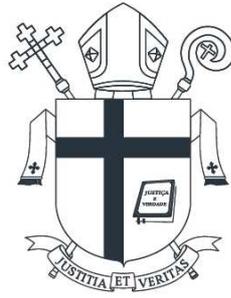
Marco Aurélio Oliveira de Almeida; Anajá Adane Conceição Oliveira Campos; Mariana Oliveira de Sá

O CASO ÂNGELA DINIZ: 45 ANOS DA INSPIRAÇÃO DE UMA IDEIA DE REVOLUÇÃO FEMINISTA AO DECLÍNIO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Américo Braga Júnior; Jorge Aparecido de Almeida Fernandes

A AVALIAÇÃO PROSPECTIVA DA LEI COMO MECANISMO EFICAZ PARA A ELABORAÇÃO DE NORMAS DE BOA QUALIDADE

Henri Cláudio Almeida Coelho; Breno Tadeu de Souza



Faculdade Arquidiocesana de Curvelo

Resolução - Revista de Direito e Ciências Gerencias

Vol.5 - 2021

Curvelo/MG

ISSN 2525-9245

RESOLUÇÃO

Revista de direito e ciências gerenciais

Editor:

Prof^o Dr. Frederico Martins e Silva

Co-Editores:

Prof^o MsC. Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

Prof^o MsC. Delmar de Oliveira

Prof^a MsC. Leana Mello

Prof^a MsC. Gleice Leila Barral

CONSELHO EDITORIAL

Prof^a Dr^a. Alexandra Vilela - Universidade Lusófona do Porto

Prof^a Ms. Cláudio Rosa Bastos - PUCMinas.

Prof^a Dr^a. Inês Godinho - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Rui Albuquerque - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Manuel Damásio - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Jorge Leite - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Paulo Brito - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. César de Castro Fiuza - UFMG

Prof^a Dr^a. Wilba Maia Bernardes - PUCMinas.

Prof^o Dr^o Lindomar da Rocha Mota - FAC e PUCMinas.

Prof^a Dr^a. Déa Carla Pereira Nery - Universidade Estadual da Bahia.

Prof^o Dr^o. Hermes Guerrero - UFMG.

Prof^o Ms. Daniel Henrique Lucc iArriero - FAC

Prof^o Dr^o. Adalberto Antônio Batista Arcelo - PUCMinas e FAC.

Prof^o Ms. Vinícius Silva Bonfim - FAC

Prof^o Dr^o. José Boanerges Meira - PUCMinas e FAC.

Prof^a Ms. Carlúcia Maria Silva - FAC e UEMG.

Prof^a Ms. Juliana Carolina Coutinho Coelho Guimarães - FAC

COMISSÃO TÉCNICA

Prof^o Dr. Lindomar Rocha Mota - FAC

Adm. Adriano Geraldo Leão de Oliveira - FAC



**Faculdade
Arquidiocesana
de Curvelo**

Pe. Frederico Martins e Silva
Diretor
Pe. Jacson Hilário Pereira
Diretor Administrativo
Mariana Aparecida Adalberto de
Carvalho
Coordenadora de Pesquisa
Leana Melo
Coordenadora de Extensão
Edna Quintiniano
Bibliotecária CRB 62418
Adriano Geraldo Leão de Oliveira CRA
19723
Editoração Eletrônica



**Mitra
Arquidiocesana
de Diamantina**

Dom Darci José Nicioli, C.Ss.R.
Arcebispo Metropolitano

Revista da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. V. 5, Curvelo: Fac,
2021.

Semestral

ISSN: 2525-9245

I. Administração de empresas - Periódicos. II. Direito. III.
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo
CDU-658(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca
Monsenhor Paulo Vicente de Oliveira

Os artigos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As
opiniões neles contidas não representam, necessariamente, pontos de
vista da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

APRESENTAÇÃO

É com alegria que apresentamos o Volume V, número V da Revista Resolução – Revista de Direito e Ciências Gerenciais.

Esse volume nos traz um arrazoado de temas, que são muito importantes para a sociedade acadêmica.

O artigo intitulado “Inimputabilidade Penal pela Idade: o Crime de Associação Criminosa (Artigo 288 Do CP) e o Problema da Contagem do Menor de Idade no Quantum do Concurso Necessário traz a modificação do art. 288 do Código Penal provocada pela Lei nº 12.850/2013 abordando sobre divergências doutrinárias e jurisprudenciais, haja vista que houve uma alteração nos requisitos mínimos da configuração de agentes no crime de associação criminosa, surgindo a problemática: se o menor de idade poderia ser contabilizado no *quantum* do concurso necessário?

O artigo intitulado “Fake News: Um Parâmetro para coibí-las, preservando a Liberdade de Expressão” traz um estudo sobre a questão das Fake News, que vem sendo muito propagada nessa época de pandemia, trazendo muitos prejuízos para a sociedade. O trabalho aborda, como tema central, a liberdade de expressão e a divulgação de notícias falsas, realizando uma análise legislativa sobre o assunto.

O artigo intitulado “Greve em Serviços Essenciais: a inclusão das atividades portuárias na Lei 7.783/1989” traz uma análise da Lei de Greve nos serviços essenciais e os requisitos necessários para que não haja conduta abusiva. O trabalho aborda a evolução histórica do instituto da greve, questionando a “relevância e urgência”, para a recente inclusão da atividade portuária como serviços essenciais na Lei nº 7.783/1989 e na Lei nº 14.047 de 24 de agosto de 2020.

O artigo intitulado “A Pandemia da Covid-19 e as Medidas Jurídicas Adotadas Para seu Enfrentamento” traz uma abordagem sobre essa pandemia que impactou diretamente todos os países, trazendo consequências em todas as searas, sejam econômicas, sociais, jurídicas, analisando os mecanismos jurídicos adotados para seu enfrentamento.

O artigo intitulado “Responsabilidade Civil E Proteção Dos Direitos Da Personalidade Nos Jogos Online” tem por objetivo analisar a responsabilidade civil pelos atos praticados nos jogos online, contextualizando as características deste mundo virtual, analisando as regras dos jogos online e do direito à Internet e, conseqüentemente, a responsabilidade dos agentes envolvidos, demonstrando que mesmo fora do mundo real, o direito da personalidade deve ser protegido.

O artigo intitulado “socialização como alienação: como as instituições (de) formam os sujeitos” tem como objetivo analisar o discurso clínico como forma de justificativa da construção da identidade, da subjetividade, a partir da análise de Lacan a respeito da socialização. Para tanto, recorre-se ao conceito de Estádio do Espelho para entender as formas de representação do sujeito e, também, diagnosticar a colonialidade do poder nas estruturas subalternizantes das alteridades pela cultura hegemônica européia.

O artigo intitulado “o ativismo judicial em tempos de pandemia” tem como objetivo fundamental refletir sobre a necessidade de se entender o instituto do ativismo judicial no Brasil e suas conseqüências no aspecto doutrinário e jurisprudencial, amparados pela Constituição Federal de 1988. Uma abordagem imparcial, mas crítica, acerca de sua perpetuação, tendo uma perspectiva do que represente os próprios julgamentos pelos ministros da Corte Suprema e, na medida em que se discute, de fato, o limite da intervenção do Poder Judiciário no Executivo durante a Pandemia.

O artigo intitulado “O Caso Ângela Diniz: 45 Anos Da Inspiração De Uma Ideia De Revolução Feminista Ao Declínio Da Legítima Defesa Da Honra” traz o caso Ângela Diniz, que marcou a sociedade brasileira e contribuiu para mudanças de paradigmas sociais e jurídicos. O ordenamento jurídico brasileiro, desde os anos 1970, vem sofrendo inúmeras alterações, com o escopo de uma proteção adequada à mulher. A tese da legítima defesa da honra, que já legitimou e contribuiu para o assassinato de milhares de mulheres em nosso país, recentemente foi espancada juridicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Por último, o artigo “A Avaliação Prospectiva da Lei como Mecanismo Eficaz para a Elaboração de Normas de Boa Qualidade” tem por objetivo evidenciar como os

princípios e métodos propostos pela Teoria da Legislação – em particular, quanto à avaliação prospectiva da lei – podem influenciar a elaboração de normas jurídicas de boa qualidade, possibilitando que tal norma, de forma desejável, possa atingir o fim para o qual foi criada.

Ótima leitura a todos!

Atenciosamente,

Professora Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

Coordenadora de Pesquisa da FAC

**INIMPUTABILIDADE PENAL PELA IDADE. O CRIME DE ASSOCIAÇÃO
CRIMINOSA (ARTIGO 288 DO CP) E O PROBLEMA DA CONTAGEM DO MENOR
DE IDADE NO *QUANTUM* DO CONCURSO NECESSÁRIO**

PENAL INIMPUTABILITY FOR AGE. THE CRIME OF CRIMINAL ASSOCIATION
(ARTICLE 288 OF PC) AND THE PROBLEM OF COUNTING MINORS IN THE
REQUIRED CONTEST *QUANTUM*

Guilherme Elizeu Alves da Silveira¹
Waldir Miguel dos Santos Júnior²

RESUMO

A modificação do art. 288 do Código Penal provocada pela Lei n° 12.850/2013 criou uma certa divergência entre parte da doutrina e da jurisprudência. É que a associação criminosa alterou o requisito mínimo de agentes e incluiu uma nova causa de aumento de pena em seu parágrafo único. Daí, surgiu-se a questão se o menor de idade poderia ser contabilizado no *quantum* do concurso necessário. Sustenta-se neste artigo, que tal integração é inadequada à luz do sistema jurídico-penal brasileiro, por se tratar de incidência *de bis in idem*, uma vez que se contabiliza os inimputáveis no concurso necessário e simultaneamente como causa de aumento de pena. Por essa razão, levantam-se três hipóteses de contabilização de menores no concurso necessário e contrastam-se essas ao argumento de Cezar Bitencourt de que integrar menores para configurar associação criminosa é *bis in idem*. Para além disso, este trabalho mantém a impossibilidade de integração de menores no delito de associação criminosa em qualquer hipótese, não somente naquela proposta por Bitencourt. Ao final é elaborado um argumento prático institucional para justificar a conclusão do por que não se pode integrar inimputáveis ao *quantum* do concurso necessário do delito de associação criminosa.

Palavras-chave: Associação criminosa; Inimputáveis; Concurso necessário; *Bis in idem*.

ABSTRACT

The modification of art. 288 of the Penal Code caused by Law No. 12.850/2013 created a certain divergence between part of the doctrine and the jurisprudence. Is that the criminal association changed the minimum requirement for agents and included a new cause of increased sentence in its sole paragraph. Hence, the question arose whether the minor could be counted in the required competition quantum. It is argued in this article, that such integration is inadequate in the light of the Brazilian legal-penal system, as it is an incidence of *bis in idem*, since the

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

² Professor de Direito Penal da FAC.

unaccountable ones are counted in the necessary contest and simultaneously as a cause of increased penalty. For this reason, three hypotheses for counting minors in the necessary competition are raised and these are contrasted with Cezar Bitencourt's argument that integrating minors to form a criminal association is *bis in idem*. In addition, this work maintains the impossibility of integrating minors in the crime of criminal association in any case, not only in that proposed by Bitencourt. At the end, a practical institutional argument is elaborated to justify the conclusion of why it is not possible to integrate non-imputables to the quantum of the necessary contest of the crime of criminal association.

Keywords: Criminal association; Unimputable; Required contest; *Bis in idem*.

1. INTRODUÇÃO

A modificação do artigo 288 do Código Penal Brasileiro, provocada pela Lei nº 12.850/2013 criou uma certa divergência entre parte da doutrina e da jurisprudência. É que com a alteração desse dispositivo normativo, o antigo tipo penal de “bando” ou “quadrilha”, passou a se chamar associação criminosa e apresentou um novo requisito mínimo de agentes para a sua tipificação. Além disso, a associação criminosa inovou ao incluir uma nova causa de aumento de pena em seu parágrafo único. A redação do art. 288 do CP conforme a Lei nº 12.850/2013 dispõe da seguinte forma: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão de 1(um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente” (BRASIL, 2018).

Na vigência da redação anterior do respectivo dispositivo normativo, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, julgou que a configuração do crime de formação de quadrilha não necessita que haja a persecução penal de todos os supostos envolvidos para a caracterização da conduta típica (STJ, Res. 810.931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp. 5º T., DJ 6/8/2007). Ratificando este entendimento, Rogério Greco (2011, p. 812) sustentou que: “Para efeito de reconhecimento do delito de quadrilha ou bando, no que diz respeito ao número mínimo de integrantes necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável.” Ocorre que na redação revogada, a formação de quadrilha ou bando era caracterizada a partir da existência de mais de três agentes e a causa de aumento de pena de seu parágrafo único se aplicava apenas na hipótese da quadrilha ou bando ser armada. Desse modo, no dispositivo revogado, a participação de criança ou adolescente não constituía majorante.

O ponto inicial deste trabalho é demonstrar que sob a luz do atual art. 288 do CP, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de contagem do menor de

idade no *quantum* do concurso necessário do crime de associação criminosa é problemática, pois, se assim for, incide essa contagem em *bis in idem*. Ao final buscar-se-á demonstrar que formalmente o *bis in idem* não é a única causa lógica de vedação à contagem dos menores na associação criminosa e que em qualquer hipótese os integrar é impróprio

Em razão disso, serão levantadas três hipóteses em que se contabilize os inimputáveis para configurar associação criminosa, quais sejam: (A) Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes; (B) Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos fatos –, juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes; (C) Três agentes imputáveis, juntamente com um agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes. Nesse sentido, analisamos as três hipóteses sob o escrutínio do sistema jurídico-normativo penal.

Este trabalho é dividido em três partes. A primeira é dedicada a classificação doutrinária do delito da associação criminosa. Apresenta-se a modificação provocada pelo advento da Lei nº 12.850/2013 no art.288 do CP e as características deste delito. Nessa primeira parte é feita uma singela diferenciação entre a associação criminosa e o concurso de pessoas

Na segunda parte, são tratadas as três hipóteses de contabilização do menor no *quantum* do concurso necessário do respectivo delito e é feita a apresentação da argumentação. Para isso é realizada uma padronização do argumento de Cezar Roberto Bitencourt sobre o tema e clarificado se esse argumento se mostra válido. De acordo com Bitencourt (2014), se o menor pode ser contabilizado para integrar associação criminosa, então este não pode ser simultaneamente causa de aumento de pena, uma vez que seria *bis in idem*, inadmissíveis em Direito Penal.

De maneira contrária, Rogério Greco (2014) entende ser possível um menor integrar associação criminosa, desde que este detenha plena capacidade de discernimento. Nesse sentido, este trabalho se filia à primeira posição doutrinária, tendo em vista o entendimento de que se trata de uma dupla valoração considerar os inimputáveis simultaneamente para fins de tipificação e de majoração na associação criminosa.

Na terceira parte, é esboçado um argumento prático institucional no esteio do argumento proposto por Bitencourt, contrastado às hipóteses suscitadas neste trabalho. A argumentação prática institucional é aquela que não apela livremente às considerações políticas, morais ou econômicas, mas se atém aos aspectos normativos e sistêmicos dos procedimentos jurídicos (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016). O intuito é sustentar que um argumento que defenda a

impossibilidade de se contabilizar o menor no *quantum* do concurso necessário da associação criminosa, decorre da impropriedade de se integrar o menor em qualquer outra hipótese.

Não é feito neste trabalho uma reconstrução do princípio do *non bis in idem*. Parte-se do ponto de reconhecimento deste princípio – que é a vedação de se valorar um mesmo fato jurídico duas vezes no mesmo caso concreto.

2. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O advento da Lei nº 12.850/2013 provocou a mudança no art. 288 do Código Penal Brasileiro. Em primeiro lugar, pode-se destacar a modificação do *nomen iuris*, isto é, a alteração na denominação do tipo penal que deixou de ser quadrilha ou bando para se tornar associação criminosa. Houve também a mudança em relação ao número mínimo de agentes necessários para a tipificação, no intuito de diferenciá-la da organização criminosa, tipificada nos arts. 1º e 2º da Lei nº 12.850/2013 (CUNHA, 2017).

O crime de associação criminosa tem como objeto jurídico a paz pública – a segurança coletiva que a ordem pública deve proporcionar –, e não possui objeto material – ou seja – não existe uma pessoa específica sobre a qual recaia o dano perpetrado (MAGGIO, 2016).

De acordo com Guilherme Nucci (2020, p. 1352), em sua classificação doutrinária, esse delito trata-se de um crime: “Comum; formal; de forma livre; comissivo; permanente; de perigo abstrato e comum; plurissubjetivo; plurissubsistente.” Ou seja, é um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, consuma-se independentemente do resultado, pode ser executado de maneiras distintas pelo agente, decorre de uma conduta “positiva” tem uma permanência estável no tempo, não exige a lesão ao um bem jurídico, exige como concurso necessário um número mínimo de agentes e a ação criminosa é composta por atos distintos (MAGGIO, 2016).

Ao analisar o núcleo do tipo penal do art.288, destaca-se a explanação de Nelson Hungria: “Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum” (HUNGRIA, 1959, p. 177). Por essa razão, não se confunde a associação criminosa com o concurso de pessoas, circunstância agravante ou liame para caracterização de delito, prevista no art. 62 do Código Penal. No âmbito temporal, portanto, a associação criminosa necessita de uma *estabilidade* e de uma *permanência* no tempo e o concurso de pessoa depende da *continuidade* no tempo

É importante fazer tal distinção, visto que quando se está diante de um crime de associação criminosa, a doutrina não possui um entendimento uniforme sobre se deve ou não considerar o concurso de pessoas como uma causa de aumento de pena (GRECO, 2017). Veja como Weber Martins Batista³ entende a questão:

A associação de [...] pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes. A razão da incriminação daquele crime e o motivo do agravamento da pena deste último derivam de razões diferentes. Num caso, busca-se proteger o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas, bem jurídico que é atingido mesmo quando não chega a ser praticado nenhum dos delitos que eram a razão da associação. No outro, no roubo qualificado pelo concurso de agentes, a punição mais severa visa a evitar a maior facilidade de cometimento do crime, o que ocorre quando são dois ou mais os executores. Sendo assim, porque diversa a vontade do Estado, ao definir os fatos puníveis, e diferentes os bens jurídicos protegidos pelas pessoas atingidas, não há como falar, na hipótese, em progressão criminosa ou em crime progressivo, em antefato ou em pós-fato impuníveis (BATISTA, 2014 *apud* GRECO, 2017 p. 567).

Tratar amplamente sobre essa possibilidade extrapolará os objetivos deste projeto. No entanto, é admitido aqui o entendimento doutrinário majoritário e também compartilhado por Rogério Greco (2017), de que considerar o concurso de pessoas como causa de aumento nos crimes de associação criminosa é incidência de *bis in idem*.

O mais importante aqui é a diferenciação que Weber Martins faz entre o concurso de pessoas e o crime de associação criminosa. Apesar da confusão que ele faz entre “razão para” incriminação e agravamento de pena, e “em razão da” incriminação e agravamento de pena, ele clarifica que o concurso de pessoas e o concurso necessário se tratam de coisas distintas.⁴

3. DAS HIPÓTESES E DOS ARGUMENTOS

Considere-se três hipóteses para fins de tipificação da associação criminosa:

- A. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes;
- B. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos fatos –, juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes;

³Ver em BATISTA, Weber Martins. O furto e o roubo no direito e no processo penal, p. 265-266.

⁴ A “razão para” a incriminação e o agravamento de pena, de fato são distintas, pois visam tutelar bens jurídicos diferentes, sendo como destacou Batista (2014 *apud* GRECO, 2017) a incriminação para proteger a paz pública e o agravamento para evitar a facilidade do cometimento do delito. Porém, o “em razão da” incriminação e do agravamento de pena é uma só, qual seja: a participação de menores no delito.

- C. Três agentes imputáveis, juntamente com um agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes.

A classificação doutrinária anteriormente citada fornece um elemento para a avaliação dessas hipóteses, qual seja o requisito da plurissubjetividade. É que para a configuração do delito de associação criminosa, é preciso conceber que este é um crime de concurso necessário – sua consumação depende da participação de pelo menos três agentes. No *caput* do art. 288 do CP é clara essa necessidade: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes [...]” (BRASIL, 2018).

Em relação às hipóteses, a hipótese B é provavelmente aquela que mais se mostra imprecisa, visto que, conforme aponta Greco (2017), não se pode afirmar que menores sem discernimento possam ser contabilizados no concurso necessário desse delito.

Já a hipótese C, como já se tem preenchido o requisito mínimo de agentes para fins de tipificação da associação criminosa (estão presentes os três agentes imputáveis) – pode-se analisá-la no intuito de aferir a plausibilidade da hipótese A. Isso porque, se se mostrar inverossímil a hipótese de menores integrarem o tipo penal de associação criminosa – mesmo não integrando o requisito mínimo, por consequência, poder-se-á sustentar que não seja possível serem inimputáveis contabilizados no *quantum* do concurso necessário.

Consultando a jurisprudência brasileira, encontra-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade dessa contabilização. No Recurso Especial nº 810.931/RS julgado em 2007, de relatoria do ministro Gilson Dipp., o STJ julgou que a configuração do crime de formação de quadrilha não necessita que haja a persecução penal de todos os supostos envolvidos para a caracterização da conduta típica. Ratificando este entendimento, Rogério Greco (2011, p. 812) sustentou que: “Para efeito de reconhecimento do delito de quadrilha ou bando, no que diz respeito ao número mínimo de integrante necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável”.

Entretanto, indica-se duas questões importantes: a inimputabilidade dos menores no Direito Penal brasileiro e a vedação do *bis in idem*. De fato, a inimputabilidade do menor de idade está ancorada no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.27, que prevê que os menores de dezoito anos são inimputáveis, sujeitos apenas às normas dessa legislação especial. Por essa razão, contabilizar os menores no delito de associação criminosa é uma conduta no mínimo imprecisa. Em relação ao *bis in idem*, Guilherme Nucci (2020) clarifica que o Direito Penal tem como um de seus princípios a vedação da dupla punição pelo mesmo fato jurídico.

Essa garantia está prevista, de forma implícita, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8, n. 4) e impede que nos vários estágios para fixação de sanção penal um mesmo fato seja considerado mais de uma vez pelo órgão jurisdicional para provocar aumento de pena.

Na contramão do pensamento majoritário sobre a possibilidade de integração de menores no delito do 288 do CP, faz-se aqui menção ao argumento de Cezar Roberto Bitencourt:

O fato da participação de criança ou adolescente configurar causa especial de aumento de pena demonstra de forma eloquente que ambos não integram o número mínimo (três) para configurar associação criminosa. E a razão é simples: se pudessem integrá-la, não configurariam, ao mesmo tempo, uma majorante! Seria um *bis in idem*, inadmissíveis em Direito Penal (BITENCOURT, 2014. p. 1125)

É possível padronizar este argumento da seguinte maneira:

1. Um fato jurídico valorado duas vezes no mesmo caso concreto é *bis in idem*.
2. A participação de criança ou adolescente em um delito é um fato jurídico⁵.
3. A participação de criança ou adolescente integra o requisito mínimo para configurar associação criminosa.
4. A participação de criança ou adolescente configura causa de aumento de pena na associação criminosa.
5. Logo, a participação de criança ou adolescente é *bis in idem*.

Este argumento é dedutivamente válido. No quesito justificação, há uma justificativa interna e uma justificativa externa do argumento. Segundo Struchiner e Shecaira (2016, p. 13) “Um argumento está *externamente* justificado se tem premissas verdadeiras. Por outro lado, um argumento está *internamente* justificado se suas premissas constituem uma defesa logicamente adequada de sua conclusão.” Desse modo, pode-se dizer que o argumento proposto por Bitencourt é bom, uma vez que este é justificado tanto internamente (em relação ao entendimento aplicado pelos STJ – no caso da premissa 3 e à luz do sistema penal – no caso das demais premissas e conclusão) quanto externamente.

A premissa 1 é verdadeira e plenamente plausível. Do mesmo modo a premissa 2. A terceira é aquela que mais suscita controvérsias, pois, se a premissa 4 é verdadeira, para que

⁵ Considera-se fato jurídico em sentido amplo, todo acontecimento de origem humana que gera consequências jurídicas. Tal caracterização decorre das contribuições de C.F Savigny da escola histórica do direito. Para mais detalhes veja o capítulo II da obra de Norberto Bobbio *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

não se tenha em conclusão a incidência da dupla valoração do mesmo fato jurídico, é preciso que a premissa 3 seja, portanto, falsa.

Ademais, contrastando o argumento de Bitencourt em relação às hipóteses levantadas neste projeto, pode-se afirmar que tanto a hipótese A, quanto a hipótese B ou C são inadequadas. É inadequada a hipótese A, porque tanto a criança quanto o adolescente não podem ser contabilizados no *quantum* do concurso necessário. No caso B, a inadequação não se dá apenas pela ausência de dolo do menor, mas principalmente pelos aspectos formais da impossibilidade de o menor cometer crimes e do desdobramento lógico da incidência de *bis in idem* pela previsão do parágrafo único do art. 288 do CP. Por fim, a partir do argumento suscitado por Cezar Bitencourt, poder-se-á investigar melhor a hipótese C.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONTABILIZAR O MENOR NO *QUANTUM* DO CONCURSO NECESSÁRIO PELA IMPROPRIEDADE DE INTEGRÁ-LO EM QUALQUER HIPÓTESE NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Nesta parte, no esteio do argumento proposto por Cezar Bitencourt, apresentar-se-á um argumento prático institucional. De acordo Struchiner e Shecaira (2016) os argumentos teóricos se diferenciam dos argumentos práticos, pois no segundo caso, a respeito da conclusão, busca-se estabelecer como as coisas devem ser, isto é, são apresentadas ‘conclusões normativas’ ou ‘prescritivas’.

É possível distinguir os argumentos práticos em: argumento institucional e argumento substantivo. O primeiro é um tipo de argumento que não apela livremente para aspectos axiológicos, mas à burocracia inerente às premissas, uma vez que estabelece conclusões através dos procedimentos previamente estabelecidos (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016). Já o segundo, o argumento substantivo, é aquele que apela livremente para valorações morais, políticas, econômicas, dentre outras formas. Geralmente é um tipo de argumentação que se encontra nas conversas de bares – quando, por exemplo, alguém se incomoda que um político corrupto não foi preso – dizendo ser tal fato injusto e sinal de atraso político do país (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016).

Note como Cleber Masson⁶ aborda a questão de o menor inimputável integrar a associação criminosa:

⁶ Cf. MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. v.3: parte especial, arts. 213 a359-H. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 400.

Com efeito, o menor inimputável deve apresentar um mínimo discernimento mental para ser computado como integrante da associação ilícita. Sirva-se como ilustração a artimanha corriqueiramente utilizada nas grandes cidades: uma criança contando com quatro anos de idade e explorada por assaltantes na prática de roubos em semáforos instalados em vias públicas. No momento em que o infante pede ajuda ao motorista do automóvel, que abre o vidro para lhe entregar o dinheiro ou comida, dois roubadores com armas em punho aproveitam-se da facilidade proporcionada pela vítima e anunciam o assalto. Nessa hipótese, evidentemente, não se pode considerar a criança como membro da associação criminosa que na verdade não existe, em face da união de somente duas pessoas (MASSON, 2016 *apud* RAMOS, 2016, on-line).

É interessante observar que no caso proposto por Masson, a descaracterização da associação criminosa não se dá pelo critério da inimputabilidade, mas em função da falta de discernimento do menor ao colaborar com os agentes imputáveis para a consecução do roubo. Ocorre que se for modificado o exemplo, e colocado um menor com discernimento do fato-crime juntamente com outros dois agentes imputáveis para a prática do assalto, a doutrina – em sua grande maioria, e a jurisprudência –, entenderá ser caracterizada a associação criminosa, utilizando-se do inimputável para preenchimento do *quantum* do concurso necessário.

A ideia é que, nos casos envolvendo criança ou adolescente, em se tratando de adolescentes beirando a maioridade, parte da doutrina considerará contabilizá-los ao requisito mínimo da associação criminosa, tendo em vista que esse menor atuará com dolo e consciência ao estar fazendo parte da associação (RAMOS, 2016).

Conforme o entendimento de Masson e Greco, as hipóteses A e C seriam possíveis, incidindo impossibilidade apenas na hipótese B. Ou seja, os menores podem ser contabilizados ao requisito mínimo do delito de associação criminosa e podem ser integrados – mesmo que não compondo o requisito mínimo do tipo – juntamente com os imputáveis o respectivo crime, vedando-se tal hipótese apenas nos casos de menores sem discernimento dos fatos.

Novamente, percebe-se que esse tipo de argumentação é do tipo substantiva. Isto porque a conclusão pela procedência de se contabilizar os menores ao *quantum* do concurso necessário, dá-se pela constatação social de que as organizações criminosas têm se utilizado dos inimputáveis para formar associação criminosa, no intuito específico de cometer crimes. Assim, seria injusto não os contabilizá-los, uma vez que essas crianças ou adolescentes teriam pleno discernimento da associação e agiriam para tanto com dolo.

Apesar de aparentar ser um forte argumento, parece impreciso argumentar nesse lugar comum de entendimento. Em relação ao sistema jurídico-penal, alguns princípios e regras

penais obstam essa visão conservadora, como se vê no caso do art.27 do ECA⁷ e também em função do *non bis idem*.

Considerando o seguinte argumento em relação às hipóteses A, B e C:

- I. A hipótese C é falsa (menores não podem integrar associação criminosa)
- II. Para que A seja verdadeira, C deve ser necessariamente verdadeira.
- III. Logo, a hipótese A deve ser necessariamente falsa.

Este argumento mantém que é impossível que se integre os menores mesmo nos casos em que já se tenha preenchido o *quantum* do concurso necessário. É que se os menores são inimputáveis, para fins técnicos, a palavra “integrar” não se traduz pela palavra “participar”.⁸

É possível afirmar que os inimputáveis participam da associação criminosa (considerando-a existente sem a participação dos menores), mas não se pode fazer o mesmo no quesito integrar. Por essa razão, se não podem os inimputáveis serem contabilizados mesmo na hipótese C, conclui-se que não poder-se-á fazer o mesmo na hipótese A.

Conforme o posicionamento da Sexta Turma do STJ, de relatoria do ministro Og Fernandes em que houve a negativa ao HC⁹ 197.501/SP (10/5/2011), é possível contabilizar menores inimputáveis para fins de concurso de agentes, pois o agravamento da punição se dá em função do maior risco que a pluralidade de agentes proporciona a integridade física e ao patrimônio alheio (SOUZA, 2011). Não se confunde aqui, o concurso necessário com o concurso de pessoas(eventual), sendo que o primeiro é relativo ao critério plurissubjetivo do fato-crime e o segundo referente ao concurso de agentes para a produção do resultado mais gravoso.

Portanto, a despeito do entendimento do STJ e da maioria dos doutrinadores penais, pode-se afirmar, por consequência lógica, que os menores (criança ou adolescente) não integram o *quantum* do concurso necessário do delito de associação criminosa, visto que não podem integrar – apenas participar –, mesmo quando já se tenha o critério plurissubjetivo preenchido.

⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸ É preciso deixar claro tal diferenciação uma vez que a palavra “integrar” remete ao critério plurissubjetivo – ou seja – refere-se à exigência de um número específico de agentes para o cometimento do crime, todos imputáveis . Por outro lado, a palavra “participar” faz alusão à teoria do domínio do fato – isto é – à teoria que distingue aquele que pratica o núcleo do tipo penal e quem concorre com outros agentes para a produção do resultado gravoso.

⁹ *Habeas Corpus*

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foi exposto as modificações no art. 288 do Código Penal provocadas pela Lei nº12.850 e discutido o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência sobre a possibilidade de menores integrarem o *quantum* do concurso necessário.

A partir da classificação doutrinária, foi feita uma breve diferenciação entre o concurso de pessoas e o concurso necessário e acusado a incidência de *bis in idem* na possibilidade da integração dos menores no delito do art. 288 do CP.

Considerou-se três hipóteses para fins de tipificação da associação criminosa:

- A. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes;
- B. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos atos – , juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes;
- C. Três agentes imputáveis juntamente com agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes.

A partir disso, foi padronizado e analisado o argumento de Cezar Roberto Bitencourt sobre a impossibilidade de se integrar menores (criança ou adolescente) ao requisito mínimo para configurar associação criminosa. O argumento levantado por Bitencourt clarifica a inadequação de se considerar duplamente a participação dos menores inimputáveis no crime de associação criminosa: no *quantum* do concurso necessário e na causa de aumento de pena. Além de que todas as três hipóteses não se mostram adequadas: a hipótese B pela impossibilidade formal; a hipótese C pela inadequação do termo “integrar” – confundido com o termo “participar” que faz alusão a aspectos diferentes; e a hipótese A é inadequada pela incidência de *bis in idem* – sendo a primeira valoração na tipificação e a segunda na causa de aumento do parágrafo único –, e por consequência lógica dada impossibilidade da hipótese C.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

- BRASIL. **Código Penal Brasil**. In Vademecum. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (120 ao 361). 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- _____. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Associação Criminosa – Artigo 288 do Código Penal**. Disponível em: <<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/433046609/associacao-criminosa-artigo-288-do-codigo-penal>>. Acesso em: 31 de ago. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- RAMOS, Jéssica Talita Alves. **Questões jurídicas acerca dos integrantes de uma associação criminosa (art.288, CP)**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br//consulta/Artigos/48480/questoes-juridicas-acerca-dos-integrantes-de-uma-associacao-criminosa-art-288-cp>>. Acesso em: 31 de ago. 2020.
- SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Roubo. Concurso de agentes. Corréu menor. Configuração**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923086/roubo-concurso-de-agentes-correu-menor-configuracao>>. Acesso em 21 de set. 2020.
- STJ. HABEAS CORPUS: HC 197.501 SP 2011/0032527-8. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ 10/5/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corpuz-hc-sp-2011-0032527-8-stj/certidao-de-julgamento-211053>>. Acesso em: 28 de ago. 2020.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 810.931 RS 2006/0004721-4. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 06/8/2007 p. 649. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8921766/recurso-especial-resp-810931-rs-2006-0004721-4/inteiro-teor-14067861>>. Acesso em 28 de ago. 2020.
- STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. **Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito**. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, v.1, n.1, p. 126-143, jan/jun. 2016.
- _____. **Teoria da Argumentação jurídica**. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

FAKE NEWS: UM PARÂMETRO PARA COIBÍ-LAS, PRESERVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

FAKE NEWS: A PARAMETER TO RESTRICT THEM, PRESERVING THE FREEDOM
OF EXPRESSION

Lucia Maria de Sousa¹⁰

Vivian Beatriz Alves Andrade¹¹

Mariana Oliveira de Sá¹²

RESUMO

O estudo sobre as *Fake News* é de extrema importância, pois visa proteger a sociedade, de modo especial ao público socioeconômico mais vulnerável, da divulgação de informações espúrias, que se espalham com extrema rapidez e de forma malévola, especialmente na internet; chegando a atingir autoridades do país, colocando em xeque sua idoneidade. Por outro lado, também autoridades tem propagado esse tipo de notícias, principalmente no tocante à pandemia. Comprovadamente trazem prejuízos à toda coletividade, causando caos nos meios de informação e conseqüentemente, insegurança na população. É nesse contexto, que a pesquisa em questão possui como tema central a liberdade de expressão e a divulgação de notícias falsas, realizando, por meio de uma pesquisa bibliográfica, uma análise sobre o Inquérito das *Fake News* e o Projeto de Lei das *Fake News*.

Palavras-chave: Notícias Falsas; Liberdade de Expressão; Responsabilização; coibição.

ABSTRACT

The study on Fake News is extremely important, as it aims to protect society, especially to the most vulnerable socioeconomic public, from the spread of spurious information, which spreads extremely quickly and malevolently, especially on the internet; reaching the country's authorities, checking its suitability. On the other hand, authorities have also been spreading this type of news, especially with regard to the pandemic. It has been proven to bring damage to the entire community, causing chaos in the media and, consequently, insecurity in the population. It is in this context, that the research in question has as its central theme freedom of expression and the dissemination of false news, carrying out, through a bibliographic search, an analysis of the Fake News Survey and the Fake News Bill.

Keywords: Fake News; Freedom of expression; Accountability; restraint

¹⁰ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora.

¹¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora.

¹² Professora da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre notícias falsas, recentemente denominadas *Fake News*, é de extrema importância, pois visa proteger a população, de modo especial ao público socioeconômico mais vulnerável, da divulgação de informações falsas. Trata-se de notícias que se espalham com extrema rapidez, causando danos à coletividade, ocasionando um caos nos meios de informação.

Iniciando-se a reflexão proposta, indaga-se: É possível divulgar notícias falsas, sem que isso implique responsabilidade para os meios de comunicação, sob o argumento do exercício do direito à liberdade de expressão? Essa pergunta perpassa por importantes elementos, como o direito constitucional da livre manifestação e divulgação de ideias, pensamentos e opiniões, bem como o direito a se ter acessibilidade à informação precisa.

A problemática em questão diz respeito a conhecer os limites que estão sendo pensados no Brasil para a responsabilização, coibição e punição de divulgação de *Fake News*, e também refletir se esses limites configuram entraves ao direito à liberdade de expressão e de imprensa.

Como objetivo geral, busca-se compreender como se tem pensando sobre o estabelecimento da responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação de notícias falsas.

Do ponto de vista metodológico, a contribuição se tornou possível a partir do desenvolvimento de uma pesquisa com finalidade explicativa. No caso deste estudo, o fenômeno a ser explicado é o tratamento da divulgação de notícias falsas no território brasileiro, motivo de investigação atual.

No desenvolvimento da pesquisa, optou-se por realizar uma pesquisa bibliográfica e documental, apoiada em doutrinas, periódicos, legislações e, a partir da exploração do material bibliográfico e empírico, foi possível construir o conhecimento proposto, expondo-se o desenvolvimento das ideias na sequência.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade de expressão sempre esteve de alguma forma presente no Ocidente. Ao se remontar à Grécia Antiga, é possível perceber que a liberdade de expressão esta presente no fundamento da democracia ateniense, forma de governo do século V a.C., e que teve seu auge com Péricles, o grande general no discurso fúnebre, que foi registrado por Tucídides.

A nossa CONSTITUIÇÃO política não segue as leis das outras cidades, antes lhes serve de exemplo. O nosso governo chama-se DEMOCRACIA, porque a administração serve aos interesses da maioria e não, de uma minoria. De acordo com as nossas leis, somos todos iguais no que se refere aos negócios privados. Quanto à participação na vida pública, porém, cada qual obtém a consideração de acordo com os seus méritos, e mais importante é o valor pessoal, que a classe à que se pertence. Isso quer dizer que ninguém sente o obstáculo de sua pobreza ou da condição social inferior quando o seu valor o capacite a prestar serviços à cidade [...]. Por essas razões e muitas mais ainda, a nossa cidade é digna de admiração (PERÍCLES, 432 a.C.).

Refere-se o fundamento da democracia ateniense do direito que todos têm de falar e de ouvir. São duas ideias que estão conectadas, porém, nem sempre pensadas como sendo parte de um mesmo organismo. De um lado, alguém tem o direito de ouvir, e isso segundo Péricles é essencial para o governo democrático. Não só de alguém poder falar, mas o interesse dos governados de ouvirem para tomar as melhores decisões na democracia.

Ainda perpassando pelo contexto histórico, é possível perceber que, na modernidade, o tema liberdade de expressão se tornar uma bandeira política, tornando um dos assuntos mais emblemáticos e importantes.

Percebe-se que o surgimento da modernidade está ligado à abolição das referências comunitárias que existiam no mundo antigo e medieval. A Igreja Católica foi, até o século XV, uma referência para toda ação humana, mas o desencadear da Reforma Protestante faz com que a Igreja Católica na Europa perca o papel de ser a única referência possível para os parâmetros de uma ação correta. A partir daí, com a Reforma Protestante, a consciência individual passou a ser o fundamento da ação, e a religião não tinha mais seu papel de centralidade.

No século XVIII, com a Revolução Americana de 1776, as colônias da Virgínia proclamaram uma declaração de direitos na qual, pela primeira vez, se afirmou a liberdade de expressão, de culto religioso e liberdade de imprensa. um escudo contra ações arbitrárias do Estado.

Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e tem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (VIRGÍNIA, 1776).

Em 1787, surge a Declaração da Independência, mas é a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos que cria, amplia e protege a liberdade de expressão, transformando-a em um escudo de proteção dos arbítrios do Estado e protegendo a livre manifestação dos cidadãos.

Contemporaneamente, no Brasil, em 1964, o golpe militar abalou profundamente o regime constitucional de proteção das liberdades públicas, instaurando a prática de perseguição a quem fosse contrário ao regime. O Ato Institucional nº 2 modificou a redação da Constituição, para restringir a liberdade de expressão das propagandas que “subvertessem a ordem”. A censura foi institucionalizada, tornando-se uma das marcas mais fortes da ditadura militar no Brasil.

A imprensa inteira estava submissa a ela, assim como artistas, compositores e escritores, por exemplo. Foram criados vários órgãos para fazer o controle prévio das informações a serem divulgadas, como o (SNI)- Serviço Nacional de Informações e o (DOPS)- Departamento de Ordem Política e Social. A Lei de Imprensa, promulgada em 1967, previa severas punições aos meios de comunicação e jornalistas que não respeitassem as regras estabelecidas pela censura (ALVES; CARVALHO, 2019).

A partir de 1968, com a vigência do AI-5, todos os materiais culturais deveriam ser enviados aos órgãos de censura antes de serem publicados. Muitos livros, discos e filmes foram proibidos. No entanto, apesar da forte vigilância, vários materiais que criticavam o regime passavam pela censura graças à habilidade de composição/criação de seus autores/compositores.

Um dos exemplos mais famosos é a música “Cálice”, de Chico Buarque e Gilberto Gil, que se tornou um hino de resistência ao regime militar. Essa música contém várias figuras de linguagem e expressões com duplo sentido, que denunciam a violência e repressão da ditadura militar. A palavra “Cálice” foi escolhida pela semelhança com o imperativo “cale-se”, como uma referência à falta de liberdade de expressão decorrente da censura rigorosa que vigorava naquele período (ALVES; CARVALHO, 2019).

No final da década de 1970, durante o lento processo de reabertura do país, as restrições à liberdade de expressão foram sendo atenuadas, culminando na eleição indireta de um governo civil em 1985. A partir de então, iniciou-se o processo de redemocratização do país, que resultou na promulgação da Constituição de 1988.

Contemporaneamente, define-se a liberdade de expressão como o direito de qualquer indivíduo manifestar livremente opiniões, ideias e pensamentos, sem a temeridade de uma punição, e sem que isso ultrapasse o direito alheio.

A liberdade de expressão constitui um direito fundamental, resguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, em seu art. 5º, incisos IV e IX, rezam:

Art. 5º [...]:
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).

A intenção do inciso IX, portanto, é servir de anteparo à expressão da atividade intelectual, artística (por exemplo: músicas, produções audiovisuais, artes plásticas, etc.), científica (por exemplo: artigos científicos, publicações acadêmicas, etc.) e de comunicação (por exemplo: televisão, rádio, jornais, revistas, etc.).

Vale ressaltar que as expressões “atividade intelectual” e “de comunicação” são bastante amplas, abarcando todo tipo de manifestação de ideias, opiniões ou sentimentos, e ainda a transmissão de informações sobre qualquer tema ou assunto.

A liberdade de expressão encontra amparo, também na Declaração Universal de Direitos Humanos. O artigo 19º da DUDH- Declaração Universal dos Direitos Humanos- diz que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Trata-se de um postulado necessário ao desenvolvimento da autonomia de cada pessoa, razão pela qual expressa o modo de ser da dignidade da pessoa humana. O compromisso com a liberdade de expressão envolve a proteção da fala que não se deseja ouvir e da fala que se deseja ouvir.

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

No momento pelo qual passa a sociedade brasileira, muito cuidado deve-se ter na proteção à liberdade de expressão. A Internet se tornou uma ferramenta perigosa para quem publica ou consome conteúdo sem o devido cuidado com a veracidade das informações - ou, o que é pior, um poderoso instrumento para quem intencionalmente divulga notícias falsas, as chamadas "*fake news*".

Mesmo não sendo um fenômeno recente, o compartilhamento de *fake news* tem chamado cada vez mais a atenção de especialistas da tecnologia e do Direito, na medida em que começa a impactar até mesmo eventos de proporções nacionais ou mundiais, como eleições, desastres naturais, atentados terroristas e outros.

3. AS FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Palavras trazem poderes. Por isso, a opressão e abusos não devem ser defendidos legalmente, sem nenhum tipo de discussão protegidos como princípios de liberdade expressão. A liberdade de expressão é princípio fundamental da democracia, mas precisa estar harmonizado com outros princípios da mesma grandeza, pois não é absoluta.

Temas como *Fake News*, discurso de ódio, cancelamento, sob a justificativa da liberdade de expressão, deve ser cuidadosamente pensados. Pois, uma sociedade pautada na falta de habilidades, ou de vontade em reconhecer e respeitar as diferenças, e resistência em acatar e respeitar as crenças e opiniões divergentes, gera a intolerância. Mas, por outro lado, uma sociedade onde impera o ódio pode se tornar arbitrária.

Logo, o direito à liberdade de expressão veio para assegurar algo positivo, e não se pode confundi-lo com degradação, diminuição de outrem, uma vez que não há direito ilimitado. John Stuart Mill (2011), filósofo britânico, pensador liberal, século XIX, estipula os princípios do dano a liberdade de expressão, como uma possível limitação a esse direito, aquilo que provoca danos diretos e inequívocos a terceiros não está abrangido pela liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é um postulado necessário ao desenvolvimento da autonomia de cada pessoa, razão pela qual expressa o modo de ser da dignidade da pessoa humana. O compromisso com a liberdade de expressão envolve a proteção da fala que não se deseja ouvir e da fala que se deseja ouvir. Se o falar for verdadeiro, transmitindo informações, é necessário que se fale. Entretanto, se o falar for falso, e dirigido a uma coletividade, é preciso que haja parâmetros para a responsabilização pelos danos causados. Pois, até mesmo a liberdade de expressão detém suas restrições, visando o interesse da coletividade.

Como na era da internet todos nós somos editores, cada um de nós arca com uma certa responsabilidade privada pelo senso de verdade do público. Se adotarmos uma postura de seriedade na busca dos fatos, cada um de nós pode fazer uma revolução na forma como a internet funciona. Se procurar por fatos comprovados, não enviará informações falsas a outras pessoas. Se retuitar somente o trabalho de pessoas que respeitam protocolos jornalísticos é menos provável que se rebaixe seu pensamento, interagindo com robôs ou trolls (SNYDER, 2017, p. 40).

Por isso, como forma de se resguardar tanto o direito da liberdade de expressão e de imprensa, como o direito do acesso à informação verdadeira, busca-se estabelecer um parâmetro para determinar a possibilidade de responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação das notícias falsas; e não somente a imprensa, mas qualquer pessoa, inclusive autoridade que dela faça uso para divulgação de notícias inverídicas.

Nos últimos meses, vários cidadãos foram alvo de buscas no âmbito da investigação do Supremo Tribunal Federal sobre as *Fake News*. Em maio de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes deflagrou uma operação contra parlamentares, empresários e ativistas suspeitos de integrarem uma sociedade criminosa que opera uma rede de disseminação de notícias falsas e ameaças ao STF, inclusive com a defesa do fechamento da Corte pelas Forças Armadas.

O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de ofensa á honra alheia, calúnia e injúria, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, como intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Recentemente, no tocante à Covid -19, ganharam notoriedade também as declarações do chefe do Executivo sobre o não uso de máscara como medida de proteção contra a propagação da doença, bem como da inutilidade do distanciamento social. Também a disseminação da ideia de que o uso da Hidroxicloroquina seria o medicamento eficaz , tanto na prevenção quanto no tratamento da doença, orientações contrárias às diretrizes da OMS – Organização Mundial da Saúde – que tem papel fundamental na elaboração de padrões internacionais na área de saúde pública e estimula a cooperação internacional entre as nações,

Pesquisas solicitadas pela *startup* de segurança PSAFE mostraram que, no Brasil, cerca de 96% das informações falsas são disseminadas por meio do aplicativo de compartilhamento de mensagens *WhatsApp*. Segundo o Relatório de Segurança Digital de 2018, elaborado pelo laboratório "DFNDR LAB", da PSAFE, os três principais assuntos que são alvos de notícias falsas são: política, saúde e dinheiro fácil (PSAFE, 2019).

Um estudo realizado pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) mostrou ainda que as *fake news* se espalham com uma rapidez 70% maior que as notícias verdadeiras, e atingem um público até 100 vezes maior.

Conforme esses estudos, os robôs virtuais desempenham papel importante na disseminação dessas notícias, porém, não é tão relevante quanto o papel dos humanos. Quem

mais movimentada a indústria das *fake news* são usuários que as compartilham com seus perfis pessoais nas redes sociais, ou por meio da criação de perfis falsos.

Mas, se por um lado, essa acessibilidade trouxe novas facilidades e opções, por outro, tornou os indivíduos ainda mais vulneráveis, diante da quantidade de conteúdo disponível por meio de sites, aplicativos e redes sociais.

4. COIBINDO AS *FAKE NEWS* E PRESERVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Não é difícil notar que a Constituição da República estabelece uma espécie de sistema de freios e contrapesos para o exercício da liberdade de expressão, pois, ao mesmo tempo em que garante a livre manifestação do pensamento, assegura a proteção de outros valores caros ao indivíduo.

Dado o caráter de garantia fundamental que a Constituição da República conferiu ao acesso à informação, não é incongruente sustentar a possibilidade de atuar na esfera da tutela dos interesses difusos contra quem se dedica a disseminar, sob uma roupagem informativa, notícias de cunho que não encontrem adequação na realidade.

Isso porque, tão importante quanto o direito de expressar ideias, opiniões e convicções, é o direito de se ter acesso a informações de qualidade, pois um indivíduo bem informado é um cidadão com condições de participar ativamente da democracia

É nesse contexto, que surge a importância da análise da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional para coibir e punir a disseminação de *Fake News*. A problemática em questão, diz respeito a saber quais as principais medidas adotadas pelo Legislativo e Judiciário para coibir a transmissão das *Fake News*, notadamente pela análise do inquérito nº 4.781, e pelo Projeto de Lei nº 2.630/2020, com vistas a responsabilização, coibição e punição às *Fake News*.

O inquérito nº 4.781, instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, por ordem do Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 43 do Regimento Interno da Corte, visa apurar ataques ao STF e seus ministros por meio de notícias falsas, calúnias e ameaças. Nos últimos meses, vários cidadãos foram alvo de buscas no âmbito desta investigação. O inquérito ainda encontra-se em trâmite, e não foram definidas as supostas responsabilidades dos envolvidos, até o momento.

Lado a lado, com o referido inquérito, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei nº 2.630/2020, também denominado como Lei das *Fake News*. Aprovado no Senado

Federal, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados. A proposta em questão tem, entre seus pilares, a aplicação de medidas adequadas que possam inibir e mesmo combater o comportamento virtual que transgrida a Constituição em seus princípios, dentro do universo cibernético digital.

A proposta dessa Lei é buscar a aplicabilidade de práticas corretas, partindo de medidas que coíbam as falsas informações, de modo especial os conteúdos pagos, sem que seja afetada a liberdade de expressão. Essa Lei vem conferir às redes sociais e aos serviços de mensageria privada, a responsabilidade de controle de contas inautênticas ou automatizadas e não identificadas, definindo, assim, que todo conteúdo patrocinado deva ser identificado para todo usuário, possibilitando uma mais fácil reconhecimento dos produtores de *Fake News*.

Várias medidas são propostas nesse Projeto de Lei, dos quais se destacam: a aceitação ou rejeição por parte dos usuários desses serviços de inclusão em grupos de mensagens e listas de transmissões e o ato de desabilitar o envio de mensagens múltiplos destinatários. Outro ponto de destaque nesse Projeto de Lei é que, para fins judiciais, torna-se obrigatório a guarda de registros de envios massivos de mensagens para mais de mil usuários, se esse conteúdo tiver sido considerado como ilícito.

Ainda, há a vedação do uso e comercialização de ferramentas de disparo de mensagens em massa, impondo aos provedores dos aplicativos, a tarefa de coibir tais ferramentas, por meio de meios técnicos. Vale ressaltar que o Capítulo V trata das sanções – advertência, multa, suspensão ou proibição do exercício das atividades – e dos critérios para sua aplicação.

