

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 9, N. 1
JAN/JUN 2022

QUALIS
B2

sobre a revista

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico eletrônico semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídica e afins.

Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br/>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2017).

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO
Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal
do Piauí
Periódico acadêmico oficial do Programa de Pós-
Graduação em Direito da UFPI
ISSN digital 2236-1766
<https://revistas.ufpi.br/>

equipe editorial

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Editor-chefe

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

equipe editorial assistente

Caroline de Carvalho Leitão

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

Paulo Henrique Carvalho Almeida

Mestrando em Direito do PPGD/UFPI

Samille Lima Alves

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

Vando da Silva Marques

Mestrando em Direito do PPGD/UFPI

conselho editorial

Dra. Alessandra Mizuta de Brito

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Alexandre Araújo Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Alexandre Bernardino Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Álvaro Filipe Oxley Rocha

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Carlos Alberto Molinaro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Catarina Santos Botelho

Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

Dra. Caterine Gonçalves Acioli

Centro Universitário Cesmac, Maceió, Alagoas, Brasil

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Jorge Trindade

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Dr. Menelick de Carvalho Netto

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

SUMÁRIO

<i>QUANTO VALE A LIBERDADE?: ANÁLISE DE SENTENÇAS QUE AFASTARAM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DIANTE DA REINCIDÊNCIA</i>	11
<i>Pedro Fauth Manhães Miranda Karoline Coelho de Andrade e Souza Rafael Delfes BrancoHeld</i>	
<i>RACISMO, PATRIARCADO E OS DESAFIOS DA EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA NO MERCADO DE TRABALHO</i>	35
<i>Thaisa Maira Rodrigues Held</i>	
<i>PACHUKANIS E A TEORIA MARXISTA DO DIREITO REFLEXÕES SOBRE A FORMA JURÍDICA E O ESTADO CAPITALISTA</i>	51
<i>Matheus Silveira de Souza</i>	
<i>O USO DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO PENAL: LEGALIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO DA TRADUÇÃO BRASILEIRA DA RECOMENDAÇÃO 29 DO GAFI</i>	65
<i>Frederico Skora Lieberenz</i>	
<i>A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO INSTITUTO AVALIADOR DA (DES) NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PRESO EM FLAGRANTE</i>	81
<i>Carlos Vinícius Silva da Costa Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães</i>	
<i>SOCIAL JUSTICE: ANALYSIS OF THE CONCEPT OF ECONOMIC JUSTICE ACCORDING TO C. B. MACPHERSON</i>	109
<i>Celio Roberto Correa Jéssica Jane de Souza</i>	
<i>A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO DIREITO ADMINISTRATIVO</i>	123
<i>Robertônio Santos Pessoa</i>	
<i>DIREITO FUNDAMENTAL À RENDA BÁSICA NO BRASIL</i>	143
<i>Raul Lopes de Araújo Neto Franck Sinatra Moura Bezerra</i>	

*A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONSENTIMENTO
INFORMADO NO BRASIL: HISTORICIDADE E ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA*

159

*Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima
Álison Santos Rocha*



QUANTO VALE A LIBERDADE? ANÁLISE DE SENTENÇAS QUE AFASTARAM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DIANTE DA REINCIDÊNCIA

Pedro Fauth Manhães Miranda

Doutorando em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).
Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG). Professor do curso de Direito nas instituições Universidade Estadual de Ponta
Grossa (UEPG) e Centro Universitário Santa Amélia (UNISECAL).

Karoline Coelho de Andrade e Souza

Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG). Professora dos cursos de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG) e da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Advogada.

Rafael Delfes Branco

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional
(UNINTER).

Resumo: O princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro é de suma importância para um sistema penal minimamente democrático e, sobretudo, para a concretização da dignidade humana. Todavia, sua aplicação não é pacífica e muitas vezes barradas pelos Tribunais em razão de outros elementos que não dizem respeito à análise estrita do caso concreto, como a reincidência. Buscando compreender a fundamentação jurídica adotada pelos juízes para barrar a aplicação da insignificância aos condenados reincidentes, a pesquisa – qualitativa de cunho explicativo, orientada pelos procedimentos técnicos bibliográfico e documental – analisou 25 sentenças condenatórias do tipo de furto, proferidas na comarca de Ponta Grossa/PR. Com base nas teorias que analisam a criminalização da pobreza e a atuação punitivista do Estado, concluiu-se, primeiramente, que as sentenças possuíam pouco, ou quase nenhum, fundamento teórico, limitando-se à utilização do argumento a simili ao replicar decisões no mesmo sentido. Percebeu-se também que a atuação dos magistrados denota uma renúncia ao ideal de imparcialidade, equiparando-se a agentes de segurança pública que buscam a punição via criminalização da pobreza.

Palavras-chave: insignificância, reincidência, criminalização da pobreza.