Em síntese, esse Projeto de Lei confere aos provedores usarem os artifícios designados na Lei - se 47 aprovada - para enquadrar aqueles que praticarem esses e outros crimes de falsas notícias.

Eis o grande perigo das notícias falsas: convencer psicologicamente pessoas de uma inverdade, levando-as, muitas vezes, ao negacionismo do que é verídico – principalmente os mais vulneráveis e tirando de muitos outros o interesse pela pesquisa e investigação.

5. CONCLUSÃO

Certifica-se que, a liberdade de expressão é um direito essencial para que o cidadão possa gozar de uma vida saudável, podendo expor ideias e ouvi-las; fazendo disso um intercâmbio para o desenvolvimento do seu conhecimento e a liberação do seu pensamento cognitivo e, porque não dizer, da sua estabilidade psicológica.

A liberdade de expressão influi de tal forma na maneira de comportar-se do ser humano que, a falta dela pode causar-lhe danos psicológicos, uma vez que, não podendo expressar-se, o indivíduo pode guardar em si sentimentos que irão fermentando e poderão “explodir” de maneira inadequada, como por exemplo, agressiva.

Verdade é também que esse cidadão tem direito a ter informações fidedignas, com o fim de desenvolver raciocínio sem erro de falhas a respeito de todo e qualquer assunto, não correndo riscos de confundir-se e atropelar sua vida pela obtenção de notícias inverídicas.

Falar, expor pensamentos, é necessário. Mas, até que ponto pode-se fazer uso do livre expressar-se sem que isso prejudique a outrem? Tem-se que, partir da premissa de que, ao se transmitir uma notícia, deve-se certificar primeiramente que ela é verdadeira, para que não fira o direito que tem o outro de ouvir a verdade.

As notícias falsas causam danos que podem chegar a ser irreparáveis para aqueles que as recebem e as tomam como verdadeiras.

Pôde-se observar que, durante esse tempo de pandemia, a cada data festiva, quando as pessoas se reuniam, sem se preocuparem com o uso de máscaras e distanciamento social - citando como exemplos Natal e Réveillon - nas semanas subsequentes, o número de infectados pelo vírus SARS-CoV-2, também conhecido como Coronavírus, aumentava. Esses procedimentos: aglomerações e desprezo por medidas sanitárias, foram amplamente divulgados, irresponsavelmente, indo contra a OMS. Portanto, transformando-se em notícias falsas.

Deve-se defender o direito de se dizer o que se pensa com a mesma intensidade com que se defende o dever de se manter a ética na divulgação de notícias, coibindo as *Fake News*. Isso porque, a notícia falsa causa insegurança, desinformação e uma série de outros danos.

Ainda não há uma criminalização explícita para os comportamentos relacionados às *fake news*. Ainda assim, quem as publica incorre nos crimes de difamação, injúria e calúnia, se as informações falsas divulgadas ofenderem a conduta, a dignidade ou a reputação de alguém, que pode gerar ao divulgador, a obrigação de indenização por danos morais, se demonstrada a lesão à imagem ou à moral, e até indenização por danos materiais, se isso tiver causado prejuízo financeiro.

Os contornos jurídicos das *fake news* se dividem entre as consequências criminais e as cíveis. O mero compartilhamento de *fake news* não é tipificado como crime no Brasil, embora já existam projetos de lei em trâmite.

Mas o tema das *Fakes News* deve ainda ser muito cuidadosamente discutido, sob pena de, na tentativa de coibir a desinformação através das notícias falsas, tolher a liberdade de expressão.

Nenhum perito pode responder para além do que está ali na legislação - ainda muito tênue - uma vez que a própria lei poderá ser discutida porque, intencionalmente, a liberdade de expressão não é um tópico fechado. Ela é tão importante que não existe uma regra automática para você punir alguém por ter divulgado *fake news*.

A influência que a veiculação de notícias falsas pode exercer, somada à facilidade de criação e automatização da publicação de conteúdo na Internet, desde boatos locais em comunidades, até o mundo das celebridades, passando por assuntos como saúde, política e finanças pessoais, indústrias inteiras são movimentadas pelas *fake news* e faz nascer um verdadeiro "*mercado de fake news*", que se beneficia do tráfego gerado aos sites e blogs, ou das consequências que surgem quando indivíduos acreditam nas informações.

Entretanto, certo é que, não se tendo certeza do que se vai divulgar, melhor se faz blindar-se com informações corretas, pesquisar sobre o assunto; investigar! Não incorrendo assim, no erro de publicar *fake news*. Também o comedimento, a seleção das palavras com as quais se vai expor uma ideia, torna-se essencial para que se possa expressar livremente uma opinião pensada, formulada.

A procura de parâmetros para coibir *fake news*, continua. A lei ainda não foi aprovada pela Câmara dos Deputados. O inquérito ainda não foi levado a termo.

Entretanto, sobeja o cuidado em seguir-se a Constituição Cidadã na sua integralidade, sem, em momento algum, considerá-la em qualquer ponto como “minúcia” para que, no afã de se coibir as notícias falsas, não se constrinja a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALVES, Nayara; CARVALHO, Talita de. **Inciso IX – liberdade de expressão**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4781/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2021.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS. **A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791.** Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf> Acesso em: 2 nov. 2019.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana.** São Paulo: Aracati, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 mai. 2021.

PÉRICLES. **Discurso de 432 a.C.** Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/links/democracia.htm>. Acesso em: 16 mai. 2021.

PSAFE. **Fake News.** Disponível em: <https://portalunico.com/ultimas/fake-news/>. Acesso em: 16 mai. 2021.

RAIS, Diogo. **Fake News: A Conexão Entre A Desinformação e O Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2630, de 2020.** Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 16 mai. 2021.

SNYDER, Timothy. **20 Lições do Século XX para o presente.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

VIRGÍNIA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – 1776.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> Acesso em: 05 ago. 2020.

**GREVE EM SERVIÇOS ESSENCIAIS: a inclusão das atividades portuárias na Lei
7.783/1989**

STRIKE OF ESSENTIAL SERVICES: the inclusion of port activities in law 7.783/1989.

Sarah Alves Batista Torres¹³
Yasmin Elisson Dias Menezes¹⁴
Geraldo Antônio Avelino¹⁵

RESUMO

O presente artigo busca analisar a Lei de Greve nos serviços essenciais e os requisitos necessários para que a paralisação não seja considerada abusiva e não seja suspensa pelo Poder Judiciário. Aborda-se a evolução histórica do instituto da greve, que considerado um delito em diferentes épocas e sociedades, é na atualidade direito de todo o trabalhador e reconhecido no Brasil como fundamental pela Constituição da República de 1988. Além disso, se questiona a “*relevância e urgência*”, para a recente inclusão da atividade portuária como serviços essenciais na Lei nº 7.783/1989 – Lei de Greve através de Medida Provisória, posteriormente transformada na Lei nº 14.047 de 24 de agosto de 2020.

Palavras-chave: greve; serviços essenciais; atividades portuárias.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the Strike Law in essential services and the necessary requirements so that the strike is not considered abusive and is not suspended by the Judiciary. The historical evolution of the strike institute, which is considered a crime in different times and societies, is nowadays the right of every worker and considered in Brazil as fundamental by the Constitution of the Republic of 1988. In addition, the “*relevance and urgency*” is questioned for the recent inclusion of port activity as essential services in Law No. 7,783 / 1989 - Strike Law through a Provisional Measure, later transformed into Law No. 14,047 of August 24, 2020. **Keywords:** strike; essential services; port activities.

¹³ Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. E-mail: sarah.pesquisa@hotmail.com.

¹⁴ Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. E-mail: menediasyas@gmail.com.

¹⁵ Mestre em Direito | UAL Portugal. Advogado, Especialista em Direito Empresarial, Mestre em Ciências Jurídicas, Doutorando em Direito na UAL - Universidade Autónoma de Lisboa. Ministra a disciplina Direito do Trabalho II no Curso de Direito da FAC - Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Possui experiência nas áreas de energética elétrica, consultoria legislativa e previdenciária. E-mail: avelino@adv.oabmg.org.br.

1. INTRODUÇÃO

O direito de suspender a prestação dos serviços é garantido constitucionalmente¹⁶ aos trabalhadores, cabendo-lhes a decisão sobre o melhor momento de exercê-lo, e sobre os interesses que devam defender por meio dele (BRASIL,1988). A lei nº 7.783/1989, veio regulamentar esse direito, estabelecendo limitações quanto à sua realização nas atividades consideradas essenciais.

As atividades essenciais “*stricto sensu*” são aquelas indispensáveis para a vida, saúde e segurança da população. Podem ser classificadas “*lato sensu*”, como serviços direcionados ao bom funcionamento da economia como um todo¹⁷. A lei nº 7.783/1989, ao elencar as atividades essenciais em seu artigo 10, mesclou essas classificações, a fim de garantir o atendimento de todos os tipos de necessidades inadiáveis da comunidade.

Devido à essa redação legislativa, a lei de greve vem sofrendo importantes modificações no rol de atividades consideradas essenciais, sendo a mais recente delas, a inserção das atividades portuárias promovida pela Medida Provisória nº 945, de 04 de abril 2020, posteriormente convertida na lei nº 14.047/2020, motivada segundo o Poder Executivo da União pela crise mundial provocada pela pandemia da COVID-19.

Desse modo, se busca analisar neste artigo os principais aspectos do direito de greve, bem como a limitação imposta ao exercício desse direito nas atividades classificadas como essenciais à população. Questiona-se, ainda, para a inclusão das atividades portuárias no rol de serviços essenciais, a presença da “*relevância e urgência*” como requisito constitucional para a sua inserção através de Medida Provisória.

¹⁶ Está previsto na Constituição Federal em seu artigo 9º que assegura o direito de greve a todo empregado, “[...] competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Estabelece ainda a Constituição que a “lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. (BRASIL, 1988) Necessário salientar que para certas categorias o direito à greve é vedado, como é o caso dos militares em face ao estabelecido no artigo 142, §3º, IV da Constituição “Art. 142. [...], § 3º [...] IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; [...]”. (BRASIL, 1988) Também nesse sentido, o STF – Supremo Tribunal Federal, através do RE 654.432, considerou ser vedado o exercício do direito à greve a todos os servidores públicos que integram as carreiras de segurança Pública. Segundo o Relator Ministro Alexandre de Moraes “O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuam diretamente na área de segurança pública” (BRASIL, 2017).

¹⁷ Nesse sentido, segundo Luiz José Guimarães Falcão, é o que estabelece o Comitê de Liberdade Sindical da OIT. FALCÃO, Luiz José Guimarães. A greve nas atividades essenciais. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, p. 116-118, 1987.

2. O INSTITUTO DA GREVE: BREVE HISTÓRICO

A greve pode ser conceituada como uma forma de autotutela exercida pelos trabalhadores, com o objetivo de pressionar a categoria econômica, no sentido de que sejam retomados os entendimentos com a categoria obreira. Dar-se-á através de uma paralisação coletiva, parcial ou total, e de maneira temporária, da prestação pessoal de serviços por parte dos trabalhadores ao empregador, com vistas à defesa de interesses em comum. Nesse sentido, preleciona Maurício Godinho Delgado (2019):

Pode-se definir também a figura, à luz da amplitude a ela conferida pela Constituição do Brasil (art. 9º) e em vista da prática histórica do Direito do Trabalho, de modo mais abrangente. Seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos. (DELGADO, 2019, p. 1703)

Esse instituto, que na atualidade é legitimado como um direito em todas as sociedades democráticas, nem sempre gozou de tal tratamento jurídico, conforme é o magistério de Sérgio Pinto Martins (2012):

Na história mundial da greve verifica-se que ela foi cronologicamente considerada um delito, principalmente no sistema corporativo, depois passou a liberdade, no Estado liberal, e, posteriormente, a direito, nos regimes democráticos. (MARTINS, 2012, p.880)

Para ilustrar essa mudança progressiva da classificação da greve, cita-se a legislação francesa, que a considerava como um delito no Código Penal Napoleônico de 1810. No mesmo sentido, na Inglaterra, se considerava a organização dos trabalhadores em busca de melhores condições de trabalho uma conspiração contra a Coroa Inglesa, fato que somente veio a mudar em ambos os países no ano de 1825. (MARTINS, 2012)

Na Itália, o Código Penal Sardo-Italiano de 1859 vedava a coalizão de trabalhadores com o intuito de exercer pressão sobre a outra parte (empregadores) para que esta atendesse suas demandas. No regime fascista italiano, o Código Penal Rocco de 1930 reforçava a proibição da greve, declarando claramente sua ilegalidade e estabelecendo diversas agravantes. A greve somente veio a ser reconhecida como um direito na legislação italiana no ano de 1947. (VALENTIM, 2019)

No Brasil, o ambiente reivindicativo somente passou a tomar corpo, a partir de 1890 através da ação dos imigrantes europeus, que já haviam participado de movimentos paredistas de trabalhadores na Europa. Tal forma de pressão à classe empregadora era inspirada em suas

comunidades onde “*espalhavam os ideais e táticas dos movimentos operários europeus*”. (NASCIMENTO, 2011, p.72)

Assim, as greves não eram frequentes apesar do Código Penal Brasileiro de 1890, após a alteração promovida pelo Decreto 1.162/1890, permitir a realização do movimento de forma pacífica, penalizando apenas a sua realização de maneira intimidativa¹⁸. Nesse sentido, segundo Amauri Mascaro Nascimento, no início da República:

[...] as greves eram esporádicas: uma em São Paulo, em 1890, duas em 1891, quatro em 1893 e, até 1869, uma a cada ano. Também foram raras as greves em outros Estados, visando, na maioria das vezes, melhores salários e redução da jornada diária de trabalho. Porém, no começo do século acentuaram-se. (NASCIMENTO, 2011, p.72)

Entretanto, essa legitimidade conferida pela legislação à greve nos primeiros anos de República no Brasil sob a Presidência de Deodoro da Fonseca, sofreu um recrudescimento no governo Getúlio Vargas. A Constituição Federal de 1937 passou então a classificar a greve como um recurso nocivo aos obreiros e ao capital e incompatível com os interesses da produção nacional. (VALENTIM, 2019)

Nesse ambiente foi promulgado o texto original da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 1943. A CLT editada sob a égide da Carta Maior de 1937, estabelecia penalidades tais como a suspensão ou dispensa do emprego, perda do cargo de representante sindical ou a suspensão do direito de se eleger para o cargo de representação, aos empregados que abandoassem a prestação de serviços coletivamente e sem prévia autorização do Tribunal Trabalhista¹⁹.

Com a promulgação da Constituição de 1946, foi reconhecido o direito de greve aos trabalhadores, cujo exercício seria regulado através de lei. Já no regime militar, a Constituição

¹⁸ Art. 1º. “Os arts. 205 e 206 do Código Penal e seus parágrafos ficam assim redigidos: [...] Art. 206: Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violências, para impôr aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário: Penas – prisão celular por um a três meses.” (BRASIL, 1890).

¹⁹ Art. 723: “Os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal competente, abandonarem o serviço, ou desobedecerem a qualquer decisão proferida em dissídio, incorrerão nas seguintes penalidades: a) suspensão do emprego até seis meses, ou dispensa do mesmo; b) perda do cargo de representação profissional em cujo desempenho estiverem; c) suspensão, pelo prazo de dois anos a cinco anos, do direito de serem eleitos para cargo de representação profissional”. (BRASIL, 1943).

de 1967 manteve o reconhecimento do direito de greve²⁰, proibindo a sua realização nos serviços públicos e nas atividades definidas como essenciais. (MARTINS, 2012)

Após um longo período de avanços e retrocessos no tratamento jurídico do instituto da greve, a atual Constituição Federal de 1988 finalmente passou a consagrar a greve como um direito fundamental²¹, delegando aos trabalhadores a decisão sobre o melhor momento de exercê-lo e sobre os interesses a serem defendidos por meio dele. (BRASIL, 1988)

Observa-se assim, que o instituto da greve considerado outrora como delito, e na atualidade como direito fundamental, possui limitações ao seu exercício. No Brasil, o direito à greve em atividades até então vedadas pela Constituição de 1967 passou a ser possível a partir da Carta Magna de 1988. Desta forma, se permite a realização de greve no serviço público²² e em atividades essenciais, ou seja, naquelas definidas como imprescindíveis para assegurar o direito à vida, a saúde e segurança da comunidade, cujo rol passou a ser regulado através da lei nº 7.783/1989.

3. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE GREVE: A LEI 7.783/1989 E AS ATIVIDADES ESSENCIAIS

Como todo direito não é absoluto, a greve também sofre limitações ao seu exercício no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira dessas limitações é determinada pela Constituição Federal de 1988, se constituindo num aparente paradoxo em face da amplitude conferida por ela ao instituto da greve. Dispõe o diploma legal que o direito de greve é garantido, contudo, resguarda e estabelece limites quando a paralisação se der em serviços ou atividades essenciais. Garante

²⁰ Ao tratar da ordem econômica e social, a Constituição de 1967 estabelecia em seu artigo 157 que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. Todavia, em seu §7º não permitia a “greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.” Em seu artigo 158, assegurava o direito à greve, “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º”. (BRASIL, 1967)

²¹ A Constituição Federal em seu título II ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu capítulo II dos direitos sociais, assegurou o direito de greve aos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; [...] (BRASIL, 1988)

ainda o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, definidas em lei ordinária, a Lei nº 7.783/89.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2019) a Constituição de 1988:

[...] apresenta qualificativo circunstancial importante na realização dos movimentos parestas: os serviços ou atividades essenciais. Planejada a greve para esse âmbito diferenciado, seus condutores deverão atentar para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Ou seja: a Constituição de 1988 não proíbe a greve em tais segmentos (ao contrário do que já ocorreu em tempos anteriores da história do País); mas cria para o movimento paresta imperiosos condicionamentos, em vista das necessidades inadiáveis da comunidade. (DELGADO, 2019, p.1713)

A segunda limitação diz respeito a eventuais abusos de direito cometidos no exercício da greve.

Para Delgado (2019), tal determinação seria redundante, pois a lógica jurídica necessariamente não permitirá a prática de atos abusivos ou violentos durante o exercício de um direito legítimo. Com relação às atividades essenciais, estas podem ser definidas como serviços indispensáveis à comunidade, de tal forma que se não realizados, podem expor em risco a economia de um país e os direitos fundamentais dos cidadãos. Como enfatiza Falcão²³ (1987, *apud* SILVA, 2015, p. 9), o Comitê Sindical da OIT admite duas classificações para as atividades essenciais, quais sejam, atividades essenciais em sentido lato e em sentido estrito. As primeiras são aquelas necessárias ao bom funcionamento da economia como um todo; já as segundas são aquelas imprescindíveis para a vida, saúde e segurança da população.

Dessa forma, as limitações impostas ao direito de greve aos serviços essenciais para a população se justificam pelo confronto entre o direito de paralisação dos trabalhadores e o direito fundamental à vida, à saúde, e a segurança dos indivíduos não pertencentes à categoria em litígio. Nesse sentido, argumenta Michele Savick (2014):

A suspensão de serviços essenciais, portanto, gera uma colisão entre direitos, a princípio, de mesmo valor, já que não só o direito à greve, mas também à saúde, à vida e à segurança, são igualmente direitos constitucionais fundamentais. Para alguns autores, estes últimos direitos, na medida em que dizem respeito ao interesse geral da comunidade, se sobrepõem aos interesses privados de um grupo de trabalhadores, de forma que o direito de greve pode ser restringido mediante outros de maior status constitucional. Ainda que se entenda pela inexistência de hierarquia em abstrato, a colisão de direitos fundamentais leva à necessidade de sopesamento entre os interesses conflitantes no caso concreto. Assim, *tem se a necessidade de uma indispensável ponderação, que deve ser medida, de preferência, pela lei*, havendo nesses casos, portanto, a possibilidade de limitação do direito de greve. (SAVICK, 2014, p.44)

²³ FALCÃO, Luiz José Guimarães. A greve em serviços essenciais. São Paulo: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, 1987 p. 116-118.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, coube à Lei nº 7.783/1989 determinar o rol dos serviços considerados essenciais à comunidade e estabelecer os requisitos para o exercício do direito de greve em tais atividades. A relação desses serviços está assim disciplinado:

Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea;

XI compensação bancária.

XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social;

XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência);

XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;

XV - atividades portuárias. (BRASIL, 1989)

A lei de greve dispõe ainda sobre uma série de requisitos que devem ser observados pelos trabalhadores em serviços ou atividades essenciais ao exercerem o seu legítimo direito de greve, sob pena da paralisação ser considerada abusiva pelo Poder Judiciário.

O primeiro diz respeito a necessária tentativa de entabular a negociação coletiva, prevista no caput do artigo 3º da Lei 7.783/89:

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho. (BRASIL, 1989).

O segundo, a aprovação da greve pelos trabalhadores da categoria envolvida em assembleia específica, convocada para tal:

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços. (BRASIL, 1989)

O terceiro diz respeito à comunicação prévia da realização do movimento paredista, que deverá ser feita aos empregadores e à população no prazo mínimo de 72(setenta e duas) horas antes de sua deflagração. (BRASIL, 1989)

Outra condição imposta ao movimento paredista em atividades essenciais, talvez a mais importante delas, se refere a obrigação dos sindicatos, empregadores e empregados de garantir durante a greve os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da população. (BRASIL, 1989) Em relação ao conceito de “*necessidades inadiáveis da população*”, a própria legislação infraconstitucional em questão determina que são as que, se não atendidas, colocam em risco a sobrevivência, a saúde e a segurança das pessoas. (BRASIL, 1989)

A partir da leitura dos dispositivos citados, percebe-se que a lei nº 7.783/89, ao elencar as atividades essenciais em seu artigo 10, adotou o conceito de atividades essenciais em sentido lato. Porém, também acolheu a definição de atividades essenciais no sentido estrito ao determinar que, nos serviços reputados como essenciais ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, os sindicatos obreiros ou as comissões de negociação devem garanti-los em comum acordo com os empregadores ou sindicatos econômicos. (BRASIL 1989)

Nesse sentido, é o magistério de Alessandro da Silva (2015):

Percebe-se que a Lei 7.783/1989 adotou de forma literal a distinção entre atividades ou serviços essenciais *stricto sensu* e *lato sensu*. Isso porque o art. 10 arrola de modo exaustivo uma série de serviços e atividades considerados essenciais, nas quais “as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, são obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação” (art. 13), e “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (art. 11). (SILVA, 2015, p.9)

O exposto nos permite concluir que a lei ordinária e a Constituição não proíbem o exercício da greve nos serviços essenciais, mas apenas estabelece que as atividades que são necessárias para a garantia da vida, da saúde e da segurança dos cidadãos não podem ser paralisadas em sua totalidade.

Por fim, é imperativo ressaltar que a Lei de Greve preleciona que o Poder Público deverá assegurar o atendimento dos serviços inadiáveis da comunidade, caso não haja o cumprimento desta obrigação pelos trabalhadores e empregadores (BRASIL, 1989).

Ponto a destacar é que a Lei nº 7.783/89 sofreu importantes modificações no rol de atividades consideradas como essenciais, sendo a mais recente delas, a inserção das atividades

portuárias promovida pela Medida Provisória nº 945, de 04 de abril de 2020, posteriormente convertida na lei nº 14.047/2020, motivada principalmente pela crise mundial provocada pela pandemia da COVID-19.

Desta forma, atendidos os requisitos legais e assegurando a prestação das necessidades essenciais à população, é possível à categoria profissional envolvida através de Assembleia definir por exercer o seu direito constitucional de paralisação das atividades. Compreende-se que uma vez deliberado pela greve, dar-se-á à comunicação prévia ao empregador e à população envolvida, devendo ser mantidos os serviços ou atividades em patamar que garanta o atendimento às necessidades inadiáveis da população.

4. OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA A EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA QUE ALTEROU A LEI Nº 7.789/1989

A Constituição Federal ao organizar os poderes da República, repartiu as funções básicas do Estado²⁴ em legislativa, administrativa e jurisdicional entre três órgãos autônomos entre si, que as exercerão de forma precípua, mas não exclusiva.

Em situações de relevância e urgência, nas hipóteses não vedadas pelo Constituinte, o chefe do Poder Executivo da União, poderá legislar através da edição de Medidas Provisórias com força de Lei, que apreciadas pelo Congresso Nacional poderão ser convertidas em Lei ou perder a sua eficácia²⁵.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez

²⁴ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988)

²⁵ No que se refere a legislação trabalhista merece destacar a edição da Medida Provisória nº 808/2017, que veio a regulamentar “aperfeiçoar” aspectos importantes da Reforma Trabalhista entabulada pela Lei nº 13.467/2017 como: a jornada 12 x 36 horas; o dano extrapatrimonial; o trabalho de empregadas gestantes/lactantes em ambientes insalubres; contrato e trabalho intermitente, dentre outros. A citada Medida provisória vigeu de 14 de novembro de 2017 até o dia 23 de abril de 2018.

por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. [...] § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. [...] § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (BRASIL, 1988)

Quanto aos pressupostos constitucionais para a edição de Medida Provisória, de acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis²⁶, o termo relevância diz respeito “*aquilo que tem importância ou relevo num contexto determinado*”, enquanto urgência significa “*o que não pode ser adiado*”, que se tem de agir em face de “*situação crítica ou bastante grave; emergência*”. (MICHAELIS, 2020)

Observa-se que antes da Pandemia do COVID-19 a apreciação pelo Congresso Nacional das Medidas Provisórias era regida integralmente pela Resolução nº 1 de 8 de maio de 2002, que estabelecia em seu artigo 2º a necessidade de emissão de parecer a respeito dos pressupostos de admissibilidade da Medida Provisória por uma Comissão Mista do Congresso Nacional²⁷.

Entretanto, de acordo com o expresso no parágrafo único do art. 2º do Ato Conjunto nº 1, de 2020, durante a pandemia do COVID-19, o parecer da Comissão Mista passou a ser proferido, em Plenário, por parlamentar de cada uma das Casas Legislativas.

Art. 2º No primeiro dia útil seguinte à publicação, no Diário Oficial da União, de medida provisória, de que trata o art. 1º, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir os respectivos avulsos eletrônicos. Parágrafo único. Enquanto durar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19 as medidas provisórias serão instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando excepcionalmente autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental. (BRASIL, 2020)

A respeito da Medida Provisória nº 945/2020, o parecer da Câmara dos Deputados, foi proferido em Plenário e teve como Relator o Deputado Federal Felipe Francischini. O Relator

²⁶ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/> Acesso em 20 nov. 2020.

²⁷ Art. 2º Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela. (BRASIL, 2002)

opinou no sentido da sua admissibilidade em face ao atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência nos seguintes termos:

A Medida Provisória em análise atende aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, caput, da Constituição Federal, o primeiro em função do grave quadro sanitário e econômico decorrente da pandemia e o segundo em decorrência da necessidade de rápida reação e planejamento de ações de combate aos efeitos provocados por esta situação. No que se refere aos aspectos formais de constitucionalidade, constata-se que a edição da Medida Provisória em apreço não afronta a qualquer aspecto procedimental previsto na Carta Magna, atendendo, especialmente, aos ditames do art. 62, § § 1º e 10 e do art. 246. (BRASIL, 2020)

No Senado Federal o parecer teve como Relator o Senador Wellington Fagundes, que entendeu pela satisfação dos pressupostos de urgência e relevância e a constitucionalidade da Medida Provisória 945/2020:

Examinemos, a seguir, a admissibilidade da proposta, nos termos do caput e do § 5º do art. 62 da Constituição Federal (CF), que permite a sua adoção pelo Presidente da República nos casos de relevância e urgência. Esses pressupostos da urgência e relevância estão satisfeitos. [...] A MPV nº 945, de 2020, está vazada em boa técnica legislativa, obedece aos devidos trâmites legislativos, não afronta o ordenamento jurídico vigente e respeita os balizamentos constitucionais próprios a esse instrumento legislativo, consignados no art. 62 da Carta Magna. Com efeito, no que tange à constitucionalidade, não há reparos a fazer. (BRASIL, 2020)

Apesar da aprovação pelo Congresso Nacional da satisfação dos requisitos constitucionais da Medida Provisória nº 945/2020, tendo como consequência a sua conversão na lei nº 14.047/2020, questiona-se, todavia, onde está presente a “*relevância e urgência*” no sentido de acrescentar as atividades portuárias entre os serviços ou atividades essenciais do artigo 10 da lei nº 7.783, e 28 de junho de 1989. Observa-se ainda que tal matéria não se encontra sequer no rol daquelas que são de competência privativa do Presidente da República, expresso no artigo §1º do artigo 61 da Constituição.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. [...] (BRASIL, 1988)

Destacamos que, fora das competências estabelecidas pela Constituição, não pode o Presidente da República legislar. Nesse sentido é o magistério de Alexandre de Moraes (2020):

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, § 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das previstas em *disposição legislativa*. (MORAES, 2020. p. 525)

Outrossim, observa-se que na exposição de motivos da Medida Provisória 945/2020, existe de fato a relevância e urgência presentes em face da pandemia causada pelo COVID-19 para os principais assuntos ali tratados. Todavia, não vislumbramos os requisitos constitucionais no tocante ao exercício ou não do direito constitucional de greve, cujos abusos porventura cometidos já sujeitam os infratores às penas da lei.

O fato é que a Lei de Greve, no tocante aos serviços ou atividades essenciais já sofreu alterações através de Medidas Provisórias, sem o atendimento dos requisitos constitucionais, como se observou nas Medidas Provisórias 866/2018, 883/2019 e 945/2020, o que extrapola a competência atribuída ao Poder Executivo pela Constituição Federal de 1988.

5. O ENQUADRAMENTO DAS ATIVIDADES PORTUÁRIAS COMO ATIVIDADES ESSENCIAIS

Desconsiderando as questões afetas aos requisitos constitucionais para tratar o assunto pelo Poder Executivo através de Medida Provisória, passamos a analisar o enquadramento das atividades portuárias como essenciais.

No magistério de Dutra (2013), as atividades portuárias compreendem um conjunto de tarefas de movimentação de mercadorias realizadas nos portos. Atualmente, a organização das atividades portuárias se encontra disciplinada pela Lei nº 12.815/2013, que define as principais atividades realizadas neste setor. E de acordo com a citada legislação, compreende: a capatazia, estiva conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco. O dispositivo legal, o qual carreamos a seguir, apresenta o conceito de cada um desses serviços:

Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira,

manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário; II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo; III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações; IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição; V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos. (BRASIL, 2013).

Com relação à estrutura portuária brasileira, segundo dados do Ministério da Infraestrutura, existem na atualidade em operação 36(trinta e seis) Portos Públicos organizados no país. Nessa condição, se encontram os portos com administração exercida pela União, no caso das Companhias Docas, ou delegada a municípios, estados ou consórcios públicos (BRASIL, 2020).

Ainda segundo dados da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ), no ano de 2019 foram movimentados cerca de 1,104 bilhão de toneladas de mercadorias nos portos brasileiros. Dentre essas mercadorias foram importadas cerca de 35,4 milhões de toneladas de contêineres que continham principalmente medicamentos, além de 30,8 milhões de toneladas de petróleo e derivados (BRASIL, 2019). O exposto demonstra a importância desta atividade para a economia nacional.

No ano de 2020, diante da pandemia da COVID-19, causada pelo vírus SARS-COV 2, foi necessário a implementação de inúmeras medidas para garantir a segurança dos indivíduos e amenizar os impactos na economia.

Recentemente o governo federal decidiu editar uma Medida Provisória para organizar os portos diante dessa grave crise sanitária. A então Medida Provisória nº 945/2020, posteriormente convertida na lei nº 14.047/2020, trazia em seu bojo, além de medidas de segurança para impedir a disseminação do SARS-COV 2 nos portos o que justificaria a relevância e urgência para a edição de Medida Provisória, a inserção das atividades portuárias no rol das essenciais da lei nº 7.783/1989.

Outro ponto tratado na Medida Provisória nº 945/2020, que entendemos não atender os requisitos constitucionais para a edição de Medida Provisória, foi a possibilidade da contratação de trabalhadores portuários avulsos durante a greve²⁸.

Colaciona-se a seguir trecho da exposição de motivos da então Medida Provisória:

Ademais, o setor portuário é essencial para a economia nacional. Ele representa cerca de 95% da corrente de comércio exterior que passa pelo país e movimenta, em média, 293 bilhões anualmente, o que representa 14,2% do PIB brasileiro. Hoje, 100% das cargas do agronegócio são escoadas pelos portos e diversos artigos de primeira necessidade também são importados neste meio. Assim, é essencial para se evitar o desabastecimento de cadeias produtivas, impactando toda a população, a continuidade desta atividade mesmo diante da declaração da pandemia e das orientações governamentais e sanitárias que estimulam o fechamento de empresas, quarentena e outras medidas para evitar a rápida disseminação (BRASIL, 2020).

Observa-se a desnecessária alteração legislativa através de Medida Provisória, uma vez que a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, já manifesta o entendimento a respeito da essencialidade das atividades portuárias “*latu e stricto sensu*” antes mesmo do contexto pandêmico.

Nesse sentido, carreamos trecho proferido pela Ministra do TST – Tribunal Superior do Trabalho, Carla Cristina Peduzzi na Ação Cautelar nº 1445.77.2013.5.00.0000:

É inegável o enquadramento da atividade dos trabalhadores portuários como essencial, nos termos do art. 10 da Lei Geral de Greve, dada sua relevância para a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos (art. 10, III), transporte de combustíveis (art. 10, I) e suporte da economia nacional (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2013, p. 2).

Analisando-se os dados citados a respeito do volume de mercadorias movimentadas nos portos, se conclui que as atividades portuárias se amoldam à definição de serviços ou atividades essenciais trazida pela OIT e reproduzida pela legislação brasileira.

²⁸ A este respeito, em flagrante desrespeito ao direito constitucional de greve e da vedação da existência do lockout no Brasil, a nº Lei 14.027/2020 cuja ementa enfatiza a adoção de “*medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário*”, dentre outras, trouxe em seu bojo o artigo 4º. O citado artigo carrega desigualdades aos trabalhadores da categoria dos portuários, uma vez que se permite, para os trabalhadores avulsos, nas situações de paralisações como greves e operação-padrão, a contratação de trabalhadores substitutos a prazo determinado. “*Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de trabalhadores portuários avulsos para atendimento às requisições, os operadores portuários que não forem atendidos poderão contratar livremente trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações. § 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se indisponibilidade de trabalhadores portuários qualquer causa que resulte no não atendimento imediato às requisições apresentadas pelos operadores portuários ao Órgão Gestor de Mão de Obra, tais como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão. § 2º A contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício com fundamento no disposto no caput não poderá exceder o prazo de doze meses*”. (BRASIL, 2020)

O trabalho portuário é sem quaisquer dúvidas imprescindível para o bom funcionamento da economia do país, haja vista que milhões de toneladas de mercadorias são exportadas e importadas anualmente e, em um nível mais restrito, a atividade garante a sobrevivência, saúde e segurança da população devido à grande quantidade de medicamentos e alimentos que chegam diariamente aos portos brasileiros.

Desta forma, imperioso reconhecer que a limitação ao direito de greve para os trabalhadores portuários se mostra razoável e harmoniza com o entendimento dos Tribunais do Trabalho, no sentido de que as atividades de capatazia, estiva, conferência de carga, dentre outras pertinentes à categoria dos portuários, se tratam de atividades essenciais à população.

Todavia, a alteração da Lei nº 7.783/89 via Medida Provisória, extrapola a competência estabelecida pela Constituição ao Poder Executivo por não apresentar a relevância e a urgência, tidas como requisitos necessários para que o Poder Executivo legisle através de Medidas Provisórias, definidos pela Carta Magna.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a greve, direito fundamental dos trabalhadores, se constitui no meio mais eficaz de pressão coletiva dos trabalhadores. Encontra-se, na atualidade legitimado como direito fundamental de todos os trabalhadores e está regulamentado na Lei nº 7.783/1989.

Como nenhum direito é absoluto, o direito à greve não pode obstar à população da fruição de suas necessidades inadiáveis, sem as quais se coloca em risco a sobrevivência, a saúde e a segurança das pessoas. Deste modo, a paralisação dos trabalhadores em atividades consideradas essenciais, prescinde do atendimento de requisitos específicos, como o aviso prévio e a manutenção de serviços ou atividades que garantam o atendimento às necessidades inadiáveis da população.

A Medida Provisória nº 945/2020 em sua exposição de motivos destacou a essencialidade do setor portuário, considerando os impactos da paralisação destas atividades em toda a cadeia produtiva nacional, especialmente num contexto de pandemia.

No tocante à atividade portuária, o TST já a considerava como essencial, haja vista a sua importância para a economia nacional. A atividade portuária é indispensável para a realização dos serviços essenciais tanto “*lato sensu*”, quanto “*stricto sensu*”.

Todavia, o Congresso Nacional transformou a Medida Provisória 945/2020, cuja exposição de motivos teve sua redação no Ministério da Infraestrutura, na Lei nº 14.047/2020. Destaca-se a inexistência na atual organização administrativa do Poder Executivo da União o

Ministério do Trabalho²⁹ que por quase 90(noventa) anos buscou harmonizar os interesses das categorias econômica e profissional, garantindo a dignidade do trabalhador. Daí, ouvido o Ministério da Economia, que absorveu as atribuições do extinto Ministério do Trabalho, quando da sanção da Lei nº 14.047/2020, aquele manifestou exclusivamente em relação a questões econômicas alteradas pelo Congresso Nacional. Por conseguinte, o Excelentíssimo Presidente da República, acatando-as resolveu vetá-las por entender que contrariam o interesse público e por inconstitucionalidade.

Entretanto, está claro que a forma legislativa de inserção das atividades portuárias no rol das atividades essenciais, bem como a inclusão da possibilidade de contratar trabalhadores portuários a prazo determinado, quando haja a indisponibilidade de trabalhadores em situações “[...] como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão” (BRASIL, 2020) através de Medida Provisória é inadequada. Outrossim, destacamos que já há previsão legal que permite a contratação de trabalhadores durante a greve nos termos específicos da lei 7.783/89³⁰.

As alterações perpetradas, no tocante à categoria dos trabalhadores portuários, extrapola a competência estabelecida pela Constituição Federal dada ao Poder Executivo da União para

²⁹ A Lei nº 13.844 de 18 de junho de 2019, estabeleceu nova organização dos órgãos da Presidência da República, extinguindo o Ministério do Trabalho. As competências do extinto Ministério foram absorvidas pelo Ministério da Economia. De acordo com o artigo 31 da Lei nº 13.844/2019, no tocante as competências absorvidas, ficou a cargo do Ministério da Economia: “Art. 31. Constitui área de competência do Ministério da Economia: [...] XXX - política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; XXXI - política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho; XXXII - fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; XXXIII - política salarial; XXXIV - formação e desenvolvimento profissional; XXXV - segurança e saúde no trabalho; XXXVI - regulação profissional; [...] XLI - registro sindical [...]” Art. 32. Integram a estrutura básica do Ministério da Economia: [...] V - a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, com até 2 (duas) Secretarias; [...] VIII - a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, com até 4 (quatro) Secretarias; [...] XXVIII - o Conselho Nacional do Trabalho; XXIX - o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; XXX - o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador; [...]. (BRASIL, 2019)

³⁰ Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14. [...] Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo. [...] Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. [...] (BRASIL, 1989, grifo nosso)

a edição de Medidas Provisórias, além se constituir num claro ataque ao direito constitucional de greve, quando permite a contratação de trabalhadores durante o exercício lícito do direito de paralisação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Anuário Estatístico 2019**. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Anu%C3%A1rio-2019-vFinal-revisado.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº1, de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputadose-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870> Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer Proferido em Plenário. Medida Provisória nº 945, de 2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1914423&filenome=PRLP+1+%3D%3E+MPV+945/2020 Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Resolução nº1, de 2002-CN**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.html> Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.162, de 12 de dezembro de 1890. **Coleção de Leis do Brasil**: Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/391335/publicacao/15630016>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil**: Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Exposição de Motivos Medida Provisória nº 945**. EM nº 00011/2020 MINFRA MD de 21 de Março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-945-20.pdf . Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**: Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**: Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 01 dez. 2020

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de Junho de 1989. **Diário Oficial da União**: Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 945, de 04 de Abril de 2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv945.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. **Sistema Portuário Nacional**. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aquaviario/sistema-portuario>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer de Plenário, em substituição à Comissão Mista da Medida Provisória nº 945, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=8870115&ts=1603730723471&disposition=inline](#) Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar Inominada** n.1445-77.2013.5.00.0000. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás de 04 de abril de 2017**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314553338&ext=.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DUTRA, Maria Cristina. **Saúde e Segurança do Trabalhador Portuário: A busca de diretrizes nacionais para os portos brasileiros**. 2013, 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Engenharia e Gestão Portuária) - Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC-Florianópolis/SC, 2013.

FALCÃO, Luiz José Guimarães. **A greve nas atividades essenciais**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, p. 116-118, 1987. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/72698> Acesso em: 20 nov. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa - 2020**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/> Acesso em 20 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; História do Direito do Trabalho. In: FERRARI, Irandy; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p.67-152

SAVICKI, Michele. **Limitação ao direito de greve em serviços essenciais: análise dos parâmetros doutrinários e jurisprudência do TRT4**. 2014, 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS- Porto Alegre/RS, 2014.

SILVA, Alessandro da. Atividades essenciais em sentido lato e em sentido estrito: uma distinção imprescindível ao pleno exercício do direito de greve. **Juslaboris**, Santa Catarina, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/download/50638531/alessandro-silva_greves-nas-atividades-essenciais.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

VALENTIM, Gabriel Lima. A greve política à luz do direito comparado: uma análise crítica do entendimento jurisprudencial francês, espanhol, italiano e brasileiro relativo a greves com finalidade política. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (Org). **Estudos Jurídicos e Sociais Comparados**. Fortaleza: Escola Social, 2019. p. 51-87.

A PANDEMIA DA COVID-19 E AS MEDIDAS JURÍDICAS ADOTADAS PARA SEU ENFRENTAMENTO

THE COVID-19 PANDEMY AND THE LEGAL MEASURES ADOPTED TO TACKLE IT

Nathália Rodrigues Generoso³¹

RESUMO

O ano de 2020 começou com um grande desafio, a pandemia da COVID-19, que impactou diretamente todos os países do globo, ceifando vidas e deixando milhões de enfermos, trazendo consequências em todas as searas, econômicas, sociais, jurídicas. Por isso, o presente artigo pretende analisar os mecanismos jurídicos adotados para o enfrentamento da pandemia, apresentando um panorama dos números da pandemia e seus efeitos. A proposta foi desenvolvida por meio de uma pesquisa bibliográfica, apresentando-se os dados de forma descritiva, sendo possível chegar aos resultados: números da pandemia no Brasil; impactos econômicos e sociais da pandemia no Brasil e os mecanismos jurídicos adotados para o enfrentamento da pandemia.

Palavras-chave: Pandemia; COVID-19; Medidas Jurídicas.

ABSTRACT

The year 2020 began with a great challenge, the pandemic of COVID-19, which directly impacted all countries of the globe, taking lives and leaving millions of sick people, bringing consequences in all fields, economic, social, legal. For this reason, this article intends to analyze the legal mechanisms adopted to face the pandemic, presenting an overview of the numbers of the pandemic and its effects. The proposal was developed through a bibliographic search, presenting the data in a descriptive way, being possible to arrive at the results: numbers of the pandemic in Brazil; economic and social impacts of the pandemic in Brazil; legal mechanisms adopted to face the pandemic.

Keywords: Pandemic; COVID-19; Legal Measures.

³¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogada. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Assessora Jurídica na mesma Instituição. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas – UNIFEMM. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em curso em Advocacia Trabalhista pela Universidade FUMEC.

1. INTRODUÇÃO

Patente é, e de conhecimento comum, que no final do ano de 2019 foi descoberta a existência de uma nova mutação de um vírus, denominada de COVID-19, com o decorrer do tempo, já no ano de 2020, o vírus se disseminou atingindo todo o mundo sendo reconhecido como pandemia.

O presente artigo é desenvolvido no primeiro bimestre do ano de 2021 e até o momento ainda são grandes os reflexos da pandemia e não se sabe quando será possível anunciar seu término. Ao contrário, o mundo enfrenta a retomada de uma segunda onda, que preocupa os especialistas por temerem as proporções que podem ser alcançadas. Lado outro, já são grandes os avanços na ciência, tendo iniciado o processo de vacinação em diversos locais do mundo, o que infla na população e nos governantes a esperança do término das medidas mais restritivas.

Evidentes são os efeitos ocasionados em razão de todo o período enfrentado, assim, busca-se, como tema central do presente trabalho, abordar os efeitos econômicos e sociais da pandemia da COVID-19, tendo como principal problema o objetivo de responder como o Estado Brasileiro foi afetado pelo Coronavírus e quais as medidas jurídicas adotadas para conter a pandemia e a sua adequabilidade em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, serão estudados tais temas demonstrando a sua ocorrência, além das medidas possibilitadas no âmbito governamental e jurídico, que objetivaram a minimização dos impactos e efeitos ocasionados. Para isso, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, realizada por meio de legislações nacionais, doutrinas, jurisprudências além de meios midiáticos jornalístico ligados ao tema. Apresenta-se os dados coletados de forma descritiva para se chegar às conclusões e registros que serão vistos a seguir.

O presente trabalho percorrerá, inicialmente, uma apresentação conceitual e etimológica do vírus, como também o seu surgimento, considerando os meios científicos apresentados para a sua transmissão. Será também apresentado cronologicamente o avanço do vírus até a sua chegada e instalação no Brasil.

No capítulo seguinte, por meio de dados oficiais, pretende-se demonstrar como se deu a evolução da pandemia especificamente no Brasil. Por meio dos números nacionais possível a demonstração do avanço da doença, demonstrando também o avanço na região sudeste, além de especificidades de outras regiões brasileiras quanto a transmissão e instalação do vírus.

Já cientes da evolução do vírus no mundo e no Brasil, mais adiante, o trabalho destina tópico específico para apresentar os impactos econômicos e sociais da pandemia, demonstrando os avassaladores efeitos nos diversos seguimentos afetados.

No cerne do tema do trabalho busca-se apresentar, após debatidos os efeitos e consequências do avanço da doença, quais medidas jurídicas foram adotadas para o combate à pandemia. Buscou-se apresentar medidas adotadas pelas autoridades governamentais para vir ao encontro à população e empresários afetados, bem como demonstra-se algumas das medidas jurídicas empregadas para a minimização dos efeitos da pandemia.

Sabe-se que ainda não se tem previsão do término da pandemia. Certo, entretanto, que se tornou imprescindível a análise acurada de tal fenômeno. E é isso que pretende o artigo em questão: analisar os mecanismos jurídicos adotados para o enfrentamento da pandemia.

2. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Em 11 de março de 2020, em Genebra (Suíça), o diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesusque, declarou que a COVID-19 foi caracterizada como uma pandemia. Para a organização, pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença, o termo passa a ser usado quando uma epidemia - surto que afeta uma região - se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa (OPAS BRASIL, 2020).

Sabe-se que os impactos da atual pandemia ainda não podem ser definidos, dada a continuidade da doença e pelo tempo de sua duração, mas sabe-se o quão danosos estão sendo para a saúde, bem como para a economia mundial.

A doença foi denominada de SARS-CoV-2, do inglês – *severe acute respiratory syndrome-associated coronavirus 2* (BRITO *et al.*, 2020, p. 55) – entretanto utilizada de forma abreviada como COVID-19. Na definição do Ministério da Saúde: “A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta em espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves” (BRASIL, 2020).

É uma doença infectocontagiosa que se tornou, sem dúvidas, um dos maiores desafios do século XXI, até então e, com base nas proporções alcançadas, pela posição informada pela OMS, é “mais grave que qualquer ataque terrorista” (BERALDO, 2020)

Tal doença também é denominada de Coronavírus e teve este nome difundido, pois, por meio de imagens microscópicas, verificou-se que na sua superfície são identificadas bases semelhantes a coroas (BRITO *et al.*, 2020, p. 56).

A maioria dos pacientes afetados são pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos, pacientes portadores de comorbidades, como cardiopatas, diabetes, pneumopatia, doença neurológica ou renal, imunodepressão (incluindo as grávidas em qualquer idade gestacional, puérperas até duas semanas após o parto e aquelas que tiveram aborto ou perda fetal), obesidade, asma e outros problemas respiratórios (BRASIL, 2020).

Apesar dos estudos incansáveis espalhados por todo o mundo, ainda não há precisamente um medicamento específico que seja capaz de realizar o tratamento da COVID-19. Alguns já possuem fases bem avançadas com resultados animadores, porém ainda sem maiores certezas quanto a sua eficiência.

A doença possui, dentre os seus sintomas, segundo estudos: febre (43,8% na admissão e 88,7% durante a hospitalização), tosse (67,8%) e fadiga (38,1%), entretanto, importante ressaltar que a ausência de febre não despreza a existência da contaminação. Menos comum, porém, existente, foi a constatação de pacientes que apresentaram quadro de diarreia (3,8%). Em casos mais graves o paciente pode apresentar insuficiência respiratória e, com isto, até mesmo a falência múltipla dos órgãos, o que leva ao óbito do paciente (BRITO *et al.*, 2020, p. 57).

Uma das maiores preocupações é a existência de casos em que os contaminados se apresentam assintomáticos e, tal fato, aliado a falta de testes suficientes para verificação em massa, prejudica o diagnóstico e tratamento e ocasiona um avanço silencioso da doença.

Apesar da vasta quantidade de estudos quanto a sua origem, esta ainda não foi certamente confirmada, porém, existem estudos que apontam hipóteses. A mais trabalhada é a difundida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que noticiou que em 31 de dezembro de 2019, foram constatados os primeiros casos de uma pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, na China. Especula-se que a mutação do vírus tenha surgido em um mercado da referida cidade, o que foi comunicado às autoridades de saúde, foi assim, o primeiro país a reportar quanto a existência da doença, tornando-se o epicentro da pandemia.

Grandes são as hipóteses de que o novo coronavírus tenha surgido de morcegos, ocorre que estes não são comercializados no mercado de Wuhan, assim passou a cogitar que a doença teve seu início não ali, apesar de amplamente difundida tal versão. Entretanto, não se sabe ao certo o local e o momento em que surgiu o vírus que passou a infectar o homem.

Fato é que os casos rapidamente começaram a se espalhar por outros países do continente asiático e, logo após, foi se difundindo também para outros continentes do mundo.

Uma das principais dificuldades do domínio e combate da doença é devido a sua rápida e fácil propagação, além da capacidade de sobreviver por horas e até mesmo dias em superfícies. Sua forma de propagação principal é caracterizada por gotículas de saliva, secreções nasais e contato com pacientes infectados, pois há a contaminação entre humanos (BRITO *et al.*, 2020, p. 56).

O período de incubação do vírus é de em média sete dias, e alguns estudos apresentam que pode chegar até em vinte e um dias. Parte dos casos podem ser assintomáticos, enquanto outros podem necessitar de internação médica e cuidados maiores e mais longos, o que gera uma sobrecarga no sistema de saúde.

Por existirem casos assintomáticos é aconselhada a prática de cuidados independente de qualquer sintoma da doença, dentre eles: distanciamento social, higienização constante e uso de máscaras, pois todos podem ser potenciais vítimas.

O primeiro registro de caso constatado da COVID-19 no Brasil foi na cidade de São Paulo, em 26 de fevereiro de 2020, com o teste positivo de um homem de 61 anos, que realizou viagem para à Itália nos dias 09 e 21 de fevereiro do mesmo ano. No dia 17 de março de 2020, foi registrada no país a primeira morte em razão do novo Coronavírus. Com o avanço da situação no país, em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional declarou situação de calamidade pública no país desta data até 31 de dezembro de 2020, por meio do Decreto Legislativo 6/2020 (BRASIL, 2020).

Segundo Marco Aurélio Peixoto, o cenário começou a se tornar mais assustador no Brasil a partir da semana compreendida entre 08 e 14 de março, quando os casos se espalharam por vários estados da federação e distrito e surgiram os primeiros casos de transmissão comunitária. No dia 11 de março, a Organização Mundial da Saúde – OMS, analisando o aumento do número de casos e a disseminação global, decretou que estávamos diante de uma pandemia (PEIXOTO, 2020).

3. A PANDEMIA EM NÚMEROS E REGIÕES

Como anteriormente dito, o primeiro caso da doença no Brasil foi registrado no dia 26 de fevereiro de 2020 e a primeira morte, 20 dias após. Apesar do Brasil ter a oportunidade de assistir o início do avanço da doença em outros países, dado que em alguns deles a crise sanitária já estava instalada no mês de janeiro, não se preparou aparentemente como devia.

Sabido que muitas das discussões e divisão de opiniões se dão entre a necessidade da preservação da saúde *versus* o sacrifício da economia para a manutenção da vida, objetivando evitar o tão temido colapso da rede de saúde do país.

Os números começaram a preocupar a população e aos governos, que muitas das vezes divergiam quanto a forma mais adequada de atuação. Aliado a isto, enfrenta-se a incerteza dos reais números de infectados, tendo em vista que o país não possuía a quantidade de testes suficientes para certificar a população. Conforme dados do mês de julho de 2020, o Brasil realizou 13,7 testes para cada mil habitantes, assim, ficou atrás de países bem menos afetados, como o Chile que possuía dez vezes menos mortos e testou quatro vezes mais (PESSOA, 2020).

Com a falta de testes disponíveis e a necessidade de se tomar as precauções para evitar e disseminação da doença, o Ministério da Saúde passou a adotar diferentes formas para quantificar os suspeitos e confirmados.

Conforme já dito, na primeira quinzena do mês de março de 2020, a situação do país passou a se complicar, pois já se certificavam infectados por vários estados, além da constatação dos primeiros casos de transmissão comunitária, assim os números começaram a aumentar.

Com o aumento do número de infectados, intervenções mais severas se tornaram necessárias por parte das autoridades, e a primeira a ser determinada foi no Distrito Federal, que por meio do Decreto 40.509 de 11 de março de 2020 que editou medidas para o enfrentamento contra o Coronavírus, dentre as quais, suspensão de eventos de qualquer natureza com capacidade superior a cem pessoas, que exigisse licença do Poder Público, além da suspensão das atividades educacionais das redes pública e privada, cumulado com as orientações de distanciamento (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Com o avanço da doença também em outros estados, os governadores viram a necessidade de adotar medidas, mesmo que em desagrado notadamente dos envolvidos nas atividades comerciais, além do governo federal, na tentativa de conter o aumento dos casos. Grande foi a desaprovação das medidas adotadas pelos governadores, o que fez o presidente da república, por meio a medida provisória 926/2020 delimitar quais seriam os serviços e atividades essenciais.

Diante da falta de consenso entre o governo federal e os estaduais, especialmente o governo de São Paulo, a questão teve de ser levada ao judiciário, foi quando em 15 de abril de 2020 o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 6.341, confirmou a liminar do ministro Marco Aurélio, mantendo o entendimento de que a competência para a contenção da pandemia do Coronavírus é concorrente entre União, Estados e Municípios, não sendo possível então a interferência presidencial na adoção de medidas estaduais e municipais no que se refere à saúde pública. Assim, foi declarada inconstitucional a MP 926, editada pelo presidente em 20 de março de 2020 (POMPEU, 2020).

Simultaneamente às divergências governamentais, os casos no país foram se alastrando, até que todos os estados confirmassem contaminados, sendo o estado de Roraima o último do país a registrar casos, a região sudeste foi a que registrou a maior quantidade de infectados.

Cumprir ressaltar que a região norte foi a que apresentou a maior resistência da população em aderir as medidas de enfrentamento recomendadas. Acredita-se que por este motivo, aliado a falta da estrutura hospitalar, o estado passou a encabeçar a maior taxa de mortalidade, chegando a reportar um colapso do sistema funerário (CAVALCANTE, 2020).

No momento da confecção deste artigo, dia 25 de janeiro de 2021, o Brasil já totaliza 8.844.577, casos confirmados, dos quais 7.653.770 estão recuperados, 973.770 em acompanhamento e 217.037 vieram a óbito. Assim o país registra uma taxa de letalidade de 2,5% (dois e meio por cento) (BRASIL, 2021).

No site oficial é possível fazer o acompanhamento da evolução dos números da doença de forma geral e por região, como se vê abaixo:

FIGURA 1 – Casos de COVID no Brasil

Síntese de casos, óbitos, incidência e mortalidade					
	Casos	Óbitos	Incidência/100mil hab.	Mortalidade/100mil hab	Atualização
Brasil	8.844.577	217.037	4208,8	103,3	24/01/2021 18:00
Centro-Oeste	971.663	19.468	5962,2	119,5	24/01/2021 18:00
Sul	1.611.010	25.830	5374,3	86,2	24/01/2021 18:00
Norte	979.067	20.799	5312,1	112,8	24/01/2021 18:00
Nordeste	2.105.714	50.659	3689,6	88,8	24/01/2021 18:00
Sudeste	3.177.123	100.281	3595,2	113,5	24/01/2021 18:00

Fonte: Secretarias Estaduais de Saúde, Brasil, 2020

Figura 01. Síntese de casos de COVID-19, óbitos, incidência e mortalidade. Brasil, 25 de janeiro de 2021.

Como se verifica os números oscilam, consideravelmente, de região para região, entretanto temos de avaliar a variação entre eles, tais como, densidade populacional, espaço geográfico, desenvolvimento do sistema de saúde, além das medidas de isolamento adotadas pelo governo. Assim, tudo isso interfere na proliferação do vírus, devendo eventual análise direcionada ser estudada de forma pormenorizada.

4. OS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA PANDEMIA

Como já mencionado, não é possível, até então, quantificar os impactos ocasionados pela pandemia então vivida no mundo inteiro. Eles ocorrem nos mais diversos âmbitos da sociedade, entretanto, no presente artigo, aborda-se, de maneira sucinta, os principais impactos econômicos e sociais ocasionados.

É cediço que o país não estava preparado para enfrentar todos os impactos que seriam causados. Era previsível uma retração econômica, o que se consolidou no decorrer da pandemia. Segundo os números do IBGE, no terceiro trimestre de 2020, o Produto Interno Bruto (PIB), teve queda de 3,4% comparando o acumulado em 4 trimestres (IBGE, 2020).

É fato que o continente asiático é um dos responsáveis por considerável quantidade de insumos que são fornecidos para grande parte do mundo, e, por óbvio, também para o Brasil. Com a definição do continente asiático como epicentro da pandemia, notáveis foram os efeitos sentidos em todo o mundo. Apesar da primeira confirmação no Brasil ocorrer apenas no final de fevereiro, já era possível sentir os efeitos nas cadeias produtivas, tendo em vista a proliferação da doença em outros países.

Com proliferação tão rápida do vírus, uma das principais medidas para a contenção da sua transmissão foi o isolamento social, mantendo o funcionamento apenas das atividades essenciais. No ramo das indústrias, empresas e comércios não foi diferente, e os que possuíam atividades não essenciais foram proibidos de continuar funcionando, já os essenciais, apesar de algumas limitações, continuaram a funcionar.

Mesmo estes setores passaram a vivenciar grandes perdas nos seus lucros, devido a drástica redução e até mesmo a paralisação de suas atividades. Tais reduções, dentre outros aspectos, foram ocasionadas em razão da paralisação ou limitação das atividades; da redução da quantidade de mão de obra e matéria prima para desenvolver as atividades, somado a incerteza econômica que fez com que a sociedade passasse a evitar gastos não essenciais.

Diante da situação algumas empresas, buscando se reinventar e adaptar ao novo cenário, passaram a utilizar os meios de *delivery* e *e-commerce*. Ocorre, porém, que nem em todas as atividades foi possível essa adequação, passa-se assim a vislumbrar uma realidade inevitável de falência, e vem sendo vivenciada por várias empresas.

A grande preocupação é que empresas, indústrias e comércios movimentam o mercado nacional por meio de produção de bens e prestação de serviços, além de garantir grande quantidade de empregos. Com a diminuição, e até mesmo paralisação de tais atividades, os reflexos foram sentidos em cadeia e em diversos setores. Ademais, os próprios entes federativos necessitam do pleno funcionamento das atividades para captar recursos por meio da tributação, o que possibilita em grande parte a manutenção financeira do país.

Fato é que muito se vislumbra a situação de risco que permeia as pessoas físicas, mas é necessário verificar e buscar meios de possibilitar a manutenção e existência das atividades comerciais, pois estas também enfrentam, sem previsão de término, grande período de instabilidade em praticamente todos os setores.

Para buscar amenizar tal situação foram tomadas medidas no âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, objetivando, principalmente, reduzir as obrigações tributárias para assim, tentar possibilitar a manutenção e recuperação dos setores atingidos pelos prejuízos causados pela pandemia.

Na esfera trabalhista inicialmente se vislumbrava um entendimento mais conservador dos juízes, dada a falta de regulamentação específica para o momento, e diversos foram as decisões no sentido de proteção irrestrita dos salários e empregos, sem atentar para a sustentabilidade econômica das empresas que foram duramente afetadas.

Foram proferidas decisões que declararam inconstitucional a redução proporcional da jornada e do salário sem a participação do sindicato, além de decisões que determinavam a reintegração de empregados dispensados no início da pandemia, sob o argumento de inconstitucionalidade do art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Veja-se:

[...] declara-se a nulidade de toda e qualquer suspensão de contrato de trabalho promovida pela ré a partir de 20 de março de 2020 determinando que a ré se abstenha de suspender quaisquer contratos de trabalho sem promover novas suspensões de contrato de trabalho sem prévia comunicação ao sindicato profissional, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2020).

[...] as demissões coletivas devem preceder a observância da negociação sindical prévia, necessária em toda e qualquer discussão que envolva uma pluralidade de trabalhadores, mormente em se tratando de demissões em massa, em flagrante violação ao art. 1º, incisos III e IV, art. 5º, inciso XIV, art. 7º XXVI, art. 8º, III e VI, todos da Constituição Federal, assim como aos ditames da Convenção nº 98 da OIT e Recomendações nº 94 e 163 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2020).

Em razão da interrupção das atividades de alguns setores da economia foi necessária a intervenção do Poder Executivo, que aprovou inicialmente a Medida Provisória nº 927 em 22 de março de 2020, possibilitando a adoção do teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, banco de horas e flexibilização de normas de segurança e medicina do trabalho. Tal medida foi alvo de diversas ADI's (6342, 6343, 6346, 6348, 6349, 6352, 6354), que, porém, foram rejeitadas, ao argumento da excepcionalidade que o momento exigia em razão da pandemia.

Não obstante, mesmo com as possibilidades de flexibilização, se faziam necessárias medidas mais efetivas diante da indispensabilidade do distanciamento e fechamento de estabelecimentos. Diante disso, em 01 de abril de 2020, o Governo aprovou a Medida Provisória nº 936, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que possibilitou a suspensão dos contratos de trabalho e de redução proporcional da jornada e do salário, sem interferência dos sindicatos, prevendo complementação financeira pelo Governo Federal, e que posteriormente foi convertida na Lei nº 14.020/20.

Há de se considerar também que a Lei nº 14.020/20 objetivou a manutenção, não só apenas enquanto durasse a possibilidade de aplicação das medidas, mas também após. Findada a utilização da medida a referida lei garante aos trabalhadores estabilidade pelo mesmo período em que foi utilizada a aplicação da medida. Outro ponto de preservação que veio com a citada lei, foi a estabilidade dos empregados com deficiência, que não podiam ser dispensados durante o estado de calamidade.

Entretanto, apesar da implantação destas medidas, segundo dados do IBGE, no terceiro semestre de 2020 (julho a setembro), a quantidade de desempregados no Brasil atingiu o número de 14,1 milhões de pessoas, uma taxa de desemprego de 13,1% (IBGE, 2020).

Por óbvio, mesmo com a implantação do referido programa, houve para os trabalhadores perda salarial, além dos casos em que não foi possível a manutenção dos empregos ocasionando grande número de rescisões de contratos de trabalho.

5. MEDIDAS JURÍDICAS PARA O COMBATE À PANDEMIA

Inegável que o mundo se encontra em uma situação peculiar, ocasionada pela pandemia do Coronavírus e que relações, em todos os âmbitos, tiveram de ser rapidamente pensadas e reestruturadas para a preservação da vida, buscando minimizar o avanço do contágio. No presente tópico, busca-se abordar as principais medidas jurídicas, nas diversas áreas do direito, que sofreram alguma alteração ou flexibilização em razão do cenário vivido.

Dito isso, para que se pudesse conter a ameaça que se alastrava em números exponenciais da doença, por temer um colapso no sistema de saúde diante do grande número de pessoas contaminadas simultaneamente, e, conter o número de mortes crescentes diariamente, foram necessárias medidas de contenção objetivando minimizar tais situações.

Para tanto, diversas foram as leis, decretos e medidas provisórias editadas objetivando formas de contenção da doença. Inicialmente, em 06 de fevereiro de 2020, foi sancionada pelo presidente da república a Lei nº 13.979/20, alterada posteriormente pelas Leis 14.019/20 e 14.035/20, que implementou medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);

2. European Medicines Agency (EMA);

3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);

4. National Medical Products Administration (NMPA) (BRASIL, 2020)

Tais limitações buscavam, com a contenção da circulação de pessoas, evitar que se alastrasse a contaminação simultânea. Dessa forma, além da necessidade dos cuidados pessoais individuais (uso de máscaras, higienização constante das mãos e superfície, dentre outras), o isolamento, a quarentena, a obrigatoriedade de realização de exames laboratoriais foram medidas aplicadas.

Verificamos a utilização destas limitações em algumas cidades de forma mais radical – implementando, inclusive, o *look down* – e em outras nem tanto. Isso ocorreu devido ao fato destas decisões serem destinadas aos Estados e Municípios, justamente devido a cada um destes entes administrarem o avanço de maneira distinta.

Destaca-se que tais medidas são necessárias para a contenção do vírus, dada a facilidade de sua transmissão, apesar de que elas podem gerar uma retração na economia, assim, trata-se de decisões que encontraram muitas críticas.

Em razão dos impactos das medidas adotadas, como acima informado, para a contenção da propagação do vírus muitas pessoas se viram sem renda para manter a sua subsistência, notadamente as que padecem de uma renda proveniente de um vínculo formal, que de certa forma, tinha direitos e renda resguardados.

Diante disso, o Governo Federal criou um benefício que objetivou a manutenção de renda a uma série de brasileiros que se viram sem rendimentos em razão da pandemia, “[...] destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus – COVID19” (CAIXA, 2020).

Tal benefício foi concedido por meio da Lei nº 13.982/2020 de 02 de abril de 2020, que previa a concessão do valor de R\$600,00 (seiscentos reais), sendo que mulheres chefes de

família teriam direito de receber o equivalente a duas cotas, por parcela, inicialmente por 03 (três) meses, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 2º:

- I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes;
- II - não tenha emprego formal ativo;
- III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família;
- IV - cuja renda familiar mensal **per capita** seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos;
- V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e
- VI - que exerça atividade na condição de:
 - a) microempreendedor individual (MEI);
 - b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou
 - c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV. (BRASIL, 2020)

Transcorrido o prazo de concessão do benefício e verificado que não havia chegado ao fim da pandemia, o Presidente da República, por meio do Decreto nº 10.412 de 30 de junho de 2020, prorrogou por mais dois meses o pagamento do referido benefício.

Com o término da prorrogação do benefício, novamente, por meio do Decreto nº 10.488, de 16 de setembro de 2020, foi instituído o auxílio emergencial residual para o enfrentamento da pandemia, entretanto, com regras mais rígidas e com valor reduzido, R\$300,00 (trezentos reais), por mais quatro parcelas, totalizando assim a quantidade de até nove parcelas.

Segundo informações divulgadas no site do Governo Federal em 21 de agosto de 2020, antes do decreto que estabeleceu a prorrogação residual, mais 66 milhões de pessoas receberam o Auxílio Emergencial. Segundo o site: “Se contabilizado o número de integrantes de uma família, o benefício chega a mais de 126 milhões de pessoas, ou seja, 60% da população brasileira, de acordo com o Ministério da Cidadania” (BRASIL, 2020).

Apesar de o programa ser criticado por uma parcela da população, por algumas pessoas terem recebido indevidamente o benefício, ou o fato de outras que realmente necessitavam do valor não receberem, a implementação dessa medida foi o que possibilitou muitas famílias a manterem o mínimo de subsistência.

Findadas as parcelas, diante da segunda onda da doença e a falta da previsão de vacinação total da população, não há ainda perspectiva de retomada das atividades econômicas em sua totalidade, e é lenta a recuperação dos empregos. Com o encerramento do pagamento das parcelas previstas no programa de auxílio, ainda não se sabe como ficará a situação dessas pessoas.

Quanto as empresas, estas também sofreram grande impacto econômico, obviamente por todos os motivos expostos que foram adotados para a contenção da doença, além do cenário econômico incerto. Ocorre que as empresas brasileiras possuem uma série de encargos

econômicos e obrigações trabalhistas, o que faz com que muitas delas, para se manterem, precisam estar com o seu funcionamento pleno, notadamente as pequenas empresas.

Considerando que estas empresas são fonte de diversos empregos foi necessária a aplicação de medidas, que de alguma forma contribuíssem com o momento e auxiliasse na manutenção das suas atividades e dos empregos por elas ofertados, mesmo diante de todas as situações restritivas.

Para tanto, em 03 de abril de 2020, por meio da Medida Provisória nº 944, foi instituído o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, que possibilitou a liberação de linhas de créditos a empresários, sociedades empresariais e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito. O objetivo da liberação dos empréstimos foi, por meio de uma taxa de juros atrativa, possibilitar o pagamento de salários aos empregados, impedindo assim a dispensa de mais trabalhadores. Posteriormente, a referida Medida Provisória foi convertida na Lei 14.043 de 19 de agosto de 2020. (BRASIL, 2020).

Ocorre que apesar de a folha de pagamento, na maioria das vezes, ser o maior gasto das empresas, existem outros inúmeros gastos suportados pelas empresas. Considerando isso, e buscando estimular a continuidade das empresas, mesmo com a queda em seus faturamentos dada a baixa na economia, o Governo Federal, por meio da Lei nº 13.999, de 18 de maio de 2020, instituiu outro programa destinado às empresas, o Pronampe, Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O programa buscou favorecer as pequenas empresas que possuam faturamento anual de até R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) liberando empréstimos conforme previsto no art. 3º, I e II, da referida lei: “I - taxa de juros anual máxima igual à taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acrescida de 1,25% (um inteiro e vinte e cinco centésimos por cento) sobre o valor concedido; II – prazo de 36 (trinta e seis) meses para o pagamento.” (BRASIL, 2020).

Por meio dessas alternativas, o governo possibilitou um estímulo da continuidade das atividades de muitas empresas, não sendo necessário, assim, o desligamento de tantos funcionários, o que aumentaria ainda mais a taxa de desemprego, que subiu em razão do cenário pandêmico.

Não diferente das situações acima expostas, os impactos foram sentidos também no âmbito das relações do trabalho, onde foi possibilitado para a manutenção dos empregos o programa emergencial, inicialmente normatizado pelas MP's 927 e 936/20, esta última depois se transformou na Lei nº 14.020/2020, em 06 de julho de 2020.

Com isto, foi possibilitado: (i) o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; (ii) a redução proporcional de jornada de trabalho e salário; e (iii) a suspensão temporária do contrato de trabalho (BRASIL, 2020).

Assim, houve a possibilidade, durante o estado de calamidade pública, de celebrar acordo entre empregador e empregado, possibilitando a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários em até 70% (setenta por cento), além da hipótese de suspensão dos contratos de trabalho. Nesse caso, o empregado teria direito a um benefício emergencial concedido pela União calculado com base no valor do seguro desemprego que teria direito, caso dispensado.

Porém, cumpre ressaltar, que mesmo com a complementação pelo governo sobre o benefício concedido, os trabalhadores passaram por perdas, contando com redução salarial, em que pese a vedação expressa da Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso VI, ao determinar a “irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo” (BRASIL, 1988).

Em que pese ser clara a urgência da necessidade de aplicação de uma saída emergência, que foi implantada pela possibilidade de redução ou suspensão do contrato de trabalho, o que se observa é que houve expresso descumprimento ao texto constitucional, pois prevaleceu o entendimento de que não era necessária, para a celebração dos acordos, a intervenção sindical.

Diante dos fatos, passou a questionar a inconstitucionalidade da então medida além de ser considerado um retrocesso aos direitos já conquistados. Entretanto, em 17 de abril de 2020 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 6.363 declarando constitucional a aplicação da medida mesmo sem a intervenção sindical, bastando apenas a comunicação a esse órgão.

O prazo da utilização do benefício foi possibilitado até 31 de dezembro de 2020, o último decreto, 10.217/20 de 13 de outubro de 2020, publicado no Diário Oficial da União no dia 14 de outubro de 2020, prorrogou por mais sessenta dias, totalizando o prazo de utilização da medida em duzentos e quarenta dias, observando o prazo final determinado. (BRASIL, 2020).

Segundo o Ministério da Economia, em outubro, estimava-se que desde o início da implantação do programa foram celebrados 18.509.285 acordos. (BRASIL, 2020).

Outro ramo do Direito que necessitou de adequações em razão da pandemia foi o Direito Administrativo. O momento pandêmico apresentou necessidade rápida de adequação e flexibilização, necessitando acompanhar a evolução da sociedade, como em outras situações já enfrentadas.

Ocorre que, para tanto, não se deve desconsiderar direitos e deveres já amplamente assegurados pela legislação, notadamente a Constituição Republicana, o que é um dos deveres da administração pública. O desafio é equilibrar as necessidades do cidadão com as possibilidades do Estado.

As principais alterações no ramo do Direito Administrativo versam sobre os contratos e as licitações. Dada a urgência da aquisição de bens e serviços com o avanço da doença, foram necessárias mudanças legislativas que flexibilizaram e possibilitaram a contratação direta de produtos, bens e insumos necessários a contenção e combate direto da pandemia pela Administração Pública Direta e Indireta.

Esta flexibilização veio por meio da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, vejamos o previsto no Artigo 4º:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º. A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (BRASIL, 2020).

Cumpra salientar que a possibilidade de dispensa autorizada pela lei, atingiu, tão somente, a dispensa de licitação para a aquisição de bens e serviços destinados ao combate da pandemia.

A atuação da Administração Pública deve se atentar ao dever de licitar, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República de 1988:

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Conforme se verifica, há a possibilidade de não realizar licitação em casos que podem ser regulamentados por meio de legislação infra constitucional. Por meio da Lei nº 13.979/2020 possibilitou um procedimento simplificado. Assim, é possível a realização de contratação direta por meio da implementação de um procedimento simplificado para a aquisição. Porém, tais contratos devem também observar e atender os demais princípios da administração pública.

Tem-se, portanto que a referida lei buscou atender da forma mais rápida as necessidades emergenciais, porém, abriu facilidade no âmbito corrupção, o que foi constatado em Estados da Federação. Assim, pelo que se observa, o estado pandêmico modificou demasiadamente as rotinas em todas as áreas da vida, dos negócios à vivência pessoal, o que fez com que o governo, em que pese ter agido tardiamente, implantasse medidas visando amenizar a crise, mantendo empregos e tentando garantir ao menos a estabilidade da economia.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo observou a progressão do Coronavírus desde o aparecimento do primeiro caso até os dias atuais, demonstrou como se deu o desenvolvimento da referida doença e como avançou até atingir o *status* de pandemia mundial. Foi feita uma análise desde o epicentro, porém, com destaque a afetação e os impactos ocorridos no Brasil.

Diante da crise pandêmica da COVID-19 diversas foram as ações dos Estados e seus governantes visando conter o vírus, diminuir o número de contaminados, e, conseqüentemente, o número de óbitos. Para tanto, diversas foram as medidas tomadas no âmbito da União, Estados e Municípios, sendo este o entendimento consagrado pelo STF por meio da ADI 6.341, que aplicou a competência concorrente entre os entes.

Porém, em razão das medidas de enfrentamento editadas objetivando a contenção da proliferação do vírus, uma série de efeitos prejudiciais foram desencadeados para resguardar a

saúde, o maior deles foi o setor da economia. Destaca-se os prejuízos ocasionados pelas consequências da pandemia nas indústrias, comércio, empresas e para os trabalhadores.

Além do mais, a afetação não ocorreu apenas no setor da saúde e da economia. A população teve privação de direitos básicos suprimidos por lei para possibilitar efetivamente a contenção do vírus até que haja mecanismos mais eficazes, dentre eles as restrições de locomoção, necessidade de submissão a testes, quarentena e uso obrigatório de máscaras, o que perdura até então.

Dada a incorrência de tais fatos, inevitável foi a intervenção financeira governamental para minimizar os efeitos da pandemia, e permitir a manutenção de serviços e empregos. Tal intervenção foi feita por meio de auxílios que atingiram os mais diversos ramos.

Outra medida tratada também foi o auxílio emergencial concedido para a população, bem como auxílio financeiro para empresas, além das alterações legislativas que ocorreram no âmbito do direito administrativo e do direito do trabalho.

Por fim, conclui-se que tamanha foi e é a gravidade dos impactos ocasionados nos mais diversos ramos em razão da pandemia do Coronavírus. Até então não é possível vislumbrar um lapso para a delimitação do término da situação que afetou todo mundo, nem mesmo o prazo necessário para a recuperação dos prejuízos ora ocasionados. O que se verifica é a importância e necessidade de adequação momentânea e a mutabilidade do direito para alcançar as situações específicas e permitir a manutenção das relações. Entretanto, tais alterações sempre devem ser baseadas e pautadas nos limites legais e já preservados.

REFERENCIAS

BERALDO, Paulo. **OMS diz que coronavírus é mais grave que qualquer ataque terrorista.** São Paulo: O Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-diz-que-coronavirus-e-mais-grave-que-qualquer-ataque-terrorista,70003287179>. Acesso em 16 de jan 2021.

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

BRASIL. **Coronavírus.** Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 21 jan 2021.

BRASIL. **Coronavírus:** o que você precisa saber. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6/2020, 20 de março de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade

pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Senado Federal. 20 mar 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.517, de 13 de outubro de 2020.** Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 14 out 2020.

BRASIL. Governo do Brasil. **Auxílio Emergencial chega a 60% da população brasileira.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/600-dias/arquivos-de-600-dias/cidadania-auxilio-emergencial-chega-a-60-da-populacao-brasileira>. Acesso em 18 jan 2021.

BRASIL. Governo do Brasil. **Programa que permite redução de jornada de trabalho e de salário é prorrogado até 31 de dezembro.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2020/10/programa-que-permite-reducao-de-jornada-de-trabalho-e-de-salario-e-prorrogado-ate-31-de-dezembro>. Acesso em 17 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília/DF, 06 fev 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília/DF, 02 abr 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.999, de 18 de maio de 2020.** Institui o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pequenos negócios; e altera as Leis nºs 13.636, de 20 de março de 2018, 10.735, de 11 de setembro de 2003, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília/DF, 18 maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília/DF, 06 jul 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.043, de 19 de agosto de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos; altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 13.999, de 18 de maio de 2020; e dá outras providências. Brasília/DF, 19 de ago. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Ação Cível Pública n. 0100285-32.2020.5.01.0071.** 71ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, 17.04.2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Ação Cível Pública n. 0100251-67.2020.5.01.0003.** 3ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, 23.03.2020

BRITO, Sávio Breno Pires *et al.* Revisão narrativa da pandemia da COVID-19. **Revista Visa em Debate**, n. 8, v. 2, p. 54-63, 2020. Disponível em: <http://www.visaemdebate.incqs.ocruz.br/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Auxílio Emergencial:** um suporte financeiro do Governo Federal para trabalhadores informais. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/PAGINAS/DEFAULT2.ASPX#:~:text=U%E2%80%8Bm%20suporte%20financeiro,banco%20de%20todos%20os%20brasileiros>. Acesso em 18 de jan 2021.

CARVALHO, R. **Amazonas apresenta colapso no sistema de saúde por causa do corona vírus.** Estadão, 2020. Disponível em: <HTTPS://saude.estadao.com.br/noticias/geral,amazonas-apresenta-colapso-no-sistema-de-saude-por-causa-do-coronavirus,70003272136>. Acesso em 24 jan 2021.

CAVALCANTE, João Roberto *et al.* COVID-19 no Brasil: evolução da epidemia até a semana epidemiológica 20 de 2020. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 4, set. 2020. Disponível em http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400016&lng=pt&nrm=iso. acessos em 11 fev. 2021.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto nº 40.509**, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, e dá outras providências.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 17 jan 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Produto Interno Bruto - PIB.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 17 jan 2021.

OPAS BRASIL. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 11 jan. 2020.

PEIXOTO, Marco Aurélio. **Pandemia jurídica** – impactos do novo coronavírus na atividade jurisdicional. JOTA 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/colunas-cpc-nos-tribunais/pandemia-juridica-impactos-do-novo-coronavirus-na-atividade-jurisdiciona-20032020>. Acesso em 16 jan. 2021.

PESSOA, Gabriela Sá. **Mesmo inflando dados, Brasil é um dos países que menos testa para COVID-19.** Uol, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/07/03/mesmo-com-testes-rapidos-brasil-testa-menos-que-paises-menos-afetados.htm>. Acesso em: 24 jan 2020.

POMPEU, Ana. **STF reafirma competência de estados e municípios para tomar medidas contra Covid-19.** JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-reafirma-competencia-de-estados-e-municipios-para-tomar-medidas-contr-covid-19-15042020>. Acesso em 24 jan 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS JOGOS ONLINE

CIVIL RESPONSIBILITY AND PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS IN ONLINE
GAMES

Douglas Eduardo Figueiredo Souza³²

Adriano Stanley Rocha Souza³³

RESUMO

O mercado de jogos online encontra-se em ascensão em termos tanto de investimento quanto de número de usuários, apresentando situações novas para os aplicadores do direito, principalmente quando se trata da responsabilização pela violação ao direito de personalidade. No mundo real, a proteção desse direito não é mais questionada, todavia, no mundo virtual, graças à sombra do anonimato, existem pessoas que violam esse direito e saem impunes. Este texto tem por objetivo analisar a responsabilidade civil pelos atos praticados nos jogos online, contextualizando as características deste mundo virtual. Abordam-se as regras dos jogos online e do direito à Internet e, conseqüentemente, a responsabilidade dos agentes envolvidos. Mostra-se que mesmo fora do mundo real o direito da personalidade deve ser protegido.

Palavras-chaves: Jogos online. Direitos da Personalidade. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The online game market is increasing in terms of both investment and number of users, presenting new situations for law enforcers, especially when it comes to responsibility for violating the right to personality. In the real world, the protection of this right is no longer questioned, however, in the virtual world, thanks to the shadow of anonymity, there are people who violate this right and go unpunished. The aim of this text is to analyze the civil liability for the acts practiced in online games, contextualizing the characteristics of this virtual world. The rules of online games and the right to the Internet are addressed and, consequently, the responsibility of the agents involved. It is shown that even outside the real world; the right of personality must be protected.

Keywords: Online games. Personality Rights. Civil responsibility.

³² Doutorando e Mestre em Direito Privado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

³³ Mestre e Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Pós-doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

1. INTRODUÇÃO

De lazer a trabalho e de alívio a doença, os jogos eletrônicos são uma realidade que não pode ser esquecida por nenhuma área de estudo, principalmente a do Direito. O universo criado nos jogos online possui linguagem própria e conceitos e informações que devem ser compreendidos, para, posteriormente, aplicar-se a linguagem própria do Direito.

Neste contexto de criação de um mundo virtual que hospeda os jogos online e que funda este estudo, pretende-se analisar a responsabilidade civil na violação aos direitos da personalidade. Assim, conhecer as definições de jogos online e as regras do direito virtual é de suma importância para empreender uma análise da responsabilidade da pessoa envolvida.

Além dos usuários dos jogos online, empresas e terceiros podem se utilizar do mundo virtual para, na sombra do anonimato, praticar atos de violação do direito da personalidade e saírem ilesos de responsabilização. Assim, este estudo se mostra atual e contextualizado em um ambiente de grandes modificações e dúvidas envolvendo os aplicadores do direito, principalmente no que tange à comprovação do dano causado.

2. DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE JOGOS ONLINE

O mundo dos jogos eletrônicos vem passando recentemente por uma grande reviravolta. Depois de seu reconhecimento como prática esportiva, os denominados “E-Sports” deixaram de ser simples disputas entre amigos para se tornarem competições nos níveis nacional e internacional. O mercado desses jogos vem movimentando cada vez mais dinheiro, seja por meio de premiações ou de compra de jogos e utilitários. Lado outro, a Organização Mundial de Saúde³⁴ passou a analisar o excesso de utilização desses recursos eletrônicos, diante da possibilidade de se estar produzindo um vício nocivo à saúde, o qual pode resultar em transtorno, devendo, conseqüentemente, ser tratado como doença.

É neste contexto que se faz necessário conhecer o universo dos jogos online, para não se incorrer no erro de extrapolar a utilização dos jogos como diversão, passando para dependência e, conseqüentemente, para uma doença.

³⁴ A Reforma da CID-11 deve ser apresentada em maio de 2019. Mais informações: <http://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/cid-11-define-uso-abusivo-de-jogos-eletronicos-como-doenca/>

Em busca da efetivação de seu conceito de felicidade, algumas pessoas encontram nos jogos eletrônicos as facilidades da diversão, seguidas do descanso e do estresse cotidiano. Outras, além da diversão, se empenham de tal forma que chegam a viver das rendas decorrentes da prática dos jogos. Barboza e Silva (2014) destacam que as tecnologias que proporcionam diferentes formas de diversão começaram a se popularizar a partir da década de 1980, em um contexto em que o mercado se abriu e tornou-se de grande rentabilidade ainda hoje.

Novas figuras surgiram e outras sofreram transformações para se adequarem à nova realidade. A dos usuários, a dos produtores e a dos fornecedores passaram do mundo real para o virtual, principalmente a partir da popularização da internet. Hoje, conectar ao mundo virtual é pré-requisito mínimo para determinados jogos, destacando-se os MMORPG (*Massive Multiplayer Online Role-Playing Game*)³⁵ e os MOBA (*Multiplayer Online Battle Arena*).³⁶ Em tais nichos, a proposta é manter conectado um grande número de jogadores, os quais irão vivenciar uma experiência conjunta, sem se esquecer dos jogos FPS (*First Person Shooter*).³⁷ Outras classificações dos jogos online podem ser citadas, entretanto este estudo se limita às classificações mencionadas.

O que se percebe é o surgimento de comunidades de jogadores conectados por meio de ligações intrínsecas entre si. A barreira de espaço é ultrapassada pela utilização da Internet e pela participação das pessoas que compõem essas comunidades, as quais podem estar em diversos lugares do planeta. Portanto, o vocabulário dos jogadores deve ser conhecido de forma universal e informal, o que não ocorre este no mundo off-line.³⁸

A primeira grande diferença a se destacar prende-se à forma de trabalhar essa linguagem: enquanto a linguagem utilizada nos jogos online tem sua maior incidência na fala, em nossa realidade prevalece a escrita. Neste sentido, as comunidades de jogos online acabam por utilizar programas que facilitam essa comunicação no momento dos jogos, destacando-se o Skype, o TS3 e o Discord. Há jogadores que se utilizam de imagens para divulgar seu modo de jogar, ensinando ou promovendo algum tipo de jogo, citando-se: o Youtube, o Facebook e o Twitch, todos com bastante difusão entre os streamers³⁹ brasileiros.

Os jogos online assumiram proporções tão grandes que passaram a merecer atenção do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela possibilidade de realização de negócios jurídicos

³⁵ Tradução livre: Multijogadores interpretando personagens

³⁶ Tradução livre: Arena de batalha online de multijogadores

³⁷ Tradução livre: Jogos de tiro em primeira pessoa

³⁸ Tradução livre: desconectado. No contexto, utilizou-se como fora do mundo dos jogos online.

³⁹ São pessoas que utilizam da tecnologia streaming para divulgar informações multimídias por meio de transferência de dados utilizando a Internet.

ou, até mesmo, pela lesão a direitos. A atividade de produção legislativa e doutrinária caracteriza-se pela mutabilidade de conteúdo e sistemas, acompanhando a explosão do desenvolvimento tecnológico e a busca constante por maneiras mais eficientes, práticas e econômicas de lidar com a troca de dados. Questões que até ontem eram pacíficas hoje podem se tornar controvertidas.

Ensina Lago Junior (2001, p. 73):

Um dos muitos que despontam diz respeito exatamente à possibilidade de responsabilização dos autores de atos ilícitos perpetrados pela internet. Esta é a razão pela qual o operador deverá interpretar as normas do ordenamento jurídico vigente, procurando adequá-las à nova realidade que se apresenta.

Este estudo tem como escopo analisar a proteção dos direitos da personalidade diante das lesões praticadas nos jogos online.

Antes de analisar as atividades praticadas nos jogos online, é preciso compreender os sujeitos envolvidos: os usuários, conhecidos como “jogadores”, as produtoras e as distribuidoras dos jogos. Os dois últimos se diferenciam quanto a sua ligação com o jogo, sendo o primeiro o responsável pelo seu desenvolvimento e o segundo somente pela disponibilização no mundo virtual, não sendo capaz de modificar qualquer elemento do jogo. Algumas empresas acumulam as duas funções, como é o caso da *Riot Games*, responsável pelo desenvolvimento e distribuição do jogo *League of Legends*. Já a *Level Up Games* é responsável pela distribuição de jogos para os usuários brasileiros, sem a possibilidade de editá-los.

Os jogos podem ser distribuídos de forma gratuita, conhecida como F2P⁴⁰, ou *Free to play*, ou mediante prévio pagamento, denominada P2P⁴¹, ou *Play to Play*. Mesmo o jogo sendo distribuído de forma gratuita, isso não significa que os jogadores não podem adquirir produtos mediante compra. Explicam Mazukek e Polivanov:

Dentro dos jogos P2P já existe um costume por parte dos jogadores de despendar dinheiro com seus personagens / avatares, fazendo com que eles ganhem benefícios dentro do jogo, como torná-los mais fortes, por exemplo. Nos games F2P isso não é diferente. Muitos jogadores pagam também por essas utilidades para os seus personagens, mesmo o jogo sendo gratuito, pois os gamers (jogadores) desejam benefícios como armas melhores ou armaduras mais fortes, tratando-se quase sempre de algum item que melhore o desempenho de seu personagem (2013, p. 1-2).

⁴⁰ Tradução livre: Livre para jogar

⁴¹ Tradução livre: Pague para jogar

Por intermédio das produtoras ou dos distribuidores dos jogos online, seus usuários conseguem se conectar mundialmente utilizando-se da Internet. Neste sentido dispõem Bezerra, Cecin e Greyer:

Geralmente, cada jogador controla uma entidade chamada de *avatar*, que executa as ações determinadas por ele, interferindo na história o encaminhamento do jogo. Cada ação executada por cada avatar deve ser processada pelo servidor, que calculará o resultado dessa ação no jogo. Esse novo estado é então difundido para outros jogadores. No entanto, percebe-se que esse mecanismo pode facilmente saturar o do servidor (BEZERRA; CECIN; GREYER, 2009, p. 2).

Percebe-se que a peça central para promover a ligação entre os jogadores e o jogo está no servidor disponibilizado pela empresa responsável. Assim, todos os atos praticados nos jogos online serão realizados por intermédio do servidor comum. Tal conhecimento é de suma importância para a análise da responsabilidade civil dos atos praticados em abuso ao direito de personalidade.

3. DIREITO DIGITAL E SUAS IMPLICAÇÕES

A definição jurídica de Internet é apresentada pela Lei 12.965, de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, que dispõe em seu art. 5º, inciso I:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes (BRASIL, 2014).

Sobre os elementos que compõem a Internet e seus provedores de serviços de internet, declara Lago Júnior:

Podemos visualizar os elementos que compõem a internet da seguinte forma: um conjunto de dispositivos (computadores, roteadores, etc.) ligados entre si através de um meio físico (cabos, satélites, etc.) que trocam informações e procedimentos a serem reciprocamente executados por meio de uma linguagem própria, possuindo cada qual um endereço lógico, que possibilita a identificação da posição que cada um dos componentes assume em relação ao conjunto da rede como um todo. Esse endereço lógico, que não guarda qualquer relação com o endereço físico, é que possibilita que cada equipamento possa ser encontrado e reconhecido pelos demais componentes da rede (LAGO JÚNIOR, 2001, p. 21-22).

Greco distingue assim a Internet dos outros meios de comunicação:

[...] enquanto o serviço de telefonia, na estruturação de sua rede e definição dos respectivos terminais utilizados pelos usuários, apoia-se em endereços físicos que indicam a posição concreta em se encontra cada um, a Internet apoia-se em endereços lógicos posto que seu referencial é a própria rede e não o local físico em que se encontram (GRECO, 2001, p. 131).

Outra diferença prende-se ao modo de se conectar: no sistema de telefonia ocorre entre dois pontos físicos, mediante um caminho, ou circuito único, que permanece inalterado durante todo o período da ligação; na Internet ocorre pelo melhor caminho possível dentro da rede, uma vez que os *softwares*, automaticamente, identificam as rotas de menor tráfego para encaminhar as mensagens.

No que tange ao fluxo o sistema de telefonia é contínuo, por se tratar de transmissão de mensagens, permanente e estável; na Internet é feito em pacotes, de modo que cada unidade poderá seguir caminhos diferentes, tornando a mensagem partilhada (GRECO, 2001).

Uma análise superficial pode levar à conclusão errônea de que a Internet é um mecanismo simples, haja vista que seus elementos constitutivos são poucos e parecem suficientemente definidos. Contudo, é preciso levar em consideração que a tecnologia cada dia mais busca novas formas de se desenvolver, tornando cada vez mais complexa a estrutura da Internet. Tal questão não será aqui analisada, uma vez que o interesse deste estudo pretende-se ao aspecto jurídico da questão, salientando-se essa notória mutabilidade do mundo virtual e dificuldade em se produzir leis que acompanhem o desenvolvimento tecnológico e o grande número de violação de direitos evidenciado com o crescimento da Internet.

Quanto ao tema, devem-se destacar suas figuras essenciais que norteiam o direito digital, Segundo Lago Júnior (2001, p. 41), “a essa altura, já é plenamente possível apontar-se quais os sujeitos de direito que necessariamente estarão envolvidos em qualquer tipo de relação jurídica que se trave por meio da Internet”. Em sua obra, aponta os provedores de Internet e os usuários como sendo os sujeitos da relação jurídica. Já para Teixeira (2018) se destacam três figuras: o provedor, o usuário e o site. Em suas palavras, o provedor é definido como uma "empresa que presta serviços relacionados ao funcionamento da internet" (TEIXEIRA, 2018, p. 26).

É comum a confusão entre provedores de acesso, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo, dentre outros tipos, haja vista que muitos dos principais provedores de serviço de Internet abrangem todos os tipos de serviço. Contudo, “provedor de serviço de internet é o gênero do qual as demais categorias (provedor de acesso, provedor de correio

eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são espécies” (LEONARDI, 2005. p. 19).

Ao tratar de provedor de acesso, Teixeira dispôs que "a função do provedor de acesso é disponibilizar ao usuário o acesso à internet, normalmente mediante conexão telefônica (mas não necessariamente), estabelecendo, então, o canal de contato com a rede mundial de computadores" (TEIXEIRA, 2018, p. 27).

O provedor de correio eletrônico fornece ao usuário um nome, também conhecido como “login”, e uma senha para acesso exclusivo a uma conta que possibilita o envio e o recebimento de mensagens. Além dessa conta, o provedor de correio eletrônico disponibiliza um espaço em disco rígido em um servidor remoto para o armazenamento de tais mensagens (LEONARDI, 2005).

Assim como o provedor de acesso, seus contratos são celebrados mediante adesão e a relação do provedor de correio eletrônico e do usuário é de consumo, sujeito ao Código de Defesa do consumidor.

Provedor de hospedagem é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas. A partir do momento em que uma pessoa disponibiliza informações em um *site* hospedeiro, qualquer outra que possua acesso à rede mundial de computadores pode acessar essa informação (LEONARDI, 2005).

Os provedores de conteúdo estão ligados à ideia de fornecimento de serviços e produtos:

Por sua vez, o provedor de conteúdo, também conhecido como provedor de produtos e serviços é aquele que, na internet, coloca à disposição do usuário a possibilidade de adquirir vários serviços (por exemplo, acesso a informações, como ocorre com os serviços de bancos de dados prestados por empresas que fornecem informações sobre crédito) e produtos (físicos - por exemplo, compra de eletrodomésticos - ou digitalizados – compra de programa de computador) (TEIXEIRA, 2018, p. 27).

Após essa breve abordagem sobre o provedor, passa-se a diferenciá-lo do site, definido por Teixeira como "o conjunto de informações e imagens alocadas em um servidor e disponibilizadas de forma virtual na internet" (TEIXEIRA, 2018, p. 28). Assim como aos provedores, os sites possuem classificações distintas, que não serão abordadas neste estudo.

Quanto ao usuário, como o próprio nome diz, é o destinatário do serviço prestado; ou seja, a pessoa que utilizará este mecanismo para acessar a Internet. No caso em tela,

evidenciam-se os jogadores, uma vez que se tem por objeto o estudo dos atos praticados nos jogos online.

No que tange à legislação, o “Marco Civil da Internet” regulamentou grande parte das relações do mundo virtual, evidenciando suas principais diretrizes. Destacam-se a proteção à liberdade do internauta, a neutralidade da rede⁴² e o direito a privacidade, resguardando, assim, seus direitos de desenvolvimento pleno de personalidade, seja no mundo real ou virtual.

Merece destaque também a indicação da legislação aplicável às relações desenvolvidas no mundo virtual, pois, como não existe um espaço físico, podendo, ainda, aproximar pessoas de diversos países, saber as regras que regulamentam as atividades do mundo virtual assegura o respeito aos direitos dos personagens envolvidos. Apesar de o usuário aderir às regras e políticas de privacidade de cada serviço, o “Marco Civil da Internet” exige que seja aplicada a lei brasileira quando pelo menos uma das partes da relação for brasileira, ainda que o provedor esteja em outro país. Neste sentido dispõe o art. 11 da referida lei,

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo. (BRASIL, 2014)

Para o desenvolvimento deste artigo, também deve merecer destaque o disposto no art. 19 da mesma Lei, posto que regulamenta a questão de liberdade de expressão:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu

⁴² “Art. 9º. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

Portanto, a responsabilidade civil dos provedores de hospedagem somente estará configurada a partir da notificação judicial e se posteriormente não cumprir tal decisão, diferentemente do provedor de conteúdo, que é responsável pelas informações prestadas, entretanto não se responsabilizada pelos comentários de terceiro. Neste sentido complementa o art. 18 da referida lei, ao dispor: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” (BRASIL, 2014).

Quanto aos provedores, o “Marco Civil da Internet” solucionou o assunto no que versa sobre sua responsabilidade civil. Entretanto, outro ponto foi evidenciado: o que se discute é o problema da identificação das partes, uma vez que existe a possibilidade de se realizar atos pela Internet escondidos sob o manto do anonimato, em que somente os provedores de serviços de internet têm condições de fornecer os dados de seus usuários, que também poderão utilizar de dados errados ou inexistentes, dificultando sua localização imediata. Outro ponto que merece destaque é a forma de comprovar esses danos.

4. DIREITO DA PERSONALIDADE E JOGOS ONLINE

A “Era Digital” apresentou um novo desafio para a proteção dos direitos da personalidade, isto porque a partir deste meio de comunicação as informações são prestadas em nível global, difundidas em questões de minutos.

Se, de um lado, o aspecto positivo de acesso à informação deve ser evidenciado, de outro, a vinculação de notícias falsas e de dados enganosos e a modificação da realidade devem ser algo que merece cuidado.

Sabe-se que a proteção dos direitos da personalidade passou por inúmeras modificações até o reconhecimento integral de sua proteção, principalmente a partir da implementação da reparação do dano moral. Explica Bittar sobre os direitos da personalidade:

Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos “essenciais” que formam a medula da personalidade (BITTAR, 2008, p.6).

Acrescenta Cavalieri Filho (2015):

A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se os também chamados novos direitos da personalidade: a imagem, bom nome, a reputação, os sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 119).

Nesta perspectiva, a proteção ao direito de personalidade está intimamente ligada à concretização da dignidade da pessoa humana, devendo o ordenamento jurídico buscar mecanismos de proteção. Tal proteção não pode parar no tempo, devendo seus conceitos e formas se adequarem à sociedade complexa da atualidade. Nesse sentido, Borges (2007) salienta:

Para a efetiva proteção dos direitos da personalidade, é preciso garantir uma interpretação do direito que o considere um instrumento versátil e flexível, capaz de se adaptar às novas circunstâncias que surgem a cada dia na sociedade. Conceber o princípio da dignidade da pessoa humana ou os direitos da personalidade com significados rígidos, fechados ou a-históricos impede a efetiva concretização da ampla proteção da pessoa. O direito não está separado da sociedade. Ao contrário, é um elemento que a compõe, sofrendo, portanto, constantemente, suas influências. (BORGES, 2007 p. 29).

Acrescenta-se a essa dificuldade a difusão em massa de informações. Nesse sentido, salientam Pompéo e Franceschi:

Por isso que, mais do que nunca, a definição de direitos de personalidade assume especial relevância no contexto atual, no qual a superexposição propiciada pelas redes sociais e, mais recentemente, pelo aplicativo Whatsapp, recrudescem a necessidade de resguardar a personalidade, o nome, a honra e a imagem também no âmbito digital, já que estes valores compõem o centro do ordenamento jurídico. Não obstante a tanto, por que a definição do que são direitos de personalidade perpassa, afinal, pela personalidade do cidadão e a sociedade em que está inserido, na medida em que possui um vínculo fundamental e estrito à individualidade da pessoa e o seu pleno desenvolvimento (POMPÉO, FRANCESCHI, 2015. p. 8).

Pelo exposto, pode-se perceber que alguns direitos da personalidade possuem maior exposição no mundo virtual, destacando-se a privacidade, a imagem, a honra e o nome. Neste contexto, é preciso desenvolver constantemente mecanismos de prevenção e sanção, a fim de proteger a ordem jurídica e, principalmente, a garantia do livre desenvolvimento da personalidade. Quanto ao direito da privacidade, Schreiber salienta que

[...] a tutela da privacidade vem exigir meios que transcendam a mera proteção negativa – não intromissão na vida privada, não obtenção de dados etc. –, para exigir, diante da inevitabilidade da coleta de dados pessoais, comportamentos positivos, que imponham a verificação de autenticidade das informações, sua correção, seu seguro

armazenamento, sua utilização limitada à finalidade específica para a qual são fornecidos, sua avaliação não discriminatória e assim por diante (SCHREIBER, p. 23).

O contexto do mundo virtual trouxe novas implicações para a conceituação e a caracterização dos direitos da personalidade, impedido que tenham um papel estático nesta sociedade complexa. Entretanto, não é objeto deste estudo a busca por essa estrutura de proteção dos direitos da personalidade em todo o ambiente virtual, tendo por foco a violação do direito da personalidade nos jogos online, tendo em vista seu caráter de oralidade (utilização de programas de voz fornecidos pelo próprio jogo ou por auxílio de terceiros) ou mensagens trocadas que apagam em questões de minutos (mensagens enviadas via bate papo do próprio jogo).

Como no mundo real, o mundo virtual apresenta regras preexistentes de tratamento e urbanidade para a proteção dos envolvidos. Assim, não seria diferente nos jogos online, que apresentam regras para que seus usuários possam desfrutar a experiência dentro do mundo virtual sem causar lesão a terceiros ou ter seus direitos violados. Em regra, essas normas são estabelecidas previamente pelas empresas distribuidoras e transmitidas aos usuários pela política de utilização, organizadas sob a forma de um contrato virtual, de adesão, que consiste na licença e uso do software, bem como as regras e punições cabíveis dentro do jogo.

Mesmo contando com essas regras próprias de cada plataforma e jogos, não se afasta a incidência das regras do Direito brasileiro, uma vez que, conforme já demonstrando, após a regulamentação, por intermédio do “Marco Civil da Internet”, se uma das partes envolvidas encontra-se no território brasileiro, sujeitar-se-á ao ordenamento jurídico, nos termos de seu artigo 11.

Assim, ainda que não previstos nas disposições estabelecidas pela empresa distribuidora dos jogos, os direitos da personalidade possuem proteção, evidenciando as disposições da Constituição, do próprio Código Civil e do “Marco Civil da Internet”. Esta última, em seu artigo 10, disciplina:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Esclarece Lago Júnior:

Quanto à responsabilidade das pessoas, que pessoalmente divulgam mensagens injuriosas, difamatórias, ou caluniosas, por meio da rede, não há dúvidas de que sua conduta no ambiente virtual não difere ontologicamente da que pratica por qualquer outro meio, podendo mesmo dizer-se que é possível a aplicação direta da legislação vigente, apenas tendo o cuidado de conformá-la aqui ou ali com as novas especificidades que surjam (LAGO JÚNIOR, 2001, p. 96).