Submetido em 11 de novembro de 2020. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal analisar a não aplicação do princípio da insignificância em situações nas quais, inicialmente, em razão de o réu estar sendo processado por furto de bens de baixíssimo valor, haveria a possibilidade de o mesmo ser aplicado, por meio de uma sentença penal absolutória. Todavia, percebeu-se uma tendência de os Tribunais brasileiros, em que pese a possível aplicação do princípio nestes casos, pois flagrante a situação de insignificância do bem furtado, decidirem de forma oposta, em face da presença do elemento reincidência.

Buscando-se examinar os argumentos desta inclinação jurisprudencial, optou-se pela análise de sentenças penais condenatórias de primeiro grau¹, da Comarca de Ponta Grossa/PR, que tinham como conduta típica processada o furto de bens de baixo valor, e como característica distintiva do condenado ser reincidente. Tendo esse norte, a busca realizada filtrou, entre os anos de 2014 e 2018, 25 sentenças com esses elementos, nas três Varas Criminais existentes. Após a coleta dos dados, as sentenças foram analisadas com base no método de análise documental, confrontando-se o conteúdo das sentenças com a produção doutrinária e acadêmica a respeito do princípio da insignificância.

Dessa forma, o texto apresenta, inicialmente, uma análise do princípio em questão no Direito Penal brasileiro, focando na reincidência como elemento limitador de sua aplicabilidade, em razão de orientação jurisprudencial aliada ao entendimento de alguns doutrinadores de suma importância. Posteriormente, passamos à análise das 25 sentenças penais condenatórias, apresentando seus dados iniciais e os resultados obtidos a partir de duas orientações principais, quais sejam: primeiro, o uso de argumentos do senso comum pelos respeitáveis julgadores; segundo, o uso conjunto ou não do recurso aos argumentos *a simili*.

Há de se reconhecer, por um lado, que a presente pesquisa tem um universo pequeno de análise (25 sentenças de uma Comarca no interior do Paraná), não pretendendo esgotar a temática; por outro, os dados são convergentes o bastante para indicar uma possível criminalização da pobreza, constatação que fecha o artigo. Em todas as sentenças analisadas pode-se perceber o valor completamente ínfimo, insignificante, desimportante do bem furtado em situações que, sim, eram de reincidência, mas de reincidência por delitos realizados nos mesmos

¹ A escolha pela análise de sentenças de primeiro grau, em detrimento de decisões de outras instâncias, deu-se em razão do fato de que é neste momento do processo que o magistrado deve examinar todas as provas, fatos e argumentos levantados pelas partes durante o curso processual. Uma decisão de segundo grau, por outro lado, deve ficar, única e exclusivamente, adstrita aos pontos levantados no recurso.

moldes. Dessa forma, temos que é dado ao bem jurídico patrimônio, ao elemento propriedade, mesmo que insignificante, relevância maior do que ao bem jurídico liberdade daqueles que assim foram condenados. Tal compreensão adequa-se à atual ordem econômica vigente, bem como a uma política de hiperencarceramento.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal, assim como outros ramos jurídicos, encontra-se erigido em nosso ordenamento por meio dos princípios. Os princípios são normas basilares e essenciais para o bom funcionamento do sistema e uma correta (e o mais próximo da justa) aplicação da norma penal. Eles podem ser considerados “interpretativos”, mas também constituem uma dedução de “conceitos do Direito Penal” ou de “outros ramos do direito” (BATISTA, 2011, p. 59)¹.

Inúmeros são os princípios importantes para o direito brasileiro. Todavia, o que nos interessa aqui é o princípio da insignificância, que tem apresentado grande relevância na prática forense, sendo constante objeto de discussão em decisões judiciais. Oriundo de outros princípios do Direito Penal – como da legalidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima –, o princípio em questão faz referência à insignificância de determinadas práticas, vistas como delitivas sob ponto estritamente formal da subsunção jurídica, mas que não ferem, de fato, bem jurídico algum. É o caso, por exemplo, de alguém que furta um clipe de papel ou uma caneta.

Com origens no Direito Romano, o princípio foi sistematizado na década de 1960, por Claus Roxin (2002, p. 73) que o considerava como “*principio de validez general para la determinación del injusto*”, isto é, como causa excludente da tipicidade.

Carlos Vico Mañas (*apud* Dotti, 2012, p. 148), por sua vez, define o princípio da insignificância como um instrumento fincado na interpretação restritiva da norma penal, por meio do qual se alcança (pela via judicial) “a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.

O reconhecimento de situação evocativa do princípio da insignificância acarreta, portanto, a exclusão da responsabilidade penal, haja vista o afastamento da tipicidade material (GOMES, 2009). Segundo Pacheco (2010, p. 144), esse princípio deve atuar de forma restritiva em

¹ De uma forma geral, podemos salientar que os princípios possuem além das funções interpretativa e fundamentadora, que são as mais lembradas, também as funções supletiva, argumentativa e prospectiva (LUGON, 2014). Essas funções decorrem da estrutura básica dos princípios e da forma carga axiológica que eles possuem, orientando como um todo a aplicação do Direito.

relação ao tipo penal, possuindo significado sistemático e político-criminal de expressar a garantia constitucional da legalidade que, por sua vez, relewa as características de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal em relação a outros ramos do Direito.