Depreende-se que tanto os usuários dos jogos online como as empresas distribuidoras estão sujeitas ao respeito aos direitos da personalidade, em qualquer uma de suas classificações, não só no momento de sua contratação e elaboração, mas também no momento de sua execução; ou seja, quando seus usuários encontram-se conectados aos jogos via Internet.

No momento da elaboração dos jogos e de suas diretrizes, as empresas produtoras dos jogos devem orientar seus produtos no sentido de evitar qualquer afronta aos direitos garantidos constitucionalmente, sob pena de terem sua distribuição proibida no território brasileiro, principalmente no que tange aos jogos de MMORPG, que visam contar histórias e construir as personalidades de seus personagens. Assim, pode-se citar como exemplo que os jogos online não podem ter caráter atentatório às liberdades e garantias fundamentais.

Já em fase posterior – ou seja, após a distribuição –, devem-se buscar políticas capazes de evitar a violação dos direitos nesse mundo criado e desenvolvido para unir usuários em diversas localidades. Isso significa que não somente as regras do contrato de adesão devem ser respeitadas, retirando a ideia de um mundo virtual sem lei, principalmente a partir da compreensão do anonimato proporcionado pela Internet, que gera determinada confiança naqueles que utilizam indevidamente deste meio de comunicação.

A questão acerca do direito à intimidade e privacidade na internet vem sendo amplamente discutida e debatida em tempos atuais, com o fito de proibir e solucionar problemas dele emergidos, que invariavelmente vêm ensejando a aplicação de responsabilização civil como modo de resolução da indisposta ofensa, bem assim, em grande parte das vezes, os crimes na web vem a afrontar tais direitos. Em que pese ter sido inculcada a errônea ideia de que a internet simboliza um meio anônimo, como “anarquismo virtual”, por meio do qual as pessoas que nela “navegam” são totalmente desconhecidas e imaginárias, principalmente de impossível identificação, o direito a estar só, o privilégio e a autoconsciência têm sido, frequentemente, objeto de violação por meio de várias artimanhas informáticas, passíveis de verificação (VACIM; GONÇALVES, 2011 p. 40).

Se algum ato, mesmo que no mundo virtual, violar direito de outrem, causando dano a outros usuários, gerará ao causador do dano a obrigação de indenizar.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E JOGOS ONLINE

É no contexto da comprovação da responsabilidade civil que se encontra a maior dificuldade para os usuários/jogadores. Isso porque se está diante de uma responsabilidade civil subjetiva.

“Não basta a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado. A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 29).

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposos (negligência, imprudência e imperícia). Neste sentido, além dos elementos essenciais da responsabilidade civil – conduta, dano e nexos –, cabe à vítima provar a culpa do autor do dano.

Para a configuração da responsabilidade civil, existem elementos considerados essenciais. No mundo virtual isso não seria diferente. A grande dificuldade reside em comprovar uma conduta, principalmente em jogos online. Segundo Gagliano e Pamplona Filho, o elemento fundamental da conduta é a voluntariedade do ato praticado. Tais atos somente praticados, de forma positiva ou negativamente, por homens, visto que os fatos da natureza não são passíveis de serem responsabilizados civilmente (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017).

Saber que uma conduta no mundo virtual pode gerar dano é algo banal, principalmente a partir da edição do “Marco Civil da Internet”, que acabou com qualquer discursão contrária à responsabilização pelos prejuízos causados. O grande problema é: como comprovar essa conduta do mundo virtual em um mundo físico. Até mesmo porque as violações ocorridas nos jogos online não possuem a característica de se hospedarem e de gravarem seus dados, e sim a de promover trocas de mensagens e conteúdo por voz, sem qualquer preocupação com seus efeitos para além daquela relação de momento.

Pessoas que utilizam indevidamente os jogos online aproveitam para disseminar condutas ilícitas e violar direito de outrem, acreditando e se escondendo no anonimato proporcionado pelos cadastros falsos. Para facilitar a compreensão sobre as condutas praticadas nos jogos online, elas podem ser divididas quanto a suas principais categorias:

a) Das fornecedoras/distribuidoras dos jogos online – podem ser responsabilizadas de duas formas. Para caracterizar a primeira, deve-se demonstrar a culpa do agente causador do

dano, que pode ser evidenciado a partir da introdução de elementos violadores do direito da personalidade no próprio contexto dos jogos. Além disso, podem ser responsabilizados por erros, defeitos ou falhas apresentados pelo programa levado a público.

Ensinam Koscianski e Soares:

Há termos relacionados com erros de programação que, algumas vezes, provocam um pouco de confusão. Embora evoquem ideias parecidas, defeito, erro e falha não são sinônimos entre si e são usadas para designar conceitos distintos.

Defeito é uma imperfeição de um produto. O defeito faz parte do produto e, em geral, refere-se a algo que está implementado no código de maneira incorreta.

Falha é o resultado errado provocado por um defeito ou condição inesperada (p. 30-32).

Além da responsabilização pela qualidade do produto, no sentido de seu funcionamento, a empresa também pode ser responsabilizada pela execução da história, visto que seu contexto pode ser caracterizador de violação aos direitos da personalidade.

Outro ponto que merece destaque é quanto à responsabilidade subsidiária desta empresa quando notificada para retirar o conteúdo da disponibilidade virtual, mas mesmo assim permanece inerte. Tal previsão encontra-se disciplinada no art. 21 da lei que regulamenta o “Marco Civil da Internet”:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido (BRASIL, 2014).

O artigo supramencionado aplica-se nas situações que envolvam fórum de troca de informações dos jogos. Normalmente, as empresas fornecem espaço para a troca de mensagens dos usuários fora do ambiente de jogo. Estes fóruns possibilitam aos usuários tirar dúvidas, apresentar propostas e debater sobre as atualizações em seu aspecto positivo. Contudo, como não conseguem previamente estabelecer o conteúdo publicado por cada usuário, o controle é feito posteriormente à publicação, ou seja, depois de disponibilizado no mundo virtual.

Mais uma vez, percebe-se a busca pela proteção aos direitos da personalidade. Neste ponto, a empresa somente passa a se responsabilizar pela conduta de terceiros quando permanece inerte diante da violação de um direito. Assim, para a configuração deste tipo de

responsabilidade, necessário se faz a notificação da empresa responsável para que tome as medidas para cessar a violação do direito.

No caso supracitado, quem comete a conduta é o próprio usuário ou jogador. Assim, passa-se a analisar a responsabilidade deste. No contexto dos jogos online, as mensagens trocadas têm o condão de transmitir de forma imediata e global seu conteúdo, tornando-se, assim, uma forma de comunicação de massa. Entretanto, deve-se evidenciar que existem as comunicações privadas, ou seja, somente entre os usuários, entre um grupo específico de jogadores ou geral, incluído, assim, todos os jogadores online no momento da transmissão da mensagem. Portanto, o alcance da informação depende da forma adotada.

Por oportuno, destaca-se que independente da forma de comunicação adotada, existindo violação ao direito de personalidade, este deve ser reparado. Quanto à liberdade de expressão no mundo virtual, o “Marco Civil da Internet” assim disciplina:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

As informações prestadas nos provedor de aplicação somente serão responsabilizadas após o não cumprimento da ordem judicial que determinou as providências necessárias à retirada do ato violador de direito. Entretanto, o usuário que propagou a informação poderá ter sua responsabilização caracterizada desde que comprovada a existência dos elementos necessários, quais sejam: o dano, a conduta e o nexo causal.

O debate mais decisivo nessa seara versa sobre a liberdade de expressão, o discurso de ódio e a introdução de elementos errôneos nas notícias divulgadas para manipular a realidade fática. Os crimes mais comuns perpetrados por intermédio desses mecanismos de comunicação são: divulgação de informações injuriosas, difamatórias ou caluniosas e violação do direito à honra e imagem da pessoa.

Esclarece Rothenburg e Stroppa (2015, p. 12): “O âmbito de proteção da liberdade de expressão não abarca manifestações voltadas a atingir a dignidade da pessoa humana e à construção de um ambiente de tolerância conforme os objetivos da República Brasileira positivados no art. 3º da CF/88”.

Percebe-se que o princípio da liberdade pode, muitas vezes, acabar uma questão que vai além do exercício do seu direito e, sim, violar o direito alheio.

Silva et al. conceituam o discurso do ódio da seguinte maneira:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor (p. 447).

Nesse sentido, aquele deseja divulgar seu discurso aproveita-se das facilidades da Internet, por meio da persuasão, para dar publicidade e atrair pessoas que possuem pensamentos semelhantes. A partir dessa disseminação, os atingidos passam a sofrer uma violação a sua dimensão intersubjetiva, protegida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Continuam Silva et al.:

A fim de manifestar-se e atingir seus objetivos danosos, o discurso de ódio deve ser veiculado por um meio comunicacional. Esse meio é escolhido de acordo com o período histórico vivido pelo autor, com suas condições aquisitivas e de acesso às tecnologias, com o público visado por este, entre outras variáveis. Inclusive, pode-se dizer que o discurso é tanto mais nocivo quanto maior o poder difusor de seu meio de veiculação. Se há alguns séculos a propagação de ideias se restringia ao círculo exíguo daqueles que sabiam ler e tinham acesso a livros, hoje essa divulgação alcança um espectro bem mais amplo de pessoas, dada a democratização educacional e a evolução dos meios comunicacionais. Tal evolução, que passa pelo rádio e pela televisão, atinge seu auge com o advento da internet. (p. 449)

Esse debate entre discurso de liberdade de expressão e discurso de ódio foi enfrentado por Ommati⁴³, cuja obra é indicada para aprofundamento do tema, principalmente no contexto atual brasileiro.

b) De terceiros (ou seja, a conduta não foi realizada pela empresa e tampouco pelo usuário, aqui evidenciando duas situações: os crackers e o empréstimo de contas) – a conta de acesso ao jogo online às distribuidoras possuem regras específicas quanto a sua vedação, sob pena de serem aplicadas as medidas previstas no contrato de adesão, o que, muitas vezes,

⁴³ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1998**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

possibilita a exclusão da conta. Citam-se as regras de conduta da Riot Games para o jogo *League of Legends*.⁴⁴

Como se trata de empréstimo, a conduta praticada pela pessoa no uso da conta é atribuída ao próprio titular, uma vez que escolheu de forma errada uma pessoa para usar sua conta. Neste sentido, não isenta de responsabilidade o titular da conta no jogo online a alegação de que uma terceira pessoa, a partir do empréstimo, praticou ato que viole direito de terceiro, cabendo neste caso o direito de regresso contra a pessoa que perpetrou o ato, mediante comprovação da conduta violadora de direito.

A conduta dos crackers deve ser diferenciada daquela dos hackers, que, segundo Vacim e Gonçalves,

[...] em termos distintos, o hacker é aquele que é atizado exclusivamente pelo desafio intelectual de romper as defesas de um sistema operacional - e aí encerrar sua batalha mental, sem, contudo, deliberada intenção delitiva. Já o cracker pode ser diferenciado no sentido de que é ele quem inicia sua batalha quando do rompimento das defesas do sistema operacional sob ataque, tendo em vista a obtenção de benefícios para si ou para outrem, sempre em detrimento de terceiros, em nítida finalidade delitiva (VACIM; GONÇALVES, 2011 p. 37).

Diferente do empréstimo de conta, a conduta dos crackers encontra-se na violação de segurança de um sistema e, a partir disso, na realização de atos que visam obter benefícios próprios ou de terceiros em detrimento ao usuário que teve sua conta invadida. Portanto, não existe ligação direta entre o usuário e o cracker. Nesta espécie, comprovada a não vinculação entre o usuário e o cracker, não há que se falar em responsabilidade do usuário e, até mesmo, da distribuidora do jogo quanto às informações prestadas e às violações praticadas a terceiros.

c) Dos próprios jogadores – No que tange à conduta do usuário/jogador, é mais fácil reconhecer sua obrigação de reparar pelo dano causado, pois, assim como ocorre no mundo real, no mundo virtual a pessoa é responsável por suas condutas e, conseqüentemente, responde pelos prejuízos causados a outrem. Neste sentido dispõem os artigos 186⁴⁵ e 187⁴⁶, complementados pelo artigo 927⁴⁷, todos do Código Civil brasileiro. Portanto, conforme já demonstrando no decorrer deste estudo, o jogador é responsável pelos atos praticados no mundo virtual, respondendo civilmente no mundo real. Há que se destacar que o conhecimento de atos

⁴⁴ Mais informações sobre o termo de uso, ver <https://br.leagueoflegends.com/pt/legal/termsfuse>

⁴⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

próprios dos jogos é necessário, uma vez que existem, por exemplo, jogos voltados para duelos ou combates que geram a morte do personagem, não gerando neste contexto uma responsabilização. A proteção jurídica está na conduta para além do previsto como meta do jogo; ou seja, extrapolar o exercício do direito e adentrar no ato ilícito.

Assim, praticando ato que viole qualquer direito durante a prática dos jogos online, ficará o usuário responsável por sua conduta. Percebe-se neste caso que a empresa produtora/distribuidora em nada está ligada à conduta de seu usuário, situação em que não possui legitimidade para responder pelos atos praticados em seus jogos.

Os danos causados pelo próprio jogador podem ser de ordem tanto material quanto moral e estarão sujeitos a reparação. Para sua identificação, torna-se necessário o auxílio da empresa responsável pelo jogo, que detém em seu banco de dados as informações prestadas no momento do cadastro de cada usuário. Lembre-se de que muitos usuários podem utilizar-se de informações falsas ou da ausência destas no momento do cadastro nas plataformas de jogos, o que exigiria uma pesquisa mais aprofundada quanto à origem do ato praticado. Para tanto, necessária se faz a realização de uma pesquisa pelo Endereço de Protocolo de Internet (IP)⁴⁸, que fornecerá dados da máquina utilizada no momento da realização da conduta lesiva, uma vez que é de competência da empresa responsável pelo jogo armazenar o registro de conexão.

Em todas as condutas expostas neste tópico, o que se percebe é a existência de proteção na relação jurídica, entretanto com grande dificuldade de prova, porque nos jogos online não existe um arquivo de mensagens trocadas, o que ocorre, por exemplo, nos fóruns de cada jogo. Assim, apesar de existir proteção, o direito ainda encontra-se em constante violação e sem reparação por ausência de provas.

⁴⁸ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

O que se apurou neste estudo é que a busca pela proteção do direito da personalidade existe, entretanto torna-se ineficaz, visto que não há forma de comprovar tal violação, posto que as trocas de informações online e nos jogos não apresentam um banco de dados capaz de realizar buscas de comprovação dessa conduta delitiva. Alguns jogos podem apresentar estes dados, entretanto são de difícil aquisição e, para além das mensagens digitadas, ainda têm as conversas por programa de voz, que não geram gravação e, conseqüentemente, não possuem provas quanto a sua realização.

6. CONCLUSÃO

O mercado de jogos online é uma realidade da nossa atualidade. Uma de suas modalidades é reconhecida como “E-Sports”, que movimenta milhões, contando com a participação de vários usuários/jogadores no mundo todo. Com essa concentração de negócios jurídicos realizados no mundo virtual o Direito não pode deixar de enfrentar tal demanda.

Neste contexto, antes de transportar para a linguagem jurídica e de considerar a proteção devida, torna-se necessário conhecer a linguagem, o estilo e as situações necessárias que envolvem os jogos online, para, posteriormente, adequar a proteção jurídica. Assim, não seria diferente quanto à proteção aos direitos da personalidade, visto que no mundo real essa proteção já existe.

Conhecer o contexto dos jogos e suas peculiaridades torna-se fundamental, também por estabelecer o local de realização dessas atividades do mundo virtual. O “Marco Civil da internet” foi extremamente relevante para a resolução das demandas no mundo virtual. Contudo, ainda existem situações que não se encontram resolvidas por esta lei, necessitando de um contínuo trabalho da doutrina e da jurisprudência para solucionar os conflitos.

No que tange aos jogos online, a dificuldade ainda se encontra na comprovação da violação dos direitos realizados neste mundo criado para conectar jogadores de todo o mundo. A legislação brasileira visa proteger os usuários quanto às práticas ilícitas. Entretanto, ainda encontra dificuldade para sua comprovação.

Determinar o tipo de responsabilidade civil de cada um dos envolvidos é de suma importância, retirando dos usuários a sensação de impunidade garantida por um anonimato. O que se percebe no contexto dos jogos prende-se à dificuldade de produzir provas quanto aos danos causados, principalmente no que tange à troca de mensagens digitadas e faladas durante

os jogos. Isso porque as trocas de mensagens, na maioria das vezes, não possui um banco de dados suficientes para armazenar todos os arquivos trocados.

A falta de armazenamento dos dados é uma situação que deve ser enfrentada pelas empresas fornecedoras e pelas produtoras dos jogos e serviços de troca de mensagem, para uma posterior comprovação do direito da personalidade, já que as regras pertinentes a este tema, tratadas no “Marco Civil da Internet”, mencionam apenas os provedores de aplicação, que possibilitam a divulgação de mensagens em seus sites, seja sob prévia revisão ou não. Assim, quanto aos jogos online não foram encontradas regras específicas quanto ao tema.

Deve-se evidenciar que o direito vem buscando mecanismos capazes de auxiliar a comprovação dos danos praticados no mundo virtual a partir da utilização das atas notariais, previstas no Código de Processo Civil, como meio de prova. Por meio delas, muitos dos atos podem ser comprovados. Entretanto, ainda fica a dificuldade das mensagens trocadas por programas de áudio e, além disso, os jogos de MMORPG, MOBA e FPS, todos online, não possuem formas de interromper a troca de informações para levar a um Cartório de Notas, impossibilitando sua realização.

Contudo, a falta de mecanismos práticos e fáceis não retira a proteção jurídica necessária no caso de violação aos direitos da personalidade, requerendo maior esforço para sua proteção. Neste sentido, conhecer os jogos online e suas peculiaridades torna-se essencial para promover a proteção dos direitos violados no mundo virtual.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Eduardo Fernando Uliana; SILVA, Ana Carolina de Araújo. **A evolução tecnológica dos jogos eletrônicos: do videogame para o newsgame.** In: 5º SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE CIBERJORNALISMO, 2014, Campo Grande. Anais eletrônicos... Campo Grande, [s.n.], 2014. p. 1-16. Disponível em: <<http://www.ciberjor.ufms.br/ciberjor5/files/2014/07/eduardo.pdf>>. Acessado em 19/01/2019.

BEZERRA, Carlos Eduardo Benevides; CECIN, Fábio Reis; GEYER, Cláudio Fernando Resin. **Modelos de suporte distribuído para jogos online maciçamente multijogador.** Revista Diálogo, Canoas, V. 14, 2009, p. 123-146. Disponível em: <https://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs_online/artigos/dialogo/2009_n14/cebbezerra.pdf>. Acessado em 17/12/2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os DIREITOS DA PERSONALIDADE.** 7ª ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA.** 2ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014: **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acessado em 17/12/2018.

CAVALIERI FILHO; Sérgio. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.** 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Rodolfo. Manual de Direito Civil;** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Marco Aurélio. **INTERNET E DIREITO.** São Paulo: Dialética, 2001.

KOSCIANSKI, André; SOARES, Michel dos Santos. **Qualidade de Software.** Aprenda as metodologias e técnicas mais modernas para o desenvolvimento de software. 2ª ed. Novatec. Disponível em: <<https://www.martinsfontespaulista.com.br/anexos/produtos/capitulos/241804.pdf>> Acessado em 17/12/2018.

LAGO JÚNIOR, Antônio. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS ILÍCITOS NA INTERNET.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEONARDI. Marcel. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MAZUREK, Mike; POLIVANOV, Beatriz. **Consumo de Bens Virtuais em Jogos Online – Status, Diferenciação e Sociabilidade em League of Legends.** In: 7º SIMPÓSIO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIBERCULTURA. 2013. Curitiba. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/7210438-Consumo-de-bens-virtuais-em-jogos-online-status-diferenciacao-e-sociabilidade-em-league-of-legends-1-mike-mazurek-2-beatriz-polivanov-3.html>>. Acessado em 15/01/2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1998.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.). **DIREITO DIGITAL APLICADO.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

POMPÉO, Wagner Augusto Hundertmarck; FRANCESCHI, Ansré Leandro de. **RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE COMPARTILHAMENTO DE MENSAGENS E IMAGENS VIA WHATSAPP:** Direito de personalidade na era da internet. Disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14258/2700> Acessado em 12/02/2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO:** o conflito discursivo nas redes sociais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 17/12/2018.

SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Disponível em <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31361193/Anderson_Schreiber -
_Artigo_sobre_Direitos_da_Personalidade.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53
UL3A&Expires=1550003404&Signature=QlboYAMY%2FFpzbfgBX%2BzuPW6L%2F7A
%3D&response-content-
disposition=inline%3B%20filename%3DOs_Direitos_da_Personalidade_e_o_Codigo.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31361193/Anderson_Schreiber_-_Artigo_sobre_Direitos_da_Personalidade.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550003404&Signature=QlboYAMY%2FFpzbfgBX%2BzuPW6L%2F7A%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DOs_Direitos_da_Personalidade_e_o_Codigo.pdf)>. Acessado em 12/02/2018.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Alessandra; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **DISCURSO DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS: Jurisprudência brasileira**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2>. Acessado em 17/12/2018>. Acessado em 17/12/2018.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2018.

VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Os cybercrimes e o cyberbullying** – apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. In: Revista Jurisprudência Mineira a. 62, n° 199, p. 21-55, out./dez. 2011. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/395/1/D4v1992011.pdf> >. Acessado em 15/01/2019.

SOCIALIZAÇÃO COMO ALIENAÇÃO: Como as instituições (de) formam os sujeitos

SOCIALIZATION AS ALIENATION: How institutions (de) form subjects

Vinícius Silva Bonfim⁴⁹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o discurso clínico como forma de justificativa da construção da identidade, da subjetividade, a partir da análise de Lacan a respeito da socialização. Para tanto, recorre-se ao conceito de Estádio do Espelho para entender as formas de representação do sujeito e, também, diagnosticar a colonialidade do poder nas estruturas subalternizantes das alteridades pela cultura hegemônica europeia. Portanto, a metodologia a ser utilizada será de revisão bibliográfica de livros e artigos que mapeiam a ideologia colonial e proporcionam insurreições populares e democráticas a partir do sul global para processos de libertação e conquista de direitos.

Palavras Chaves: Espelho; Socialização; Democracia; Colonialidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze clinical discourse as a way of justifying the construction of identity, subjectivity, based on Lacan's analysis of socialization. For this purpose, the concept of Estádio do Espelho is used to understand the forms of representation of the subject and, also, to diagnose the coloniality of power in the subordinate structures of alterities by European hegemonic culture. Therefore, the methodology to be used will be a bibliographic review of books and articles that map the colonial ideology and provide popular and democratic uprisings from the global south for processes of liberation and conquest of rights.

Keywords: Mirror; Socialization; Democracy; Coloniality.

⁴⁹ Doutor e mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas. Professor na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo; leciona Teoria do Estado e Ciência política; Direito Constitucional I,II e III. Professor da PUC-Minas na Pós Graduação em Ciências Criminais, leciona Hermenêutica Jurídica e Professor na Pós-Graduação da PUC-Minas de Direito Ambiental e Minerário, leciona a disciplina Teoria Geral do Direito Público. E-mail: bonfimh@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio recorre-se à teoria lacaniana como forma de compreensão da função do Eu⁵⁰ a partir da concepção de *Estádio do Espelho* para repensar o processo de colonialidade subalternizante.

Como objeto de análise serão estudados alguns recursos, ou dispositivos de alienação e subalternização que a colonialidade recorre para perpetuar os processos de violência que, na América Latina, ainda se encontram em evidência (QUIJANO, 2014).

A modernidade se inicia na América Latina em 1492 com a invasão do território pelos portugueses e pelos espanhóis (MAGALHÃES, 2008). As culturas tradicionais que habitavam a América Latina anteriormente à invasão, possuíam desenvolvimento cognitivo, cultural, político, religioso e ordenamentos jurídicos próprios, cada qual com uma racionalidade específica, uma história própria. Ainda na atualidade há um completo desconhecimento dos saberes tradicionais de culturas diversas da tradicionalmente constituídas na cultura moderna, por serem consideradas subalternas às coloniais.

Os estereótipos são exemplares dispositivos da ética utilitária que visa reduzir a complexidade para alcançar um espectro maior nas suas decisões. Ele, o utilitarismo, sempre trabalha na lógica de custo benefício, no aumento de saldo líquido da felicidade de uns em detrimento de outros.

A homogeneização das culturas é um movimento degradante e, em especial, violento, típico do colonialismo capitalista, de branqueamento e heteronormativo. Os sujeitos são tratados como instrumento de um movimento estratégico e que define que alguns modelos de vida, família e sociedade, devam ser espelhos fundamentais para a construção de uma sociedade dita democrática. No fundo, uma contradição performática, mas ainda que evidente para os críticos, possui forte poder teleológico. Isso significa que racionalidades instrumentais estão a frente de outras racionalidades que possibilitam as dignidades humanas serem tratadas com um mesmo nível de respeito e consideração.

⁵⁰ Cabe salientar que o Eu, com maiúscula, serve para exprimir a distinção específica que Lacan sustenta entre o Eu (je), sujeito do inconsciente, e o eu (moi), com minúscula, que se dirige aos outros pronomes pessoais franceses como eu e supereu.

É por esse trajeto clínico e crítico, tanto da hermenêutica decolonial, quanto de uma psicanálise compromissada com as liberdades básicas caminha. Na justificativa de aplicação da linguagem no campo da ação, dos jogos de adjetivos morais que acabam por condicionar lugares pré-selecionados na sociedade moderna.

Para suporte analítico, utiliza-se a tese de Lacan sobre o Estádio do Espelho, como se pode verificar a seguir.

2. DESENVOLVIMENTO

O termo estágio é usado pela biologia para indicar uma “fase do desenvolvimento infantil marcada por processos desencadeados a partir da internalização da imagem especular de si” (SAFATLE, 2007, p. 26). Lacan opera com a tendência psicanalítica em compreender socialização e formação da individualidade a partir de processos de identificação do sujeito. Ou seja, o que ele busca demonstrar é que o sujeito, enquanto ser inserido na sociedade, atua a partir de tipos ideais - *modelos* - de orientação para desejar, agir, julgar, construir seu mundo. É o que Lacan chama de o Outro (lê-se “grande outro”). Pode-se dizer que a socialização é o processo de formação da subjetividade que é pautada por modelos de orientação reconhecidos e encarnados pelos sujeitos.

O conceito de justiça, de sucesso e de felicidade é fruto do processo colonial de subalternização, uma naturalização dos desejos que são criados pelos meios de produção capitalista e que encontram na modernidade, um campo perfeito de desenvolvimento. A formação dos signos e dos significados pela indústria da cultura permite a estruturação da realidade contemporânea para além do direito, mas, sobretudo, no campo do desejo e do inconsciente. O direito é somente uma exímia ferramenta para que os objetivos de grupos econômicos alcancem de maneira legal seu objetivo. Para Lacan:

O Outro é o lugar em que se situa a cadeia do significante que comanda tudo que vai poder presentificar-se do sujeito, é o campo desse vivo onde o sujeito tem que aparecer. E eu disse- é do lado desse vivo, chamando à subjetividade, que se manifesta essencialmente a pulsão (LACAN, 1998, p. 193).

O Outro é o conjunto de significantes - quaisquer que sejam - que se estruturam como linguagem no sujeito. O sujeito não pode determinar a estrutura, pois, caso o fizesse, teria aí, nesta determinação, a atuação do próprio Outro. Nesse sentido a ideia de Estado de Direito e de justiça moderna, sob o olhar institucional aqui dizendo, é também uma criação especular com forte cunho alienante. Veja Safatle nesse sentido:

Aqui já podemos compreender a diferença lacaniana crucial entre “outro” e “Outro”. Os outros são fundamentalmente outros empíricos, que vejo diante de mim em todo o processo de interação social. Já o “Outro” é o sistema estrutural de leis que organizam previamente a maneira como o “outro” pode aparecer para mim. O primeiro diz respeito aos fenômenos, o segundo, à estrutura. Como vemos, o primeiro está submetido ao segundo, o que nos explica como o outro pode se articular a uma estrutura global do meio social. O Outro pode, no entanto, ser representando por uma figura empírica que, por sua vez, representa a lei. Daí porque Lacan falará, por exemplo, do Outro paterno, do Outro materno etc. (2007, p. 44)

Em resumo, o Outro é a estrutura linguística formadora de símbolos e imagens. Os outros são os outros sujeitos que são determinados pelas estruturas que os circundam. O Outro atua em uma via de mão única, numa *relação de revelia*, em que as estruturas influenciam os sujeitos. Esses modelos – estruturas - podem vir dos pais, dos irmãos, da família em geral, ou de qualquer outra figura que represente uma imagem e símbolo linguístico estruturado no sujeito (de direito), por exemplo, o Estado de Direito.⁵¹

Em Lacan, a mãe na vida do sujeito é fonte primeira de alienação, o primeiro representante do Outro. Não que seja única na formação da identidade da criança, pois tem que considerar toda a estrutura histórica da família, da relação da criança com o meio e vice-versa. Este processo de orientação da identidade em que o sujeito procura as identificações para se

⁵¹ No caso da mãe, em especial, é importante que se dê observância prioritária à sua análise na concussão de qual sua relevância no campo da estrutura imagética ou simbólica da criança. No caso deste ensaio, em que se reflete a respeito das colonizações e alienações, a ideia de Pátria, nação, representada pelo Estado de Direito brasileiro, reproduz toda a colonialidade subalternizante a partir das estruturas institucionais de dominação masculina e linguísticas, haja vista o hino nacional que corrobora bastante para afastar dos analfabetos e iletrados do acesso ao sentimento de pertencimento a uma nação positivista e nacionalista, ou ainda, toda o histórico de exclusão das mulheres da política e de acesso a direitos. Apesar de não ser objeto principal da análise, a questão de gênero e as instituições, pode-se refletir que a dominação masculina alcança maior força no cenário simbólico exatamente pela ausência da figura da mãe, da Mãria Amada, institucionalmente falando, já que o ressentimento de não pertencimento é suprido pelo papel institucional do pai, do pater, do paternalismo, conforme salienta muito bem Ingeborg Maus no seu texto sobre o papel de Superego das Cortes Constitucionais nas sociedades órfãs (2000).

moldar, demonstra que a alienação está presente a todo instante em sua formação. O sujeito se aliena para se identificar.

Pensando a partir das provocações deste ensaio, a identidade brasileira, construída sob a matriz colonial, adota o modelo de nação exatamente para homogeneizar, simplificar e trabalhar com categorias que reduzem qualquer complexidade. O Outro aqui, então, é o elemento eminentemente tradicional e alienante do Estado Moderno Europeu.

Lacan entende que se “a psicanálise deve se constituir como ciência do inconsciente, convém partir do entendimento de que o inconsciente é estruturado como uma linguagem” (LACAN, 1981, p. 194). Daí a importância de se estudar a linguagem como cognição, conhecimento, como movimento próprio que determina a dinâmica da vida, mas, sobretudo, como elemento técnico também de dominação colonial.

No entendimento de Lacan, a essência está *fora de si*, fora do sujeito, pois ele é moldado pela alteridade que lhe fornece um modo de pensar e de agir. “Daí por que uma das temáticas clássicas da teoria freudiana é a de que toda socialização é alienação, processo fundamentalmente repressivo por exigir a conformação a padrões gerais de conduta” (SAFATLE, 2007, p 18). Veja passagem em que Lacan afirma:

Aqui os processos devem, certamente, ser articulados como circulares entre o sujeito e o Outro – do sujeito chamado ao Outro, ao sujeito pelo que ele viu a si mesmo aparecer no campo do outro, do Outro que lá retorna. Este processo é circular, mas por sua natureza, sem reciprocidade. Por ser circular, é assimétrico. (LACAN, 1998, p. 196)

Os processos de alienação referidos por Lacan são representados pela busca incessante de identidade pelo sujeito. Essa representação consiste na busca da identidade no campo do outro, em seus semelhantes, na busca por significantes elaborados em um sistema autopoietico do sujeito.⁵² Ou seja, o sujeito cria uma imagem de sua identidade para se confortar das pressões

⁵² O termo autopoieses foi criado por Varela e Maturana. “Etimologicamente a palavra deriva do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). Significa inicialmente que o respectivo sistema é constituído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos com máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente nessa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. (NEVES, 2008).

do real e se aliena de criações próprias que são resultados de construções dos desejos, busca de identidade *fora de si*.

O sistema se operacionaliza em busca de harmonia, de adaptação, portanto, no capitalismo, a formatação para as demandas do mercado, criadas pelo próprio mercado, são uma das principais causas para que as crianças sejam tratadas como executivos mirins, adultos em miniatura.

Safatle recorre a Lacan para melhor explicação:

[...] se o Eu é o resultado de um processo social de identificação, então, só posso falar em alienação de si se aceitar a existência de algo, no interior do si mesmo, que não é um Eu, mas certa essência recalcada pelo advento do Eu. Digamos que é nesse Si *mesmo*, estranho ao Eu, um Si *mesmo* que Lacan chama de “sujeito”, que encontraremos o *desejo*. A esse respeito, Lacan chega a criar uma dualidade entre *moi* (o Eu produzido pela imagem do corpo) e *Je* (o sujeito do desejo), isto para falar da “discordância primordial do Eu [moi] e o ser [do sujeito]”. (SAFATLE, 2007, p. 32-33)

A teoria que foi formulada por Lacan, denominada de estágio do espelho, teve como objetivo demonstrar a apropriação da imagem da mãe e da realidade em sua volta construída pela criança. O estágio do espelho ocorre na idade da criança dos seis aos dezoito meses de idade, inicialmente com a figura da mãe, mas posteriormente, substituído por outras ideias, mas na vida adulta instituições públicas podem representar esse lugar de transferência e espelho.

O espelho mais refletido na modernidade, na idade adulta, e que contribui muito para o mapa da ideologia, é o do capitalismo, das demandas de mercado. Essa demanda encontra no Estado de direito a sua principal instituição representativa, um grande falo simbólico do poder político, econômico e jurídico.

A mímica ocorrida no Estádio do Espelho é a demonstração de que a criança, no reconhecimento de sua imagem, aponta atos de inteligência assinalados por uma série de gestos assumidos pelas representações refletidas de seu meio ambiente.

O autor parte da análise de aspectos comportamentais da psicologia comparada para demonstrar que, o filho de um homem, por um curto espaço de tempo, é superado pela inteligência instrumental do Chipanzé (LACAN, 1996). Ele se inspirou na mímica de *Aha-*

Erlebnis - investigação das reações de reconhecimento do chimpanzé de sua imagem no espelho, fruto de pesquisa realizada por Köhler.⁵³

A partir dos estudos de Baldwin,⁵⁴ Lacan aponta que uma criança a partir de seis meses de idade, diante de um espelho, sem ter controle de seu corpo - do caminhar ou da conduta ereta - tenta, com a ajuda de um *andador*,⁵⁵ sustentar sua postura numa posição inclinada, fazendo a repetição de um aspecto instantâneo da imagem especular identificada.

Lacan demonstra que há uma representação da criança de uma imagem que é assumida por ela. Ou seja, a criança completa um espaço vazio com a representação de uma série de gestos e movimentos capturados no ambiente ao seu redor e os reproduz.

A criança, então, reduplica estes movimentos e gestos “*com seu próprio corpo e com as pessoas ou mesmo objetos que estejam as suas imediações*” (LACAN, 1996, p. 337). Veja Lacan:

A assunção jubilatória de sua imagem especular, por esse ser ainda mergulhado na impotência motora e na dependência da amamentação que é o filho do homem no estágio de *infans*, parece-nos, pois, manifestar, numa situação exemplar, a matriz simbólica em que o Eu se precipita numa forma primordial, antes de se objetivar na dialética da identificação com o outro e antes que a linguagem lhe restitua, no universal, sua função de sujeito. (LACAN, 1996, p. 98).

O Estágio do Espelho lança o sujeito na dialética da identificação com o outro às relações sociais e construções das realidades e do conhecimento. Para Lacan a forma humana

⁵³ Köhler foi um dos principais teóricos da Psicologia de *Gestalt* que sofreu fortes influências da fenomenologia. “Trabalhando com chimpanzés, usei método um pouco diferente. O antropóide estava preso em uma jaula gradeada, observando-me. Fora do alcance dos seus braços, cavei um buraco, coloquei algumas frutas e cobri tudo -- buraco e arredores -- com areia. O chimpanzé não conseguia alcançar o alimento desejado, porque o buraco havia sido cavado bem longe de sua jaula. Assim que me aproximei das grades, ele me agarrou o braço e tentou empurrá-lo em direção ao alimento escondido, reação que adotava sempre que não conseguia alcançar, por seus próprios meios, o objetivo desejado. É claro que esse comportamento já era uma reação retardada. Todavia, como eu desejava um retardamento ainda maior, não lhe fiz o favor pedido. Vendo que suas súplicas não eram atendidas, o chimpanzé largou o meu braço e começou a brincar em sua jaula, aparentemente desatento com o lugar onde a comida fora enterrada. Quarenta e cinco minutos depois, joguei uma vara dentro da jaula, no lado oposto ao do buraco que continha as desejadas frutas. Acostumado que estava a usar varas como instrumentos, o antropóide imediatamente se apossou dela, dirigiu-se para as barras próximas do buraco, e começou a escavar a areia no ponto exato onde estavam enterradas as frutas. Consegui desenterrá-la e puxá-las para si. Esse experimento foi repetido muitas vezes -- com as frutas enterradas em diferentes lugares -- sempre com os mesmos resultados positivos” (KÖHLER, 1978. p. 39).

⁵⁴ Pesquisador que observou os principais fenômenos de imitação da primeira infância.

⁵⁵ Aparelho que se destina a servir de apoio às crianças.

não constitui somente o “eu”, mas a construção do “eu”, do outro e da realidade. Neste processo a característica mais marcante é a de ser alienante, indicando, assim, que a loucura é algo intrínseco ao ser humano, especialmente em suas funções essenciais de constituição de uma identidade própria, de vida em sociedade e de produção de conhecimento. Para Sales:

[...] a dimensão social continua a existir como o horizonte da pesquisa psicológica, mas a reflexão sobre o espelho nesse momento abstrai um pouco a necessidade de se referir a ela como causa última. Lacan fala, por exemplo, que o momento em que o “eu” ideal confere ao “eu” a adjetivação de ficção irreduzível ocorre antes de qualquer determinação social e que o fenômeno da captação espacial expresso pelo estágio do espelho é anterior à dialética social que confere ao conhecimento humano sua característica paranoica. (SALES, 2005, 115).

O fato do outro ser um ponto tão primordial na construção psíquica do ser humano é que explica sua condição de só poder ser redescoberto pelo recurso da dimensão cultural e não da dimensão biológica. De acordo com Lacan:

Esse desenvolvimento é vivido como uma dialética temporal, que projeta decisivamente na história a formação do indivíduo: o *estádio do espelho* é um drama cujo o impulso interno precipita-se da insuficiência para a antecipação [...] e para a armadura enfim assumida de uma identidade alienante, que marcará com sua estrutura rígida todo o seu desenvolvimento mental. Assim, o rompimento do círculo Inmenwelt [**mundo interior**] para o Umwelt [**mundo circundante**] gera a quadratura inesgotável das enumerações do *eu*. (LACAN, 1996, 100, grifo nosso).

A função do *estádio do espelho* revela como um caso particular do *imago* como estabelecimento da relação do organismo com a sua realidade circundante. Segundo a análise de Lacan, a compreensão inicial da identidade da criança como sujeito envolve um duplo processo de alienação. Primeiramente, a criança adquire um sentimento de identidade mediante o reconhecimento de seu nome dado pelos pais, e, posteriormente, pela linguagem, ou seja, a criança está dependente desta para poder afirmar sua identidade.⁵⁶ A linguagem enquanto regras

⁵⁶ Na contemporaneidade essa alienação da identidade ocorre em especial na primeira definição do sexo, Masculino e Feminino, posteriormente há a escolha do nome da criança. Isso é o reflexo da violência de gênero que se apresenta de forma externa à pessoa.

que importam na organização do seu espaço, vem “de fora”, “são exteriores” em relação à criança, assim como seu próprio nome. Seguindo Sales:

De fato, o autor fala que a atividade da criança diante do espelho revela não apenas um certo “dinamismo libidinal” como também uma “estrutura ontológica do mundo humano”, uma “matriz simbólica” constitutiva do “eu”, e define o “eu” ideal como uma “forma”, espécie de estrutura a servir de crivo para a vida psíquica posterior do sujeito. (SALES 2005, p. 115).

Veja que o advento da alteridade é que está em jogo. Observe o que Ogilvie disciplina a respeito:

O espelho, isto é, este momento da primeira relação consigo mesmo que é irremediavelmente, e para sempre, uma relação com o outro, só representa uma fase privilegiada na medida em que tem um valor exemplar para toda a sequência de um desenvolvimento; não é um estádio destinado a ser superado, mas uma configuração insuperável (OGILVIE, 1991, p. 112).

A captação social do ser humano está ligada à incompetência orgânica à qual Lacan confere o status de “discordância primordial” – o fato de ser prematuro – o mal-estar e a falta de coordenação motora, que isso acarreta, não permitem ao homem o estabelecimento de relações fisiológicas suficientes com o meio. Tanto é verdade que o gozo da criança se realiza no momento de defecar, de alimentar no seio da mãe, de chorar, de rir etc.

A criança vê seu corpo fragmentado, não possui consciência do seu corpo como um todo. Essa lacuna, criada pela imagem especular, é que o sujeito pretende preencher. O afastamento completo do espelho é irrealizável por ser esta busca locupletativa inerente ao homem. É ela que passa a mediar a relação do homem com o mundo à sua volta. É a função de estabelecer a relação do organismo com sua realidade. Assim, a personalidade é o resultado, fundamentalmente, das dinâmicas de formação da identidade e da socialização na família, instituições e Estado.

Esse estudo aponta para uma gênese da compreensão dos modelos de Estado Colonial que, ao perpetuar nas relações humanas e sociais a ideia de direito utilitário, funcional, acaba

por docilizar as pessoas com todo seu viés instrumental e teleológico. Assim, as instituições acabam por atender aos interesses utilitários das políticas econômicas para se valerem enquanto legítimos, válidos e legais. Lacan acaba apontando para uma tese do sujeito que, em contrapartida, pode ser vista também como um mapa da formação da alienação ideologizante do mundo global do norte.

O corpo, matéria de rebeldia e de luta, visto por Lacan a partir da Gestalt,⁵⁷ é a forma como o sujeito antecipa numa miragem a maturação de sua potência, uma grande confusão de sensações e assimilações. Deixar essas imagens do mundo sensível acessíveis a uma leitura contra hegemônica é uma tarefa de insurreição. Veja entendimento de Lacan a respeito:

Em uma exterioridade em que de certo essa forma é mais constitutiva do que constituída, mas em que, acima de tudo, ela lhe aparece num relevo de estatura que a fixa em uma simetria que a inverte, em oposição à turbulência de movimentos com que ele experimenta animá-la. Assim, essa Gestalt, cuja pregnância deve ser considerada como ligada à espécie, embora seu estilo motor seja ainda irreconhecível, simboliza por estes dois aspectos de seu aparecimento, a permanência mental do eu, ao mesmo tempo que prefigura sua destinação alienante; é também prenhe das correspondências que unem o eu à estatua em que o homem se projeta e aos fantasmas que o dominam, autômato, enfim, no qual tende a se rematar, numa relação ambígua, o mundo de sua fabricação (LACAN, 1996, p.98).

Por fim, Lacan afirma que somente a psicanálise reconhece a função antropológica da junção da natureza com a cultura, possibilitando, assim, o corte do nó criado pela servidão imaginária, pela escravidão simbólica e pela imaginação idealizante. Portanto, fazer do meio menos truculento e violento àqueles que historicamente foram vencidos pela opressão, deve ser um papel consciente e que, por mais que necessite quebrar alguns espelhos, deve ser feito o quanto antes, sob o risco de vulnerabilizar ainda mais as minorias com os efeitos da alienação ideologizante.

2.1. As três instâncias possíveis de experiências subjetivas

⁵⁷ Psicologia da forma que afirma não haver excitação sensorial isolada, mas complexos em que o parcial é função do conjunto.

Para fundamentar sua tese Lacan pensa em três instâncias possíveis de experiências subjetivas, elas são denominadas de: imaginário, simbólico e real.

A primeira instância, o Imaginário, pode-se dizer que é a aproximação que o homem cria de “um conjunto de imagens ideais que guiam o desenvolvimento da personalidade do sujeito quanto a sua *relação com seu meio ambiente*” (SAFATLE, 2007, p. 30-31). O imaginário em Lacan é extremamente *narcísico*, ou seja, o homem só encontra imagens que ele mesmo projetou, imagens que partem da própria criação individual. Veja Lacan:

É sempre em volta da sombra errante do seu próprio Eu que se estruturarão todos os objetos do seu mundo [assim como sua percepção dos outros indivíduos]. Eles terão um caráter fundamentalmente antropomórfico, digamos mesmo egomórfico (LACAN APUD SAFATLE, 2007, p. 31).

É com Lacan que o conceito de imaginário é elaborado como um registro fundamental da estrutura mental que constitui a ilusão e a identificação. Muitas vezes o imaginário pode também acionar a instância do real, mas seria de toda forma de maneira individual e sozinha, quer dizer, a partir das próprias criações da pessoa. Conforme Lacan: “*Claro, o mundo da imagem existe, mas só nos interessa por sua utilização simbólica, na medida em que é tomado no universo do símbolo e ali cumpre uma função*” (LACAN, 2008, p, 67).

A segunda instância é a do **simbólico**, aquela em que o indivíduo, pelo sistema lingüístico, estrutura o campo da experiência, da vivência, dos significantes.⁵⁸ Os significantes são os fatores que influenciam na formação da identidade do sujeito enquanto emissor, corpo

⁵⁸ Veja a importância da linguagem na teoria de Lacan: “Recordemos, inicialmente, que o aforismo lacaniano nasceu numa época marcada pela influência da lingüística estrutural, então colocada como modelo de uma ciência jovem, que tinha de construir seu objeto próprio, a linguagem. Ora, a Linguagem, correspondia tão bem aos critérios que regem uma estrutura, que se tornou o arquétipo de todas as estruturas. Foi precisamente nessa perspectiva eminentemente formal da lingüística que Lacan elevou o conceito de inconsciente à categoria de uma linguagem, isto é, de uma estrutura cuja unidade era o elemento significante. O inconsciente, portanto, satisfaz as exigências que definem qualquer estrutura” (NAZIO, 1993, p 56).

falante,⁵⁹ e receptor de sinais da sociedade [sujeito].⁶⁰ O significante é desprovido de sentido, não possui descrição, é sempre a expressão involuntária do sujeito falante ou, resumidamente, pode-se dizer que ele simplesmente é. Ele salta de um sujeito para o outro, podendo ser um dentre vários outros. Ele não possui endereço certo, ele não se destina. O significante habita no inconsciente do sujeito, causando atos fora do seu alcance. Conforme Safatle:

Como se a verdadeira relação intersubjetiva fosse entre o sujeito e a estrutura, e não entre sujeito e os outros. Daí porque Lacan distinguirá as “relações autenticamente intersubjetivas” (que ocorrem na confrontação entre sujeito e estrutura) e a intersubjetividade imaginária, própria à relação entre o sujeito e o outro (SAFATLE, 2007, p. 44).

Veja o próprio Lacan:

Se quisesse caracterizar o sentido em que me senti apoiado e estimulado pela fala de Claude Lévi-Strauss, diria que foi na ênfase que ele pôs [...] no que chamei de **função do significante**, no sentido que esse termo tem em lingüística, na medida em que esse *significante*, não direi apenas se distingue por suas leis, mas prevalece sobre o significado ao qual ele as impõe (LACAN, 2008, p. 87-88).

Para Lacan, os estudos de Lévi-Strauss são fundamentais para demonstrar todos os lugares onde a estrutura simbólica domina as relações sensíveis. Importa salientar que o estruturalismo, principalmente o herdado de Claude Lévi-Strauss⁶¹, não visa estudar o homem enquanto intencional da ação e produtor do sentido, pelo contrário, pode-se dizer que o

⁵⁹ Nos dizeres de Nasio: “corpo falante” significa que o corpo que interessa à psicanálise não é um corpo de carne e osso, mas um corpo tomado como um conjunto de elementos significantes. O corpo falante pode ser, por exemplo, um rosto, na medida em que um rosto se compõe de linhas, expressões e traços diferenciados e ligados entre si. Pois bem, sejamos claros: o adjetivo “falante” não indica que o corpo fale conosco, mas que ele é um significante, ou seja, que comporta significantes que falam entre si.” NASIO, 1993, p. 149.

⁶⁰ É o que se pode ver claramente na obra de Lévi Strauss: “O Suplício do Papai Noel”. Obra em que o autor analisa o significado da data comemorativa de final de ano, versando sobre a questão econômica e cultural, principalmente, a influência norte-americana na data. O francês se utiliza da metodologia científica da análise estrutural da antropologia para tecer considerações sobre o papel desse símbolo natalino nas sociedades contemporâneas.

⁶¹ Lévi-Strauss é francês e considerado um dos maiores pensadores do século XX, conhecido por todo o mundo como o fundador da antropologia moderna e do estruturalismo antropológico.

fundamento do estruturalismo consiste em mostrar como o verdadeiro objeto das ciências humanas é a estrutura social e não o sujeito em si.

O estruturalismo coloca o fato social como centro dos estudos de uma teoria da sociedade que é representada por linguagem, aqui entendida também como **símbolos**. De acordo com Lévi-Strauss:

Não pretendemos mostrar como os homens pensam nos mitos [ou através das estruturas, o que, neste contexto dá no mesmo], mas como os mitos se pensam nos homens, e à sua revelia. E, como sugerimos, talvez convenha ir ainda mais longe, abstraindo todo sujeito para considerar que, de certo modo, os mitos se pensam entre si (LÉVI-STRAUSS, 2004, p. 31).

Lévi Strauss aponta como os sujeitos são influenciados em sua personalidade pela estrutura social (significantes), determinando sua concepção de vida, sua linguagem e suas formas de ação.

É através do sistema de significantes que demonstra como a identidade se organiza e serve de armadura a determinadas vertentes simbólicas. Observe Lacan:

O que nos importa aqui é o sistema de significante na medida em que ele organiza, na medida em que ele é a armadura de tudo isso, determinando vertentes, pontos cardeais, reversões, conversões e o jogo da dívida (LACAN, 2008, p. 92).

Com Safatle:

O que interessa a Lacan é exatamente tal noção de inconsciente como sistema de regras, normas e leis que determinam a forma geral do pensável. Ela estará presente na famosa afirmação: “o inconsciente é estruturado como uma linguagem”, o que no fundo pode ser simplesmente traduzido como: o inconsciente é a linguagem (enquanto ordem que organiza previamente o campo de toda experiência possível). (SAFATLE, 2007, p. 44-45).

Para ele o discurso do inconsciente é o discurso do Outro, um discurso falado que o sujeito não tem à sua disposição, o que ocorre ao contrário do discurso consciente. O Inconsciente para Lacan é a linguagem estruturada, é condição de possibilidade de estruturação pelo Outro, é o sistema de significantes que organiza e conduz o sujeito. De acordo com Lemaire: “*A estrutura elementar do inconsciente seria, pois, sustentada por um par de signos lingüísticos, conotando a positividade e a negatividade do cumprimento da pulsão original.*” (LEMAIRE, 1985, p. 172). Veja a autora:

A descoberta freudiana, observa J. Lacan, obriga-nos a reconhecer isto: “eu penso onde não existo pelo pensamento, portanto, sou-o onde não penso”. Mais ainda essa fórmula nos leva a conceber que “sou” mais exatamente ali onde “eu” não “penso”. Os conteúdos do inconsciente formam o coração de nosso ser (LEMAIRE, 1985, p. 17).