Enquanto instrumento, é empregado pelos Tribunais para, em razão de uma evidente desproporção entre crime e castigo, reconhecer “o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente importante ao bem jurídico tutelado” (QUEIROZ, 2015, p. 87).

Jurisprudencialmente, destaca-se o HC 84.412/SP, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) elaborou quatro “requisitos” para a aplicação do referido princípio – o que já indica o seu reconhecimento pela corte máxima brasileira. Por óbvio, tal entendimento não representa uma fórmula exata, mas esse acórdão se tornou um importante balizador na construção de decisões judiciais sobre o tema. A decisão, assim, postulou 4 critérios para a aplicação do princípio: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (BRASIL, 2004).

Entretanto, ainda que seja constantemente reproduzido em decisões que envolvam o tema, faz-se necessário analisar tal decisão com maior profundidade. Neste caso, o STF julgou Habeas Corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual havia negado a aplicação do referido princípio sob o argumento de que o valor do bem em questão não era insignificante. O STF afastou a linha de raciocínio do STJ, pois reconheceu a aplicabilidade do princípio a partir do que Ribeiro (2016, p. 10-11) chamou de “postulados genéricos, que permitem interpretações a respeito da necessidade da análise de circunstâncias subjetivas ao agente”. Ou seja, para esse autor, a partir da discussão sobre “periculosidade social” (mencionada no “item b” da ementa), ocorre uma “abertura epistemológica” para que elementos sobre Direito Penal do autor se insiram em boa parte dos processos que discutam o princípio da insignificância¹.

Todavia, temos que, com essa incursão às características pessoais do autor do fato delitivo em sede de análise da aplicabilidade da insignificância, um elemento que vem a ser analisado é a reincidência. E essa agravante muitas vezes é utilizada como forma de barrar a aplicabilidade do princípio, mesmo diante de contundentes posições contrárias.

¹ Ressalta-se que a limitação imposta pelo princípio da insignificância restringe-se à seara criminal, havendo possibilidade de responsabilização em outras áreas do Direito, como bem aponta Luiz Flávio Gomes (2009, p. 75): “Na medida em que não se trata de uma causa de justificação senão de exclusão da tipicidade (penal) ou de exclusão da pena, é importante sublinhar a diferença principal entre elas: a exclusão da tipicidade (penal) ou a exclusão da pena exige o autor de responsabilidade penal, mas não de outra responsabilidade jurídica: civil, administrativa, tributária etc.”

3 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR

A reincidência é uma agravante genérica, prevista no art. 61, I, do Código Penal, com incidência na segunda fase da dosimetria da pena. Tal agravante consiste na realização de um novo crime, após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória da conduta delitiva anterior, conforme redação do art. 63 do Código Penal. Cirino dos Santos (2008, p. 579) entende que esse instituto pressupõe alguns elementos, quais sejam: a) a condenação por crime anterior (excluindo-se as contravenções penais); b) o trânsito em julgado dessa condenação; c) a prática de novo crime após esse trânsito em julgado.

Ressalta-se que a sentença definitiva, enquanto parâmetro, e o período depurador são características básicas da reincidência. Prado, Carvalho e Carvalho (2014) deixam claro que não há qualquer exigência do efetivo cumprimento da sanção penal imposta pela prática delituosa precedente (a reincidência ficta) – basta tão somente a condenação irrevogável. Para os autores, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido lapso temporal superior a cinco anos (computados os períodos de prova da suspensão ou do tempo do livramento condicional, nos casos em que não houve revogação).

Questão a ser levantada é a razão para a existência e o emprego da reincidência. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 717-718) elencam que o argumento mais difundido é o de que a reincidência “demonstra uma maior periculosidade da pessoa”; ainda, apontam que há o entendimento de que “reforçar a condenação pelo segundo delito” seria necessário para “reforçar os mecanismos de contramotivação do autor [do crime]”¹.

Tais motivações acabaram por consolidar jurisprudencialmente a aplicação da reincidência, mas isso não significa que os juristas não tenham inúmeras críticas sobre o instituto. René Ariel Dotti (2012, p. 625), por exemplo, entende que sua manutenção é “uma forma de responsabilidade objetiva e de múltiplos efeitos desconhecidos ou não desejados e, portanto, não caracterizadores do dolo ou da culpa”.

Ademais, em 2013, a reincidência teve sua constitucionalidade questionada no Recurso Extraordinário n. 453.000. A Defensoria Pública, autora do recurso, alegou que tal instituto configuraria *bis in idem*; todavia, os Ministros do STF, em unanimidade, negaram provimento ao

¹ Inserida na lógica de uma punição mais severa, a reincidência produz vários efeitos ao apenado. Além de ser a agravante previamente descrita, impede a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (art. 44, II, CP) ou pela multa (art. 60, §2º), como também impede a concessão do sursis quando o crime praticado é doloso (art. 77, I), além de revogar o livramento condicional, advindo a condenação, a pena privativa de liberdade (art. 86), entre outros efeitos (DOTTI, 2012, p. 623).

recurso (BRASIL, 2013). Ou seja, a corte entendeu que não existe uma duplicação da pena quando aplicada a reincidência, tratando-se de instituto perfeitamente constitucional¹.