Uma vez alienado pela linguagem o sujeito passa a ser dependente dela, ocorrendo assim, a colonização da linguagem no homem. Conforme Zizek:

Para Lacan, el lenguaje es un don tan peligroso para la humanidad como el caballo lo fue para los troyanos: se nos ofrece para que hagamos uso de él sin cargo, pero una vez que lo aceptamos, nos coloniza. El orden simbólico surge a partir de un don, de un regalo, que presenta su contenido como neutral para hacerse pasar por un don: cuando se ofrece un regalo, lo que importa no es su contenido sino la relación que se establece entre el que regala y el que recibe cuando éste acepta el obsequio (ZIZEK, 2008, p. 21).

A terceira instância das experiências subjetivas é o **Real**, difere do campo de condutas guiadas por imagens ordenadoras (Imaginário) e das estruturas que visam garantir e assegurar identidade (Simbólico). O real é um campo de experiências subjetivas que **não** podem ser adequadamente simbolizadas ou colonizadas por imagens fantasmáticas.⁶² Veja:

⁶² O real aqui é entendido como o campo em que o sujeito lacaniano se dilui, perde toda a consciência de si e passa a agir por pulsões, local onde ele passa a manifestar seus desejos recalcados, não sendo no campo do simbólico nem do imaginário.

O Real **não deve** ser entendido como um horizonte de experiências concretas acessíveis à consciência imediata. O Real não está ligado a um problema de descrição objetiva de estado de coisas [...] Isto nos explica por que o Real é sempre descrito de maneira negativa, como se fosse questão de mostrar que há coisas que só se oferecem ao sujeito na forma de negações (SAFATLE, 2007, p. 74).

O real é acessado, segunda a teoria lacaniana, pelo “gozo”. Lacan defende que a lógica do comportamento humano não pode ser medida pela maximização de prazer e do afastamento do desprazer. É justamente nessa indistinção entre terror e prazer que Lacan entende estar presente o “gozo” (SAFATLE, 2007, p. 75). O real é o ponto onde a razão fica perdida, não atua, procura o sentido e não acha significado. O real é indecifrável. Não possui forma.

Lacan demonstra é que a estrutura, enquanto conjunto de significantes não determináveis, pensa por si só, ou seja, fazendo uma analogia ao capitalismo, pode-se dizer que a cada momento que o sujeito procura (pela falta – pela negação) sua identidade nos objetos, alimenta-se cada vez mais a ótica capitalista de que o consumo desenfreado **não pode** ser referência para uma sociedade que se entende emancipada. Da mesma maneira se pode pensar o Estado de Direito, enquanto procuramos no Estado a resolução dos problemas, fomentamos cada vez mais a figura paterna e autoritária que encontra, nessa instituição, monstros cada vez mais perigosos. Em outras palavras, essa forma de reconhecimento dos sujeitos nos objetos ou na pacificação social do Estado, alimenta a estrutura de significantes atribuídas ao capitalismo e o modelo de Estado de direito ainda mais alienantes.

O Real lacaniano é entendido como o conjunto de significantes que é indecifrável e possui uma carga de ideologia alienante. Ideologia entendida aqui como encobrimento da realidade, como falta da realidade, como um véu da consciência. Veja Foucault:

Nas análises marxistas tradicionais, a ideologia é uma espécie de elemento negativo através do qual se traduz o fato de que a relação do sujeito com a verdade ou simplesmente a relação de conhecimento é perturbada, obscurecida, velada pelas condições de existência, por relações sociais ou por formas políticas que se impõem no exterior do sujeito do conhecimento. A ideologia é a marca, o estigma destas condições políticas ou econômicas de existência sobre um sujeito de conhecimento que, de direito, deveria estar aberto à verdade (FOUCAULT, 2002, p. 26).

Isso aponta que o capitalismo, enquanto estrutura, é um conjunto indeterminado de significantes que influencia as experiências sensíveis dos sujeitos. Como os sujeitos se realizam, gozam com os resultados gerados pelos meios de produção, demonstra toda a luta por alcance dos desejos. A busca pela identidade nos objetos é fruto de uma indústria da cultura que menospreza o diferente, o diverso.

A identidade que é obtida nos objetos é diferente da que é buscada nos sujeitos. A procura incessante por identidade nos objetos só fortalece a lógica utilitária, capitalista, que encontra um símbolo de reconhecimento. Mas, lembra-se aqui, a conquista é o túmulo do desejo, então cada vez que se conquista um objeto, passa-se o desejo outro objeto, enlaçado em uma busca infinita por identidade.

A busca por identidade **plena** pelos sujeitos é inatingível. De acordo com Lemaire: “O papel do simbólico é realizar o homem social e culturalmente, normalizar seus instintos sexuais e agressivos. Mas, com isso, tem também o efeito de aliená-lo” (LEMAIRE, 1985, p. 235). O verdadeiro reconhecimento será no âmbito da intersubjetividade, no reconhecimento da igual liberdade entre os sujeitos. Enquanto livres e autônomos forem, menos o grau de alienação tanto do capital quanto do Estado.

Estes são os três momentos das experiências subjetivas apresentados por Lacan e que auxiliam na percepção do papel da colonialidade do poder na modernidade. Zizek contribui apresentando de forma criativa as três instâncias de experiências subjetivas da realidade lacaniana, veja:

El ajedrez puede servir para ilustrar esta tríade. Las reglas que hay que seguir para jugarlo constituyen su dimensión simbólica: desde el punto de vista puramente formal y simbólico, el alfil se define por los movimientos que esta figura puede hacer. Este nivel se diferencia claramente del imaginario, esto es, la forma que tienen las diferentes piezas y los nombres que las caracterizan (rey, reina, alfil). Es fácil imaginarse un juego con las mismas reglas pero con un imaginario diferente, en el que estas figuras se llamasen “mensajero”, corredor o algo semejante. Finalmente, lo real es todo el complejo conjunto de circunstancias contingentes que afectan al curso del juego: la inteligencia de los jugadores, las impredecibles intrusiones que puedan

desconectar a un jugador o directamente interrumpir el juego. (ZIZEK, 2008, p. pág. 18)⁶³

3. CONCLUSÃO

Socialização é eminentemente um processo de alienação. A construção da identidade como idealização de uma imagem especular, que é recebida de fora, do meio ambiente, se manifesta socialmente e com valores simbólicos estruturantes.

Na América Latina, com todo o aparato Estatal que representa o símbolo de ordem e progresso, a formação da identidade nacional se dá de maneira violenta, imposta, racista, homofóbica e heteronormativa.

Apesar da socialização ser este processo de alienação, uma adaptação ao meio, no cenário brasileiro, e, sobretudo na contemporaneidade, pode diminuir os processos de violências culturais e de extermínio de culturas tradicionais.

Não só uma imagem especular pode ser importante para a formação da consciência latina, mas, especialmente a necessidade de sobrevivência no meio ambiente homogeneizante, torna a diversidade desse território ainda mais desafiadora e com o papel contra hegemônico de defesa de uma ética da resistência e do cuidado.

O capitalismo, em sua gênese, trabalha com as uniformizações, categorizações limitantes, quer dizer, com organizações de redução de complexidade social para controle, disciplina e punição dos insurreitos rebeldes.

Não se tem espaço na massificação cultural para o diferente. Assim, é preciso pensar em maneiras mais eficientes de resistir aos ataques violentos da ética utilitária, sem, contudo, reproduzir os exemplos de violência. A luta pela liberdade é um genuíno processo que a ética da resistência e do cuidado possibilitam entrentar a modernidade alientante.

⁶³ Traduzido livremente do original: “O xadrez pode servir para ilustrar esta tríade. As regras que há de seguir para jogá-lo constituem sua dimensão simbólica: desde o ponto de vista puramente formal e simbólico, o bispo, se define pelos movimentos que esta figura pode fazer. Este nível se diferencia claramente do imaginário, isto é, a forma que têm as diferentes peças e os nomes que as caracterizam (rei, rainha, bispo). É fácil imaginar um jogo com as mesmas regras, mas com um imaginário diferente, em que essas figuras se chamam “mensageiro”, “corredor” ou algo semelhante. Finalmente, O real é todo o complexo conjunto de circunstâncias contingentes que afetam o curso do jogo: a inteligência dos jogadores, as imprescindíveis instruções que podem desconectar um jogador ou diretamente interromper o jogo.” (ZIZEK, 2008, p. pág. 18).

É preciso criar alternativas à estrutura capitalista, mas o caminho está em um desenvolvimento como liberdade, como capacidade de respeitar e considerar as outras dignidades e projetos de vida alheios. A imagem especular criada sobre uma concepção de sucesso, exclusivamente voltada ao modelo europeu, se estrutura na vitória de prêmios, no alcance de cargos e funções, de mérito apenas.

Toda a estrutura moderna identitária é capitalista, o que leva ao encobrimento do real. A construção da identidade do sujeito numa sociedade que se pretende *livre* deve ser colocada em pauta em todas as discussões que visam o estudo da democracia e do direito.

Como a filosofia não cobre a necessidade de entender o inconsciente, cabe à psicanálise e à psicologia realizar tal papel, a psicanálise descobre, ou melhor, desvenda, todas aquelas ideologias que dominam as relações humanas perversas.

O estádio do espelho é, portanto, um importante referencial para pensar como as instituições, sobretudo as judiciárias, servem como alienadoras e estruturantes das identidades ainda reféns.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **A verdade e as formas jurídicas** / Michel Foucault. (tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes...et. AL. J. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP. n. 58. nov./2000.

KOHLER, Wolfgang. **A inteligência dos antropóides**. *Wolfgang Köhler: Psicologia*. São Paulo: Ática, 1978.

LACAN, Jacques, 1901 – 1981 **O seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise (1964)** / Jacques Lacan; Texto estabelecido por Jacques Alain Miller; tradução de MD Magno. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____, Jacques, 1901-1981. **O mito individual do neurótico, ou, A poesia e verdade na neurose** / Jacques Lacan ; tradução Claudia Berline ; revisão técnica Ram Mantil. – Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2008.

_____, Jacques. **O estádio do espelho como formador da função do eu** – in: **Um Mapa da Ideologia** / Theodor W. Adorno ... [et. al.] org. Slavoj Zizek; tradução Vera Ribeiro. – Rio de Janeiro – Contraponto. 1996.

LEMAIRE, Anika. **Jacques Lacan : uma introdução** / Anika Lemaire ; tradução e revisão técnica de Durval Checchinato, com a colaboração de Oscar Rossin Sobrinho e Sérgio J. de Almeida – 3º Ed. – Rio de Janeiro : Campus, 1985.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O cru e o cozido**. São Paulo: Cosac & Naify, 2004. 442p. (Mitológicas ;1).

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia Epistémica: Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Colección Razón Política. Ediciones del Signo. Bueno Aires. Argentina. 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã : uma relação difícil : o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas** / Tradução do autor – 2º Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. (Justiça e direito).

NASIO, Juan-David. **Cinco lições sobre a teoria de Jacques Lacan** / J,-D Nasio; tradução, Vera Riberio. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 1993.

OGILVIE, B. **Lacan: a formação do conceito de sujeito (1932-1949)**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1991.

QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir: um nuevo debate em America Latina**. Biblioteca Nacional del Perú. Primeira Edición, diciembre del 2014. Anibal Quijano ed.

SALES, Léa Silveira - **Posição do estágio do espelho na teoria lacaniana do imaginário** - Revista do Departamento de Psicologia - UFF, v. 17 - nº 1, p. 113-127, Jan./Jun. 2005 115. págs.

SAFATLE, Vladimir. **Fusão Articulada** – ciência&vida. Psicanálise e Filosofia. Ano I. nº 6.

SAFATLE, Vladimir. *Lacan* / Vladimir Safatle. – São Paulo : Publicafolha. 2007. – (Folha Explica)

ZIZEK, Slavoj. *Cómo leer a Lacan* – 1ª Ed. Beunos Aires : Paidós, 2008.

O ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

JUDICIAL ACTIVISM IN PANDEMIC TIMES

Marco Aurélio Oliveira de Almeida⁶⁴

Anajá Adane Conceição Oliveira Campos⁶⁵

Mariana Oliveira de Sá⁶⁶

RESUMO

Este artigo tem como objetivo fundamental refletir sobre a necessidade de se entender o instituto do ativismo judicial no Brasil e suas consequências no aspecto doutrinário e jurisprudencial, amparados pela Constituição Federal de 1988. Uma abordagem imparcial, mas crítica, acerca de sua perpetuação, tendo uma perspectiva do que represente os próprios julgamentos pelos ministros da Corte Suprema e, na medida em que se discute, de fato, o limite da intervenção do Poder Judiciário no Executivo durante a Pandemia. Como resultados, verificou-se que o ativismo judicial é pernicioso para a democracia e seus efeitos são nefastos para a integridade das instituições sociais, principalmente em tempos de pandemia, onde já se impera uma anormalidade que beira ao Estado de Exceção, devendo os julgadores manterem-se alinhados à perspectiva da democracia e da equidade.

Palavras-chaves: Jurisdição constitucional; Judicialização; *Ativismo judicial*; Direitos fundamentais; Pandemia.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the need to understand the institute of judicial activism in Brazil and its consequences in the doctrinal and jurisprudential aspect, supported by the Federal Constitution of 1988. An impartial, but critical, approach to its perpetuation, having a perspective of what the judgments themselves represent by the justices of the Supreme Court and, insofar as it is discussed, in fact, the limit of the intervention of the Judiciary Power in the Executive during the Pandemic. As a result, it was found that judicial activism is harmful to democracy and its effects are harmful to the integrity of social institutions, especially in times of pandemic, where an abnormality that borders on the State of Exception already prevails, and the judges must maintain aligned with the perspective of democracy and equity.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Judicialization; Judicial activism; Fundamental rights; Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

⁶⁴ Turismólogo. Especialista em Supervisão Educacional e Psicopedagogia. Bacharelado em Direito na Faculdade Arquidiocesana de Pirapora/MG - FAP. E-mail: marcaomarcooliveira@gmail.com.

⁶⁵ Bacharelada em Direito na Faculdade Arquidiocesana de Pirapora/MG - FAP. E-mail: anacamposadane@gmail.com.

⁶⁶ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional, em Docência do Ensino Superior e em Psicanálise. Advogada. Professora da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com.

A problemática levantada na presente pesquisa reside na investigação do que represente os limites ensejados no ativismo judicial como uma forma **específica e proativa de que o Poder Judiciário detém ao interpretar a Constituição, no propósito de expandir o seu sentido e o seu resultado, notadamente no contexto da pandemia da COVID-19.**

Do ponto de vista metodológico, a fundamentação de critérios no desenvolvimento de uma pesquisa ensejará o uso de técnicas com finalidade explicativa. Em particular, neste estudo do caso específico, objeto da abordagem, o fenômeno a ser explicado infere-se em situações que sugerem o ativismo judicial, seus dogmas, o ônus e o bônus, no contexto da pandemia da COVID-19.

No desenvolvimento da pesquisa, optou-se pela utilização de fontes bibliográfica e documental, embasadas em doutrinas, periódicos, legislações e jurisprudências através da exploração do material bibliográfico e empírico, ao construir o conhecimento proposto, e produzir os resultados alcançados em sequência.

No propósito da compreensão, a percepção do problema é de suma importância ao deslinde da pesquisa qualitativa como o método apropriado. Dessa forma, a análise do tema proposto requer uma minuciosa análise dos impactos de decisões judiciais e o alcance deletério da atuação do Poder Judiciário como legislador negativo, invalidando atos e leis do poder Executivo e legislativo e, por outro lado, na condição de legislador positivo, desta feita na interpretação de normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor.

2. A PANDEMIA E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NO BRASIL

Com o advento da pandemia global pelo SARS-CoV2 causador da Covid-19, se estabelecendo a partir da China, e se espalhando por praticamente todos os países do globo terrestre, a economia mundial praticamente entrou em colapso.

No Brasil, conforme a análise de muitos economistas, e dos estudos do Ipea (Instituto de pesquisa Econômica Aplicada) e pesquisas procedidas pelo Instituto de Geografia e Estatística (IBGE), endossados pelos formuladores de políticas com os prognósticos do Governo Federal através do Ministério da Economia estimam a retomada da atividade econômica somente a partir de agosto de 2021, projeção mais otimista.

Com o estado de calamidade pública, em que é dispensado o cumprimento dos resultados fiscais até o final de 2020, os recursos destinados ao combate da pandemia são cerca de 5,55% do PIB, o país emerge numa situação política, social e econômica em que muito se

exige dos Três Poderes uma determinada coesão quanto à erradicação do vírus em toda a sua plenitude.

Executivo, legislativo e Judiciário deverão se debruçar na busca incansável de soluções através de políticas monetária e fiscal, com destaque para a ampliação de benefícios na consequente transferência de renda; renegociação de dívidas aos estados e municípios; aporte financeiro necessário à garantia de recursos para a saúde no fomento a pesquisas e na criação de vacinas, bem como na aquisição contínua de medicamentos; aplicação de testes, implementação de leitos, contratação de pessoal em caráter temporário, aquisição de equipamentos e outros tantos subsídios.

Além, é claro, da expansão de crédito e ampliação do prazo de amortização de dívidas para pessoas físicas e jurídicas, como vem fazendo diversas economias de nações desenvolvidas condicionadas às reformas de cunho estruturante.

Para que o país possa conceber meios de superação ao eminente caos, a harmonia dos poderes esboçada na Constituição é deveras importante e, inclusive, evitando-se o ativismo judicial em julgamentos que resultam em aumento de gastos públicos, visando, e em muitos casos, interesses corporativistas.

3. O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O garantismo imposto por alguns julgadores, no entanto, extrapola o princípio da divisão dos poderes em detrimento das normas constitucionais e, por consequência, fragiliza o espírito democrático. O ativismo judicial como um **elemento de defesa dos direitos fundamentais no Brasil, mas deve** ser procedido com responsabilidade, e sem nenhuma coloração partidária e/ou ideologia política.

Há a possibilidade de que Ministros que compõem os Tribunais possam julgar com imparcialidade temas controversos, referentes a determinados grupos sociais e suas especificidades? É uma questão a ser pleiteada no contexto em que a pluralidade de ideias fundamenta a vida em sociedade sob os aspectos **político, social e moral, em que excessos devam ser evitados na observância dos** limites de competência quanto à atuação.

Importante se faz mensurar a necessidade de se postular prerrogativas inerentes à Constituição Federal de 1988, no que tange o art. 2º quanto ao princípio da divisão dos poderes e a prevalência de sua independência e de seu caráter harmônico. Sabido, portanto, que a

efetivação dos direitos fundamentais está preconizada pela Carta Magna, e tutelada pelo Estado Democrático de Direito.

Importante salientar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um compilado de 30 (trinta) artigos que abrange o conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, inclusive, como parâmetro inicial na elaboração de prerrogativas através dos denominados pactos de interesse internacional, tendo como exemplo, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ano de 1966.

O artigo 25, como referência pontual da Declaração Universal dos Direitos Humanos, versa que:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (ONU, 1948).

Partindo daquilo que se tem como pontual no que se refere ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, convém aludir ao que está descrito no artigo 12, como sendo: “Os Estados-membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Ora, em suma, tem-se fundamentado a dignidade da pessoa humana no tocante aos direitos legitimados, o que consagra este reconhecimento através da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em que os direitos fundamentais estão implícitos, na sua integralidade.

Os Direitos Sociais se fazem presentes no arcabouço constitucional brasileiro através da Constituição Federal de 1988 em seu Capítulo II, do Título II, no que tange aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O artigo 6.º da Carta Magna, no que lhe concerne, determina enquanto direitos sociais, àqueles que tratam da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, respectivamente.

Extrai-se da Carta Magna, a necessidade imperiosa quanto à conjunção de valores que visem a estabilidade política social, econômica e cultural, com ênfase à legitimidade dos

Direitos e Garantias que resultem na observância do disposto legal e normativo em toda a sua conjuntura.

Diante do que se tem como ativismo judicial, faz-se consoante a afirmação de que decisões judiciais sem o aparato normativo legal, traduz-se como uma violação do próprio Direito com a cisão da democracia. Assim, salienta a professora Mariana Oliveira de Sá em sua “Justiça de Transição e Ativismo Judicial – O Supremo Tribunal em Tempos de Exceção”.

Quando há a ruptura do estado de exceção, surge a necessidade de instalar novamente a democracia e para lidar com as constantes violações dos direitos humanos, ocorridas no período autoritário, surge a justiça de transição como forma de reconciliação. Trata-se de um conjunto de reflexões que auxiliam na transição do estado totalitário para o Estado Democrático de Direito (SÁ, 2018, p. 29).

Democracia pressupõe a soma de direitos e, jamais a ausência destes. A afirmação mais do que preponderante da supremacia cidadã e respeito às regras. Não há plausibilidade de que haja incoerência quanto a decisões judiciais, cujo abuso, muitas vezes, serve como viés autoritário de difícil reparação.

A professora Mariana Oliveira de Sá diligentemente assevera:

A justiça de transição se apresenta em sociedades as quais estão em situações de instabilidade política ou que acabaram de passar por elas, e fora colocada em risco a coesão social. Esse é o cerne do conceito. Em lugares onde houve o rompimento de um regime político para a instalação de regimes autoritários, com a sistemática violação de direitos humanos, é preciso a adoção de medidas para a retomada da ordem democrática e dos padrões de legalidade que regem a vida em comum. Daí emerge a justiça de transição cujo objetivo consiste na construção da história dos abusos e de violações de direitos humanos que ocorreram no passado, em busca da revelação da verdade, para a formação de uma memória coletiva (SÁ, 2018, p. 29).

Convém, todavia, admitir que no papel profícuo do Legislativo é o de legislar, atuando sistematicamente na elaboração de projetos de lei, que vissem a efetivação do que sem postulado enquanto direitos fundamentais.

Ao Poder Executivo a instituição de políticas públicas com o propósito de assegurar as garantias e a legitimação de direitos sociais aos cidadãos, indistintamente, conforme preceitua a Constituição Federal. Sem que os Poderes Legislativo e Executivo não cumpram fielmente as suas funções, cabe ao Poder Judiciário a possibilidade de atuar como a própria Constituição assim determina.

4. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Há de se observar, entretanto, a temática do ativismo judicial, sob a ótica da suposta ofensa ao conflagrado princípio da separação dos poderes, pois não resta plausível o entendimento de que se trata apenas de um fenômeno de intervenção do Judiciário no Executivo e Legislativo, no exercício do que se autointitula, uma espécie de “contrapeso”.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes (BARROSO, 2011, p. 03).

Na esteira do protagonismo judicial, ampliou-se e, de forma significativa a atividade dos Tribunais, que passaram da condição de meros aplicadores da lei no caso concreto, a uma atuação mais efetiva e com maior liberdade de interpretação no tocante à jurisdição constitucional, o que resulta, em muitos casos, no desrespeito ao devido processo legal.

O Poder Judiciário sempre atuou e, por um longo período, como um órgão incumbido exclusivamente na aplicação de leis. Com a ascensão do neoconstitucionalismo, cria-se uma nova forma de se interpretar o Direito, mediante a valorização dos direitos humanos, como fator preponderante ao fortalecimento da democracia, em especial, quando implícito os direitos e garantias fundamentais, constantes em nossa Carta Magna.

Necessário salientar que a competência dos entes federados é disciplinada na Constituição, cabendo Ao Estado legislar sobre tudo aquilo que não for da competência da União, conforme se vê no art. 22, com ressalvas de temas de peculiar interesse que são ordinariamente de responsabilidade do legislativo municipal (art. 30 da CFRB/88).

Entretanto, **o federalismo centralizado ocorre devido à** competência privativa da União, sobre os demais entes federativos, enumerada no inciso XXIX do art. 22, tendo a sua extensão e, por consequência, também, de suas atribuições previstas nos incisos I a XXV, do art. 21 do mesmo diploma legal CFRB/88. Em suma, a competência ampla dos Estados sofre restrições profundas, **o que concerne como a um fato notório.**

Com este condão, o denominado Ativismo Judicial, não sendo um fenômeno recente, passa a se demonstrar e, de forma hodierna, uma tendência política no que diz respeito ao

exercício dos julgadores, em face do ativismo exercido com viés autoritário e de forma exacerbada.

Neste diapasão, um ativismo exagerado é e, sem dúvida alguma, temerário ao próprio processo democrático, pois enfraquece paulatinamente o próprio Estado Democrático de Direito. Até porque, somente o ativismo que respeite o princípio democrático é que deve amplamente tolerado.

Observa-se, que a necessária intervenção do Poder Judiciário somente se justifica quando da inércia do Poder Legislativo, o que pode ser entendido como uma providente atuação no intuito de salvaguardar os direitos legitimados em nossa Carta Magna.

5. A DICOTOMIA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Percebe-se, então, a dicotomia entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, o que implica entender este fenômeno como inevitável e que permeia na atual conjuntura o papel do Juiz e a sua visão do que seja o limite da interpretação, em conformidade com o estabelecido na legislação pertinente em casos concretos.

Na esteira do que represente contextualmente o ativismo judicial em detrimento à judicialização no aspecto concernente à suposta verossimilhança de ideário imediatista, importante compreender como e em que situações são inquiridos.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2011, p. 6).

Luís Roberto Barroso assevera ainda e, postulando acerca do ativismo, o seguinte:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensado Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações

não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2011, p. 6).

Diante desta dicotomia entre o ativismo e a judicialização, a política em tempos de Pandemia sofre o visível desgaste devido às mais diversas intervenções do STF – Supremo Tribunal Federal, em que decisões de cunho monocrático de maioria dos Ministros da Corte interferem sistematicamente no Executivo e Legislativo e resultam em desnecessários embates.

Nesta seara, Luís Roberto Barroso enfatiza:

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa (BARROSO, 2011, p. 7-8).

Haja vista que a segurança jurídica também foi alçada à cláusula pétrea e amparada pelo princípio constitucional, no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, não se pode afirmar que a separação de poderes e a segurança jurídica possam ser afastadas diante do exercício da atividade jurisdicional.

6. O PAPEL DO JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DA PONDERAÇÃO

A técnica a prevalecer é sempre a da ponderação, cujo desafio é assegurar ao poder judiciário, o livre exercício de sua atividade por todos os métodos e meios interpretativos das leis, sem, contudo, fazer com que essa atividade venha a fragilizar os pilares da tripartição de poderes, e a necessária segurança jurídica quanto aos julgados.

Embasado na estrutura de organização de poder, o Poder Judiciário tem a função de pacificador social através do julgamento das *lides* que são apresentadas, diuturnamente. Convém ressaltar que no exercício da atividade jurisdicional, contrita à corrente positivista do

Direito, o magistrado deve aplicar a norma confeccionada pelo poder legislativo e em vigor, e para tanto, deve interpretar a norma jurídica, sem tampouco avançar na atividade legislativa, impondo a judicialização da política.

O certo é que muitas vezes, o Poder Judiciário tem extrapolado a competência jurisdicional, o que fere o Princípio da Separação dos Poderes, preconizado no art. 2.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Não se pode admitir que um Poder insista em atuar de forma invasiva em outro, vez que não se observe a distinção quanto à separação, independência e a propalada competência privativa, até porque a cada um dos Poderes é delegada a competência exclusiva ou privativa, em conformidade àquilo expresso na Carta Magna.

Ademais, o Estado Federal Brasileiro é uno e indivisível, restando coerente a afirmação de que não se confunde o chamado princípio da independência e da harmonia e, de forma factual, em face do ordenamento jurídico vigente.

No entanto, tem-se observado a constante ingerência do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal – STF, o que vem causando uma insegurança jurídica, sem precedentes.

Menciona-se a inércia do Poder Legislativo como condição basilar do ativismo judicial, o que se pode admitir nas constantes e últimas decisões do Poder Judiciário, especialmente, durante a pandemia global pelo SARS-CoV2, muitas vezes ocasionadas pelas próprias lacunas deixadas pelo legislador infraconstitucional.

Ministros da Corte Suprema de Justiça no Brasil tem atuado, muitas vezes, de forma inequívoca quanto à imparcialidade e impessoalidade, sustando atos de privativa competência do Executivo, e interferindo diretamente no Poder Legislativo, e sempre quando provocado pelos partidos políticos através dos parlamentares afiliados quando sugestionam uma ou outra matéria que não perfaz os reais interesses.

Cabe o seguinte questionamento, em face de tantas evidências do propalado ativismo judicial em decisões emanadas da Suprema Corte.

É possível afirmar o exercício do ativismo judicial em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, a conhecida ADPF, pelo Supremo Tribunal Federal? Ou, em tal caso, a Judicialização da Política se torna latente?

São questões suscitadas a todo momento. Até porque, a Corte Constitucional procura basicamente a efetivação de direitos e garantias fundamentais especialmente quando resta flagrante a omissão do Legislativo.

Por outro lado, além das políticas públicas, a judicialização da política vem se tornando uma agravante, até porque o princípio de freios e contrapesos vem sendo menosprezado pelas autoridades constituídas.

Insta questionar se já não é o momento ideal de uma alteração no do Regimento Interno do STF, tendo como objetivo crucial, a proibição de decisões monocráticas em temas sensíveis, principalmente, aquelas em que os Poderes Executivo e Legislativo são confrontados.

O princípio da colegialidade há muito tem a sua essência vilipendiada pelo STF. O Plenário da Corte é ultrajado a todo momento, e as decisões de cunho monocrático tornaram-se incongruentes, na sua grande maioria.

Casos como o inquérito das fake news; a anulação das condenações do ex-presidente Lula da Silva, tornando-o elegível; da instalação da CPI da Covid no Senado, dentre tantas outras, demonstra cabalmente um Supremo Tribunal Federal completamente desvirtuado do papel primordial, enquanto guardião da Constituição.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todavia, a observância ao Princípio de Separação dos Poderes há de prevalecer ainda que no propósito de salvaguardar os direitos fundamentais, sob pena de se criar uma insegurança jurídica e ensejar na violação da separação de poderes.

Sob nenhuma hipótese, o julgador lastreado pela imunidade judiciária deve conspirar contra a Constituição da República, e extrapolar os limites formais do ordenamento jurídico.

A falta de consciência e de submissão aos limites resta visível nos julgamentos por conveniência, e deturpa, notadamente, as atribuições de competência, as quais resultam na antinomia dos princípios e regras, e produz conseqüentemente abalos de ordem moral, constitucional e legal.

Do exposto, conclui-se que, para que um órgão judicial possa proferir uma decisão, é primordial que, ao analisar o caso concreto, haja a aplicação do Direito, baseado na interpretação normativa do enunciado apresentado, bem como nas intenções do Legislador, criador do ordenamento jurídico posto em evidência.

Necessário que haja a coerência como instrumento de coesão e desenvoltura, em que num momento atípico a precipitação, o imediatismo e o egocentrismo na busca de soluções não interfiram diretamente em prejuízos ao país e ao povo brasileiro. Diligências, opiniões e

decisões sem a devida imparcialidade não produzirão efeito prático e, apenas, resultarão em graves consequências a curto, médio e longo prazos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88: uma análise crítica da atuação do STJ e STF.** CAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com.br/rere>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate;** in: **Estudantes Caderno Acadêmico.** Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 de julho de 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÁ, Mariana Oliveira de. **Justiça de Transição e Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal em Tempos de Exceção.** 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2018.

O CASO ÂNGELA DINIZ: 45 ANOS DA INSPIRAÇÃO DE UMA IDEIA DE REVOLUÇÃO FEMINISTA AO DECLÍNIO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

THE ÂNGELA DINIZ CASE: 45 YEARS FROM THE INSPIRATION OF AN IDEA OF FEMINIST REVOLUTION TO THE DECLINE OF THE LEGITIMATE DEFENSE OF HONOR

Américo Braga Júnior⁶⁷

Jorge Aparecido de Almeida Fernandes⁶⁸

RESUMO

O sexismo, o machismo, sempre forjaram a sociedade brasileira. Mulheres perderam a vida e continuam perdendo-a em decorrência de comportamentos criminosos dos homens, tidos namorados, maridos e companheiros. Os homens não suportam o convívio igual com mulheres livres, fortes, sensuais e, atualmente, financeiramente independentes. O homem e a sociedade instrumentalizam a mulher, produzindo a sua coisificação e buscando reduzi-la a um mero objeto. Ângela Diniz foi assassinada por Doca Street. Várias outras mulheres tiveram a vida eliminada em nome de um bárbaro e inaceitável amor. O caso Ângela Diniz marcou a sociedade brasileira e contribuiu para mudanças de paradigmas sociais e jurídicos, ainda que lentamente. O ordenamento jurídico brasileiro, desde os anos 1970, vem sofrendo inúmeras alterações, com o escopo de uma proteção adequada à mulher. A tese da legítima defesa da honra, que já legitimou e contribuiu para o assassinato de milhares de mulheres em nosso país, recentemente foi espancada juridicamente pelo Supremo Tribunal Federal. Na Arguição de Descumprimento Fundamental 779/F, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo seu total descabimento em crimes contra a vida da mulher. Os direitos são conquistados com muita luta. O feminismo deve ser um compromisso de todos.

Palavras-Chave: Sexismo; Machismo; Assassinato de mulheres; Femicídio; Feminismo.

ABSTRACT

Sexism, chauvinism, have always shaped Brazilian society. Women lost their lives and continue to lose it as a result of men's criminal behavior, having boyfriends, husbands and partners. Men

⁶⁷ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM/RJ. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/FESMP/MG. Aprovado no Concurso Público para Promotor de Justiça do Estado do Piauí/MP/PI. Professor Efetivo da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG e Vice-Diretor da Unidade de Diamantina/UEMG. Professor na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC. Autor de obras jurídicas e palestrante. americobragajunior@gmail.com

⁶⁸ Graduado em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogado, autor de artigos jurídicos. Aprovado no exame de seleção pública de pós-graduação em direito do Ministério Público de Minas Gerais na cidade de Curvelo. fernandesjaaf@hotmail.com

cannot stand the equal relationship with free, strong, sensual and currently financially independent women. Man and society instrumentalize woman, producing her objectification and seeking to reduce her to a mere object. Angela Diniz was murdered by Doca Street. Several other women had their lives eliminated in the name of a barbaric and unacceptable love. The Ângela Diniz case marked Brazilian society and contributed to changes in social and legal paradigms, albeit slowly. The Brazilian legal system, since the 1970s, has undergone numerous changes, with the scope of adequate protection for women. The thesis of the legitimate defense of honor, which has already legitimized and contributed to the murder of thousands of women in our country, was recently beaten legally by the Supreme Court. In the Fundamental Non-compliance Allegation 779/F, the Federal Supreme Court ruled for its total ineligibility in crimes against women's lives. Rights are won with a lot of struggle. Feminism must be everyone's commitment.

Keywords: Sexism; Chauvinism; Murder of women; Femicide; Feminism.

1. INTRODUÇÃO

*Livres para decidir, livres para ser!*⁶⁹

As possibilidades de acesso às informações passam por uma grande revolução desde a descoberta da internet. Se antes apenas livros, revistas e jornais eram fontes de informações, com a revolução informática as possibilidades causaram uma grande erupção neste sentido.

Os podcasts são uma nova ferramenta no mundo informativo, e exatamente através de um podcast que este artigo teve sua fonte principal. Através dos áudios do Praia dos Ossos, este artigo conhecerá a história de Ângela Diniz, nascida em Curvelo, interior de Minas Gerais, uma menina que teve sua mocidade curta em Belo Horizonte, até ganhar o Brasil inteiro conhecida como Pantera de Minas.

O presente artigo analisará a vida de uma mulher nos anos 60 e 70 no Brasil, como o meio social influencia a vida amorosa e pode definir sua vida para o resto da vida. O trabalho demonstrará a importância das legislações nacionais e como a jurisprudência observou a aplicação da tese da Legítima Defesa da Honra.

Será ainda demonstrado como a sociedade deve se manifestar diante de arroubos, autoritários e machistas, que estavam presentes na sociedade dos anos 80 e observar se estes ainda se fazem presentes nos dias atuais. Casos de feminicídios serão analisados para que sirvam como fonte de estudos das revoltas feministas.

⁶⁹ Todas as frases citadas marcaram a revolução feminista dos anos 80 no Brasil.

O caso de Ângela Diniz servirá como ponto que unirá todos os capítulos, demonstrando como um acontecimento datado em 1976 somente teve fim no ano de 2021. A morosidade do Poder Judiciário e o contentamento social machista serão decisivos para que uma pergunta seja respondida: como que uma mulher morta com tiros à queima roupa se torna vilã, e o seu assassino um herói dos bons costumes nacional?

2. A HISTÓRIA DE ÂNGELA DINIZ

Ângela, você está viva em cada mulher que não aceita a repressão machista.

Neste primeiro momento analisar-se-á todo o percurso da vida de Ângela Diniz, desde sua infância até a vida adulta, passando por uma juventude curta, característica marcante das moças dos anos em que Ângela Diniz viveu.

Será demonstrado como a vida de uma mulher criada para ser marcante aos olhares da sociedade, tornou-se uma vítima perfeita para o machismo explícito de uma sociedade falsamente moralista. Desde já destaca-se que o foco deste artigo é Ângela Diniz, e não seu assassino. Necessário realizar tal informação, pois ao pesquisar por material sobre o crime, percebe-se que o caso ficou conhecido como “Caso Doca Street”, além de toda a mídia cobrir contundentemente apenas um lado da história por longos anos, não por um erro, mas por ser a realidade de uma sociedade machista, que retira o protagonismo de mulheres, e as omite, inclusive em assassinatos brutais.

O presente capítulo será dividido em dois momentos. Primeiramente a vida de Ângela Diniz como menina e mulher, demonstrando como viveu momentos antes e após o seu casamento. Em um segundo momento o assassinato de Ângela e a história dos julgamentos de Raul Fernando do Amaral Street.

2.1 Ângela Diniz - uma mulher à frente de seu tempo

Sem punição + mulheres morrerão.

O assassinato de Ângela Diniz não é possível de ser narrado apenas com fatos ocorridos na data de 30 de dezembro de 1976 em Búzios, ou mesmo pelos fatos do ano de 1976. A história do assassinato de Ângela Diniz é a história de uma mulher morta pelo simples fato de ser mulher, assim, a história do assassinato é a história de Ângela Diniz.

Em entrevista para o Podcast Praia dos Ossos⁷⁰ (2020), Anna Marina Siqueira, jornalista do Estado de Minas, mencionou que a vida de Ângela Diniz sempre fora notícia para a sociedade da capital mineira, desde a sua infância até o último dia de sua vida. Na visão de Anna Marina Siqueira, a vida de Ângela ficou marcada pela presença marcante de sua mãe, uma mulher forte e determinada ao seu sonho: transformar sua filha na menina mais bonita de Belo Horizonte, em uma moça desejada como noiva, na mulher perfeita.⁷¹

Em artigo escrito no Jornal Estado de Minas no ano de 1977, após a morte de Ângela Diniz, Anna Marina Siqueira escreveu:

Nessa altura de tantas transformações, Ângela Diniz era menina que ia à missa das dez, na igreja de Lourdes, todos os domingos, levada pelas mãos da babá, Já nessa época chamava a atenção. Uma boneca loura, mimada, belamente vestida, em seu *organdis* pacientemente bordados pela mãe. Chamava tanta atenção que seus vestidos eram copiados por outras mães que estavam na igreja - além de serem mandados buscar para serem repetidos pelas duas meninas que moravam no Palácio da Liberdade: Márcia e Maristela Kubitschek. Nesse clima ela cresceu, a menina mais bonita da cidade, a debutante mais bonita (...) ela teve sobre si os olhos não só da imprensa mas de toda uma comunidade. (grifo nosso) (SIQUEIRA, 1977 *apud* CASTRO; DUARTE; LEMOS, 2017).

Nota-se que Ângela não era qualquer menina bonita, era a mais bonita, a mais atraente, mesmo que apenas uma menina. Necessário mencionar que nas décadas passadas, não havia um conceito moral, ou mesmo legal, que proibisse a prática de olhares maliciosos para moças, ou mesmo meninas, como será observado no decorrer deste texto.

A vida da “Menina da missa das dez”, como ficou conhecida Ângela Diniz tendo em vista frequentar sempre as missas na Igreja de Lourdes, começou a mudar no carnaval de 1958. Neste ano, com apenas 13 anos, Ângela surgiu em uma festa de carnaval de Belo Horizonte vestida como uma grega. Surgia, assim, a segunda fase de Ângela Diniz, agora não mais a menina, mas como “A grega do Carnaval”.

Este segundo momento da vida de Ângela Diniz é contundente com a vida das moças de sua época, em que não havia período melhor para arrumar um marido, que não à

⁷⁰ O podcast Praia dos Ossos será a principal fonte de informações sobre os acontecimentos fáticos na vida de Ângela Diniz, desde o seu nascimento, até o fatídico dia de seu assassinato.

⁷¹ Celina Albano, uma colega de colégio de Ângela Diniz disse ao Praia dos Ossos: “Caminho de um bom casamento, segurança, boas condições econômicas [...]. Tudo a Maria queria para a Ângela nesse sentido, usar a beleza dela para fazer um bom casamento e ela ficar tranquila.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020). Neste mesmo sentido, comprovando os ideais da época, Norma Tamm mencionou: “As mães almejavam pras filhas o quê? Um príncipe, as que tinham mais, é... um olhar mais alto né, elas queriam príncipe, um bom marido, e outras um rapaz promissor. Que tivesse futuro pra quê? Pra sustentar a sua mulher, os seus filhos, cuidar da sua família, já que elas não tinham a sua profissão e o seu sustento. Então era uma coisa natural.”. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

adolescência. Talvez um absurdo moral nos dias de hoje, ou mesmo um crime, mas algo rotineiro e comum dos anos passados.

Ainda no período de sua adolescência é interessante demonstrar como vivera Ângela Diniz. Como mencionado anteriormente, Maria do Espírito Santo Diniz, a mãe de Ângela, sempre preocupou-se com a aparência e a vida amorosa da filha, e esta preocupação não foi menor ao escolher o Colégio Santa Marcelina como local de estudo da filha. Conforme mencionado no podcast Praia dos Ossos (2020), pela ex-aluna Celina Albano, o colégio ensinava mais que matérias comuns do ensino básico, ensinava também como ser uma boa dona de casa:

Celina Albano: O Santa Marcelina era aquela coisa elitizada, chique, elegante. Nós tínhamos uma aula na mesa, de como servir à mesa. Ah, tinha... tinha aula de elegância, etiqueta, e tal. **Branca Vianna:** Então vocês faziam, vocês faziam as duas coisas. Quer dizer, vocês tinham uma educação clássica boa, que aprende a matemática, história, português, latim, grega [...]. E uma educação de dona de casa chique. Saber bordar, arrumar a mesa [...]. **Celina Albano:** De dona de casa chique. (grifo do autor) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Todo o esforço e ensinamentos não foram falhos, Ângela Diniz saiu-se muito bem conforme sua mãe esperava, conseguiu um noivo. Embora mais uma vez possa soar estranho, o noivo de Ângela Diniz, após alguns desencontros amorosos, Milton Vilas Boas, a conheceu na porta do colégio em que ela estudava. Ainda mais confuso é compreender que ela tinha menos de 15 anos de idade, e ele, mais de 30 anos de idade. Nas palavras de Branca Vianna, uma das locutoras do Podcast: “Homens adultos embasbacados com meninas de 13 anos era parte do rito social.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Após uma curtíssima adolescência e namoros com homens mais velhos, aos 18 anos de idade Ângela Diniz se casa com Milton Vilas Boas. O Jornal Estado de Minas assim destacou:

Estado de Minas, 1º de fevereiro de 1963. Ex-embaixatriz do turismo, ex-"*glamour-girl*" e principalmente a rainha do jovem "*society*" belorizontino, Ângela ingressa no rol das donas de casa, e não perderá, certamente, aquele charme que fez dela a moça mais comentada e admirada da cidade. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

O casamento de Ângela foi sempre aguardado, por ela, por sua mãe e por toda sociedade. O casamento foi como qualquer outro daquela época, após o casamento não demorou muito e Ângela já era mãe de três filhos, aos 24 anos apenas. Ocorre que Ângela Diniz não era uma mulher nascida para a vida de casada, embora fosse criada para o casamento, não se adaptou ao matrimônio.

Em algumas frases ditas por Ângela Diniz em uma entrevista é possível observar a nova Ângela:

“Às vezes eu acordo de manhã, olho o céu e fico com vontade de dar uma morrida.” “Já fui muito narciso. Alguns anos atrás gostava de parecer com a Brigitte Bardot. Então mandei fazer este furo no queixo. Mas se fosse hoje não mandaria mais. Tenho mudado muito [...]”. (PRAIA DOS OSSO, 2020).

Quando da entrevista, uma música de Maria Bethânia toca:

Maria Bethânia: Adeus Vou pra não voltar E onde quer que eu vá Sei que vou sozinha Tão sozinha amor Nem é bom pensar Que eu não volto mais Desse meu caminho. **Ângela:** “Sabe de uma coisa? Essa é uma das músicas de que eu mais gosto. Eu me sinto toda dentro dessa música. Acho que eu sou uma mulher muito fora de época. Sou muito sensível. Olha, eu acho lindas aquelas histórias antigas, com os poetas morrendo de tuberculose por amor. Eu devia ter nascido há muitos anos [...]”. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSO, 2020).

Claramente que Ângela não estava feliz com o casamento, mais que isso, sofria com sua vida como estava. Naquele período não era algo simples levantar a possibilidade de uma depressão em resposta ao casamento. Mas Ângela Diniz, como ela mesma disse, era uma mulher fora de sua época, mas não pertencia ao passado, era uma mulher de vanguarda, à frente de seu tempo. Não satisfeita com sua vida de casada, Ângela Diniz separa de seu marido, o pai de seus três filhos.

O verbo “separar” aqui utilizado é simbólico, naquele período não havia no Ordenamento Jurídico brasileiro a possibilidade de divorciar do seu cônjuge, a figura jurídica naquele momento era o chamado desquite. O estudo sobre esse instituto ocorrerá em momento oportuno. Neste momento apenas faz-se um resumo sobre os fatos ocorridos na vida de Ângela.

Após a separação, a vida de Ângela Diniz mudou radicalmente. No lugar de uma mulher triste e depressiva, entrou uma mulher que estava feliz com a vida que tinha. Não se sentia mais presa aos laços que o casamento e uma sociedade machista impuseram por tantos anos a ela. Contudo, conforme confidenciaram algumas amigas próximas ao Praia dos Ossos (2020), Ângela ainda sofria com a vontade de ter os filhos próximos dela, tendo em vista que com o desquite a guarda dos três filhos foi atribuída ao pai.

Desimpedida do casamento Ângela Diniz buscou diversões ao seu estilo, como pertencia à alta sociedade de Minas Gerais, festas não faltavam. Em uma destas festas, celebrada pelo empresário milionário Antenor Patiño, um fato ocorrido mostra o poder de sedução de Ângela Diniz:

Branca Vianna: E o pequeno Patiño não era o único no encalço da Ângela naquela festa. Naquela época, ela supostamente tava (sic) tendo um caso com o Bê Barbará, um industrial mineiro importante – que também vinha a ser o marido da Márcia Kubitschek. Isso mesmo, a filha do Juscelino. E o ex-presidente tava (sic) lá, nesse mesmo baile em que a Ângela disparava o seu melhor sorriso pros fotógrafos ao lado de um milionário boliviano 20 cm menor que ela. Então, assim que o rei do estanho largou a cintura da Ângela, o JK convidou ela pra uma dança. E essa dança virou uma espécie de lenda em BH. **Celina Albano:** O Juscelino veio e tirou ela para dançar. E o Juscelino foi muito amigo dela. E que o Juscelino pegou ela de lado, assim, de lado, dançando, foi dançar, chamou ela para dançar e falou com ela: “Olha, esqueça o meu genro. Deixa a minha filha viver em paz.” **Branca Vianna:** Essa história dá uma noção do transtorno que a Ângela – agora livre das amarras do casamento – causava na alta classe mineira. (grifo do autor) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Essa era a nova Ângela Diniz, para alguns uma mulher festeira, que não representava os ideais da sociedade da época. Contudo, essa era uma visão, outro prisma poderia ser a vida de uma mulher livre para ser o que quisesse ser. Em uma das entrevistas Ângela disse: “Meu ex-marido queria que eu vivesse como a Carolina do Chico: casta, pura, trancada em casa, vendo a vida passar. Ele, sim, não me perdoa, não admite que eu possa ser feliz com alguém, num típico problema de mineiro tradicionalista.”. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Sem dúvidas que Ângela estava passando por uma mudança radical em sua vida. Não era mais a mulher dona de casa, talvez quisesse voltar aos tempos de “Grega do Carnaval”, mas isso não era mais possível, não era mais uma adolescente, era uma mulher. Ângela Diniz agora é “A Pantera de Minas”.

Na mesma festa em que Ângela encontrou-se com o Presidente JK, conheceu Arthur Vale Mendes, o Tuca Mendes, empresário herdeiro da Mendes Júnior. Segundo relatos ouvidos pelo podcast Praia dos Ossos (2020), foi o início de um caso romântico entre os dois, mesmo sabendo que Tuca Mendes era casado. A relação dos dois, embora Tuca fosse casado, era narrada da seguinte forma:

Tuca Mendes foi doido com ela. Tuca era casado, muito casado. Mulher, filho, tudo... mas andava com ela, pra baixo e pra cima. Ela saía daqui, ia com Tuca Mendes para Ouro Preto, pra Diamantina, para Tiradentes, pra tudo, com sol claro! Mas ela era assim, sabe como é? Ela não tinha... Não ligava [...]. Se dava, se não dava, se queria, se não queria [...]. Tava (sic) nem aí. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Interessante observar a diferença em tratamentos da sociedade para com o homem e a mulher. Por um lado Ângela Diniz quando separou-se de seu marido era algo extremamente contrário aos bons costumes e moral social, por outro lado Tuca Mendes, um homem casado e com filhos poderia andar tranquilamente com uma amante por toda Minas Gerais. Afinal, se existisse erro nesta relação, seria Ângela Diniz a errada.

A vida de Ângela Diniz já era extremamente tumultuada, se havia festa da alta sociedade era certeza sua presença. Tornou-se uma socialite, talvez uma das maiores do Brasil, ou a maior. Era presença em todas as revistas e colunas sociais, até entrar por um crime, que não cometeu, nas páginas policiais. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Mais uma vez Ângela Diniz ficaria conhecida nacionalmente, não por sua beleza, ou por suas façanhas contra a sociedade machista que a reprimia sempre que possível, mas por um crime que assumiria a responsabilidade.

A cena pode ser descrita da seguinte forma:

A primeira pessoa que chegou, esbaforida, foi a mãe da Ângela, a Maria Diniz. **E logo na rampa de entrada da casa da filha, ela viu um corpo. Era um adolescente negro, morto com um tiro na cabeça. Ele tinha uma faca de prata na mão, a braguilha aberta com vestígios de sêmen, e a barra da calça infestada de carrapichos.** E a mãe da Ângela conhecia o menino: **ele era o José Avelino dos Santos, que eles chamavam de “Zé Preto”.** Ele fazia uns bicos de vigia e lavador de carros na casa da Ângela. A Maria desviou do corpo, apavorada, e encontrou a Ângela no quarto, chorando ao lado do botão de pânico. **Mal ela entrou, e a Ângela já disse: “Fui eu.”.** (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Foi a primeira vez que Ângela Diniz apareceu nas páginas policiais de todos os jornais, mas não seria a última. Como mencionado no podcast Praia dos Ossos (2020), em arquivos disponíveis no acervo do Museu da Imagem e do Som em Minas Gerais é possível identificar no depoimento de Ângela sobre o fato ocorrido. Possível identificar Ângela ao centro da imagem, e, ao seu redor no mínimo 25 homens. Em um primeiro momento pode-se deixar passar por algo rotineiro, comum em depoimentos daquela época, contudo esta visão inocente é arrancada quando escutam-se as perguntas direcionadas à Ângela:

Surgiram **indagações** que interessavam evidentemente mais ao cidadão do que à autoridade, tais como: **'Quantos amantes tivera?'; 'O que fora fazer numa maternidade há três meses?'; 'E o lavador de carros não a excitava?' Por duas vezes, em seis horas de interrogatório, Ângela retirou-se para vomitar no banheiro.** (grifo nosso) (VEJA, 1973 apud PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Mais uma vez fica explícito o machismo e sexismo da sociedade brasileira da época. Mais uma vez presente a objetificação da mulher. Ora, estava ocorrendo um depoimento, um ato formal do processo penal, e as perguntas que estavam sendo feitas eram claramente de cunho privado sexual da vítima, impossível saber o real motivo, mas tendo em vista a imagem e o áudio do fato, claramente uma prática para alavancar ainda mais o machismo é certo que ocorreu.

Em resumo do fato criminoso e seu desfecho processual é possível sintetizar: o crime ocorreu na casa de Ângela Diniz, José Avelino dos Santos (Zé Pretinho), foi encontrado morto,

com braguilha aberta, manchas de sêmen e uma faca na mão. Ângela assumiu a responsabilidade pelo crime, um tiro fatal na cabeça. Ocorre que pouquíssimo tempo depois a verdade foi revelada, o assassino na verdade foi Tuca Mendes, que não assumiu o crime de imediato tendo em vista ‘ser casado’, ou seja, a vida de Ângela Diniz não importaria nesse momento, poderia ser considerada uma assassina, mas a imagem de Tuca Mendes não poderia, afinal, ele era um homem casado que tinha uma amante. O processo penal encerrou-se após a morte de Ângela Diniz, e Tuca foi condenado, a pena foi de 18 meses, mas foi suspensa.

O crime bárbaro que ocorreu contra um funcionário de Ângela, homem negro e pobre⁷² realmente seria mais um drama da sociedade brasileira, mas o foco deste trabalho está em Ângela, ou em sua figura como mulher oprimida por uma sociedade machista e moralmente falida. Cristalinamente no caso em tela mais uma mancha de machismo contra Ângela, afinal, mais vale a imagem do homem casado, que de uma mulher desquitada, em assumir um crime de homicídio⁷³.

Após o fatídico ocorrido, e toda a pressão familiar e social, Ângela Diniz decide afastar-se de sua cidade. A Pantera de Minas agora é moradora do Rio de Janeiro, mas participa de festas em todo o Brasil. Embora a vida social seja agitada, Ângela Diniz ainda sente falta dos filhos, segundo sua amiga Kiki Garavaglia, Ângela nunca foi realmente livre, pois a figura dos filhos a impedia. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Desesperada pela companhia dos filhos, Ângela mais uma vez vai parar nas páginas policiais, desta vez sim, por algo que ela mesma cometera:

No Natal de '74, a Ângela foi de novo pra BH ver as crianças. Na noite do dia 25, ela ia voltar pro Rio. E aí ela não aguentou. Mesmo contra a decisão judicial, e sem avisar ninguém, ela resolveu levar a filha de volta pro Rio com ela. O Milton Villas Boas nunca perdoou a Ângela por ter sumido com a filha deles, e o processo seguiu. A Ângela foi condenada a seis meses de prisão pelo sequestro da Cristiana – mas ela foi assassinada antes da aplicação da pena. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

⁷² Ainda sobre o crime e o motivo que levou-o a ocorrer é possível mencionar mais uma passagem do Podcast: “Durante a pesquisa do Praia dos Ossos, eu conversei com muita gente envolvida de uma forma ou de outra com a história da Ângela. E, quase sempre, eu perguntava sobre o “Caso do Caseiro”. E aconteceu, muitas vezes, de o entrevistado pedir pra desligar o gravador e contar “em off” algum detalhe privilegiado do caso. O negócio é que cada um contava uma história totalmente diferente da outra. Uma versão dos fatos era de que a Ângela, o Tuca e o José estariam fazendo um *ménage à trois* que deu errado, descambou pra uma confusão, e que o Tuca acabou matando o José. Outra versão era a de que o Tuca teria flagrado a Ângela transando com o José, e teria matado o menino por ciúme. E tem ainda uma terceira versão dos fatos. Nessa, o José tinha uma fixação pela Ângela – e tem alguns detalhes de reportagens da época que sugerem isso. Supostamente, ele teria ficado se masturbando olhando a Ângela e o Tuca transarem. E quando o Tuca percebeu a presença dele, ele disparou. Como as três pessoas envolvidas nesse caso já morreram, não vai dar para a gente descobrir a verdade.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

⁷³ A Ângela não foi responsabilizada criminalmente pela morte do José Avelino. Mas, mesmo assim, ela foi julgada pelo que tinha acontecido. Pelo menos pela imprensa e pela opinião pública.

A amiga Kiki Garavaglia insiste:

Kiki Garavaglia: Ela queria ver o circo pegar fogo. Se ela não era feliz, não podia ter os filhos, o resto, dane-se. Foi isso que ela fez, ela começou a enfrentar todo mundo. Ela enfrentava qualquer um. Ela tava sempre na defensiva pra atacar alguém. Ela só pensava nos filhos. Foi criada de uma maneira toda caretinha e de repente virou uma pessoa, praticamente uma delinquente, onde não era aceita por lugar nenhum, então, ela falou assim: “Então tá, então vou fazer o papel. Então agora eu vou fazer isso. Ninguém vai me derrubar.”. (grifo do autor) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

A vida de Ângela Diniz entrou em um espiral autodestrutivo, ela já não se importava mais com a sua vida, com os comentários que poderia causar na mídia social da época. Foi neste período em que então foi novamente figura principal de um crime: policiais invadiram o apartamento de Ângela e encontraram maconha, droga que ela assumiu ser a proprietária. Ângela não tentou se livrar das drogas, na verdade apresentou-a aos policiais, demonstrando mais uma vez sua rotina de autodestruição:

O Globo, 5 de janeiro de 1977. Coluna de Ibrahim Sued. A polícia encontrou dois pacotes de cigarros de maconha. Apenas os dois pacotes. Isso foi o bastante para que a imprensa noticiasse que ela fora presa em Copacabana traficando tóxicos. Para conseguir responder ao processo em liberdade, ela teve que se declarar dependente do fumo. (O GLOBO, 1977 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Insta mencionar que o colunista Ibrahim Sued era reconhecidamente o maior de sua área, mesmo assim, abafou o caso de Ângela Diniz, ou mesmo quando tocou no assunto, foi de maneira a evitar a degradação vivida por Ângela.

Embora não seja possível dizer que seja apenas uma maneira de tratar de um tema sensível, fato é que algum tempo depois Ibrahim Sued e Ângela Diniz tornaram-se um casal. Segundo relatos, os dois brigavam muito, era uma relação completamente tomada pela violência física e psicológica.

A vida de uma das socialites mais glamorosas do país e do maior colunista social não poderia ser diferente, apenas festas e mais festas, e foi exatamente em uma festa da alta sociedade que a vida de Ângela Diniz mudaria mais uma vez, mas agora, pela última vez.

2.2 Ângela Diniz - Assassinato e Julgamentos

Estão quase conseguindo provar: Ângela matou Doca.

Ângela Diniz sempre foi uma mulher sedutora, encantava os homens, mas também os amedrontava. Ela mesma destacou uma vez: “Perto de mim, eles têm uma reação meio

paradoxal: ficam deslumbrados, mas se mantêm na defensiva. Só depois é que se quebra o gelo e a gente consegue se entender com naturalidade.”. (FATOS & FOTOS, 1975 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Segundo as amigas próximas de Ângela, mesmo após o namoro os homens mantinham um sentimento de insegurança, pois Ângela era muito atraente, e não se importava em flertar com outros homens.

Foi com este modo de viver livremente que Ângela Diniz foi convidada com seu namorado da época, Ibrahim Sued, para um jantar na casa de Adelita Scarpa, mulher de Raul Fernando do Amaral Street. O jantar ocorreu em agosto de 1976, daquele instante até o final do ano Ângela Diniz trocava Ibrahim por Raul (o Doca), acreditando que o relacionamento com Ibrahim seria muito agressivo.

Segundo Doca Street, o relacionamento com Ângela iniciou naquele jantar, jantar na casa de sua esposa, onde Ângela estava acompanhada por seu namorado Ibrahim Sued:

Fala do primeiro encontro na casa de uns amigos. Ele diz que foi a própria Adelita que apresentou os dois – e eles logo se esconderam no banheiro pra fumar maconha juntos. Diz que, nesse mesmo dia, eles trocaram telefones, e dois meses depois ele já tava (sic) escapando pro apartamento da Ângela em Copacabana. (MEA CULPA, 2006 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

O relacionamento de Ângela e Doca era extremamente violento, com abusos físicos, psicológicos e também financeiros. Em uma relação marcada (literalmente) pela violência, Doca sentia-se como dono de Ângela, não era uma relação amorosa, era uma relação de propriedade ou de posse, onde Ângela era um objeto de Doca.

Anos mais tarde, Doca não escondia a forma agressiva e repugnante que tratava Ângela, inclusive escreveu um livro, demonstrando mais uma vez que a sociedade prossegue cultuando o machismo:

Ele escreveu, por exemplo, sobre uma crise de ciúmes que ele teve no Museu de Arte Moderna do Rio quando ele viu a Ângela flertando com outro homem. Ele seguiu ela até o banheiro feminino e deu um chacoalhão nela. Um trecho: “Não disse nada, só a sacudi pelos ombros, tanto e com tanta força que a cabeça dela ia para a frente e para trás. Depois de alguns segundos, não aguentou mais e seu corpo amoleceu. Empurrei Ângela para o vaso e saí. Tudo foi tão rápido que, quando voltei para a mesa, ninguém estranhou. Estava completamente corroído de ciúmes, mas consegui manter uma aparência calma. Ângela demorou para voltar. Quando apareceu, estava muito pálida, disse que não estava se sentindo bem, que iria para casa e que à noite nos veríamos na casa do Ibrahim.” (MEA CULPA, 2006 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

O relacionamento de Ângela e Doca era conturbado, possessivo e agressivo, mas também era descrito como apaixonante. Segundo relatos de pessoas próximas do casal para o

Praia dos Ossos (2020), Doca era extremamente apaixonado por Ângela. Entretanto, percebe-se que essa paixão era doentia, o sentimento de posse sobre Ângela era extremo. Ângela Diniz não era uma mulher fechada para o mundo, ao contrário, era uma mulher que queria viver o máximo que pudesse, mesmo que para isso fosse considerada uma “libertina”.

Ângela Diniz estava procurando um local mais reservado, mas que pudesse aproveitar a vida de festas e amizades. Foi com este pensamento que decidiu sair das grandes cidades e mudar para uma praia. O lugar escolhido foi uma casa pequena de pescador, de frente para o mar, na Praia dos Ossos, em Búzios.

O local era perfeito, inclusive os últimos momentos de Ângela na praia são provas claras disso. Ela foi para a praia com os amigos, bebeu, curtiu, conheceu uma desconhecida da Alemanha (Gabriele Dyer), tudo como Ângela queria, salvo o ciúme demasiado e a possessividade de Doca.

O resumo do crime pode ser encontrado tanto no podcast Praia dos Ossos (2020), como nos autos processuais disponíveis na internet (1977). No dia 30 de dezembro de 1976, após momentos na praia curtindo com seus amigos, Ângela e Doca voltam para a casa, o sentimento de objetificação, mesmo que inconsciente, com que tem sido tratada chega ao seu limite. Ângela decide que a relação com Doca não possui mais significado e decide acabar com tudo.

Como as brigas entre os dois era algo constante, poderia ser apenas mais uma das tantas vezes que ocorreria agressões. Contudo, desta vez, Ângela não aceitaria mais que Doca lhe tratasse como propriedade, ela assumiu a condução definitiva de sua vida, infelizmente, durou pouquíssimo tempo.

Após Ângela dizer que não queria mais Doca, este entra em seu carro e percorre apenas uma determinada distância, na esperança que Ângela repense o que havia decidido⁷⁴. Assim, ele volta para casa de Ângela, implorando que ela o aceite novamente. Neste momento é impossível saber o que ela realmente disse, contudo, segundo o assassino, estas foram as últimas palavras de Ângela Diniz: “Se quiser me dividir com homens e mulheres, pode ficar, seu corno”.

Neste momento, não aceitando ser trocado, ou dividir a mulher que estava convivendo (dizer que amava é impossível), Doca saca uma Beretta calibre 7,65 mm e efetua 4 (quatro) disparos contra o rosto de Ângela Diniz. Crime consumado, Doca foge, não se apresenta à autoridade policial, e apenas no dia 18 de janeiro de 1977 entra em uma clínica médica e são os funcionários desta que acionam a polícia.

⁷⁴ Sair de casa, assim, era na verdade uma encenação, era uma estratégia que o Doca já tinha usado algumas vezes para reverter uma situação de briga. Aparece várias vezes no livro de memórias dele. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Neste momento será analisada a maneira que os julgamentos se deram, não serão analisadas questões jurídicas ou questões sociais, apenas apresentados os acontecimentos fáticos no julgamento e em seu entorno. Antes mesmo de iniciar o julgamento no tribunal do júri, o caso Ângela Diniz já repercutia em sua fase pré-processual. Conforme consta nos noticiários da época, o delegado do caso, mesmo possuindo diversas provas claras e contundentes de que Doca havia matado Ângela Diniz, procurou diversas vezes retirar a autoria do crime do assassino real. Na época, surgiu, inclusive, a possibilidade de um homem, cujo nome atribuído foi Pierre, ser um suposto amante de Ângela ou mesmo um traficante que vendia drogas para Ângela, contudo, comprovou-se que nada disso ocorreu.

Cercado por uma mídia ainda machista, a sociedade de uma pequena cidade não foi diferente, amontou-se diante do fórum da cidade (em Cabo Frio, pois Búzios era distrito até então) para apoiar Doca, o homem que havia matado por amor. Destaca-se que a mídia brasileira nunca havia feito uma cobertura de julgamento como foi feito neste caso. Do ponto de vista social, as ruas estavam tomadas por pessoas que estavam confiantes na absolvição de Doca, afinal ele havia matado por amor. (PRAIA DOS OSSOS, 2020). No podcast que é fonte deste artigo, uma das autoras faz o seguinte questionamento, que é a base para compreender o julgamento: “Como é que um homem mata uma mulher com quatro tiros na cara e vira herói? Ou então dá pra dizer assim: Como uma mulher desarmada é morta com quatro tiros e vira a vilã da história?”. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Em Cabo Frio, naquela época, funcionava assim: a cada dois meses, 21 moradores da cidade eram sorteados para ficar à disposição para todos os julgamentos durante esse período. Aí, para cada júri, sete dessas pessoas eram escolhidas. Isso pros advogados era uma oportunidade pra começar a fazer campanha de convencimento muito antes de chegar ao tribunal. Com os 21 nomes em mãos, o pai do Doca visitou cada um dos possíveis jurados que em breve iam decidir o futuro do filho dele. Ele entregou pessoalmente o resumo do caso, preparado pela Defesa. E o apelo emocional não vinha só do lado do Doca: cada um dos potenciais jurados recebeu também uma carta dos filhos da Ângela. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Como o caso já era considerado um dos maiores do país, tendo em vista a forma como ocorreu, além de a vítima ser reconhecida nacionalmente como uma das mulheres mais bonitas, os advogados do caso também foram dois grandes juristas brasileiros: Evandro Lins e Silva na defesa e Evaristo de Moraes Filho na acusação ao lado do promotor Sebastião Fador Sampaio.

A principal tese da defesa: Legítima Defesa da Honra. O julgamento era de Doca, e a vítima Ângela, mas no tribunal e fora dele tinha-se a sensação de ser o inverso. Evandro Lins e Silva passou todo o julgamento demonstrando como Ângela levava uma vida de mulher livre, como se isso fosse crime.

Alguns destaques de Evandro Lins e Silva no tribunal:

Qualquer pessoa vê na **ação de Raul Fernando Street** o gesto de desespero, e profundamente deplorável, **de um homem apaixonado, dominado por uma ideia fixa, que o levou a um gesto de violência, que não é comum à sua personalidade.**

[...]

Hoje é um farrapo, um homem que se arrasta lambendo os restos da vida, aos frangalhos. Humilhado às últimas consequências, mas um candidato a morrer; se sobreviver viverá sempre povoado de fantasmas.

[...]

Ângela era uma mulher sedutora, belíssima, como todos veem. Belíssima, encantadora. A Pantera de Minas. Mas, desgraçadamente, ela seguiu um caminho diferente daquele que nós, homens menos avançados nesse tema, procuramos seguir. É uma realidade.

[...]

Ela não podia admitir certos princípios. Ela queria a vida livre, libertina, depravada, senhores jurados! Desgraçadamente, fez uma opção, fez uma escolha naquele instante, deixou os filhos, veio para o Rio de Janeiro. **Eu pergunto às senhoras do conselho, não sei se são mães, mas abandonariam três crianças, uma pequenina de quatro anos?**

[...]

Ela provocou, ela levou a este estado de espírito, este homem que era um rapagão, um mancebo bonito, um exemplar humano belo, que se encantou pela beleza e pela sedução de uma mulher fatal, de uma Vênus lasciva.

[...]

E confessa em várias passagens destes autos que tentou suicidar-se muitas vezes. **Ela queria morrer! Senhores jurados, ele teve a desgraça de ser o instrumento que ela usou para sua própria morte, para o seu suicídio.**

[...]

"Pode-se concluir que a paciente é portadora de personalidade neurótica, instável, com distúrbios do comportamento e dependência tóxica medicamentosa." Então, senhores jurados, ela realmente queria morrer. O júri quer mais? Algum dos senhores, não sei, já fez testamento? Especialmente um testamento aos 26 anos de idade? Não é impressionante, a sucessão de fatos que demonstram que esta moça queria morrer. **Morreu pela mão de Raul Fernando Doca Street. Ela provocou a sua morte.**⁷⁵(grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Evandro Lins e Silva ainda mencionou:

O júri já viu que a sua origem é uma boa origem. Senhores jurados, ele é neto de um dos homens que tiveram a maior influência no Brasil, na legislação social do Brasil, porque inclusive participou da legislação trabalhista, no seu início [...]. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Veja-se que o advogado de defesa, em momento algum, disfarça a intenção de desabonar a vida de Ângela Diniz, a vítima do assassinato em tela. As falas de Evandro Lins e Silva são claras para manchar a reputação de Ângela, mencionar que a vida de uma mulher não estava de acordo com a sociedade, e realmente não estava, a sociedade nos anos 70 era machista, ainda mais que a de hoje. Ângela por outro lado era livre, uma mulher que não lia da doutrina

⁷⁵ O Evandro também chamou a Ângela de “prostituta de alto luxo da Babilônia” e “pantera que arranhava com suas garras os corações dos homens”. E nas garras dela, segundo ele, tinha um “mancebo bonito”. Mancebo, significa “jovem”. Só lembrando que o Doca tinha 42 anos na época do crime. (Praia Dos Ossos, 2020).

patriarcal que lhe impuseram. Destaca-se, desde já, que não se quer retirar a constitucionalidade da plenitude de defesa (presente na Constituição da época), contudo, utilizar-se de um direito para ferir outros, não é o pensamento de qualquer legislador constitucionalista.

Se por um lado a defesa procurava demonstrar como Ângela Diniz era uma mulher indo na contramão das leis morais e dos costumes da sociedade, por outro lado o promotor de justiça mencionou em sua sustentação oral: “E Ângela o recebeu no recesso sacrossanto do seu lar. Não de braços abertos, mas de braços e corações abertos.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Notório que o assassino, Doca, não estava em julgamento naquele plenário, ou mesmo fora dele. Quem estava em julgamento, e dos mais cruéis, era a mulher, não Ângela Diniz apenas, mas a mulher como ser. Os debates estavam focados em dizer o que uma mulher pode ou não fazer. Como a mulher deveria tratar o seu marido, ou amante. Permeados em uma sociedade amplamente machista, aproveitando-se de um sono profundo das mulheres que poderiam reprimir tal julgamento, Doca saiu do plenário como um herói nacional. Ângela (mulher) como a vítima de um crime, em que ela foi assassinada.

A narrativa da época impossibilitava a existência de uma mulher como Ângela Diniz, se de um lado era considerada a mulher fatal, uma prostituta de luxo, uma pantera, do outro era retratada como uma santa. Não poderia haver um meio termo, ou a mulher cumpria com suas obrigações de mulher, impostas pela sociedade de homens, ou era uma puta. O certo é que jamais poderia ser como Ângela vivera, livre para ser mulher.

Doca foi condenado neste julgamento, sua pena por tirar a vida de Ângela Diniz, pelo simples fato de não aceitar a vida de Ângela, foi de 18 meses. Como já havia cumprido 7 meses anteriormente ao julgamento, Doca saiu do fórum como um homem livre. Embora aplaudido por muitos naquele primeiro momento, parte da sociedade brasileira mudaria, e exigiria um novo julgamento.

Nas palavras de Paulo Roberto Pereira, conhecido como Paulo Badhu, advogado de Doca: “Menina, parece que houve, que nós estávamos num país num julgamento. No segundo julgamento, tava (sic) em outro país.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020). Essa frase constata a diferença como foi o segundo julgamento de Doca, já que a primeira sentença não havia prosperado após recursos da acusação.

A mudança nos julgamentos ocorreu não por meras questões tecnicamente jurídicas, mas por questões sociais. A sociedade se rebelara, na visão de Mirian Chrystus (2020), a volta de mulheres exiladas pela ditadura, com novos pensamentos feministas, foi um ponto marcante, já que se no primeiro julgamento havia manifestações favoráveis ao Doca, neste segundo

juízo as mulheres lotavam as cidades por Ângela, inclusive a pequena Cabo Frio, local do juízo.

No segundo juízo, Doca Street foi condenado por matar Ângela Diniz, a pena que havia sido de 18 meses, já que agira em legítima defesa da honra, modificou-se para 15 anos de reclusão, por homicídio doloso.

O caso Ângela Diniz foi um marco para as mulheres brasileiras, houve inclusive um manifesto contra o machismo, e parte dele mencionava:

Queremos falar do caso Doca como símbolo do machismo na sociedade brasileira. Vemos no caso Doca Street um juízo não só de Ângela Diniz, mas de todas as mulheres que, de algum modo, fogem ao modelo de comportamento prescrito para o sexo feminino. O juízo de Doca expressa a maneira pela qual a sociedade brasileira resolve as relações de poder entre os sexos: o sexo masculino, aqui representado pelo senhor Raul Fernando de Amaral Street, pode impunemente punir uma mulher que não corresponde ao seu papel tradicional. Queremos deixar claro nossa revolta e indignação. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Se a morte de Ângela foi algo marcante para o momento, o juízo também foi, e Jacqueline Pitanguy explica assim:

Ela morreu duas vezes. Porque ela morreu quando o Doca a assassinou, e ela morreu no primeiro juízo. Porque foi ela que foi julgada, foi a Ângela que foi julgada. Porque uma mulher como ela não traz simpatia. **As pessoas não gostam e uma mulher bonita demais, sedutora demais, livre demais. Então ameaça! Ameaça mulheres, ameaça homens.** (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Destacado todo o fato criminoso e os resultados deste crime, assim como lembrado todo o contexto da vida de Ângela Diniz, é preciso esclarecer quais os resultados efetivos de amplo espectro. Ângela Diniz não foi apenas mais uma mulher morta, foi personagem de uma mudança de paradigma no Brasil, foi responsável por uma revolução do feminismo brasileiro. Destarte, far-se-á análises sobre as mudanças jurídicas e após sobre mudanças sociais ocorridas após o fatídico assassinato de Ângela Diniz.

3. AVANÇO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

O silêncio é cúmplice da violência.

No presente capítulo serão analisadas as inovações legislativas que buscaram dirimir a violência contra a mulher. Do mesmo modo, será observado como o Supremo Tribunal Federal eliminou a legítima defesa da honra como instrumento de defesa nos crimes contra a vida.

Destaca-se, desde já, que o estudo não pretende de modo algum atacar a advocacia como função. Sabe-se da importância ímpar que possui a profissão para o aparato jurídico nacional. Ainda neste sentido, sabe-se que o princípio da plenitude de defesa é um instituto constitucional, destarte, também não será analisado o fim da legítima defesa da honra pelo prisma do cerceamento de defesa.

O assassinato de Ângela Diniz ocorreu no ano de 1976, e os julgamentos de Doca Street nos anos de 1979 e 1981. Deste modo, é possível observar que não existia a atual Constituição Federal. Na verdade estava em vigor a Constituição de 1967. Uma Constituição dos tempos de Regime Militar.

Embora um período extremamente conturbado, formalmente a figura do Tribunal do Júri estava mantido na Constituição em vigor no período do assassinato e também dos julgamentos. No capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) da Constituição de 1967 é possível observar:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (grifo nosso) (BRASIL, 1967).

Deste modo, a legislação constitucional vigente nos anos em que ocorreram os julgamentos no Tribunal do Júri, já previa a plenitude de defesa que está alicerçada também na Constituição Cidadã de 1988⁷⁶. A Constituição da República de 1967 não inovou, ou mesmo excluiu qualquer dispositivo ligado ao Tribunal do Júri. Assim, seguiu o já legislado pelo constituinte anterior. Logo, a Constituição de 1967 manteve-se igual à Constituição de 1946, que legislou:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: **§ 28 - É mantida a instituição do júri**, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e **garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos**. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (grifo nosso) (BRASIL, 1946).

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

Assim como sua sucessora, a Constituição de 1946 apenas manteve a instituição do Júri como as legislações anteriores previam. Contudo é importante mencionar os princípios norteadores do Júri, que desta vez foram explicitamente citados no texto constitucional, entre eles, a plenitude de defesa.

Na visão de Eugenio Mougenot Bonfim a plenitude de defesa:

Garante a Constituição Federal ao réu submetido ao julgamento pelo Júri a plenitude da defesa, e não somente a ampla defesa, reconhecida aos acusados em geral. Alguns autores a enquadram no princípio maior da ampla defesa, enquanto outros defendem a maior amplitude dessa fórmula constitucional. **A garantia de uma defesa plena seria, nessa linha de raciocínio, mais abrangente do que a garantia de uma defesa ampla.** Abrangeria, entre outras, a possibilidade de o acusado participar da escolha dos jurados que comporão o Conselho de Sentença, bem como a própria necessidade de os juízes populares pertencerem às diversas classes sociais. (grifo nosso) (MOUGENOT, 2019, p. 827).

Já Renato Brasileiro de Lima observa o princípio da plenitude de defesa por dois aspectos:

a) **plenitude da defesa técnica: o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc.** Incumbe ao juiz-presidente fiscalizar a plenitude dessa defesa técnica, já que, por força do art. 497, V, do CPP, é possível que o acusado seja considerado indefeso, com a consequente dissolução do Conselho de Sentença e a designação de nova data para o julgamento; b) **plenitude da autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses.** Daí o motivo pelo qual o juiz-presidente é obrigado a incluir na quesitação a tese pessoal apresentada pelo acusado, mesmo que haja divergência entre sua versão e aquela apresentada pelo defensor, sob pena de nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa. (grifo nosso) (LIMA, 2020, p. 1442).

Percebe-se assim que a plenitude de defesa está além da ampla defesa, isto é, não possui extensão unicamente jurídica. Sob este fundamento, de poder utilizar no Tribunal do Júri qualquer outro tipo de defesa, o mais amplo que possa ser, é que a legítima defesa da honra materializava-se em tese defensiva até os dias atuais. Embora possuísse conotação jurídica, não há qualquer legislação que amparasse o instituto utilizado em demasia nos crimes passionais, principalmente em feminicídios.

Deste modo, a legítima defesa da honra poderia ser utilizada como uma possibilidade de defesa, mesmo que não estivesse compatível com o postulado da proporcionalidade, pois seria algo no sentido de defesa plena sob o prisma social ou emocional. Como será observado à frente, o Supremo Tribunal Federal, após anos de uso indevido deste artifício, negou seu uso no Tribunal do Júri.

As mudanças legislativas são necessárias com o avanço da sociedade e sua redefinição de legalidade em torno das ações humanas. Assim, não é possível que legislações arcaicas e desconexas com a realidade atual sejam utilizadas para fundamentar decisões que são além de imorais no contexto atual, também ilegais tendo em vista as novas legislações, entre elas a Constituição da República de 1988.

Exemplo cristalino de evolução legislativa encontra-se no círculo de legislações que tratam da relação homem-mulher. Nas Ordenações Filipinas, espécie de Ordenamento Jurídico utilizado no Brasil em tempos de Colônia, em seu quinto livro, no Título XXXVIII, encontrava-se a seguinte redação legal:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matar alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para África com pregão na audiência pelo tempo que aos julgadores bem parecer, *segundo a pessoa que matar*, não passando de três anos. (grifo nosso) (ORDENAÇÕES FILIPINAS).

Segundo tal legislação, o adultério nem mesmo necessitaria ser comprovado antes dos assassinatos ocorrerem, ou seja, seria possível matar a mulher pelo simples fato de “achar” que estava sendo traído por ela. Em apenas uma breve passagem de texto é possível observar diversas situações inimagináveis nos dias de hoje, como também o preconceito com pessoas mais pobres, já que segundo a lei, seria possível matar também o homem com quem a esposa havia traído, desde que este possuísse menos dinheiro que o marido. Contudo, é necessário focar na possibilidade inimaginável de poder (legalmente) assassinar uma mulher pelo fato dela cometer adultério.

Se anteriormente o homem possuía posse ou propriedade sobre a mulher, nos dias atuais a sociedade mudou, e com isso as legislações também se modificaram. Dentre as mudanças significativas que ocorrem nos dias atuais, a caracterização de abusos contra a mulher em diversos aspectos é um ponto importante para a tipicidade de possíveis crimes.

São considerados abusos contra a mulher: abuso psicológico ou emocional:

Nele, é comum que a vítima sinta que deixou de ser ela mesma e que também peça desculpas por um erro que não cometeu. Esse é um tipo de abuso que pode acontecer de forma explícita ou bastante sutil, o que dificulta sua percepção e causa confusão em quem está passando por ele. Isso acontece porque as manipulações são muitas vezes disfarçadas de carinho, cuidado e preocupação. (NÃO ERA AMOR, 2020).

O abuso físico:

A agressão física não é caracterizada apenas pelo espancamento, ela vai além de um tapa ou um empurrão, lembre-se: o que começa com um grito pode sim se tornar um tapa futuramente. É comum também que o abusador após ser agressivo ou violento peça desculpas, chore e prometa que não vai mais repetir esse comportamento. Tal arrependimento é um dos estágios do ciclo da violência. (NÃO ERA AMOR, 2020).

O abuso sexual: “O abuso sexual não acontece somente quando há estupro. Se sentir forçada a fazer algo que não quer através de chantagens, ameaças, força física, manipulações e mentiras também é um indicativo dessa violência.” (NÃO ERA AMOR, 2020).

O abuso financeiro: “O abuso pode começar de forma sutil, quando o parceiro te controla com presentes e dinheiro, te deixando dependente daquela ação. Ou até mesmo quando na rotina você deixa que ele tome decisões financeiras por você.” (NÃO ERA AMOR, 2020).

O abuso patrimonial: “Ela ocorre quando o parceiro não deixa a mulher trabalhar, oculta bens, destrói objetos e documentos. Nesse quadro de abuso é comum que aconteçam as seguintes situações: colocar a pessoa para fora de casa, queimar roupas.” (NÃO ERA AMOR, 2020).

Abuso tecnológico:

O abuso tecnológico expressa a violência nos relacionamentos atuais e envolve desde o controle velado das redes sociais da vítima, até insistência em obter senhas pessoais, controle de conversas, curtidas e amizades online. Além de monitoramento de celular, disseminação de fotos, vídeos e mensagens íntimas e/ou constrangedoras da parceira sem consentimento, hackeamento do celular, instalação de câmeras escondidas e ameaças e insultos em mídias sociais, controle de postagens e comunicações realizadas. (NÃO ERA AMOR, 2020).

As informações sobre os possíveis abusos cometidos por um companheiro de relação é essencial para o enfrentamento da questão, contudo, somente através de legislações é que o Estado pode intervir nesta seara privada. Destarte, serão apresentados importantes avanços legislativos no combate ao crime contra a mulher no Brasil.

Embora a Lei 11.340 de 2006, conhecida com Lei Maria da Penha, seja a mais famosa legislação nacional no combate ao crime contra a mulher, o avanço legislativo não é algo atual.

A Constituição da República de 1988 trouxe avanços significativos no combate à discriminação de gênero, também chamado de sexismo. Somente no ano de 1988 que homens e mulheres puderam ser reconhecidos pelo Estado brasileiro como iguais entre si. O art. 5º do texto constitucional é de extrema importância, sendo referência no combate a qualquer discriminação que possa ainda existir: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Algumas possibilidades inimagináveis em outros tempos, como no período de separação de Ângela Diniz de seu marido, apenas com a Constituição da República de 1988 tornaram-se válidas no Estado brasileiro, como é a figura do divórcio.

Como mencionado no capítulo anterior, Ângela Diniz não feliz com seu casamento e realizou um processo de desquite, figura que hoje é conhecida como separação. Nos anos 70 não era possível que um casal realizasse o divórcio, apenas que se desquitasse. O assassinato de Ângela Diniz ocorreu em dezembro de 1976, apenas um ano após, em dezembro de 1977, uma legislação nacional possibilitou o divórcio.

A Lei 6.515/77 regulava:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (BRASIL, 1977).

Embora possa em um primeiro momento parecer algo atual, o divórcio até aquele momento não poderia ser realizado mais que uma única vez: “Art. 38 - O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.”. Deste modo, apenas com a Constituição de 1988, mais especificamente, a Lei 7.841 de 1989, que o divórcio único foi excluído do Ordenamento Jurídico nacional.

A Lei Maria da Penha é reconhecida nacionalmente como uma importante proteção legal contra abusos contra a mulher. Somente com uma lei específica é que o Estado brasileiro se atentou aos crimes cometidos contra as mulheres. Sua ementa menciona:

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. (grifo nosso) (BRASIL, 2006).

Nota-se que a Lei Maria da Penha somente torna, com maior concretude, eficaz uma norma constitucional. Logo, somente em 2006 uma legislação foi criada com o real objetivo de combater a violência contra a mulher, colocando fim ao costume de discriminação que já era proibido desde a Constituição de 1988. No Brasil, as leis demoram e as mulheres pagam com a vida pela morosidade estatal.

Outra importante legislação, até hoje de suma importância no combate ao crime contra a mulher é a Lei 10.714 de 2003, que possibilitou a criação de um telefone para receber denúncias de violência contra as mulheres. Assim, o “Ligue 180” foi criado, e é até hoje utilizado por milhões de mulheres. Segundo dados do Governo Federal, no ano de 2019 foram realizadas 1,3 milhão de ligações ao Ligue 180⁷⁷. Nos primeiros meses de 2020, ano de pandemia por Covid-19, o número de ligações aumentou 14,12%⁷⁸, demonstrando assim o completo descontrole do Governo com a segurança de mulheres.

No quesito de violência sexual, em 2009 com a Lei 12.015 modificou drasticamente a legislação criminal brasileira, com o intuito de acirrar ainda mais a perseguição sexual contra as mulheres. Até a mencionada legislação a submissão da mulher ao homem ainda existia com resquícios de legislações arcaicas e ultrapassadas.

Ainda neste campo, em 2013 foi sancionada a Lei 12.845, que assegurava o atendimento obrigatório aos indivíduos que dessem entrada em hospitais em situação de violência sexual:

Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social. (BRASIL, 2013).

Recentemente, no ano de 2018 surgiu no Ordenamento Jurídico brasileiro a figura da importunação sexual, apresentada através da Lei 13.718. A lei foi uma resposta aos diversos abusos cometidos contra mulheres, especialmente em transportes públicos, já que anteriormente a situação enquadrar-se-ia apenas em contravenção penal.

O Conselho Nacional de Justiça assim descreveu:

O crime de importunação sexual, definido pela Lei n. 13.718/18, é caracterizado pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de “satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. O caso mais comum é o assédio sofrido por mulheres em meios de transporte coletivo, mas também enquadra ações como beijos forçados e passar a mão no corpo alheio sem permissão. (BRASIL, 2019).

⁷⁷<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/balanco-anual-ligue-180-registra-1-3-milhao-de-ligacoes-em-2019>

⁷⁸<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentamos-quatro-primeiros-meses-de-2020#:~:text=Den%C3%BAncias%20registradas%20pelo%20Ligue%20180%20aumentam%20nos%20quatro%20primeiros%20meses%20de%202020,-Compartilhe%3A&text=De%20acordo%20com%20dados%20da,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20ano%20passado.>

Por fim é importante mencionar a Lei 13.104 de 2015, que instituiu no Brasil a figura do feminicídio. O feminicídio é o assassinato de mulheres em razão de sua existência como mulher. Na legislação brasileira, foi introduzida como circunstancia qualificadora do homicídio:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º - A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (grifo nosso) (BRASIL, 2015).

Diversos crimes cometidos no Brasil contra as mulheres poderiam ter recebido penas mais adequadas às circunstâncias, como o de Ângela Diniz, caso o Estado brasileiro trabalhasse em prol de igualdade de gêneros de fato. Não algo revolucionário, apenas garantindo direito expressamente constitucional.

Embora o Brasil possua diversas legislações que beneficiem um olhar mais atento à violência contra a mulher, não basta para que as mortes destas deixem de existir, ou mesmo diminuam. Segundo dados do Mapa da Violência de 2015, o Brasil era o 5º país que mais matava mulheres. Os dados ainda demonstram que a taxa de homicídios de mulheres cresce de forma assustadora, possuindo pico anterior no ano de 1996, desde então o número caiu, passando novamente a crescer em 2007⁷⁹.

O Brasil aparece em QUINTO lugar não apenas em dados do Mapa da Violência, novamente em 5º lugar é a colocação do Brasil em estudos do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)⁸⁰. Tais pesquisas apenas comprovam a alta no número de feminicídios no Brasil, que mesmo com legislações, nada mudará.

Uma importante resposta aos abusos contra mulheres no Brasil, do Poder Judiciário brasileiro, ocorreu no ano de 2021. Após anos de questionamentos sobre a legalidade do uso da tese da legítima defesa da honra, especialmente em julgamentos no Tribunal do Júri, e, constantemente utilizado na defesa de homens que assassinam mulheres, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar.

⁷⁹ Mais informações em: https://www.mapadaviolencia.net.br/mapa2015_mulheres.php

⁸⁰<https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779/DF, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a legítima defesa da honra não encontra qualquer fundamento jurídico no Ordenamento Jurídico nacional, mais que isso, o seu uso mesmo que de forma extrajurídica é inaceitável tendo em vista os direitos fundamentais.

O Ministro relator Dias Toffoli concluiu que a legítima defesa da honra não pode ser compreendida como legítima defesa juridicamente tutelada:

Diante dessa breve exposição do instituto, salta ao olhos **que a “legítima defesa da honra”, na realidade, não configura legítima defesa.** Tenho que a **traição** se encontra inserida no contexto das relações amorosas, sendo que tanto homens quanto mulheres estão suscetíveis de praticá-la ou de sofrê-la. **Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo que se falar em um direito subjetivo de contra ela agir com violência. Aliás, foi imbuído desse espírito e para evitar que a autoridade judiciária absolvesse o agente que agiu movido por ciúme ou outras paixões e emoções que o legislador ordinário inseriu no atual Código Penal a regra do art. 28,** segundo a qual: “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão”. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

Além de não ser um direito, a legítima defesa da honra deve ser considerada uma afronta ao direito constitucional brasileiro. Conforme argumentou o relator, não é mais aceitável que teses inconstitucionais permeiem o âmbito jurídico como forma de acalentar o ego masculino, tempos obscuros como estes devem ser deixados no passado:

[...] a chamada “legítima defesa da honra” corresponde, na realidade, a recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil. A ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” - perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera - tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. Com efeito, a “honra masculina” já foi um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se verificava, à época da colônia, no Livro V, Título XXXVIII, das Ordenações Filipinas, no qual se concedia ao homem o direito de matar sua esposa quando flagrada em adultério. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

Seria então inconcebível que uma tese como esta pudesse ser utilizada no Brasil, contudo, em casos de feminicídio são quase que regra no Tribunal do Júri, fortalecendo assim a cultura de abusos contra a mulher. Infelizmente cabe mencionar que diversas vezes homens foram julgados como inocentes, ou até mesmo como vítimas (como no assassinato de Ângela Diniz), por apresentarem a legítima defesa da honra como escudo, estes fatos apenas corroboram a sociedade machista e opressora contra a mulher.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a legítima defesa da honra é contrária à Constituição da República de 1988 quando avança contra a dignidade da pessoa humana, contra a igualdade entre gêneros e contra a vida humana:

[...] concluo que o recurso à tese da “legítima defesa da honra” é prática que não se sustenta à luz da Constituição de 1988, por ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida, não devendo ser veiculada no curso do processo penal nas fases pré-processual e processual, sob pena de nulidade do respectivo ato postulatório e do julgamento, inclusive quando praticado no tribunal do júri. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

Importantíssimo o destaque feito pelo Ministro Dias Toffoli quando impossibilita o uso da legítima defesa da honra não apenas nos processos jurídicos, mas também nas fases pré-processuais. Assim, qualquer autoridade é competente para não aceitar o uso da legítima defesa da honra contra crimes cometidos contra mulheres.

Como supramencionado, o Tribunal de Júri possui como um de seus princípios norteadores a plenitude de defesa, contudo, o Ministro Dias Toffoli observou que em conformidade com o já mencionado pelo Ministro Celso de Mello, “inexistem garantias individuais de ordem absoluta” (BRASIL, 2021). Destarte, assim concluiu:

É certo que a plenitude de defesa é princípio constitucional essencial à instituição do tribunal do júri e está inscrita no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, al. a, do texto constitucional. Assim sendo, entendo que a Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados. Não obstante, para além de um argumento atécnico e extrajurídico, a “legítima defesa da honra” é estratégia cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

E finalizou:

Sob essa perspectiva, a cláusula tutelar da plenitude de defesa, invocada para sustentar a tese de legítima defesa da honra, teria a função ultrajante de salvaguardar a prática ilícita do feminicídio ou de qualquer outra forma de violência contra a mulher, o que é inaceitável em um país em que a vida é considerada o bem jurídico mais valioso do Direito, por opção inequívoca da Constituição de 1988. Há, portanto, a prevalência da dignidade da pessoa humana, da vedação a todas as formas de discriminação, do direito à igualdade e do direito à vida sobre a plenitude da defesa, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

Deste modo, entendeu o relator ⁸¹que a legítima defesa da honra é uma tese inconstitucional e que não pode ser utilizada pelos operadores do direito, seja na fase processual ou pré-processual. Observou, ainda, que a realidade fática do país, onde ocorrem milhares de feminicídios por ano, não poderia aceitar que a plenitude de defesa fosse superior aos direitos fundamentais da igualdade, vida e vedação da discriminação, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

Necessário mencionar que embora a decisão do Supremo Tribunal Federal já tenha sido efetivada no cenário jurídico nacional, muitas dúvidas persistem sobre o tema, entres elas a possibilidade de uso indireto da tese da legítima defesa da honra pelo réu. Nota-se que como mencionado os operadores do direito não poderão utilizar a tese em momento algum, contudo, como mencionado anteriormente por Renato Brasileiro de Lima (2020) a plenitude de defesa no Tribunal do Júri é responsável também pela autodefesa. Destarte, questionamentos jurídicos ainda surgirão.

4. SOCIOLOGIA CRIMINAL – A IMPORTÂNCIA DO MOVIMENTO FEMINISTA

*Se, se ama, não se mata!
Quem Ama Não Mata!*

No Brasil todos os dias mulheres são vítimas de abusos e até assassinatos pelo simples fato de serem mulheres. Movimentos sociais são importantes para que a sociedade amplie o modo de encarar abusos contra minorias, entre elas, as mulheres vítimas de abusos. No Brasil e no mundo o Direito representa a visão jurídica da sociedade, assim, conforme a sociedade muda, é importante que o direito também se modifique.

Neste capítulo será observada a importância dos movimentos sociais para mudanças de paradigmas comuns ao povo, refletindo diretamente na aplicação do direito. Assim como todo

⁸¹ A decisão monocrática foi seguida por todo o Pleno do Supremo: O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 2021).

o artigo, far-se-á análise partindo do contexto histórico vivido nos anos 70, tendo como pano de fundo o assassinato de Ângela Diniz.

O crime ocorrido em dezembro de 1976 não foi apenas mais um crime, foi o início da mudança de visão de como a sociedade encarava assassinatos contra mulheres. Como já mencionado, no primeiro julgamento de Doca Street, a comunidade de Cabo Frio, assim como toda a comunidade nacional, graças à cobertura das mídias da época, estavam favoráveis ao criminoso. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Após o primeiro julgamento a comunidade brasileira mudou de posicionamento, caminhando em sentido diametralmente oposto. Isso ocorreu graças ao movimento feminista que iniciava alí seu percurso contra ataques ao gênero feminino.

Um importante passo que a comunidade feminista deu foi a extensão de suas visões para a sociedade através da mídia possível naquela época:

Defendendo interesses de diversos movimentos sociais, a imprensa alternativa irá proporcionar o debate de ideias, fazendo circular informações que, de outro modo, seriam silenciadas, criando espaços de disputa de hegemonia. É neste cenário que o movimento feminista, na medida em que se constitui como um espaço de resistência e luta em defesa das mulheres, incorpora em suas ações diversas práticas relacionadas aos processos midiáticos, com o objetivo de dar visibilidade a certas reivindicações. A imprensa feminista surge, então, a partir dos anos 1970, quando o movimento de mulheres se organiza de forma mais sistemática, levantando bandeiras específicas e se somando à resistência à ditadura militar. É na luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres que o movimento feminista no Brasil, acompanhando o debate de ideias que marcaram o feminismo em outros países, buscava formas de garantir a sua legitimidade. (WOITOWICZ, 2008, p. 4).

A imprensa com olhar voltado para a mulher era essencial naquele período, não seria algo parcial e incoerente com a época, na verdade, pelas redações jornalísticas via-se uma imprensa machista, que não se importava com a figura da mulher:

Sergio Chapelin: Uma tese: Ângela era uma mulher anormal? Empurrou a vítima para o crime? **Branca Vianna:** Queria só chamar a atenção para a palavra vítima aqui. Estamos falando de um assassinato, né, de que a Ângela Diniz foi a vítima. Mas nessa versão, parece que a Ângela teria empurrado o Doca para fazer o que ele fez. E aí, a vítima seria ele. Mas o que a Ângela teria feito de tão terrível? Pelo jeito, a imprensa achava que a alemã tinha a resposta. E a chave tava (sic) ali, na palavra “anormal”. **Repórter:** Você teria notado no comportamento de Ângela alguma coisa que pudesse ser classificado como uma inclinação anormal, um certo encantamento por você? **Gabriele Dyer:** No, nothing. **Repórter:** Não, nada disso. **Gabriele Dyer:** She was not that kind. (grifo do autor) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Percebe-se claramente que o tema central de um crime de assassinato não era o crime, mas a sexualidade de Ângela Diniz. Como ser imparcial em meio à imprensa que não possuía imparcialidade? Como poder não possuir empenho em uma luta, se do outro lado empenham-

se em sexualizar uma mulher morta? Foi com estes questionamentos em suas cabeças que as mulheres decidiram “tentar” mudar o Brasil.

[...] matérias também evidenciam o comprometimento do Mulherio com a luta contra a violência e a opressão. Por este caráter combativo das feministas, o próprio jornal conta que recebeu ameaças durante a marcha da campanha “**Quem ama não mata**”. **Através da imprensa, é possível perceber alguns indícios da mobilização das mulheres em defesa de seus direitos. Quem ama não mata! Esse foi o grito das mulheres mineiras que explodiu pelos muros de Belo Horizonte em 1980, depois do assassinato de duas mulheres por seus maridos, inconformados com a idéia da separação.** Em março deste ano, dois bárbaros assassinatos mobilizaram as mulheres do Rio e de São Paulo para uma ampla denúncia pública da violência cotidianamente dirigida contra as mulheres. (Mulherio, ano 1, n. 1, maio/junho de 1981) (grifo nosso) (WOITOWICZ, 2008, p.10).

Os dois assassinatos relatados na citação acima são também mencionados no podcast Praia dos Ossos, isto porque são essenciais nos fatos que eclodiram na capital mineira, espalhando-se por todo o Brasil, e chegando no Rio de Janeiro, destruindo a possibilidade de Doca ser novamente considerado um herói nacional.

Foi em resposta aos assassinatos de Eloísa Ballesteros e Maria Regina Santos Souza Rocha, duas mineiras, assim como Ângela Diniz, que o Brasil iniciou uma revolução feminista, foi pelas mortes de Eloísa e Maria Regina que Ângela teve justiça.

Conforme mencionado no Praia dos Ossos (2020) Eloísa Ballesteros morava em Belo Horizonte com seu marido e dois filhos, o relacionamento já não era o mesmo do início. Desde 1978 o marido andava desconfiado de sua esposa, tendo em vista ela já não ser a mesma mulher, em 1980 Eloísa decide pedir para se separar. Em resposta seu marido bebe uma garrafa de whisky e lhe desfere 5 tiros, após recarregar a arma, lhe desfere mais 2 tiros, com o intuito de confirmar a morte.

Assim como a primeira, Maria Regina Santos Souza Rocha também morava em Belo Horizonte, possuía três filhos com seu marido. O marido de Maria Regina não aceitava qualquer ato contrário a sua vontade, assim, Maria Regina cansou-se e decidiu separar-se. Não conseguiu viver sua vida livre, também foi morta pelo marido, a justificativa: “Que ela andava de minissaia pela rua com jeito de mulher fácil [...] Ela usava roupa indecente, inclusive biquíni. Gostava de fazer ginástica, queria estudar, trabalhar fora de casa e até andar de carro sozinha.” (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Os fatídicos crimes revelaram uma mudança importante, embora tardia:

Essa sequência de dois assassinatos de mulheres – pelos maridos delas, motivados por ciúme – foi o estopim de uma mobilização de mulheres em Minas que ia reverberar pelo país todo. Lembrando que esses dois casos, da Eloísa e da Regina, aconteceram em 1980, o ano seguinte do primeiro julgamento do Doca Street. Em '79, ele tinha tido até claques de apoiadores no tribunal. E esse

movimento das mineiras acabou sendo fundamental pro clima que se armou enquanto corria o processo pro segundo julgamento do Doca. Mas eu queria chamar a atenção pra um detalhe aqui: **os assassinatos da Eloísa e da Regina provocaram uma reação que o assassinato da Ângela, quatro anos antes, não provocou. E isso não tinha a ver só com a volta das feministas na Anistia. Tinha a ver também com a Ângela Diniz não ser uma “vítima ideal”.** (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Importante mencionar que a escolha de vítimas não parte especificamente do movimento feminista, mas sim pela visão que a sociedade possui das mulheres em suas vidas privadas. Mais uma vez a imprensa tinha um papel de destaque, a *Veja* de julho de 1980, após o assassinato de Eloísa, publicou: “Foram todas mulheres de temperamento forte. Quando quiseram separar-se e escolher outros caminhos, foram fulminadas pelas balas que Minas ainda reserva às mulheres que violam seu código de honra conjugal.”. (VEJA, 1980 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Este artigo possui três frentes de pesquisa, a vida de Ângela Diniz, a maneira como o Direito interage com os crimes contra mulheres e, por fim, como a sociedade através de movimentos sociais e mídias observam os mesmo crimes. Mais uma vez há uma interseção entre os três elementos.

Conforme o Praia dos Ossos (2020), assim como Ângela Diniz, Jô Souza Lima foi outra mineira que decidiu-se por separar de seu marido e assumindo publicamente um novo namorado. Ocorre que em 1971, o marido não aceitou a nova vida de sua ex-esposa, mais um homicídio ocorreu nas Minas Gerais. Mais uma vez a legítima defesa da honra foi usada para salvar juridicamente a vida de um assassino. Dois julgamentos foram realizados, em 1972 e 1973, em ambos, o assassino, Roberto Lobato, alegou que Jô Souza Lima estava desonrando os filhos e sua pessoa de ex-marido.

Sobre o caso, Ângela disse:

Branca Vianna: Depois da segunda absolvição do Lobato, a Ângela foi procurada pela revista *Veja*. **Locutor:** *Veja*, 18 de abril de 1973. Atraída pelo acontecimento, a sucessora de Jô nas capas de revistas, a bela Ângela Diniz, ex-Villas Boas, limitou-se a comentar: abre aspas, “**A Tradicional Família Mineira deixou para os jovens apenas uma indisfarçada hipocrisia**”, fecha aspas. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Ângela Diniz sempre possuiu personalidade marcante, e não seria um crime bárbaro que mudaria seu modo de ver as coisas. Embora talvez não possa ser chamada de feminista, Ângela possuía visão clara sobre o modo de vida que as mulheres mantinham, e sobre isso, não se calou.