Ao representar uma punição por algo que não envolve o fato narrado na denúncia, isto é, ao partir de uma ótica do direito penal do autor², a reincidência sinaliza uma violação ao “direito penal do fato”, ou ao “direito penal do ato”³, como compreendido por Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*⁴. A vertente do direito penal do autor não encontra espaço justificável em um verdadeiro Estado social e democrático de Direito, onde ninguém poderia ser estigmatizado ou castigado por ser “degenerado, perverso ou anti-social [sic]”, mas apenas responsabilizado por seus “atos concretos executados” (BUSATO, 2012, p. 129).

Com a tentativa de vinculação das “decisões judiciais à lei e à conduta do autor de um fato-crime, objetiva e subjetivamente considerada em relação a este”, o direito penal do fato pretende afastar a “submissão do imputado à arbitrariedade judicial” (ANDRADE, 2012, p. 205). Isto é, procura-se evitar que conceitos exteriores à conduta (como “periculosidade”) possam embasar condenações indevidas (sem lastro probatório suficiente e/ou sem fundamentação jurídica razoável).

Dessa forma, características pessoais do ator não deveriam, em teoria, ser levadas em conta quando da apuração da conduta delituosa, pois é o fato que é subsumido à norma. No entanto, é notória a utilização destas mesmas características na dosimetria da pena, seja na primeira fase, segundo o art. 59 do Código Penal, compreendendo-se este como momento de aceitabilidade da teoria do direito penal do autor. E, por certo, tal brecha acaba por facilitar a aplicação de ocorrências anteriores ao próprio fato, como a reincidência, via art. 61, I do mesmo Código. As críticas ao desvio do direito penal do fato em favor da reincidência, entretanto, aumentam consideravelmente quando o novo delito praticado é classificável como insignificante, havendo muitas doutrinas de peso que entendem ser perfeitamente possível desconsiderar o novo delito nestes casos.

¹ Contudo, frisa-se que a decisão se limita à compreensão da reincidência como agravante de pena, situação diversa do tema desenvolvido no presente trabalho, onde o instituto é usado para embasar uma condenação.

² No direito penal do autor, segundo Zaffaroni *et al.* (2011, p. 131), supõe-se que o delito é sintoma de um estado do autor, tido como inferior se comparado ao estado dos outros, ditos normais. Nessa concepção, a inferioridade pode ser entendida como tendo natureza moral (isto é, uma versão secularizada de um estado de pecado, agora compreendido como jurídico) ou mecânica (e, portanto, considerado um estado perigoso).

³ As expressões “ato” e “fato” são empregadas como sinônimos no trabalho. Embora a maior parte da doutrina escreva “direito penal do fato”, Zaffaroni *et al.* (2011) redige “direito penal do ato”. Esse é o motivo para a utilização de ambos os termos.

⁴ O direito penal do fato/ato entende o delito como “um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser atribuído o mal na medida de sua culpabilidade [...]” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 133).

3.1 Entendimentos doutrinários sobre a possível aplicação do princípio da insignificância para réus reincidentes

Em primeiro lugar, há o posicionamento oriundo de Claus Roxin, que entende ser o princípio da insignificância uma excludente de tipicidade. Entre os autores que defendem tal posição, encontram-se Paulo Queiroz, Luiz Flávio Gomes, Francisco de Assis Toledo, Diomar Ackel e Odone Sanguiné (ZACHARYAS, 2012).

Queiroz (2015, p. 89) aponta que a consequência prática do princípio é o reconhecimento da existência de uma excludente de tipicidade, vez que: “[...] embora formalmente criminalizada, a conduta não traduz, em concreto, uma lesão digna de proteção penal, tal [princípio] deve ser admitido independentemente da existência de maus antecedentes ou reincidência”. Ou seja, mesmo quando relacionado à reincidência, Queiroz (2015, p. 89) reforça que a situação evidencia um “problema de tipicidade, e não de individualização judicial da pena”. Essa observação é relevante, pois indica a possibilidade de absolvição mesmo diante da declaração de constitucionalidade da reincidência.

Luiz Flávio Gomes (2009) segue na mesma linha, embora estabeleça uma divisão em sua análise, entre o que ele denomina multirreincidência (isto é, a prática de vários fatos insignificantes, porém, contra vítimas diversas de forma cumulativa) e a prática de fato único insignificante cometido por reincidente. Em ambos os casos a reincidência não exclui, por si só, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. A argumentação básica do autor é que as circunstâncias particulares do autor do fato delituoso não interferem na insignificância do objeto furtado, que é intrínseco a própria coisa.

Uma segunda linha de autores defende que o princípio da insignificância se vincula ao afastamento da ilicitude do fato, de forma que igualmente impossibilitaria a configuração do crime. Assim, se não há crime, não há que se falar em reincidência. Segundo Zacharyas (2012, p. 253), dentre os autores que defendem essa posição encontram-se Ivan Luiz da Silva, Alberto Silva Franco, Carlos Frederico Pereira e Juarez Tavares. Para ele, essa posição “consiste na atribuição de essência material à ilicitude, representada pela lesão ou exposição à lesão dos bens jurídicos tutelados, de maneira que um fato irrelevante, do ponto de vista penal, apesar de típico, seria lícito, afastando-se o crime”¹.