Após barbaridades e brutalidades machistas, o movimento feminista começava um novo caminho, assumir as ruas em busca de dignidade pelas vítimas de assassinato era um novo ideal. Estavam cansadas de aturarem caladas e submissas a uma lei inexistente, mas em vigor, imposta

pelos homens. Não se baseava apenas nos crimes, mas como a sociedade enxergava e tratava do machismo:

Desde o começo, não tinha uma única narrativa do crime. Com o tempo, as testemunhas foram se contradizendo, a especulação se misturou com as peças mais ou menos ficcionalizadas inspiradas pelo caso – e a história foi ganhando vida própria. **A única coisa que é comum em todos os relatos, o que podemos chamar de verdade, é que a Ângela terminou o relacionamento com o Doca naquela noite. E a outra verdade incontestável é que ele matou ela. Mas com o tempo, até esse fato foi saindo de cena.** Depois de se entregar à polícia, o Doca ficou preso sete meses no estado do Rio até conseguir um habeas corpus. Aí foram mais meses e mais recursos, e o julgamento ia sendo adiado. **Quanto mais o tempo passava, mais o assassinato sumia no horizonte. E, com ele, a Ângela Diniz também sumia como pessoa. Surgiram camisetas com a cara do Doca. Um restaurante começou a servir “filé Doca Street”. E tinha até drink com o nome dele, que era servido com quatro balinhas no copo.** (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Choca como a sociedade pode ser cruel, muito mais que machista apenas, mas desumana. Não somente desinteressavam pelas diversas mortes de mulheres por conotações machistas, mas procuravam obter lucro financeiro com o sofrimento de familiares, com a morte de mulheres.

O crime contra Ângela Diniz foi importante porque fez a sociedade, mesmo que em sua ampla maioria conservadora e machista, perceber que o crime havia sido manipulado pela própria sociedade, fazendo com que essa manipulação chegasse ao Tribunal:

Tem um texto da época, uma coluna da jornalista Cidinha Campos, que saiu no Jornal dos Sports , que diz assim: **"No começo, Ângela Diniz era a vítima. Quinze dias, depois virou o barco. Doca [...] passou a ser a vítima. É aplaudido pelo povo, virou mito. As mulheres já estremeceem pelo coração de Doca. E foi Ângela quem foi assassinada, não sei se vocês se lembram. Em menos de um mês, ela foi promovida de mulher mais sexy a 'sapatão'. Eu não vou estranhar se, no final do julgamento, Doca seja condenado a pagar uma pequena multa apenas por ter caçado uma pantera⁸² fora da estação."** O Henfil, no Pasquim , foi mais sintético: **“Tão quase conseguindo provar! Ângela matou Doca.”** O clima era esse quando o Doca se apresentou no fórum de Cabo Frio para ser julgado em '79, quase três anos depois do crime. Tinha uma legião de apoiadores à sua espera. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

O movimento feminista buscou retirar as possibilidades mínimas que haviam de um criminoso ser condenado por um crime machista, mas também buscaram dar voz às milhares de outras mulheres que passavam por situações que se assemelhavam aos casos já narrados.

⁸² Tudo leva a crer que quem cunhou o termo – ou pelo menos quem foi o grande responsável por popularizar as panteras – foi o Ibrahim Sued, que era a maior referência em colunismo social nos anos '60 e '70. Ele tinha um vocabulário todo próprio. Mulheres, para ele, eram “panteras”, “panterinhas”, “bonecas”, “cocadinhas” e “deslumbradas”. E parecia meio aleatório, ele batia o olho e já botava cada uma numa caixa. Segundo a hoje Condessa Silvia Amélia de Waldner, que foi a primeira a receber esse apelido do Ibrahim Sued, as panteras eram as mulheres que ele achava bonitas e gostava de botar na coluna dele. Mas, com a Ângela, o apelido ganhou outra proporção. Porque ela acabou assumindo mesmo o papel da pantera. (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Como mencionado anteriormente, não somente a vida de Ângela Diniz, que era midiática e fora dos padrões da época, foi importante na decisão de manifestarem ou não, mas o Brasil passava por um momento de repressão, logo, sair às ruas por mudanças de paradigmas não era fácil:

Foi a época da abertura política: o país tava (sic) começando a sair da ditadura, e caminhando, bem devagar, em direção à democracia. A Lei da Anistia é de agosto de '79 – quer dizer: só dois meses antes do primeiro julgamento do Doca – e acabou tendo um impacto fundamental na nossa história. Isso porque, com a Anistia, muitos exilados e muitas exiladas voltaram da Europa – onde uma parte importante delas tava (sic) em contato direto, fazendo parte mesmo, do recém-formado – e barulhento – movimento feminista europeu. (PRAIA DOS OSSOS).

Em um resumo histórico, até o momento é possível compreender: no início dos anos 70 Jô Souza Lima foi morta por seu ex-marido, o motivo? Ter separado de seu marido e encontrado um novo namorado. Em 1976 Ângela Diniz foi morta por seu companheiro, o motivo? Ciúme possessivo, em que não aceitava que Ângela era uma mulher livre. Julgados foram libertados de penas coerentes tendo em vista a legítima defesa da honra, tese que não existe juridicamente, e que, extrajudicialmente, não é capaz de existir em consonância com o Ordenamento Jurídico nacional.

No ano de 1979 foi aprovada a Lei de Anistia (Lei 6.693/79), pelo então presidente João Figueiredo, último presidente do regime militar. Uma das reações fáticas da legislação foi o retorno de milhares de exilados políticos, entre eles, mulheres que tiveram no exterior contato com o novo movimento feminista.

Após as mortes dos anos 70, ocorreram as mortes no início dos anos 80, de Eloísa e Maria Regina. Importante mais uma vez mencionar a crueldade que a sociedade possuía, entre os assassinatos de Jô e Ângela nos anos 70 e os de Eloísa e Maria Regina nos anos 80, ocorreu mais um assassinato que não teve tamanha repercussão nacional, embora tenha ocorrido manifestação, inclusive com passeatas:

Uma mulher chamada Maria Regina Resende foi assassinada em São Paulo em setembro de 1979, pouco antes do primeiro julgamento do Doca. E, naquele mês, quando parecia que o assassino ia ser solto, teve até uma passeata em frente ao DOPS, com centenas de pessoas. Então por que pouca gente ouviu falar desse caso? Por que eu nunca tinha ouvido falar desse caso até bem pouco tempo atrás? Provavelmente porque a Maria Regina Resende era garota de programa, e foi morta por um cliente. E porque quem participou dessa passeata, com centenas de pessoas, em frente ao DOPS, foram prostitutas e travestis. E ainda tinha o fato de que a Maria Regina estava num relacionamento com outra mulher quando foi assassinada. Nem toda morte vira símbolo. E nem todo símbolo encontra eco na sociedade. Mas outro ponto que não dá pra desconsiderar nesse processo todo é o efeito cumulativo. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Notório que uma mulher que tinha um relacionamento com outra mulher e vivia da prostituição não receberia amparo da sociedade dos anos 70. Ocorre que, segundo site do Jornal Folha de São Paulo (2016), uma manifestação com mais de 70 veículos e 300 pessoas aconteceu após a morte de Maria Regina Resende, exigindo condenação ao seu assassino. Dan Martin Blum, conhecido como Carrasco da Seringa (era estudante de veterinária e matou utilizando substância para eutanásia em animais (T-61)) foi preso, contudo, após 7 anos já estava em liberdade.

Todos estes acontecimentos fizeram eclodir uma revolta por parte das mulheres, nascia em Minas Gerais e se espalhava pelo Brasil o Movimento Feminista, que até então era conhecido por elas mesmas como “movimento de mulheres”:

Branca Vianna: Nenhuma delas lembra com muito detalhe como se deu essa organização. Era como se as peças fossem caindo e encaixando no lugar. Era a hora certa. **O ato foi marcado na Igreja São José, em uma missa pela alma das mulheres mortas.** Mirian Chrystus: **Tinha umas quatrocentas pessoas. O que, pra época, é... e era muito bonito porque, se você considerar ali a escadaria da Igreja São José, não havia grades, e a gente pediu que as pessoas levassem flores, e teve uma empresária que nos deu um caminhão de rosas vermelhas. Então as pessoas portavam, as mulheres portavam rosas vermelhas e velas acesas na mão, então foi um ato teatral como a gente queria, né.** Então nós fizemos o ato no adro da igreja, também com o sentido de crítica ao casamento proposto pela Igreja, né. Veja só: **o ato começava com uma leitura, no momento do meu manifesto, que começava com um poema anônimo de um senhor que está partindo pra guerra e entrega a chave do cinturão de castidade para a sua senhora. Então eu dizia que isso era uma manifestação de amor; e em Minas, mais de mil anos depois, os homens matavam as mulheres que queriam deles se separar.** Branca Vianna: E essa mobilização reverberou nacionalmente. Em parte, talvez, graças ao slogan. Celina Albano: Pela primeira vez a violência era o foco. Não era desigualdade, entendeu? Era a violência. Tanto é que a gente fez o slogan **“quem ama não mata”**. Mirian Chrystus: Olha, a história do slogan do movimento "Quem ama não mata" é uma história que eu considero muito bonita. **Porque nós planejamos o ato de 18 de agosto de 1980, a própria mídia se encarregou de divulgá-lo antecipadamente, não é? E alguns dias antes da realização do ato apareceu pichado em um muro, num colégio tradicional de Belo Horizonte, um colégio de freiras, o Colégio Pio XII, a frase, uma frase rústica: “Se, se ama, não se mata.”** Branca Vianna: Coincidência ou não, essa foi a escola primária onde a Ângela Diniz estudou. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Foi com o pensamento de fazer mudança, de tornar a sociedade brasileira um pouco menos machista que o Movimento Feminista nasceu nos anos 80. Saindo de Minas Gerais e percorrendo todo o Brasil, o movimento buscou o reconhecimento por parte de autoridades que o Brasil não poderia continuar no caminho de abusos e crimes contra as mulheres. Revela-se, assim, que os movimentos sociais, com participação coesa da sociedade são essenciais para modificar as bases morais e legais de uma nação.

O fato do slogan “Quem ama não mata” ser simples e direto muito mais coloquial que: “Se, se ama, não se mata”, é essencial para levar a causa muito além das classes sociais mais abastadas. Entende-se que embora a causa tenha surgido no seio do movimento feminista, é

algo muito mais amplo, que deve ser abraçado por toda a sociedade, que deveria compreender, no século XXI, na segunda década dos anos 2000, que quem ama não mata. Infelizmente, a ideia passada pelo slogan, ainda não foi entendida.

O assassinato de Ângela Diniz foi pontual na defesa pela vida das mulheres, é algo notório, o próprio assassino, Doca Street confessou:

Doca Street: As feministas começaram depois de Doca Street, né. E elas fizeram muito barulho no segundo julgamento. Com toda razão. **Branca Vianna:** Começaram, assim, no sentido de que apareceram, né, o movimento? **Doca Street:** É. Eu nunca tinha ouvido falar, mas quando eu cheguei lá em Cabo Frio pro segundo julgamento tinha um [...] um movimento forte de mulheres, né. (grifo do autor) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Contudo, não se pode finalizar a busca por liberdade das mulheres em apenas um caso. A busca deve ser intensa, deve ser diária, deve ser constante, para que outros casos não sejam apenas mais um número nas pesquisas pelas vítimas da brutalidade que a sociedade machista ainda possui contra as mulheres. Assim como Ângela Diniz foi e é símbolo de uma revolução feminina que se tornou feminista, é preciso que toda e qualquer morte de mulher seja avaliada como possível nova revolução. Após 40 anos, é essencial que uma nova revolução feminista ocorra.

Embora Ângela Diniz tenha vivido décadas atrás, o comportamento em seus relacionamentos são essenciais para observar a continuidade dos abusos contra mulheres nos dias atuais, assim como ocorriam nos anos 70. Em um trecho do livro escrito pelo assassino Doca, ele menciona:

Quando entramos no elevador, empurrei Ângela, que caiu de joelhos. Só aí percebi seu estado, apesar da pouca luz do antigo elevador. Ela estava embriagada, com aquela cara toda desmanchada que me horrorizava. O elevador estava parado, eu estava tão descontrolado que esqueci de apertar o botão do térreo. Seu cabelo estava em ordem e sua roupa também. Lançou-me um olhar de escárnio e um sorriso desafiador. Tentou se levantar, mas empurrei-a de volta ao chão. No térreo, arrastei-a para fora do elevador até a enorme porta de ferro. O porteiro abriu os olhos e olhou assustado, levantei-a pelas axilas e a carreguei até o carro. Ela ficou quieta, não reagiu rindo nem nada. Abri a porta e a enfiei lá dentro, ela me olhava não sei se com rancor ou assustada. Quando entrei, esmurrei o para-brisa de raiva, chorava, pois queria tê-la esmurrado. (grifo nosso) (MEA CULPA, 2006 *apud* PRAIA DOS OSSOS, 2020).

O ser humano pode ser mau, e a cena descrita por um agressor, e futuramente assassino da mesma vítima das agressões é a comprovação. A cena narrada é a confirmação de que Ângela não foi vítima de um crime do acaso, já sofria com o machismo de Doca muito antes de sua morte. Foi abusada, agredida e amedrontada ainda em vida.

Ao observar como a agressão se deu, é impossível não fazer a conexão com as agressões que levaram ao assassinato de Tatiane Spitzner. Tatiane assim como Ângela foi agredida no elevador por seu companheiro. Bárbara Caldeira narra o fato com precisão:

Luís é suspeito de ter **jogado a mulher do quarto andar do prédio**, cujas câmeras de segurança registraram o desenrolar de **uma cena anunciada como “muito forte”** pela imprensa. No vídeo, é possível **ver o marido agredindo Tatiane com tapas no rosto, puxões de cabelo, empurrões, enforcamentos, chutes...** Tatiane tenta fugir para o elevador, mas, antes que as portas fechem, **Luís a alcança e a aperta contra a parede metálica . Quando chegam no térreo, mais uma vez ela tenta escapar, mas é puxada de volta por Luís.** Ele faz com que ela desça no andar do lar do casal, que deveria ser um ambiente seguro. **Quinze minutos depois, o circuito capta o corpo de Tatiane caindo no chão da rua e, logo em seguida, sendo recolhido por Manvailer, que ainda limpa rastros de sangue do corredor e do elevador.** (CALDEIRA, 2018).

O fato criminoso narrado é apenas mais uma cena entre milhares de cenas que ocorrem no Brasil contra mulheres constantemente. Resta mencionar ainda que após as agressões e o assassinato, o marido da vítima fugiu do local. Segundo o inquérito policial, assim como a denúncia do Ministério Público, não restava dúvida, Tatiane foi mais uma vítima de feminicídio por autoria de seu marido.

No dia 10 de maio de 2021, Luis Felipe Santos Manvailer, assassino de Tatiane foi condenado pelo Tribunal do Júri a mais de 31 anos de prisão. Embora não seja significativo juridicamente, cabe mencionar a composição do Júri completamente masculina, em um país onde as mulheres são maioria numericamente.

Na sentença o juiz Adriano Scussiatto destacou a crueldade com que o crime foi cometido, e assim negou a possibilidade do réu recorrer em liberdade. Mais uma vez, em um julgamento de feminicídio, o nome de Ângela Diniz foi mencionado, demonstrando que sempre será peça importante nesta luta.

Scussiatto relatou na sentença:

O crime inclemente chocou não só a cidade de Guarapuava e o Estado do Paraná, mas, também, todo o País. A brutalidade e a covardia da ação criminosa do condenado atraíram a cobertura por redes televisivas de âmbito nacional e internacional, demonstrando que, além do elevado prejuízo psicológico causado à família em decorrência da **envergadura da ação criminosa, transcendeu o resultado típico,** exorbitando o prejuízo emocional ínsito ao momento da perda de um ente querido. [...] **De mais a mais, os familiares da vítima, quando ouvidos, foram capazes de demonstrar que a sua morte, em especial por conta das circunstâncias concretas da ação delitiva do acusado, inclusive com o arremesso de seu corpo pela sacada do apartamento, causou grande abalo psíquico e desestabilização familiar, o qual, devidamente registrado pelas câmeras e pelo interesse público que o caso assumiu em virtude da brutalidade da conduta delitiva,** faz a família inevitavelmente ter que reviver, frequentemente e com ampla exposição em todos os meios de comunicação social, o sofrimento da perda de ente familiar querido. (grifo nosso) (BRASIL, 2021).

Cabe o destaque de que o assassinato de Tatiane Spitzner no dia 22 de julho de 2018, pode ser considerado mais um avanço na causa feminista. Assim como Ângela, Tatiane também ficará na história como um importante nome no combate ao feminicídio, já que o Estado do Paraná decretou a lei 19.873/19 que legisla:

Art. 1.º Institui o Dia Estadual de Combate ao Feminicídio, a ser realizado anualmente em 22 de julho. Parágrafo único. Na data a que se refere o caput deste artigo, o Poder Público pode promover debates, seminários e outros eventos relacionados, especialmente na rede estadual de ensino. **Art. 2.º O Dia Estadual de Combate ao Feminicídio passa a integrar o Calendário Oficial de Eventos do Estado do Paraná.** (grifo nosso) (BRASIL, 2019).

Estarrecedor que uma mulher possa ser maltratada da forma que Tatiane foi, perseguida por um agressor com força física impressionantemente maior que a sua. Humilhada diante de câmeras como se fosse apenas mais uma cena comum de um casal, mas que drasticamente, pelo número de denúncias de agressões contra mulheres, pode sim, ser considerado comum na vida de milhões de mulheres.

Uma das coordenadoras do Movimento Feminista Quem Ama Não Mata, Mirian Chrystus, conhecedora como poucas da história de revolução feminista após o assassinato de Ângela Diniz, comentou sobre o caso Tatiane Spitzner:

Mirian Chrystus: A mim, pessoalmente, uma das que mais me tocaram foi aquela advogada que você tem as imagens. Acho que aquelas imagens, mais uma vez a questão da mídia é importante. Aquelas imagens [...]. **Branca Vianna:** Explica quais são as imagens pros ouvintes. **Mirian Chrystus:** **Aquelas imagens dela no elevador, na garagem, na calçada, ela sendo agredida. Você vê uma pessoa que tá caminhando em direção à morte, você vê e como de fato, alguns minutos, depois ela foi empurrada da varanda, né. Então aquelas imagens, junto com outras informações, porque aí começou quase que uma escalada de terror, que era quase todos os dias.** Você, como você tinha, você tem até hoje, tem dia que tem dois ou três feminicídios cometidos, um no Norte, outro no Sul, dois não sei aonde, entendeu. Aí é difícil dizer por que aquele momento é o momento que você fala assim: "Chega, eu tenho que fazer alguma coisa. Eu tenho que fazer alguma coisa." Aí, através do Facebook, com uma amiga minha, a Hélia Ventura, que é jornalista, ela falou: "**Precisamos fazer alguma coisa.**" **Acho que foi ela que falou: "Quem sabe um 'quem ama não mata' de novo? É, é isso, a gente precisa de novo ressuscitar esse movimento, porque a questão infelizmente tá viva e pulsante." Se ela tivesse sido ultrapassada não haveria necessidade nenhuma, se tivesse sido um ponto fora da curva, não é um ponto fora da curva, a violência contra as mulheres, ela faz parte já do cotidiano, ela já está perigosamente sendo banalizada até.** Então a gente não pode nunca se acostumar com isso, com a violência contra a mulher, a gente não pode perder a capacidade de se indignar, não só com isso. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

“Caminhando em direção à morte” está é a realidade que mulheres vivem todos os dias no Brasil. A luta feminista está longe de acabar, e a necessidade de novos movimentos, novas organizações é essencial para adequar-se às novas realidades. Como supramencionado neste artigo, nos anos 70 matar a mulher por machismo era algo comum na sociedade brasileira. Após

anos de lutas, a ideia social continua sendo a mesma. É preciso lutar! Os ideais humanos por uma vida digna para a mulher brasileira não serão alcançados sem lutas.

Desde a redemocratização em 1988, o Brasil jamais elegeu um Presidente sem que este tivesse ganhado o eleitorado de Minas Gerais. O estado que deu origem ao Quem Ama Não Mata, causando uma grande revolução nos anos 80, e modificando o modo com o meio social observou o assassinato de mulheres por seus maridos, deve continuar com sua predestinação de ser grande. Assim como não aceitou a morte de Ângela, de Jô, de Eloísa, de Maria Regina não deve aceitar de Lorenza de Pinho⁸³, assim como de nenhuma outra mulher.

Na visão de Heleno Fragoso (2020), a decisão do primeiro julgamento de Doca Street pelo assassinato de Ângela Diniz, foi uma absolvição do machismo, segundo o autor “A honra do homem não reside no sexo da mulher”. (PRAIA DOS OSSOS, 2020). Este pensamento observado nos anos 1980 deve ser hoje novamente reproduzido, cabe aos membros da sociedade civil não aceitarem a lei do machismo, não aceitarem a mordaca que repreende as mulheres. Cabe ao povo brasileiro entender definitivamente que: Quem ama não mata!

Após o segundo julgamento de Doca Street, uma carta foi enviada para o jornal Tribuna da Imprensa:

Senhor Redator, eu **tive o desprazer de ler uma reportagem neste jornal sobre um grupo de mulheres que quer combater a violência que elas dizem sofrer. O nome desse grupo é SOS Mulher** e fala em agressões que as mulheres vêm sofrendo há muito tempo, desde agressões físicas até discriminação no trabalho. **Minha verdadeira impressão é que as mulheres que compõem esse grupo não têm o que fazer em casa. Nem mesmo sexo, pois devem ser solteironas (ou desquitadas), classe média, extravasando esse complexo através do que dizem ser "uma luta" contra a violência. Só porque uma ou outra mulher andou levando uns tapas de seus maridos, possivelmente com razão, elas se acham no direito de reclamar e pixar muros pela cidade (vi na foto da reportagem).** Estou escrevendo esta carta porque **não tenho culpa de elas não terem conseguido "um bom casamento", e, por isso, não sou obrigado a ouvir seus choros. Aqui em casa não tem nada disso, e minha patroa está mesmo preocupada é em cuidar das crianças e da casa, dentro de princípios cristãos, respeitando a propriedade alheia e as vontades do seu marido. Se todas tivessem esse procedimento, não tenho dúvida que esse mundo seria bem melhor, e essas mulheres não estariam por aí "colocando minhocas nas cabeças de outras mulheres".** (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS).

Também após o segundo julgamento de Doca, Maria Diniz, mãe de Ângela escreveu uma carta que dizia:

Jamais poderei dizer que estou feliz, pois a perda de um filho não permite que se desfrute mais dessa palavra maravilhosa. É um sentimento inexplicável, um vazio eterno, uma saudade que

⁸³ Para saber mais: <https://www.otempo.com.br/cidades/indicios-apontam-que-morte-de-mulher-de-promotor-pode-ter-sido-feminicidio-1.2467815>
<https://www.migalhas.com.br/quentes/342985/mg-promotor-e-presos-apos-morte-de-esposa>

aumenta a cada dia. As calúnias e injúrias que o indivíduo que dizia amar Ângela jamais se apagarão de minha memória. Minha filha era uma mulher desquitada, portanto livre. Jamais, jamais uma libertina. Meu carinho a todos que contribuíram para elevar o nome de nossa Justiça, tão desacreditada. Os que têm padrinhos milionários também são condenados. Não só os pobres vão para a prisão. Maria Diniz. (grifo nosso) (PRAIA DOS OSSOS, 2020).

Não existem palavras que podem descrever determinados sentimentos. Apenas uma vida de luta por direitos de mulheres pode ser a chave para a vida livre de tantas outras mulheres. A luta constante, com manifestos, protestos, manifestações e tantas outras formas, são essenciais, para que a vidas de mulheres parem de ser ceifadas. O movimento feminista não pode adormecer, deve permanecer vivo, as vozes que ecoam dele, são vozes de milhões.

5. CONCLUSÃO

"Aquela moça continua sendo assassinada todos os dias e de diferentes maneiras". Carlos Drummond de Andrade em condolências à Ângela Diniz.

Foi possível concluir que a vida de uma pessoa pode ser definida desde os tempos de criança. Ângela Diniz foi criada com o intuito de ser uma bela mulher e perfeita esposa. Não é estranho que fatos assim ocorressem nas décadas passadas no Brasil, a real intenção dos pais não seria algo ruim para seus filhos, apenas estavam de acordo com a cultura da época.

Ângela Diniz foi a menina da missa das dez quando criança, se tornou a grega do carnaval na adolescência e foi a Pantera de Minas em sua vida adulta até sua morte. Embora criada para ser a esposa perfeita, não resistiu a liberdade de viver como queria, desistiu do casamento, deixou os filhos na saudade quando se desquitou do marido.

Após o desquite passou ser uma das mulheres mais cobiçadas do Brasil, sempre se impondo por sua beleza onde quer que estivesse. Ângela separou-se, mas também foi responsável por muitas separações. Possuiu os mais diversos relacionamentos, viveu livre, como uma mulher queria, embora a sociedade não permitisse.

Foi em um de seus relacionamentos amorosos que encontrou um companheiro que lhe agredia, e que mais tarde não aceitaria sua liberdade. Ângela Diniz lutou até o fim de sua vida pelo direito de ser livre, Doca Street não permitiu. Ângela Diniz foi morta pelo companheiro pelo simples fato de ser mulher, de querer ser livre.

No tribunal Doca foi herói, foi o homem que representava a sociedade conservadora, que matava em nome dos bons costumes. A legítima defesa da honra foi sua fiel escudeira, afinal, homem que mata mulher, somente estaria protegendo sua honra, sua masculinidade.

Doca assassinou uma mulher, mas criou a revolução feminista de muitas outras. Os diversos feminicídios que terminavam em liberdades conduzidas pela legítima defesa da honra, assim como a abertura política possibilitaram que um movimento feminista surgisse em Minas Gerais e se espalhasse pelo Brasil com um só dizer: quem ama não mata.

Embora Doca Street tenha sido condenado pelo assassinato de Ângela no seu segundo julgamento, a legítima defesa da honra continuou sendo utilizada como tese de defesa pelos defensores de assassinos, o que só garantia a liberdade para cometer feminicídios.

Somente no ano de 2021, após 45 anos da morte de Ângela Diniz, e mais de 4 décadas de manifestações sociais de grupos feministas, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o uso da tese da legítima defesa da honra é inaceitável diante do Ordenamento Jurídico nacional. Mesmo que a plenitude de defesa exista como pilar do Tribunal do Júri, não é um direito absoluto que permite romper com tantos outros direitos.

A inexistência das ações feministas nos anos 80 acarretaria em maiores injustiças. O Brasil ainda vive diante de uma sociedade machista, que oprime e reprime os direitos e liberdade das mulheres. Somente com continuidade de ações de grupos sociais é que a possibilidade de mudanças existirá. Ações cada vez maiores serão a saída para aniquilar esse velho inimigo sombrio que insiste em voltar.

Como que uma mulher é assassinada e se torna a ré pela sociedade, enquanto seu assassino vira herói? Simples: com a sobreposição do machismo socialmente estruturado à vida de milhões de mulheres.

Trabalhos ou artigos científicos jamais poderão ser considerados como concluídos e perfeitos se não atingirem a realidade social. O mundo científico deve ser apenas um instrumento do mundo real. Assim sendo, após a leitura deste artigo, não aceite a violência contra mulheres, denuncie. Ligue 180.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Balanco anual: Ligue 180 registra 1,3 milhão de ligações em 2019.** Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/balanco-anual-ligue-180-registra-1-3-milhao-de-ligacoes-em-2019> >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. **CNJ Serviço: o que é o crime de importunação sexual?.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-o-crime-de-importunacao-sexual/> >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 10.714/03. **Autoriza o Poder Executivo a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.714.htm#:~:text=LEI%20No%2010.714%2C%20DE,Art. >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 11.340/06. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 12.015/09. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 12.845/13. **Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 13.718/18. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 6.515/77. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei 7.841/89. **Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17841.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.841%2C%20DE%2017,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Fica%20revogado%20o%20art. >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Lei Estadual do PR nº 19.873. **Institui o Dia Estadual de Combate ao Feminicídio, a ser realizado anualmente em 22 de julho.** Disponível em: < http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=51833&tipo=L&tplei=0 >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779**. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Paraná. **Sentença Tribunal do Júri**. Juiz Adriano Scussiatto Eyng. Disponível em: <<https://g1pr.rpc.com.br/965751.2020SENTENCAcondenatoriajuri10.05.21.pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2021.

CALDEIRA, Bárbara. **O caso Tatiane Spitzner e a surpresa diante de um velho conhecido: o feminicídio**. Disponível em: < <https://grislab.com.br/o-caso-tatiane-spitzner-e-a-surpresa-diante-de-um-velho-conhecido-o-femicidio/> >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

LEMONS, Cândida Emília Borges; CASTRO, Sandra; DUARTE, Raphael. A tragédia da Pantera de Minas na narrativa do alternativo De Fato e da luta feminista. **ALCAR**. XI Encontro nacional de história da mídia. São Paulo. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MAPA DA VIOLÊNCIA. **Homicídio de Mulheres no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.net.br/mapa2015_mulheres.php >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NÃO ERA AMOR. **Conheça os 6 tipos de abuso em um relacionamento**. Disponível em: < <https://naoeramor.com.br/tipos-de-abuso/> >. Acesso em: 29 de abril de 2021.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro 5 Tit. 38: **Do que matou sua mulher, por a achar em adultério**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **A Pantera**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **Ângela**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **Doca**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **O crime da praia dos ossos**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **O julgamento**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **Quem ama não mata**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **Rua Ângela Diniz**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

PRAIA DOS OSSOS. **Três Crimes**. Apresentado por Branca Vianna; Flora Thomson-DeVeaux. Produção Rádio Novelo. 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

UN. ONU: **Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

WOITOWICZ, Karina Janz. A imprensa feminista na luta contra o silenciamento e a impunidade: páginas do movimento de mulheres brasileiras pelo fim da violência sexual e doméstica entre os anos 1970/80. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**. vol. X, n. 2, May. – Ago. / 2008.

**A SELETIVIDADE POLICIAL COMO REFLEXO DA TERIA DO
'CRIMINOSO NATO' DE CESARE LOMBROSO**
POLICE SELECTIVITY AS A REFLECTION OF CESARE LOMBROSO'S 'BORN
CRIMINAL' THEORY

Luiza Carla Trindade¹
Maria Luísa Bastos e Santos²

RESUMO

Os pensamentos de Cesare Lombroso valem ser estudado visto que ele tinha em sua síntese padronizar os criminosos, analisando características biológicas e antropológicas na qual determinaria o indivíduo criminoso, criando uma teoria muito famosa denominada teoria do criminoso nato, na qual afirma que o criminoso já nasce criminoso, podendo ser identificados por características biológicas. Com as mudanças que ocorreram no mundo, tem se na sociedade uma visão mais humanitária, com o intuito de serem aplicados os direitos humanos, resguardando o princípio da dignidade. As ideias de Lombroso vão à contra partidas a essas ideias, visto que ela gera discriminação e marginalização de determinados grupos da sociedade, dando a ideia de há pessoas passíveis de ser criminoso dentro da sociedade, acarretando uma disparidade social, na qual “excluem” esses indivíduos da sociedade, sendo eles viam de regra pertencente da classe social baixa e declarados da cor negra. Esse artigo tem o intuito de demonstrar os efeitos que se tem na sociedade dos resquícios dos pensamentos lombrosiano. Para tal entendimento, será utilizada a metodologia dedutiva, por meio de revisão de literatura a partir de pesquisas bibliográficas, tanto em artigos digitais quanto impressos, bem como, a utilização da legislação, doutrinas e jurisprudência.

Palavra-chave: Lombroso; Delinquente; Coletividade.

ABSTRACT

Cesare Lombroso's thoughts are worth studying since he had in his synthesis standardize criminals, analyzing biological and anthropological characteristics in which he would determine the criminal individual, creating a very famous theory called the born criminal theory, in which he states that the criminal is born criminal and can be identified by biological characteristics. With the changes that have taken place in the world, society has had a more humanitarian vision, with the aim of applying human rights, safeguarding the principle of dignity. Lombroso's ideas go against these ideas, as it generates discrimination and marginalization of certain groups in society, giving the idea that there are people who are likely to be criminals within society, causing a social disparity, in which they "exclude" these individuals in society, as they usually belonged to the lower social class and declared to be black. This article is intended to demonstrate the effects that remnants of Lombrosian thoughts

have on society. For this understanding, the deductive methodology will be used, through literature review from bibliographic research, both in digital and printed articles, as well as the use of legislation, doctrines and jurisprudence.

Keyword: Lombroso; Delinquent; Collectivity.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o viés de demonstrar de modo ligeiro o reflexo da Teoria de Cesare Lombroso perante as condutas policiais abusivas, ocorridas no Brasil, com enfoque na seletividade policial mediante a visão deturbada da sociedade, a qual sofre influências midiáticas.

A ideia de imposição do estereótipo que condena o indivíduo como condenável possui origens profundas dentro do território brasileiro, dado que a colonização e toda a estrutura histórica sofreu e sofre com diversas deturpações sobre as características do indivíduo posto como perigo a ordem pública.

Sendo essas pessoas postas em situações de vulnerabilidade e desprovidas de segurança pública, tudo isso em decorrência dos resquícios da teoria lombrosiana, adentrando na atualidade e seus meios de propagações de informações.

A demonstração do crime por meios de plataformas midiáticas, além de deturbarem o próprio direito penal, proporcionam ao público um entretenimento imparcial quanto a condenação do indivíduo sem fundamentos jurídicos ou fatos apurados, agredindo também o direito à informação, dentro do viés de referências verídicas.

2. TEORIA DE CESARE LOMBROSO: ‘CRIMINOSO NATO’

Cesare Lombroso, nasceu em 1836 em Verona falecendo no ano de 1909, tendo o início da sua carreira ao adentrar na escola de medicina em 1852. Assim durante seus estudos, baseou suas ideias com o pensamento positivista francês e italiano dentro do materialismo alemão e do evolucionismo inglês. Lombroso se formou aos 23 anos e logo após sua forma voluntariou para exercer a medicina no exército.

Cesare Lombroso trabalhou em diversos hospitais, durante 1863 e 1872, tendo esse presenciado e exercido suas atividades em instituição para pacientes que sofrem de transtornos mentais. Posteriormente se tornou professor de psiquiatria, antropologia, com foco nos estudos

referentes à associação da demência com a prática de delinquência. Tendo suas inspirações com base nos pensamentos positivistas, nos quais estudam o sujeito do delinquente, sendo essa teoria se destacado na sociedade com o advento do livro “A origem das espécies”, de Charles Darwin, onde ocorrer por meio de estudos, ênfase dentro da análise de evolução do ser humano. Sendo essa uma teoria evolucionista, onde dispõem e entende que com a ocorrência da evolução natural existe a influência de características hereditárias sobre os seres vivos.

Baseando nesse pensamento, Lombroso adentra na tentativa de determinar as características físicas dos seres humanos a qual determinará o indivíduo como delinquente, partindo da ideia central de que existe um criminoso nato, cuja a indevida evolução resultou em anomalias, constituindo assim um tipo antropológico específico.

Diante essa busca pela determinação por meio de características, Lombroso indaga sobre interesses em expor seus ideais em relação quem seria ou não delinquente:

Talvez interesse conhecer como conseguir chegar as atuais conclusões que apresento. Em 1871 eu realizava umas investigações sobre cadáveres e seres humanos vivos nas prisões e asilos de anciãos na cidade de Pavia. Desejava fixar as diferenças entre loucos e delinquentes, mas não estava conseguindo. Repentinamente, na manhã de um dia de dezembro, fui surpreendido 85 por um crânio de um bandido que continha anomalias atávicas, entre as quais sobressaíam uma grande fosseta média e uma hipertrofia do cerebelo em sua região central. Essas anomalias são as que encontramos nos vertebrados inferiores.
(LOMBROSO, 2007, p. 665)

O início do estudo da teoria lombrosiana, teve suas influências na perspectiva de Charles Darwin dentro de um estudo realizado perante um criminoso famoso na época, percebendo assim que nesse havia uma anomalia em seu crânio. Desse modo Lombroso passa a acreditar que o ser humano transgressor nada mais é do que um ser humano que por algum motivo não conseguiu de forma adequada se desenvolver de acordo com a evolução das espécies, ou seja, o primata se torna homem, mas por não se desenvolver adequadamente, se encontra em um estágio intermediário entre macaco e homem.

Na criação de sua teoria, Lombroso também se utilizou dos pensamentos de Francisco José Gall no século XIX, que estudou a Frenologia, estudo no qual tentava determinar a personalidade individual das pessoas a partir de uma análise antropológica de seu crânio.

Sendo seu primeiro livro publicado referente sobre sua vivência com os deficientes mentais, denominado Memória sobre os Manicômios Criminais, o qual sugere que ocorra a criação de um manicômio para aqueles indivíduos que cometessem crimes, visto que a inserção desses criminosos na prisão não gerariam resultados eficazes para a sociedade, nesse sentido

haveria a necessidade da criação de uma instituição especial. Posteriormente, Lombroso publica um novo livro denominado “O Gênio e a Loucura”, no qual defende que os gênios são anormais, podendo se tornarem loucos, visto que a loucura e a genialidade continham uma linha tênue.

Lombroso usufruiu de sua profissão como médico no sistema penitenciário italiano, para ampliar seus estudos, realizando autopsias em cadáveres dos presos para que pudesse justificar os estigmas criminógenos. Dentro de seus estudos, Lombroso também utilizou de soldados durante a guerra e enfermos mentais, afim de realizar comparação entre esses indivíduos para identificar essas características antropológicas, afim de traçar um perfil criminológico.

Nesse sentido Mota expõem que Lombroso:

[...] entendia o crime como um fato real, que perpassa todas as épocas históricas, natural e não como uma fictícia abstração jurídica. Como fenômeno natural que é, o crime tem que ser estudado primacialmente em sua etiologia, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, de modo a se poder combatê-lo em sua própria raiz, com eficácia, com programas de prevenção realistas e científicos (MOTA, 2007).

Dessa forma entende-se que a ideia centra de Lombroso ao criar um perfil criminológico era em prol da possibilidade em criar também uma forma de combater o crime de suas raízes. Sendo seu livro mais famoso denominado de “o Homem Delinquente”, no qual tenta analisar de forma empírica várias características como: a composição física, anomalias cranianas, composição biológica e psicologia, baseando sua escrita claramente dentro da influência perante as ideias de Charles Darwin, citando esse em seu livro, afirmando que o ser humano carregava uma herança da idade selvagem

Ao longo dos seus estudos foi modificando sucessivamente a sua teoria (atavismo, epilepsia, loucura moral). Em seus últimos estudos, Lombroso reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013 p. 104)

Seguindo seus estudos, Lombroso concretizou sua busca e determinou as características nas quais levavam o ser humano a um delinquente, dividindo em: nato, passional, louco, ocasional, epilético e o louco moral (doente). Dentre desses, ressalta-se sobre o delinquente nato, posto que esse se tornou uma das mais reconhecida a chamada teoria do criminoso nato.

Com os resultados que Lombroso adquiriu nas autopsias, concluiu que se uma pessoa possuísse características físicas como assimetria do crânio, escape da testa, orelhas aladas,

protrusão óssea, crânio menor, arco superciliar significativo, protrusão maxila, rosto largo, órgãos sexuais anormais, cabelos ricos, corpo alto, braços muito longos, mãos grandes, insensibilidade, alívio da dor, mania (prioridade ao uso da mão esquerda), membros comprometidos (não acostumados a usar a mão) e vulnerabilidade, essas seriam tidas como as capacidades dos indivíduos de se recuperar rapidamente de traumas físicos. Para mulheres com potencial criminoso, eram atribuídas características relacionadas à masculinidade, como cordas vocais grossas, excesso de pelos no corpo e verrugas. Além disso, em relação às características psicológicas dos criminosos nascidos, haveria dormência moral, impulsividade, vaidade, preguiça, cinismo, imprevisibilidade, tendências a tatuar e ingenuidade.

Lombroso acreditava que as características que tornavam uma pessoa em criminosa se passavam hereditariamente, percorrendo essas em todas as épocas históricas. O crime se torna um fenômeno natural e para que se possa combater esse fenômeno natural deve analisar desde seus primórdios identificando suas causas, uma vez que, identificado a raiz do crime a sociedade poderia combater o crime de forma eficaz, com programas de prevenção realistas e científicos.

Assim dentro da ‘teoria do criminoso nato’, para que pudesse ser possível identificar as causas que eleva o homem a cometerem delitos, deveria estudar dentro da própria natureza humana. Lombroso acreditava que nos delinquentes havia um caráter regressista no comportamento humano, comparando esse indivíduo com o comportamento de certos animais e plantas, confrontando também a análise com o comportamento das tribos primitivas e selvagens que existiam, as quais eram vistas por Lombroso como conjunto de indivíduos da sociedade que não se evoluíram de forma devida, tendo em sua natureza comportamentos selvagens.

Curiosamente, essas visões eram novas na época e tinham características semelhantes, no qual ocasionavam um alarme na sociedade, levando à acelerada disseminação da teoria.

Com esse alvoroço e como a teoria foi propagada causou na sociedade certa forma de afastamento social, levando em consideração ao período em que foi propagada essa teoria e em como se encontrava a sociedade historicamente. Levando em consideração que nesse período havia sido abolida a escravidão, havendo assim a criação de uma discriminação institucionalmente racista.

Desse modo as pessoas negras não haviam sido introduzidas socialmente na sociedade, sendo marginalizadas pela sociedade, além disso, a população mais carente consequentemente eram as que mais cometiam crimes. Assim dentro dessa população carente novamente temos a

análise da questão racial, já que os negros após a abolição da escravidão não tiveram oportunidade de crescimentos econômicos, se tornando por maioria, carentes economicamente.

Acarretando assim em uma disparidade social entre as classes, causando mais medo nas classes privilegiadas, que já possuíam receio da classe baixa pela quantidade de crimes que aconteciam na época, dessa forma a sociedade entendia que as pessoas que cometiam crime precisavam ser contidas e a teoria proporcionou isso por um tempo.

As ideias de Lombroso compactuou com o conceito de “raça superior” pois em suas pesquisas, levaram a características consideradas como de um não delinquente batiam com as características caucasiana europeia, levando em conta que na época não se via muito a prática de miscigenação, influenciando esse pensamento na visão neocolonialista, que acreditavam que os povos de origem não europeia, pecadores e desprovidos de capacidade intelectual, eram influenciadores de regimes totalitários e nazistas em busca do conceito de “raça pura”.

Deve-se salientar que essa influência não foi prevista por Lombroso, tendo em vista que a teoria de Lombroso era novidade na época, não havendo ainda debate sobre o tema, além disso, a teoria evolucionista tinha acabado de surgir, havendo ambiguidade a respeito do tema. Outro fator que não se pode deixar de mencionar é que a análise de Lombroso dói baseada somente na questão biológica, não sendo analisado o lado sociólogo da sociedade e como sua teoria poderia ser entendida no cenário histórico em que se via.

As ideias de Lombroso apesar de muito criticada por parte da doutrina por promover discriminação entre as pessoas que vivem na sociedade não devem ser ignoradas, pois, a partir dos pensamentos de Lombroso, houve a inserção das pesquisas sobre a sociologia criminal, dessa forma deve-se afirmar que Lombroso é o “Pai da Criminologia”, pois a partir de seus estudos científico-empíricas das características físicas, fisiológicas e psicológicas do indivíduo criminoso surgiu o que chamamos hoje de Criminologia, uma ciência autônoma que se propõem estudar o crime e suas motivações.

A teoria de Lombroso trouxe consigo bastantes influências no campo do Direito Penal, apesar das críticas sobre a tese de Lombroso e alguns efeitos negativos que sua teoria trouxe, houveram também pensamentos positivos, como “sendo um dos primeiros a defender a implementação de medidas preventivas ao crime, tais como a educação, a iluminação pública, o policiamento ostensivo’ (FERNANDES et al, 2018, p. 86), e outras ideias, que foram aplicadas no Direito Penal.

3. OS RESQUÍCIOS DA TEORIA LOMBROSIANO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Na sociedade é possível encontrar resquícios do pensamento lombrosiano, apesar da ciência entender que a teoria de Lombroso possui um caráter discriminatório, de cunho preconceituoso, no qual em diversos pontos continha excessos, sendo uma tese radical.

Deve-se salientar que a teoria de Lombroso em suma tratava dos elementos biológicos do ser humano, contudo, uma vez que, dispersado esse tema na sociedade, a percepção distorceu essa teoria para analisar outros fatores como o econômico, histórico, cultural e social.

Na sociedade brasileira a ideia do Lombroso teve seu início no momento histórico fragilizado da sociedade, visto que o Brasil passava por momentos conturbados na política, economia e no social.

No começo do século XX o Brasil se tornava uma República Presidencialista, com a ocorrência da evolução dos pensamentos sociais que afloraram no mundo, além da observância dos direitos humanos no cotidiano da sociedade com a aplicação do princípio da dignidade na coletividade. Contudo apesar desse desenvolvimento nos direitos civis o interior do Brasil se encontrava uma sociedade patriarcal, economia majoritariamente agrária e a concentração do poder nas mãos de poucos, havendo uma grande desigualdade sócia.

A democracia naquele momento era aparente, visto que as eleições eram disponíveis somente para os homens alfabetizados e ocorrendo voto por cabresto, a parte patriarca que se tinha na sociedade continuava controlando o poder estatal, resultando na eleição de Getúlio Vargas, que favoreceu a perpetuação das ideias de Lombroso na sociedade brasileira, principalmente na legislação penal.

Com a criação do Código Penal de 1940 e a crescente desigualdade social, acarretou em um aumento de crimes, contudo com as ideias de Lombroso já instaladas na sociedade, perpetuaram na construção do Código Penal, podendo perceber que as leis descritas eram carregadas de preconceito e segregação.

A teoria de Lombroso no Código Penal pode ser observada nas partes que se refere à qualidade da personalidade do delinquente; à periculosidade e às medidas de segurança, podendo ser observada também em relação ao crime: como invasão de propriedade privada, o qual era visto como mais grave que o crime de corrupção.

Com advento da Constituição Federal de 1988, esses pensamentos discriminatórios dentro da legislação começaram a perderem a força e muitos foram revistos, contudo ainda se tem a vigência do Código Penal de 1940, construído a partir de uma visão inquisitorial.

A ciência entende que não se deve defender a ideia de que existe um criminoso nato, sendo desproporcional ter esse tipo de pensamento visto a evolução que se temos hoje, entretanto a visão bioantropológica do criminoso não foi deixada de lado, pois ainda existem doutrinadores que estudam características padrão nos indivíduos criminosos, dentro da concepção de que caso seja descoberta essa teoria será de fato possível identificar um criminoso antes mesmo de que ele cometa o crime.

Dentre desses doutrinadores podemos citar as pesquisas ocorridas em instituições no Rio Grande do Sul, que tinham em suma a pesquisas de características neurológicas em adolescentes que cometiam atos violento, foi utilizado nessa pesquisa pessoas de 15 a 21 anos que estavam na Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE), essa pesquisa está claramente ligada ao pensamento de Lombroso na busca do caráter criminógenos, fazendo análises no cérebro desses indivíduos por meio de ressonância magnética, a fim de encontra um fator pré-dispostos para justificar tal ato.

Os estudos promovidos causam na sociedade a segregação de um determinado grupo de indivíduos, que acabam sendo marginalizados pela sociedade e vistos como inimigos, o que cria a ideia do Direito Penal do Inimigo que acredita que alguns grupos sociais representam ameaças ao país permitindo que o direito penal possa atuar nesses indivíduos de forma rigorosa. Essa ideia vai contra ao estado democrático, pois existe uma “classe social torturável”, onde ocorre a priorização de elementos biológicos e sociais na investigação de traços criminógeno, levando assim a disseminação de uma desigualdade e a subversão do estado de direito ainda mais abrangente.

A sociedade atual brasileira encontra-se com uma vasta desigualdade social, tendo diversos grupos sociais baseados em economia, raça religião e outros que se encontram marginalizadas pela sociedade em um todo, principalmente os grupos sociais de extrema pobreza, nos quais via de regra são apontados na maioria das vezes, como criminosos e sendo duplamente punidas pela sociedade e pelo Estado enraizado de condutas discriminatórias. Vale destacar que dentre o grupo de extrema pobreza percebe-se que a maioria dos indivíduos presentes se autodenomina negros.

Essa menção lombrosiana causa grandes rachaduras na sociedade, contribuindo para que haja uma separação na sociedade, causando ainda mais o aumento da desigualdade social,

levando a discriminação dos indivíduos que pertencem as classes sociais menores ou até mesmo de 'raças' diferentes da dominância da 'raça branca'. Por isso é necessário críticas em relação a percepção lombrosiana, para que ocorra estudos/pesquisas livres de menções discriminatórias, com o objetivo de inclusão social.

Os resquícios das pesquisas com ideias lombrosianas, como ocorreu na FASE, tem o intuito de padronizar o indivíduo criminoso, podendo consequentemente acarretar maiores problemas sociais como já descrito nesse artigo. Um dos fatores com resquícios dessas ideias se originam de condutas realizadas dentro de atividades policiais, visto que a polícia com o poder que recebe do Estado, para defender a sociedade acaba em algumas situações discriminando e atacando esses grupos sociais já marginalizados.

3.1 A seletividade policial vs o dever de tutela

Desde os primórdios é nítido a formação estrutural, na qual 'define' hierarquicamente os padrões societários a serem impostos como pessoas superiores e inferiores em situações sociais, econômicas e política. Acarretando assim perante essa deturpação uma fragilidade na qual encontra-se perpetuada nos anseios populares modernos brasileiros atuais.

A visão estereotipada do que seria um suposto criminoso surge diante uma identificação originária de uma nação construída por bases preconceituosas e de conquistas justificadas por meio de ideais autoritários, refletindo assim além da sociedade, no direito. Sendo essa visão próxima a ideia de Cesare Lombroso, o qual em sua teoria arquitetava a concepção de que determinadas características eram o bastante para indicar se um indivíduo era ou não um criminoso nato, sendo assim:

[...] possível fazer um paralelo do que Lombroso pregava, com a atitude da sociedade brasileira atual, pois muitas pessoas mesmo sem saber quem foi o pesquisador italiano e o que é a "teoria do criminoso nato", estigmatizam os indivíduos considerados "fora" do padrão social, algo que não difere das ideias preconceituosas de Lombroso há 140 anos. Nesse sentido, cabe a indagação: até que ponto ideias preconceituosas como a de Lombroso ainda estão presentes na sociedade brasileira, principalmente no Direito? (FERNANDES et al, 2018, p. 83)

A ideia de divisão entre o estereótipo condenável ou não condenável, nasce de um passado de origem perversas, no qual a partir de características do próprio indivíduo essas passam a serem julgadas como sendo ou não consideradas peculiares a ordem pública, a partir

de análises discricionárias derivadas de bases discriminatórias, as quais são possíveis de serem presenciadas diante as abordagens policiais no Brasil. Como os casos do youtuber negro, no qual foi abordado e algemado durante uma abordagem policial abusiva, realizada no mês de junho de 2021, no interior de Goiás, sem que o motivo fosse exposto pelas autoridades policiais e de João Pedro, um jovem de 14 anos assassinado em maio de 2020 ao ter sua casa alvejada por disparos realizados por policiais.

Desse modo o direito arquitetado dentro de uma nação concebida de crenças arraigadas, não poderia ser diferente, gerando assim um sistema jurídico penal respaldado em um código com resquícios inquisitórios e remoto.

[..] há uma problemática que se estende desde um sistema oriundo de uma construção histórica trágica e cruel que possui resquícios pertinentes encontrando suas bases de atuação ainda antes da fase processual. Por conseguinte, um inquérito policial que se inicie, eivado de abusividades e não amparado pelos ditames dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, provavelmente perpetuará esse excesso no trato procedimental ao longo da marcha processual podendo se manifestar de diferentes formas e por diversas autoridades. (NASSER; GENTIL, 2020)

Sendo desse modo contraditória o dever de tutela policial em relação a maneira de imposição autoritária desses diante abordagens arraigadas de preconceitos preestabelecidos mediante a imagem cravada do que seria uma pessoa supostamente aceitável diante suas condutas.

A violência policial é um legado histórico que está enraizado em nossa cultura, pois da mesma forma que há desigualdades de oportunidades e de direitos, o Estado, intervém de maneira semelhante no que tange aos seus deveres e obrigações com os membros da sociedade, sendo negligente quando se trata de resguardar os bens jurídicos dos pobres, porém, agindo com hostilidade contra os mesmos, através do órgão responsável pela repressão do crime (e de suspeitos) deforma discriminatória e seletiva. (DIAS, 2020, p. 45)

As abordagens policiais possuem em suma a ideia de manter a ordem pública, com a utilização do “contato entre o policial e o público, onde o primeiro obriga, de forma real ou por ameaça, o outro a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de um mandamento, onde o resultado esperado é a obediência do indivíduo” (PINC, 2006, p. 16), em prol da coletividade.