¹ Há uma terceira posição, segundo Zacharyas (2012) que compreende o princípio da insignificância como causa excludente da culpabilidade, baseada na adoção da teoria bipartida do delito. Aqui, poderíamos discutir a reincidência, mas de qualquer modo, se o réu não pode ser considerado culpado, não será apenado.

Diante do apresentado, depreende-se que é possível harmonizar os conceitos fundamentais das ciências criminais na aplicação do princípio da insignificância para réus reincidentes. Ou seja, mesmo que os autores diverjam sobre a essência do princípio (se exclui a tipicidade ou a ilicitude, por exemplo), não haveria qualquer empecilho para a sua aplicação à réus reincidentes.

Porém, não obstante os posicionamentos doutrinários favoráveis, a realidade jurisprudencial é não apenas diversa, mas oposta, de modo que a reincidência funciona como argumento, constantemente reiterado pelos Tribunais brasileiros, para a não aplicação do princípio da insignificância, mesmo que atenda aos requisitos elaborados pelo STF quando do julgamento do HC 84.412/SP.

4 UMA LIBERDADE QUE VALE MUITO POUCO: O CASO CONCRETO DE UMA VARA CRIMINAL NA CIDADE DE PONTA GROSSA/PR

Buscando verificar a prática jurisprudencial da não aplicação do princípio da insignificância, procedemos à análise de algumas sentenças penais das três Varas Criminais da Comarca de Ponta Grossa/PR, entre os anos de 2014 e 2018. Foram selecionadas sentenças relacionadas ao tipo penal de furto e que trabalhassem conjuntamente o princípio da insignificância, o instituto da reincidência.

A seleção de sentenças voltadas apenas ao furto ocorreu em razão de que, embora o princípio da insignificância não se limite a certos tipos legais, trata-se do crime onde o seu uso é mais comumente aceito (diferente de casos em que, em regra, o princípio é afastado, como nos crimes de roubo ou relativos à violência doméstica). Além disso, o princípio da insignificância se aproxima do furto quando se nota que parte dos casos judicializados reflete situações em que a subtração é realizada de maneira precária, principalmente enquanto resposta para necessidades básicas ou dependência de drogas (como pode ser visto no processo n. 21).

Para alcançar essas sentenças, partiu-se de uma pesquisa detalhada na ferramenta de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR (PROJUDI). Por meio dos acórdãos prolatados em segunda instância foi possível identificar o número do processo e a consequente decisão de primeira instância. Ao todo, foram obtidas 25 sentenças condenatórias¹,

¹ Ressalta-se que tais sentenças se encontram disponíveis para consulta pública no citado PROJUDI, sistema eletrônico processual do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. E, embora sejam públicos, procurou-se não individualizar tais processos por meio do nome das partes ou do juízo de origem, a fim de preservar a identidade dos indivíduos implicados.

sobre as quais a análise se deu por um filtro essencialmente qualitativo, levando à verificação dos argumentos utilizados para o afastamento da insignificância quando constatada a reincidência.

Os requisitos “condenação” e “réu reincidente” são objetivos, não havendo maiores questões a respeito. Contudo, a constatação se determinado caso expressa ou não uma conduta insignificante ao direito penal é critério que pode ser tachado de variável. Quanto a isso, o presente trabalho classificou como penalmente insignificantes os casos em que o próprio magistrado de primeira instância identificou tal relação a princípio, esquivando-se da absolvição exclusivamente pela verificação da reincidência.

Identificadas as decisões, procede-se, via análise documental, ao exame das sentenças. Suas informações básicas podem ser visualizadas no quadro a seguir, ordenado de forma crescente segundo o valor dos objetos furtados.

QUADRO 1 - Informações básicas sobre as sentenças analisadas

Número arbitrário	Modalidade de furto / consumação	Valor do(s) objeto(s) furtado(s)	Data do proferimento da sentença	Regime inicial de cumprimento de pena
1	Simple / consumado	R\$ 13,90	02 de maio de 2017	aberto
2	Simple / consumado	R\$ 23,00	03 de maio de 2017	semiaberto
3	Simple / consumado	Aproximadamente R\$ 25,00	09 de dezembro de 2015	semiaberto
4	Qualificado / consumado	R\$ 26,85	22 de novembro de 2016	semiaberto
5	Simple / consumado	R\$ 30,00	25 de agosto de 2015	semiaberto
6	Qualificado / consumado	R\$ 46,00	03 de maio de 2016	fechado
7	Simple / consumado	R\$ 48,00	27 de setembro de 2016	fechado
8	Simple / consumado	R\$ 50,00	25 de setembro de 2014	semiaberto
9	Simple / consumado	R\$ 54,90	22 de outubro de 2017	fechado
10	Simple / tentado	R\$ 59,98	05 de agosto de 2015	semiaberto
11	Simple / tentado	R\$ 60,16	28 de outubro de 2017	fechado
12	Simple / consumado	R\$ 69,90	04 de setembro de 2015	semiaberto
13	Simple / consumado	R\$ 77,00	04 de agosto de 2017	aberto
14	Qualificado / consumado	R\$ 100,00	07 de dezembro de 2017	fechado

Número arbitrário	Modalidade de furto / consumação	Valor do(s) objeto(s) furtado(s)	Data do proferimento da sentença	Regime inicial de cumprimento de pena
15	Qualificado / consumado	R\$ 107,92	04 de outubro de 2017	fechado
16	Simples / consumado	R\$ 139,96	13 de maio de 2016	fechado
17	Simples / consumado	R\$ 151,60	15 de maio de 2017	semiaberto
18	Simples / tentado	R\$ 154,06	12 de maio de 2016	semiaberto
19	Simples / consumado	R\$ 159,32	22 de junho de 2017	semiaberto
20	Simples / consumado	R\$ 164,85	09 de julho de 2017	fechado
21	Simples / tentado	R\$ 164,96	19 de agosto de 2016	Fechado
22	Qualificado / consumado	R\$ 200,00	04 de julho de 2016	semiaberto
23	Simples / consumado	R\$ 259,96	10 de maio de 2017.	aberto
24	Simples / consumado	R\$ 400,00	11 de janeiro de 2018	semiaberto
25	Simples / tentado	1 perfume e 1 calça jeans (valor não auferido no processo)	05 de março de 2018	semiaberto

FONTE: os autores com base nas informações colhidas no site do TJPR (PROJUDI)

Em um primeiro momento, nos perguntamos se os fundamentos das sentenças apresentavam algum tipo de teoria jurídica (explicação doutrinária na parte dos fundamentos) que comportasse exceção justificável para a não aplicação do referido princípio. A resposta, quanto a essa primeira questão, é negativa. Nenhuma das sentenças expôs citação doutrinária ou construiu um texto em que a fundamentação apresentasse discussão teórica nítida. Nesse contexto, foi possível identificar duas características básicas: o emprego de argumentos baseados no senso comum e a utilização de jurisprudência que veiculasse o mesmo tipo de argumento, reforçando a postura adotada.

Com base nessas considerações, procuramos dividir a análise a partir dessas duas linhas mestras, isto é (a) o uso de argumentos de senso comum e (b) o recurso à replicação de jurisprudências. Em um terceiro momento, ainda, fechamos a análise, procurando estabelecer uma correlação entre a não aplicação do princípio da reincidência e a possível criminalização da pobreza.

4.1 Os argumentos de senso comum

No processo n. 24 (bem furtado: uma jaqueta), o magistrado expressa conhecer a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para réus reincidentes, mas a afasta, alegando que tal posicionamento implicaria em um “incentivo” ao crime, diante do qual seria preciso uma “resposta firme do Estado”:

Inarredável a materialidade do crime por aplicação do princípio da insignificância pela análise pura e simples do valor do bem subtraído.

É necessário mais, precisa-se que se faça um estudo conjunto de todas as circunstâncias que permearam o fato criminoso.

De bom alvitre dizer que não se ignora que existem posicionamentos no sentido de aplicar o princípio da insignificância a réus reincidentes. Entretanto deve-se fazer uma análise minuciosa do caso concreto.

Pois bem!

Dos vetores delineados pelo Pretório Excelso para reconhecimento de uma atitude insignificante para o Direito Penal e conseqüente aplicação do princípio da bagatela, tem-se que a conduta de [nome do sentenciado] está despida de reduzida reprovabilidade, posto que é contumaz em crimes de mesma natureza, não se tratando de fato isolado em sua vida e nem mesmo que se trata de apenas uma repetição de crimes patrimoniais.

Assim, entender este fato como insignificante traduzir-se-ia em um incentivo a [nome do sentenciado] no cometimento de novos fatos de igual espécie, de maneira que a resposta firme do Estado é a medida reclamada. (PARANÁ, 2018).

O entendimento de que a absolvição consistiria numa espécie de endosso ao crime também aparece no processo n. 3 (bens furtados: uma mochila e um boné). Além disso, nota-se que, embora o magistrado demonstre conhecimento sobre tipicidade material, lesividade e intervenção mínima, escolhe ignorar tais conceitos para não “compactuar com criminosos escolados”:

Pois bem, não há que se falar também na insignificância de sua conduta.

[...]

O fato de possuir [nome do réu] condenação pretérita, demonstra sua inclinação a prática de delitos contra o patrimônio, revelando certo grau de periculosidade em sua ação.

Beneficiar o acusado com a atipicidade material da conduta equivaleria a uma chancela do poder judiciário à prática de outros atos semelhantes.

Aplicar tal benefício, pautando-se somente na análise dos critérios objetivos estabelecidos pela doutrina, seria autorizar que pessoas como o réu fizessem pequenos delitos contra o patrimônio uma ocupação, considerando que, sob a ótica sustentada pela defesa, jamais seriam punidas.

A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demandaria uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto.