Por conseguinte, a abordagens policial encontra-se baseada em estereótipos considerados marginalizados pela sociedade. Essa postura acaba por concretizarem a realidade nacional, de uma nação construída e estruturada a partir de ideias preconceituosas de um estado no qual perpétua o julgamento prévio antes da própria averiguação do fato, havendo desse modo

‘um público alvo’ sendo “pessoas pobres, dos bairros afastados do centro, moradores das periferias, onde a ação policial torna-se mais atuante” (DIAS, 2020, p. 44).

Essa ação mais atuante pelas autoridades policiais em regiões compreendidas pela sociedade como sendo lugares de periferias, acabam sofrendo com a violência policial por meios de atos abusivos, contando também com o fato do despreparo dos agentes ou devido ao “poder discricionário, que o autoriza a escolher quando e como usar a força” (PINC, 2006, p. 28), ganhando mais força ainda essas condutas, quando são desferidas contra indivíduos fora dos padrões estabelecidos pela sociedade/estado.

Esse estereótipo preestabelecido, acarreta consequências além das vítimas marginalizadas, problemas a própria classe dominante com a exposição dessas a violências.

Cabe ressaltar que a violência cometida pela polícia brasileira, apoia-se no consentimento por parte da população, sem dúvida, da classe dominante. Porém, inacreditavelmente, pela classe dominada, que também são vítimas das mesmas violências sociais, não percebendo que são os seus semelhantes que estão sendo dizimados. (DIAS, 2020, p. 47)

Tornando a criminalização preestabelecida um mecanismo, como cita Flavia Augusta Bueno Silva e Luiz (2012) de desigualdade e conseqüentemente de modo a impor as pessoas a permanecerem em seus postos inferiores casos essas sejam enquadradas como marginais. Desse modo:

“[...] as leis selecionam os comportamentos socialmente danosos que devem ser criminalizados imunizam desse processo de criminalização as ações dos indivíduos das classes dominantes e tendem a tipificar a criminalidade de rua, das classes subalternas, como perturbações da ordem social.” (SILVA; ROCHA, 2020, p. 2)

Essa seletividade policial afasta a real propositura da instituição policial em tutorar a sociedade em questões de segurança pública, conforme explicita o artigo 144 da Constituição de 1988. Sendo esse dispositivo, encontrado no título da defesa do Estado e das Instituições democráticas, com o viés de preservação a ordem no país. Sendo essa ideia de afastamento pactuada e explicita pelo coronel reformado Íbis Pereira ex- comandando geral da Polícia Militar do Rio de Janeiro, em uma entrevista concedida ao repórter João Pedro Soares:

a política de segurança é não ter política. O racismo dialoga com essas ausências"[...]. Na ponta, temos uma polícia fraturada, que não investiga e atua de forma independente como força de repressão em territórios de pobreza onde a Constituição ainda não chegou. (SOARES, 2020)

O dever de tutela do Estado, propriamente dito das instituições policiais, em sua maioria militar, acaba por trazer uma ineficácia quanto sua função, ocorrendo assim uma violência desacerbada, assim “o Estado pune a violência com violência, muitas vezes de forma desproporcional, por haver a sensação de que o bem jurídico vida de determinadas pessoas vale menos que, por exemplo, o bem jurídico patrimônio de outras” (DIAS, 2020, p. 48).

Sendo assim o uso de violência e as crenças arregadas sobre estereótipos relativos a supostos criminosos refletidas no judiciário, gerando assim uma impunidade em relação o dever de tutelar e também mediante a aplicação de medidas aos agentes policiais adotem abordagens abusivas firmadas em conceitos em sua maioria racistas e discriminatórios.

É notório que a seletividade acontece por parte da força de polícia e também pelo judiciário, pois se trata de uma teoria que pode ser vinculada à segregação social, em que há negligência estatal, em um ambiente em que o único órgão presente de forma efetiva é a polícia e, em alguns casos, consequentemente, o judiciário. (DIAS, 2019, p. 48)

Desse modo essas condutas apenas deixam claro que o Estado Democrático diante essas condutas, passa por uma fragilidade que afeta ao indivíduo em situação de vulnerabilidade, passando esse a ser “ente considerado perigoso, portanto, não teria direito às garantias individuais destinadas às pessoas normais, ou seja, esses indivíduos são tratados pelo Estado como se não fossem pessoas” (DIAS, 2020, p. 49).

A questão de ordem pública brasileira se tornou para a ‘sociedade invisível’ uma proteção simbólica, afim de buscar uma falsa aparência quanto a concretização da aplicação de garantias fundamentais implantadas pela Constituição e o uso do poder de polícia, ocorrendo desse modo um embate quando a proteção ao cidadão e a seletividade institucional policial.

Por conseguinte, a noção de desagregação social que poderia advir desses comportamentos desviantes justifica a necessidade natural de um aparelhamento de controle e punição do Estado, que deveria proteger a integridade social diante da imoralidade desenfreada da multidão. Por isso, nos discursos criminológicos, segundo os críticos, a concepção de Estado foi promulgada em torno da ideia de abdicação de qualquer interesse que não se vinculasse à proposta de defesa social. Os mecanismos de controle estatais, principalmente os de domínio do direito penal, foram considerados como instrumentos imparciais diante das diferenças de classes, cujas atribuições eram destinadas a promover os direitos de igualdade de todos. (SILVA; ROCHA, 2012, p. 3)

A atuação da polícia como exposto por Fernando Nogueira Martins Júnior (2019) de modo rudimentar influi apenas em relação aqueles que não são socioeconomicamente privilegiados, sendo esse tratamento ostensivo nulo para aqueles que possuem status e adentram

ao ciclo dominante. Como exemplo a abordagem policial ocorrido em maio de 2020 a Ivan Storel, empresário branco, após uma denúncia de violência doméstica, que resultou em insultos proferido por Ivan aos policiais, nos quais nada fizeram, apenas sendo esse preso momento posterior aos xingamentos. Deixando explícito a diferenciação entre a abordagem policial as diferentes classes.

4. SENSACIONALISMO MEDIÁTICO

A mídia se origina em recorrência da necessidade de transmitir informações a coletividade dentro dos fatos recorrentes, tendo suas origens originárias no século XIX, nos Estados Unidos, como cita Blaschke e Santos (2017). Devido o papel significativo essa encontra-se tutelada em diversos meios normativos, dando ênfase a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 19 e a Constituição de 1988 no artigo 5°. Todavia, devido o populismo mediático e a necessidade de status, essas informações acabam por se tornarem moeda de troca, sendo essas em parte apenas configuradas para o aumento de audiência, ocorrendo assim um grande perigo.

A segurança pública deve ser encarada com total seriedade. Não é possível utilizar a mídia para expor a violência como um espetáculo, onde todos os telespectadores, esperam ansiosamente pelo resultado final do julgamento, tampouco, tentar resolver o problema da criminalidade com uma visão apenas punitivista.

A mídia não deve apenas retratar, mas comprometer-se com uma abordagem que contribua para uma maior compreensão da questão, evitando exposições desnecessárias e respeitando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. (BLASCHKE; SANTOS, 2017)

Desse modo perante o sensacionalismo mediático, esse influencia em diversos campos, principalmente em relação as abordagens policiais, as quais apenas ganham maiores repercussão dentro dos apelos populares. Porém boa parte desse apelo, apenas serve como modo de proliferação da divisão de pessoa condenável ou não, dentro de uma visão de que determinadas características do indivíduo propiciam esse a ser delinquente.

A sociedade desse modo como expõem Igor Augusto Faria (2021), sempre foi impulsionada dentro de seu desenvolvimento por meio de influências de culturas dominantes, não em relação a quantidade, mas em questões de um grupo mandatarias no qual em suma possui domínio econômico e domínio da sociedade dentro de seu comportamento, imponto padrões.

Os padrões impostos pela sociedade, possuem uma grande extensão de interferência, no qual:

[...] institui uma forma de agir para ser aplicada nos demais integrantes daquela ordem social, sendo assim, cria-se a cultura, e a mídia foi fruto do aprimoramento para se propagar a cultura para diferentes indivíduos, e essa cultura é composta por informações e entretenimento, entretanto, a mesma possui uma característica intrínseca de exercer coerção nas pessoas, pois ela age de forma subjetiva nas condutas que a sociedade realizam, pois é de grande importância, que todos saibam a realidade que os cerca. (FARIA, 2021, p. 642)

Esses padrões, acabam sendo atrelados às mídias e por conseguinte sofrem grande impactos derivados ao uso de recursos tecnológicos, que fazem com que a propagação dessas influências progridam de modo velozes.

Igor Augusto Faria (2021), destaca que perante o avanço tecnológico e a liberdade de publicação, ocorre a mudança comportamental da sociedade devido o impacto midiático que essa sofre. Por outro lado, nem sempre essa mudança acarreta pontos positivos para sociedade, uma vez que, existe a figura do sensacionalismo.

O sensacionalismo midiático nada mais é que uma interferência de certo modo prejudicial, posto que, além de usar a comoção coletiva, esse acaba por alcançar um número grande de telespectadores em prol da audiência, “nesse diapasão, a criminologia se torna um campo fértil que, propicia entretenimento para população, capaz de captar audiência e, aumentar a venda de jornais e periódicos” (FARIA, 2021, p. 645).

Essa espécie de mídia, influência de modo a induzir um comportamento no indivíduo mediante o uso dos fatos criminológicos, assim do indivíduo caracterizado como sendo culpado do delito sem que ao mesmo pudesse exaurir os meios de defesa e contraditório do mesmo, induzindo assim em boa parte das vezes uma visão de um criminoso, via de regra, determinado por suas características distorcida.

Essa distorção em suma apresenta consequências grave, dentro dos aspectos de uma punição, posto que, mediante a contribuição da seletividade policial, esses podem acarretar danos severos a integridade e dignidade do indivíduo acusado injustamente, como foi o caso que ocorreu em 2019, onde Evaldo dos Santos Rosa, segurança, musicista e negro, foi assassinado por militares do exército brasileiro, após o carro do musicista ter sido ‘confundido’ e atingido por 80 tiros disparados.

A violência institucionalizada das forças policiais e militares é a violência do próprio Estado. Por definição, somente o Estado tem o monopólio legítimo da violência institucionalizada e tal violência deveria servir para proteger os cidadãos de qualquer ameaça a sua integridade física e bem estar. [...]

Na prática o que ocorre é o uso indiscriminado desta violência institucionalizada do Estado para ameaçar, prender, aterrorizar e, no limite, assassinar pessoas e grupos considerados “inimigos internos”. (SANTOS, 2019)

Em decorrência da estruturação do Estado brasileiro diante sua formação dentro de uma cultura discriminatória, essa conseqüentemente será refletida dentro das mídias, ainda mais diante da sociedade atual, a qual “configura-se por meio de identidades fluidas, e relações líquidas e cultura narcísica, de exaltação gloriosa do eu, abafando qualquer noção de alteridade” (FARIA, 2021, p. 648).

Conceitos como de Cesare Lombroso que buscava justificar o crime como sendo uma reação de fatores psíquicos e biológicos, em prol da substituição de padrões, especificando que biologicamente as pessoas são destinadas à realização de crimes, afetam o sistema penal, como expõem Faria (2021), promovendo assim que padrões preestabelecidos de determinados grupos de indivíduos, sejam rotulados. Contudo, esse padrão via de regra acaba sendo reproduzido pela mídia, havendo assim uma generalização e o aumento do clamor punitivista sem os devidos fundamentos.

A informação possui um avassalador papel na sociedade, principalmente dentro do constante estruturamento democrático brasileiro, devendo essa observar a veracidade e a imparcialidade sem que use de uma concepção discriminatória retrógrada.

5. CONCLUSÃO

No presente artigo a teoria de Lombroso perpetuou na sociedade em que vivemos, deixando resquícios de seus pensamentos nas atitudes e pesquisas presente na comunidade.

A ideia de Lombroso vem a partir da criação da teoria evolucionista, com base nisso, esse possuía a concepção de uma má evolução do ser humano dentro da verificação de fatores biológicos que poderiam ser identificados nas pessoas que cometem delitos, levando a crer que o indivíduo já nascia criminoso. Essa teoria de Lombroso causou na sociedade discriminação, nas quais afetam a atualidade de determinados grupos de pessoas, além de contribuir para o pensamento da "raça pura" como dominante, levando esse pensamento a passados horrendos e condutas segregacionistas como os ideais que perpétua dentro do nazismo e posturas fascistas pelo mundo inteiro. Apesar dessa teoria já ser considerada inválida, ainda tem pesquisadores que utilizam das ideias de Lombroso para o estudo da criminologia.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Eudes. **Uma análise sobre a teoria do criminoso nato**. Sala de aula criminal, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/-uma-analise-sobre-a-teoria-do-criminoso-nato>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BEZERRA, Eudes. **Lombroso e a teoria do Criminoso Nato**. Incrível História, 13 out. 2017. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/jornal2018/Art-4-Lombroso.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal I**, Editora Saraiva, 2013, 19ª Edição, p.104

BLASCHKE, Celinei Pinto Ramos dos Santos; SANTOS, Tatiane Maria Pereira. **Mídia X Segurança Pública: O crime como espetáculo midiático nos programas televisivos no Brasil**. Revista mbito Jurídico nº 163 – Ano XX – Agosto/2017. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/midia-x-seguranca-publica-o-crime-como-espetaculo-midiatico-nos-programas-televisivos-no-brasil/>. Acessado em 26 jun. 2021.

CESARE LOMBROSO. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Lombroso&oldid=59635600. Acesso em: 24 jun. 2021.

DIAS, Fernando Gonçalves. **A violência policial sob a perspectiva da seletividade penal: os agentes policiais são imunes/impunes?**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 23, p. 44–64, 2019. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/108>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FARIA, Igor Augusto. **Criminologia midiática e a influência da mídia na sociedade**. Revista RJLB, ano 7 (2021), nº1. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/1/2021_01_0641_0660.pdf. Acessado em: 25 de jun. 2021.

FERNANDES, Bianca da Silva. **Cesare Lombroso e a teoria do criminoso nato**. Canal Ciências Criminais, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/625021486/cesare-lombroso-e-a-teoria-do-criminoso-nato>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FERNANDES, Danielle Fagundes; BRAGA, Fernanda Archanjo Ferreira; SANTOS, KhenerLuian Chaves; LIMA, João Paulo Borges de. **A PERSISTÊNCIA DA TEORIA DO CRIMINOSO NATO DE LOMBROSO NA SOCIEDADE BRASILEIRA**. Jornal Eletrônico Faculdade Integradas Vianna Júnior, p. 81-95, 1 ago. 2018. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/jornal2018/Art-4-Lombroso.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FERREIRA, Tiago; TRAD, Leny Alves Bonfim. **“Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste**. Saude soc.

29 (1) • 2020. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0104-12902020190271>. Acessado em 25 jun. 2021.

GENTIL, Milena Morelli. NASSER, Stephanny Arouca. **Resquícios do período inquisitório no Código de Processo Penal.** 11-2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86903/resquicios-do-periodo-inquisitorio-no-codigo-de-processo-penal>. Acessado em: 24 jun 2020.

JÚNIOR, Fernando Nogueira Martins. **Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira.** Revista brasileira de ciências criminais. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais. Referência: v. 27, n. 151, p. 215–259, jan., 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/43410161/Seletividade_policial_processo_de_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_encarceramento_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_a_cat%C3%A1strofe_penal_brasileira. Acesso em 23 jun. 2021.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente.** Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007

MACHADO, Daniel Dias. Et al. **A teoria de Cesare Lombroso e sua influência na sociedade.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 01, Vol. 07, pp. 57-73. Janeiro de 2021. ISSN: 2448-0959. Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/cesare-lombroso>. Acesso em: 24 jun. 2021.

MENDES, Deisane. **Classificação dos criminosos segundo: Lombroso, Ferri e Garofálo.** Disponível em: Acesso em: 24 de jun.2021

MOTA, Jorge, Maurício. **O Crime segundo Lombroso.** Disponível em: <https://criminologiafla.wordpress.com/2007/08/20/aula-2-o-crime-segundolombroso-texto-complementar/>. Acesso em: 24 de jun. 2021.

PINC, Tânia. **Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público.** Ano 1 Edição 2, 2007. Revista Brasileira de Segurança Pública, p. 6-23. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/13/11>, Acessado em 25 de jun 2021.

PINC, Tânia Mariade. **O uso da força não-letal pela polícia nos encontros com o público.** Dissertação de Mestrado. São Paulo, Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo – USP, dez. 2006

SANTOS, Márcio André. Artigo | 80 tiros por “engano” "Queriam matar um homem negro e sua família ou nossa humanidade inteira?". Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/15/artigo-or-80-tiros-por-engano/>. Acessado em: 26 jun. 2021.

SILVA, Flavia Augusta Bueno; ROCHA, Luiz Carlos. **A criminologia crítica e o direito penal mínimo: avanços e retrocessos.** Revista de Psicologia da UNESP 12 (2), 44-52, 2012.

SOARES, João Pedro. **A violência policial contra negros como política de Estado no Brasil.** DW Made for minds. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3dRMt>. Acessado em 24 de jun. 2021.

A AVALIAÇÃO PROSPECTIVA DA LEI COMO MECANISMO EFICAZ PARA A ELABORAÇÃO DE NORMAS DE BOA QUALIDADE

THE PROSPECTIVE EVALUATION OF THE LAW AS AN EFFECTIVE MECHANISM FOR THE DEVELOPMENT OF GOOD QUALITY STANDARDS

Henri Cláudio Almeida Coelho⁸⁴

Breno Tadeu de Souza⁸⁵

RESUMO

O Estado de Direito só pode ser visto sob o foco do princípio democrático, que legitima o domínio público e o exercício do poder. A seu turno, só pode ser compreendido sob a mesma perspectiva. Dessa forma, somente se pode falar de Estado de Direito, segundo GOMES CANOTILHO (1991, p. 06-14), quanto este se afigura como um Estado constitucional, um Estado democrático, ambiental. É dizer: quando está sujeito ao direito; quando atua através do direito, quando positiva normas jurídicas informadas pela ideia do direito. Enfim, o Estado democrático de direito transporta princípios (elementares de qualquer ser humano) e valores materiais para uma ordem humana de justiça e de paz social. Na construção da vontade geral do povo, assume papel fundamental a legística, buscando criar textos de lei dentro dos rigores técnicos, observados os princípios constitucionais. Não é incomum deparar-se com leis portadoras de graves erros de técnica legislativa, o que as tornam imprecisas e contraditórias, dificultando, assim, sua aplicação e abrindo margem a interpretações cada vez mais pessoais por parte dos magistrados, ensejando uma situação que não é a ideal. Há, ainda, leis que, tendo em vista uma deficiência na fase prévia de análise, não atingem o fim para o qual foram elaboradas. A pretexto disso, diz o povo: “Aquela lei não pegou”. Este artigo tem por objetivo evidenciar como os princípios e métodos propostos pela Teoria da Legislação – em particular, quanto à avaliação prospectiva da lei – podem influenciar a elaboração de normas jurídicas de boa qualidade, possibilitando que tal norma, de forma desejável, possa atingir o fim para o qual foi criada.

Palavras-chave: Avaliação legislativa. Ciência da legislação. Eficácia. Efetividade. Eficiência. Impacto.

⁸⁴ Mestre e Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2005/2008) com Defesa de Dissertação na área do Direito Societário. Especialista lato sensu em Direito de Empresas pela Universidade Gama Filho (2000). Atualmente é Professor das Faculdades Arquidiocesanas de Curvelo-FAC e Pirapora- FAP. Professor do Instituto Nacional de Pós-graduação -INPG. Exerce a advocacia e consultoria desde o ano de 2000, com foco no Direito Empresarial e Societário.

⁸⁵ Exerce advocacia e consultoria desde o ano de 2014 com ênfase em Direito do Trabalho e no Direito Tributário. Possui graduação em Direito pela FACULDADE MINAS GERAIS (2013). Pós-graduado em Direito do trabalho. Arnaldo Janssen/MG, conclusão em 2015. Pós-graduado em Direito Tributário. (Em Curso) UCAM/RJ, conclusão em 2016.

ABSTRACT

The Rule of Law can only be seen from the perspective of the democratic principle, which legitimizes the public domain and the exercise of power. In turn, it can only be understood from the same perspective. In this way, one can only speak of the Rule of Law, according to GOMES CANOTILHO (1991, p. 06-14), when it appears as a constitutional State, a democratic, environmental State. It is to say: when it is subject to the law; when it acts through the law, when it affirms legal norms informed by the idea of law. Finally, the democratic rule of law conveys principles (elementary to any human being) and material values for a human order of justice and social peace. In the construction of the general will of the people, the legality assumes a fundamental role, seeking to create legal texts within the technical rigors, observing the constitutional principles. It is not uncommon to come across laws that carry serious errors in legislative technique, which make them imprecise and contradictory, thus making their application difficult and opening the door to increasingly personal interpretations by judges, giving rise to a situation that is not the ideal. There are also laws that, in view of a deficiency in the previous phase of analysis, do not reach the purpose for which they were created. Under this pretext, people say: "That law did not stick". This article aims to show how the principles and methods proposed by the Theory of Legislation - in particular, regarding the prospective evaluation of the law - can influence the development of good quality legal norms, enabling such norm, in a desirable way, to achieve the purpose for which it was created.

Keywords: Legislative evaluation. Science of legislation. Efficacy. Effectiveness. Efficiency. Impact.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Avaliação é um processo relativamente recente. Segundo MADER, despontou nos Estados Unidos da América, nos anos de 1960. Inicialmente aplicava-se à área das Ciências Sociais, como ferramenta para avaliar programas sociais orientados para combater a pobreza, especialmente a precária situação de habitação.

Atualmente, o processo de avaliação legislativa é praticado na maior parte dos países europeus encontrando-se, em certos casos, já institucionalizado, (MADER, 1991, p. 41) como na Alemanha, onde surgiu como instrumento de planificação de políticas públicas e, posteriormente, de análise de normas legais.

Esse desenvolvimento mais pujante se deu por duas razões:

a primeira reside, sem dúvida, no renascimento da sociologia jurídica empírica orientada para o direito privado e a segunda consiste na gênese duma metodologia legislativa que nasce sob o impulso de

representantes dos principais ramos do direito (penalistas, privatistas, publicistas e filósofos do direito). (MADER, 1991, p. 41-42)

Em Portugal, a avaliação da legislação também é relativamente recente. A aprovação do Quadro Comunitário de Apoio para Portugal (1989/93) foi determinante para o desenvolvimento dos estudos de avaliação de políticas, dado que a avaliação de seus diferentes programas, instrumentos e medidas é exigência da Comunidade Europeia.

Inscrevem-se igualmente nos primeiros trabalhos de avaliação de políticas públicas os que incidem sobre a avaliação de impacto ambiental, em observância da legislação comunitária e para a concretização dos objetivos da Lei de Bases do Ambiente de 1987 (que introduziu no sistema jurídico português o princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais de todas as atividades suscetíveis de afetarem o ambiente). Outro passo da maior importância neste domínio refere-se à publicação da Lei de Bases de Avaliação do Ensino Superior de 1994. (ALMEIDA, 2003, p. 93-94).⁸⁶

Não existe uma lei que estipule a obrigatoriedade de se usar os métodos de avaliação para elaborar projetos de lei. Em verdade, considerando o alto custo e o tempo gasto, tais métodos são usados apenas quando se trata de projeto de lei que, por sua importância e impacto na vida dos cidadãos, empresas e entes públicos, justifique sua utilização.

No Brasil, o uso de métodos de avaliação empregados na elaboração dos projetos de lei também não é comum. Não existe determinação constitucional quanto a sua aplicação no processo legislativo. O tema é tratado, a título de legislação material, pelo Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que introduz normas e diretrizes para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal, além de apresentar um checklist em seus anexos.

2. DEFINIÇÃO DA NOÇÃO DE AVALIAÇÃO PROSPECTIVA

A avaliação prospectiva pode ser definida como uma análise metódica⁸⁷ que visa prever os efeitos futuros de uma lei. Entende-se por avaliação prospectiva um estudo prévio do projeto de lei, que, mediante a utilização de determinados métodos e critérios, tenta prever os impactos que a lei em estudo poderá causar na sociedade e na economia, sua eficácia e possíveis efeitos

⁸⁶ “Na sequência desta lei foi aprovado o Decreto-Lei nº 205/98, de 11 de julho que veio estabelecer as regras gerais necessárias à concretização do sistema global de avaliação e criou o Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior”. (ALMEIDA, 2003, p. 94, nota 5).

⁸⁷ Segundo Luzius Mader, “o elemento que permite precisar o conceito de avaliação é o seu carácter metódico. Por um lado, uma apreciação puramente intuitiva e impressionista dos efeitos não é considerada como sendo uma avaliação”. Afirma ainda, que “uma avaliação não tem forçosamente de responder às exigências mais severas de cientificidade, mas se apoia muito frequentemente em dados estabelecidos cientificamente e na utilização de técnicas científicas. Exigindo mais que uma simples apreciação intuitiva e menos que um estudo necessariamente científico sobre todos os aspectos”. Cfr. MADER, 1991, p. 43-44.

indesejáveis. Isso, de forma a auxiliar o legislador na tomada de decisão, buscando dessa forma, a racionalização do processo de criação legislativa, a fim de produzir uma norma o mais próxima possível do objetivado, evitando, por se dizer, a chamada “inflação legislativa”.

A avaliação prospectiva, para CAUPERS, “trata-se de, com recurso à informação e ao conhecimento da realidade existentes antes da entrada em vigor da lei, prever as consequências desta”; (CAUPERS, 2003, p. 41) para MORAND, “tenta calcular as hipóteses de êxito da intervenção, as resistências que contra ela se podem opor, os efeitos perversos que ela corre o risco de provocar”⁸⁸; e, para BERGEL “pretende, simplesmente, reunir a melhor informação possível sobre os efeitos potenciais comparados das diversas disposições concebíveis”⁸⁹.

A avaliação legislativa encontra-se inserida no campo da metódica da legislação. Para GOMES CANOTILHO,

sob o nome de metódica da legislação compreendem-se os saberes que visam aprofundar a implementação das leis (*Evaluation Research*), ou seja, as consequências desejadas ou não das intervenções legais. Os ‘saberes’ pertencem aqui à Ciência Política e à Economia Aplicada. As análises *ex-poste ex-ante* da avaliação de programas e as análises de custos/benefícios desempenham neste contexto um relevantíssimo papel. (CANOTILHO, 1991, p. 11).

A realização da avaliação prospectiva do projeto de lei não consegue assegurar que determinada lei irá atingir seu fim de forma totalmente eficaz, ou sem nenhum efeito inconveniente, pois é um instrumento de prognóstico, trabalhando com a probabilidade e a plausibilidade, mas não exatidão, fato que não deve ser ignorado, de modo a evitar uma expectativa, de certa forma, exagerada no tocante aos resultados que o método de avaliação prospectiva pode fornecer.

Apesar de não conseguir atingir a certeza, fato é que a utilização da avaliação prospectiva do projeto de lei constitui um excelente instrumento para se elaborar uma lei de boa qualidade técnica.

CAUPERS chega a afirmar que

seguramente, não estaremos todos de acordo com a boa ou má qualidade de todas as leis, mas parece aceitável dizer que, qualquer que seja a lei, é possível, com base em certos instrumentos de análise, antecipar, com razoáveis possibilidades de êxito, a sua capacidade ou incapacidade de atingir os fins que presidiram à sua feitura e subsequente aprovação. (CAUPERS, 2003, p. 15)

3. OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

⁸⁸ MORAND, *apud.* CAPERS, 2003, p. 41.

⁸⁹ BERGEL, *apud.* CAPERS, 2003, p. 41.

Para se proceder a sua análise, o objeto de estudo é investigado com base em critérios previamente definidos. É isso que ocorre na avaliação prospectiva de um projeto de lei, em que, confrontado com determinados critérios utilizados como parâmetros, analisa-se seu maior ou menor grau de adequação para atingir o fim para o qual está sendo elaborada a lei.

Na maior parte dos casos, sustenta MADER que a

avaliação prospectiva não se restringe à estrita análise dos efeitos da legislação. Inclui a regra geral, uma apreciação desses efeitos em função de determinados critérios. Entre os critérios muito numerosos e diversificados que podem servir de ponto de referência para julgar ou apreciar os efeitos duma norma legal, há três que são postos em evidência na literatura relativamente ao tema da avaliação: a efetividade, a eficácia e a eficiência. Cada um destes critérios incide sobre um aspecto particular da problemática dos efeitos. (MADER, 1991, p. 46).

Desenvolvem-se, na sequência, de forma breve, os critérios relacionados por MADER.

3.1 Efetividade

Este critério deve ser analisado com observância do tipo de norma cujos efeitos se pretendem avaliar, em que, tratando-se de uma “norma imperativa de direito penal ou de direito privado que se destina diretamente aos particulares, é obviamente a questão do respeito pela norma que se coloca”. (MADER, 1991, p. 46)

Se, ao contrário, tratar-se de “norma facultativa, tal como uma disposição que prevê a possibilidade de atribuição de uma indenização ou de ajuda financeira a um particular, a questão é de utilização dessa norma”. (MADER, 1991, p. 46) Já quanto às “normas de direito público, elas, necessitam de uma intervenção administrativa para desencadear os respectivos efeitos. Neste caso, a questão reside na sua implementação e na sua aplicação”. (MADER, 1991, p. 46).

Quando a correlação entre o modelo normativo de comportamento e o comportamento real é meramente fortuita, não se pode falar de efetividade, vez que esta noção implica claramente a existência de uma relação causal. Em outras palavras, uma norma é considerada como efetiva apenas quando os comportamentos dos atores sociais lhe são imputáveis, e não pelo simples fato de se verificar uma correspondência.

3.2 Eficácia

Ao Direito, aqui definido com um instrumento de regulação social, não basta que determinada lei seja aplicada, mas sim que de sua aplicação derive a “pacificação social pretendida”. Quer dizer, interessa ao Direito que, mediante a aplicação de determinada lei, o problema

anteriormente definido, motivador do processo legislativo, seja solucionado. Assim, o critério da eficácia leva em conta a aptidão ou não de determinada lei atingir os objetivos almejados, levantando, assim, problemas de interpretação de sua vontade.

Para MADER,

[...] as maiores dificuldades na aplicação deste critério advêm do fato que, regra geral, temos de lidar com um grande número de objetivos, com objetivos divergentes e contraditórios, demasiado abstratos, implícitos ou não confessados, simbólicos, etc., e mesmo objetivos que se transformam no decurso da sua realização. (MADER, 1991, p. 44).

Para avaliar a provável eficácia de uma norma legal, é preciso proceder a uma análise, confrontando a medida (ou medidas) estudada com os possíveis obstáculos que estas irão enfrentar, tais como, custo das medidas, dificuldade para sua inserção no ordenamento jurídico, sua aceitação política e viabilidade de implantação, de forma a eleger aquela que tenha maior probabilidade de atingir o fim desejado. Normalmente, essa análise é feita com base no direito comparado. Advirta-se que, em caso de sua aplicação, há que se verificar antes se a lei fonte de paradigma passou por uma análise retrospectiva, em que se considerem estudos de sociologia legislativa e pareceres de especialistas, dentre outros.

3.3 Eficiência

Este critério como os anteriores, implica uma comparação. É com base nele que se confrontam os custos da aplicação de uma lei com os resultados obtidos. Em suma, trata-se de uma análise de custos-benefícios da lei. Dessa forma,

uma norma legal pode ser considerada eficiente quando a relação entre dois elementos da comparação é a melhor possível. Essa relação pode ser a melhor, mesmo se o grau de realização dos objetivos não for muito elevado. (MADER, 1991, p. 46-48).

4. MÉTODOS DE AVALIAÇÃO PROSPECTIVA

A avaliação de uma lei deve ocorrer com base nos critérios tratados no tópico anterior, de forma metódica e racional.

DELLEY identifica dois métodos de avaliação prospectiva: de análise, baseado nos critérios tratados no tópico anterior, em que se busca conhecer os aspectos particulares de um projeto legislativo; e de teste, em que se tenta prever o comportamento de um projeto como se ele houvesse entrado em vigor. (DELLEY, 2004, p. 140).

4.1 Método de análise

Este método consiste em confrontar o projeto de lei com os dados obtidos de pesquisas de sociologia legislativa, estatísticas, pareceres de especialistas, questionários e direito comparado, dentre outros, de forma a tentar prever o impacto daquela lei na sociedade, na economia, nas empresas etc. Um dos recursos comumente utilizados neste método de análise é o do direito comparado, o qual deve ser empregado quando se houver procedido a uma avaliação retrospectiva da lei base do paradigma e, ainda sim, levando-se em consideração as diferenças culturais entre o povo para o qual foi destinada a norma legal paradigma e o povo ao qual se destina o projeto de lei avaliado.

DELLEY ensina que

o direito comparado constitui o método mais simples e frequentemente usado. Ele fornece informações sobre as experiências feitas em outros países e dá uma primeira indicação sobre a utilidade das medidas implementadas, contanto que os efeitos das legislações estrangeiras tenham sido avaliados. Não se deve, todavia, camuflar os limites dessa aproximação, notadamente as dificuldades inerentes à transposição de um modelo de ação para um contexto sócio-jurídico diverso. (DELLEY, 2004, p. 140).

O resultado da análise de base empírica, que usa como parâmetro os “resultados retirados das pesquisas de sociologia legislativa, aí compreendidos os que são fornecidos pelas avaliações retrospectivas”, (DELLEY, 2004, p. 140) não permite prever de forma precisa se a lei em estudo atingirá ou não os fins esperados. Contudo, não há como negar que essa análise já está um passo à frente da apreciação de uma lei com base meramente em bom senso e pré-conceitos, constituindo uma racionalização da produção legislativa.

Para prever de forma mais precisa os efeitos de determinada lei, deve-se proceder não a uma análise de base empírica, mas sim a uma de base científica, por exemplo, tendo por base estudos de avaliação de impacto ambiental quando o projeto de lei tratar de matéria sobre o meio ambiente e em estatísticas quando o projeto de lei tratar de matéria sobre ordem tributária.

Uma técnica de análise pode ser a da “árvore de decisão”, que, para DELLEY, caracteriza-se como uma

simples e útil para comparar a utilidade das diferentes medidas vislumbradas e facilitar, assim, a escolha do legista. Com base em sondagens, dados fornecidos eventualmente por estudos de sociologia legislativa ou de direito comparado, ou ainda em pareceres de especialistas, trata-se de combinar o grau de adequação de cada medida ao objetivo visado (eficácia teórica) e a probabilidade de aparição do comportamento esperado (efetividade), de maneira a elucidar sua eficácia real (utilidade). (DELLEY, 2004, p. 141).

O quadro a seguir ilustra a técnica de análise Arvore de decisão. (DELLEY, 2004, p. 142).

Quadro – A árvore da decisão

	Adequação ao fim (sobre 100)	Efetividade provável (sobre 1)	Utilidade
Medida 1	80	0.8	64
Medida 2	60	0.5	30
Medida 3	40	0.9	36
Medida 4	70	0.6	42

Fonte: Criado pelo autor.

O quadro mostra que o legislador elegeu quatro medidas que podem ser utilizadas para solucionar o problema definido. Com base nos critérios de eficácia e efetividade, o legislador pode optar pela medida mais indicada. Se a medida 1 apresenta uma adequação de 80% ao fim almejado e seu grau de efetividade é de 0.8, ela é a melhor medida a se escolher. Quanto maiores forem o grau de adequação e o grau de efetividade provável de determinada medida, mais aconselhável será sua escolha. Segundo o autor, é possível ponderar o valor de utilidade das medidas por meio de seu custo respectivo.

4.2 Métodos de teste

Ao contrário da técnica de simulação, a qual, utilizando-se o computador, confronta o projeto de lei com os dados previamente recolhidos para simular sua aplicação e conhecer seus possíveis impactos na sociedade, como se estivesse entrado em vigor e, a partir, daí corrigir possíveis efeitos indesejáveis, a técnica de jogo. (DELLEY, 2004, p. 142). analisa o projeto de lei com base em uma “encenação”, em que se colocam atores para representar os papéis dos destinatários da lei em estudo, bem como dos responsáveis pela aplicação da lei. Para tanto, os atores, ao “incorporarem” seus papéis, buscam encenar suas condutas da forma o mais real possível no cenário vislumbrado pelo projeto de lei, para, então, traçar um panorama dos pontos positivos e negativos do projeto estudado.

Esse

[...] procedimento é útil diante da impossibilidade de implicar diretamente aplicadores e destinatários em uma avaliação ou quando se trata de testar as interações entre pessoas cujos interesses divergem. Os resultados obtidos dão sinais de tipo qualitativo sobre os conflitos entre atores e permitem observar os comportamentos destes últimos, assim como a adequação dos procedimentos previstos pelo projeto de lei, e

apreciar a pertinência de diferentes alternativas. (DELLEY, 2004, p. 141-142).

Tal tipo de avaliação tem a desvantagem de pautar-se na qualidade dos atores, o que acaba por afastar um pouco a avaliação prospectiva dos métodos científicos, como a análise baseada em estudos de sociologia legislativa, posto que o estudo fica, de certa forma, atrelado à capacidade daqueles de encenarem da maneira o mais realista possível as reações dos cidadãos perante aquela lei. Dessa forma, seus resultados devem ser analisados com certa ressalva, pois os atores que participam do teste trazem enquanto pessoas características culturais, sociais e pessoais próprias, as quais nem sempre correspondem à mesma realidade do público destinatário da lei.

Em outro norte, o teste prático⁹⁰ encontra-se mais próximo da realidade, na medida em que avalia os efeitos de determinado projeto de lei, aplicando-o também de forma fictícia, mas neste caso ao público ao qual a lei se destina. Ao contrário do que acontece na técnica do jogo, não são atores que encenam a aplicação da norma legal em estudo, mas sim pessoas “comuns”, cidadãos para os quais aquela lei está sendo direcionada. Por isso, este tipo de avaliação revela-se mais vantajoso, haja vista que, em se tratando de pessoas “retiradas” daquele círculo social para o qual a lei está sendo elaborada, os resultados obtidos com a análise estão mais próximos da realidade social, podendo ser tida como uma amostragem de seus efeitos potenciais.

Outra técnica de avaliação prospectiva é a legislação experimental, a qual, segundo Delley, é mais avançada de teste legislativo, consistindo em um ato estatal. Ao contrário das técnicas do jogo e do teste, o legislador aplica a lei cujos efeitos se deseja estudar em determinado espaço territorial e por certo tempo. Com base em sondagens de opinião, estatísticas e outras técnicas, procede-se à análise de seus efeitos na vida social, para desvendar se realmente seus fins foram atingidos, bem como seus impactos negativos e as possíveis correções para a otimização de seus resultados. Se aquela legislação experimental não atingiu os fins esperados, com base na análise retrospectiva de seus resultados (embora se trate de uma análise *ex-post* é em relação ao projeto de criação daquela lei uma análise prospectiva), a legislação será então revista.

A legislação experimental reflete mais explicitamente essa característica, pois é limitada no tempo e prevê, às vezes, um campo pessoal ou territorial de aplicação restrita na comparação com o campo de aplicação definitivo. Aliás, ela contém um dispositivo de avaliação que permite recolher as informações pertinentes quanto aos efeitos que opera e apreciar a oportunidade de editá-la de maneira definitiva.

DELLEY salienta que a

[...] legislação experimental é indicada uma vez que os resultados da avaliação prospectiva se revelem por demais incertos. Aliás, esse procedimento deve se limitar a medidas extremamente bem delimitadas e pontuais, sobre as quais estejamos seguros de poder precisar seu impacto, sem maior dificuldade. Apenas medidas claramente avaliáveis atestarão o caráter verdadeiramente experimental do procedimento. (DELLEY, 2004, p 40-43).

⁹⁰ Nome atribuído a este tipo de avaliação por (DELLEY, 2004, p. 142).

5. DIREITO COMPARADO

5.1 A avaliação prospectiva na Alemanha

A avaliação prospectiva, segundo KARPEN, surgiu na Alemanha, em meados da década de 1990. Apesar de não existir qualquer preceito constitucional que determinasse explicitamente a realização de métodos de avaliação legislativa, o Tribunal Constitucional alemão, assumindo posição de vanguarda, interpretou o princípio de Estado de Direito referido no art. 20º da Constituição Federal no sentido de obrigar o legislador a obedecer, quando da feitura de uma lei, aos princípios da eficiência, eficácia e proporcionalidade, o que, na prática, acabou por determinar a realização de um estudo avaliativo. O Tribunal Constitucional determinou, então, a correção de algumas leis já em vigor por entender que tais princípios não haviam sido observados. Fato interessante é que na Alemanha os projetos de lei são redigidos de forma descentralizada nos ministérios, e não por uma comissão de redação especializada e centralizada.

Durante o processo legislativo, considerando a posição do Tribunal Constitucional, são empreendidos vários métodos de avaliação prospectiva, desde *checklist*, simulações, testes e legislação experimental. Além disso, buscando alcançar maior participação da sociedade no sentido de criar uma lei o mais eficiente possível, são chamadas a participar do processo a Câmara de Comércio e a Câmara de Produtores, que apresentam os seus pareceres sobre a legislação.

KARPEN descreve dois exemplos de avaliação prospectiva da lei de origem alemã: a Lei de Engenharia Genética, proposta pela Universidade de Ciências Administrativas, em *Speyer*, no Estado do Reno Palatinado; e a Lei sobre Procedimentos Civis Federais.

KARPEN explica que com o primeiro exemplo

[...] prendia-se à necessidade de determinar responsabilidades pela adequada aplicação da engenharia genética. Deveria ser da responsabilidade dos médicos, na sua qualidade de profissionais? Deveria ser da responsabilidade da indústria farmacêutica, na medida em que é esta quem faz as experiências? Ou seria necessário legislar? A técnica utilizada constituiu para a realização de vastos questionários e entrevistas, com uma duração de mais de duas horas, abrangendo todos os aspectos da referida versão preliminar. (KARPEN, 2003, p. 11).

O segundo exemplo retrata o primeiro projeto desta lei no estado do Reno Vestefália, em 1999, submetido a um processo de simulação. Processaram-se vários casos com base na legislação existente e no disposto no novo projeto de lei sobre processo civil. A questão em análise visava definir se a reorganização das instâncias dos tribunais afetaria o processamento dos casos. Este teste resultou na proposição “de várias alterações à lei, tendo-se concluído que a nova lei sobre

o processo civil poderia originar encargos mais elevados do que a lei anterior”. (KARPEN, 2003, p. 11).

Os dois exemplos citados mostram de forma clara a importância de uma avaliação prospectiva da lei levada a efeito que unisse a participação da sociedade e as técnicas científicas, de forma a buscar maior margem de acerto possível do problema que aquela lei visava solucionar. Se ela entrasse em vigor, mas não atingisse seu fim, o Estado teria que arcar com mais custos para solucionar seus pontos negativos, sem deixar de mencionar a instabilidade jurídica como novo problema a afligir o cidadão.

Ainda que indiscutível o benefício de uma avaliação prospectiva da lei, na Alemanha encontra-se em curso um debate destinado a apurar as vantagens e desvantagens dessas avaliações.

Os argumentos favoráveis são claros: aumenta a margem de acerto de uma lei, tendo em vista que, com base nos estudos levados a efeito na fase de avaliação, o legislador terá melhor visão de como a futura lei irá impactar a sociedade, quais serão as chances de solucionar o problema, qual será o custo disso e se realmente é a medida adotada o melhor caminho para a solução do problema. Enfim, torna o processo legislativo mais racional.

Os argumentos contrários, à semelhança do que ocorre em outros países, segundo KARPEN residem em: demora no surgimento dos resultados da avaliação para que possam influir sobre a legislação tratar-se de um processo custoso e demorado. Naquele país, o custo de uma avaliação *ex-ante* de forma profunda varia entre 25.000 e 155.000 Euros, chegando a custar 255.000 Euros. (KARPEN, 2003, p. 13).

5.2 A avaliação prospectiva na Itália

Assim como ocorre na maior parte dos países, também na Itália, conforme indica CATELANI, (2004, p. 19) a Constituição determina pormenorizadamente as competências legislativas, mas não faz qualquer menção à qualidade legislativa, sendo que só se passou a preocupar com tal matéria a partir dos anos de 1980, com base em um estudo apoiado em métodos que garantam a produtividade e a eficiência da administração pública em relação à exequibilidade e à aplicação das leis. Resultam daí duas vias paralelas de instrumentalização para a garantia da qualidade legislativa: os *drafting* legislativos, os quais observam a correta “técnica normativa”; e as *Analisi di Impatto della Regolamentazione* (AIR), as quais, por óbvio, ocupam-se dos estudos do impacto das leis. (CATELANI, 2004, p. 19-20).

No quadro normativo italiano, a avaliação do impacto legislativo tomou o corpo atual com a promulgação da Lei 50, de 1999 – *Legge di Semplificazione* –, a qual foi atualizada por duas Diretivas da Presidência do Conselho de Ministros. A primeira, de 27 de março e 2000, instituía a “análise técnico-normativa e a análise do impacto da regulamentação”. A segunda, de 21 de setembro de 2001, previa a experimentação da análise dos impactos da regulamentação nos cidadãos, nas empresas e na administração pública. (CONSIGLIO...).

Sinteticamente, as principais determinações das Diretivas, são:

- 1) A introdução da Análise Técnico-Normativa – *Analisi Tecnico-Normativa* (ATN) – visa analisar:

- a) a necessidade da intervenção normativa;
 - b) a incidência do projeto de lei nas leis e regulamentações já vigentes;
 - c) a compatibilidade da norma com o ordenamento comunitário europeu; e
 - d) a compatibilidade da intervenção em face da competência legislativa do ente legiferante.
- 2) As AIR são utilizadas para:
- a) descrever o objetivo da intervenção legislativa e das opções alternativas;
 - b) individualizar dos sujeitos destinatários da norma; e
 - c) analisar os custos benefícios da norma.

CATELANI (2004, p. 32) afirma que as avaliações legislativas na Itália oscilam de acordo com a política do país, especialmente quanto ao grupo que se encontra no poder. O aspecto político é o principal entrave para o desenvolvimento das avaliações, sendo que a autora adverte, especialmente quanto às AIR, que se trata de “um instrumento técnico, elaborado de modo científico *ex ante*, que permite avaliar se aquela finalidade a que os sujeitos políticos se propuseram pode ser efetivamente alcançada.”

5.3 A avaliação prospectiva no Brasil

No Brasil, a avaliação prospectiva da lei também é um fenômeno recente. Não existe determinação constitucional quanto a sua aplicação no processo legislativo. Existem iniciativas que buscam aperfeiçoar a elaboração das leis, contudo não se confundem com a avaliação de impacto legislativo.

Como iniciativas, ainda que embrionárias, de avaliação de possíveis impactos da norma no Brasil citam-se os checklists, ou questionários, que orientam a elaboração de uma proposta legislativa. O *Manual de Redação Parlamentar* do Senado apresenta a parte denominada “Justificação da proposição”, que se refere à reunião dos argumentos do autor para apoiar a proposição.⁹¹ Cita-se a explicação de que a escolha de argumentos técnicos, econômicos, políticos e afetivos, dentre outros, deve ser coerente, congruente e suficiente para amparar a proposta legislativa, sugerindo algumas perguntas fundamentais a serem respondidas pelo texto da proposta, por exemplo:

- Que elementos da realidade (social, política ou econômica) serviram de base à iniciativa?

⁹¹<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70466/Manual%20de%20Redacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

- Haverá algum grande prejuízo para a sociedade se não for aprovada uma lei (requerimento, resolução, decreto legislativo ou emenda à constituição) sobre o assunto?
- Em que esfera do ordenamento jurídico se insere a proposição? Isto é: Que outras matérias já tratam do tema? Qual o amparo constitucional? Em que inova? Em que aperfeiçoa a legislação?

Essa recomendação constitui o material que mais se aproxima de uma avaliação prospectiva da lei, buscando melhorar a probabilidade de acerto. Todavia, por ser restrito ao âmbito discursivo, não permite a demonstração de tais justificativas.

As consultorias legislativas acabam por desenvolver estudos e apresentar fundamentos, pareceres e relatórios ao parlamentar para municiá-lo de modo a tomar melhor decisão. Contudo, não avança quanto à realização de análise prospectiva propriamente dita, pois não apresenta um maior rigor científico.

Visivelmente, no caso do Brasil, constata-se a uma falta de especialização técnica no Legislativo em contraposição ao fenômeno de especialização ocorrido na Alemanha, por exemplo, onde há maior grau de aplicação de métodos de avaliação da lei por imposição legal.

6. CONCLUSÃO

Com base nos estudos empreendidos, depreende-se de que, apesar de tratar-se de fenômeno relativamente recente, a avaliação prospectiva vai, aos poucos, se consolidando como um instrumento extremamente benéfico ao processo de criação legislativa. Conforme afirma CAUPERS, “uma lei não é, todavia, um fim em si mesma, mas um instrumento de realização de políticas, de concretização de planos, de prossecução de objetivos”. (CAUPERS, 2003, p. 14) Portanto, seu processo de criação há que estar pautado no âmbito da ciência da legislação, a fim de que o resultado do processo legislativo seja uma lei “de qualidade”, atingindo, dessa forma, o fim para o qual foi criada, evitando-se uma produção legislativa exagerada, que acaba por dificultar o conhecimento e a aplicação das leis.

A avaliação prospectiva é de importância fundamental para o esquema de análise da legística material, vez que é o último ato do legislador antes da aprovação de determinado projeto de lei. Depois de ultrapassada esta fase, o resultado dessa lei somente será conhecido após sua entrada em vigor. Isso poderá não ser de todo interessante, pois tal lei poderá produzir efeitos não pretendidos e não atingir seu fim, desencadeando novo ato legislativo para sanar seus inconvenientes e causando maiores ônus aos cofres públicos, bem como a instabilidade jurídica.

Não obstante suas vantagens, a avaliação prospectiva deve ser utilizada quando o processo de criação for uma lei de maior importância, capaz de causar grandes impactos na vida da sociedade. Isso porque tal procedimento, além de despender um tempo que, por vezes, pode não ser suportado, tendo em vista a necessidade de uma solução quase que imediata ao problema existente, tem um alto custo financeiro, aspecto que não pode ser desprezado, conforme nos ensinou KARPEN.

É certo que o uso da avaliação prospectiva é extremamente benéfico no campo da produção legislativa, tratando-se de grande avanço em um cenário do Direito que busca, hoje, a menor interferência possível do Estado na vida da sociedade. Nessa nesta esteira, a avaliação prospectiva revela-se como uma ferramenta hábil para a criação de leis que tenham maior “longevidade”.

É possível perceber um desnível entre o Brasil e os países onde a ciência da legislação está em um patamar mais avançado, quando se constata a inexistência de uma cultura jurídica brasileira que valorize a redação e a avaliação legislativas.

A experiência estrangeira serve como estímulo para uma reflexão sobre a adoção de políticas de qualidade da legislação no Brasil, a partir da aplicação de conhecimentos técnicos produzidos pela ciência da legislação ao sistema normativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marta Tavares de. Avaliação da legislação em Portugal, Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 33/34, p. 93-106, jan./jun. 2003.

BOUDENS, Emile. **Avaliação preliminar do projeto de lei nº 4.855/2001**. Estudo realizado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados do Brasil.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação, Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 1, p. 06-14, abr./jun. 1991.

CATELANI, Elisabetta. Avaliação de impacte dos actos normativos- a situação em Itália. Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n, 36, p. 19-32, jan./mar. 2004.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação, Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 35, p. 05-87, out./dez. 2003.

CONSIGLIO Regionale del Piemonte. “AIR”, disponível em: <http://www.consiglioregionale.piemonte.it/multimedia/terzo_rapporto/air.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico, Legislação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 12, p. 140, jan./jun. 2004.

KARPEN, Ulrich. Avaliação legislativa – a experiência alemã, Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n, 33-34, p. 11-13, jan./jun. 2003.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma abordagem do direito, Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 1, p. 39-49, abr./jun. 1991.

Sites referidos:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm.

[http://www .https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/1107](http://www.dspace.almg.gov.br/handle/11037/1107).

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70466/Manual%20de%20Redacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 ago. 2021.