Considero o reconhecimento deste princípio uma manifestação clara de que o direito penal deve se preocupar com a tutela dos bens jurídicos mais importantes e ainda quando lesionados de maneira relevante, no entanto, o judiciário não pode fechar os olhos e compactuar com criminosos escolados, deixando-os impunes. (PARANÁ, 2015).

Entendimento semelhante aparece em outra sentença, a de n. 25 (bens furtados: um perfume e uma calça jeans), a qual aponta para o possível “estímulo à habitualidade delitiva”:

Ainda assim, acolhendo o pleito da Defesa de desclassificação do crime, bem como tendo o crime em sua modalidade simples, porque as provas são inaptas a apontar a participação do corréu, entendo não ser possível a aplicação do princípio da insignificância.

Isto porque [nome do réu] faz de crimes contra o patrimônio seu meio de vida, conforme consta nas certidões de antecedentes criminais, sendo que o instituto não deve servir como subterfúgio à impunidade e estímulo à habitualidade delitiva, de forma que é prudente a análise de aspectos subjetivos do crime para a aplicação do princípio da bagatela.

Ora, o fato de [nome do réu] ser contumaz na prática de delitos patrimoniais afasta até mesmo a inexpressividade da conduta e sua ínfima reprovabilidade, reclamando-se do Estado uma resposta firme. (PARANÁ, 2018).

Análises a respeito da personalidade do réu também se repetem nas decisões. No processo n. 04 (bem furtado: R\$ 26,85 em espécie), o magistrado entende que o fato do condenado ser reincidente indica “maior desvalor da conduta”:

Incabível a aplicação do princípio da insignificância frente à reiterada conduta delitiva do acusado em relação a crimes contra o patrimônio, vez que já consta contra si diversas ações penais referentes a furto, e em razão da modalidade qualificada do crime em tela. Embora presente o pressuposto do pequeno valor da res furtiva, a prática habitual de crimes evidencia o maior desvalor da conduta. (PARANÁ, 2016).

Nos autos de n. 09 (bens furtados: um kit com um espumante e duas taças; um creme de barbear; uma caixa de curativos), o juiz alude à “periculosidade social” como argumento. Ressalta-se que, não obstante as menções à luta corporal e ameaças pelo magistrado, o réu não foi condenado por lesão corporal ou ameaça neste processo:

Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, pois há periculosidade social na ação de Alisson, na medida em que ele apresenta diversas condenações pela prática de furto e, no caso específico, houve luta corporal contra o funcionário do mercado e prática de ameaças contra funcionários e contra policiais militares. (PARANÁ, 2017).

Argumentos de cunho moral, embora com menor ocorrência, também se fizeram presentes em três decisões. No processo n. 07 (bens furtados: duas cortinas e dois tops), o magistrado discorre sobre a impossibilidade de conexão entre “pobreza” e “meios lícitos”:

A necessidade, propriamente dita, não possui caráter despenalizador, não sendo motivo único para afastar a responsabilidade do réu pelo ilícito típico. A pobreza não pode ser aceita como causa justificante de crimes, tendo em vista que, existem outros meios, lícitos, de se garantir o sustento. Concluir de outra forma seria autorizar a impunidade. [...]

Saliento que a postura da ré é extremamente reprovável, a se considerar que a mesma é reincidente e portadora de maus antecedentes. A verdade é que por estar sem

ocupação lícita, prefere o ócio e o crime a tentar suprir suas necessidades de outra maneira. (PARANÁ, 2016).

Nota-se que o trecho acima amolda-se a uma compreensão de mundo fundada na “meritocracia”, segundo a qual seria possível a qualquer pessoa se tornar um consumidor ativo. Não o sendo, tal indivíduo é classificado como um ser humano “descartável”, na lógica eficientista neoliberal.

No processo n. 2, o juiz argumenta que, à época do delito, o condenado trabalhava, de modo que deveria utilizar os “recursos oriundos do trabalho”, ao invés de cometer o furto em julgamento – a saber, dois desodorantes:

Ademais, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, porquanto ausente o requisito subjetivo (o agente não pode se tratar de criminoso habitual). Note-se, por oportuno, que o réu já foi condenado por furto, tráfico e homicídio, sendo certo que, no presente caso, a aplicação do referido princípio não se mostra recomendável, sob pena de dar ensejo à prática de novos crimes e criar uma cultura de impunidade. No caso, inclusive, o próprio acusado afirmou que estava empregado quando dos fatos e que não teve um motivo razoável para agir, tão somente teve a ideia e, por impulso, subtraiu os bens. Isso denota que possui personalidade voltada para o crime, preferindo praticar crimes contra o patrimônio do que comprar os bens de seu desejo com os recursos oriundos do trabalho. (PARANÁ, 2017).

Há casos em que existe uma simples menção à reincidência, sem maiores justificativas, como pode ser visto no processo n. 7 (bens furtados: quatro desodorantes): “Ainda que a coisa furtada seja de pequeno valor, não há que se falar em ausência de tipicidade material (insignificância), porquanto se trata de réu reincidente, o que denota maior reprovabilidade à sua conduta” (PARANÁ, 2016). Noutras palavras, encontra-se tão enraizada a noção de que a reincidência é comprovação cabal de perigosa “conduta social” e ameaçadora “personalidade do agente” (art. 60 do Código Penal), que desnecessária qualquer argumentação para além da mera referência.

No processo n. 5 (bem furtado: um cobertor), além da replicação dos argumentos de senso comum já utilizados nas demais sentenças, torna-se latente o incômodo do magistrado com a postura do réu (“como se não bastasse”):

O fato de possuir [nome do réu] condenações pretéritas, demonstra sua inclinação à prática de delitos contra o patrimônio, revelando certo grau de periculosidade em sua ação.

A [sic] que se considerar o fato de ter o réu expressamente declarado ter praticado o furto em um momento de bobeira, não o justificando por qualquer que seja a razão. Como se não bastasse admitiu não necessitar se valer de pequenos furtos para sua subsistência.

Beneficiar o acusado com a atipicidade material da conduta equivaleria a uma chancela do poder judiciário a prática de outros atos semelhantes. (PARANÁ, 2015).

Ainda, interessante observar no processo n. 11 (objetos da tentativa de furto: 2,6 quilos de carne bovina; um pacote de gelatina) a menção à “insegurança social”. Ao passo em que a análise da insignificância deveria restringir-se ao impacto causado ao bem jurídico tutelado, a abertura epistemológica alavancada pelo HC 84412/04 induz a uma constante avaliação subjetiva:

Frisa-se que o sentenciado possui três sentenças penais condenatórias, duas das quais por delito de mesma espécie, e ao reiterar a prática criminosa, o acusado, além de mostrar descrédito com o poder judiciário e as leis penais, violar o sistema e causar insegurança social, demonstra ter pautado sua vida na prática de ilícitos. (PARANÁ, 2017).

Por fim, talvez o caso mais significativo seja o do processo n. 22 (nove chaves de boca; nove chaves tipo “Allen”; dois quilos de fiação elétrica). Trata-se de um furto qualificado por concurso de pessoas. Dos três réus, dois eram primários, de modo que apenas o reincidente foi condenado:

No entanto, merece prosperar a tese sustentada pela defesa de [réu 1, primário], reconhecendo-se presente a atipicidade material da conduta, com base na inteligência do princípio da insignificância. [...]

O princípio da insignificância, cunhado por Claus Roxin, permite aos aplicadores do direito o reconhecimento da atipicidade material de uma conduta, mesmo quando seja formalmente apta a ser considerada crime. [...]

Na hipótese em julgamento, os produtos furtados, frente a esfera patrimonial da vítima, são de valor insignificante e inexpressivo, totalizando, em avaliação direta o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), os quais, ainda foram restituídos à vítima.

O Direito Penal, quanto ao crime de furto, busca proteger o patrimônio. Quando o ato lesivo deixa de gerar qualquer lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, não há que se falar em tipicidade material da conduta, por ausência de ofensividade.

Insisto, a conduta em questão não gerou decréscimo no patrimônio, ou seja, a lesão provocada à vítima foi no todo inexpressiva. [...]

Em casos como este, deve-se valer da humanização da justiça, para que realmente se alcance a justiça efetiva. [...]

Por fim, reafirmo que todos os objetos foram recuperados pela vítima, a qual não experimentou qualquer prejuízo ante ao ilícito perpetrado pelo acusado. [...]

Outro é o raciocínio empregado ao julgar o delito cometido por [réu 3, reincidente]. Percebe-se que ele e os demais réus, alhures absolvidos, foram denunciados pelo cometimento do mesmo crime.

Todavia, considerando ser [réu 3] reincidente na prática de delitos contra o patrimônio, mesmo contando com apenas 19 anos, não há como se estender a ele a benesse concedida aos corréus.

Conforme dito acima, além dos requisitos objetivos, deve-se atender as condições pessoais do agente, sob pena de se estar a compactuar com a prática reiterada de delitos, por agentes que fazem dos crimes contra o patrimônio um meio de vida.

Desta forma, a razão de já ostentar o réu condenação recente pela prática do crime de roubo, o difere dos demais corréus (PARANÁ, 2016).

O valor do objeto do furto, na maioria das situações analisadas, era inferior aos R\$ 200,00 desse processo. Em muitos, não havia qualificadora. Entretanto, isso não impediu a absolvição dos réus primários, reforçando o peso da reincidência nas condenações.

Os argumentos ora utilizados, como comprovado pela última sentença, são de ordem puramente comum, ordinária, balizados por um temor social cristalizado no reincidente, que não se abre a qualquer possibilidade de compreensão da realidade social e/ou econômica vivenciada pelo réu. A possível aplicação do princípio da insignificância, capaz de promover a “humanização da justiça, para que realmente se alcance a justiça efetiva”, conforme a decisão judicial acima, é obstada não pelo delito do qual o réu é acusado, mas por fatos pretéritos que continuam a alcançá-lo indefinidamente. E tal situação é continuamente reforçada pelos magistrados, em uma infinita rede de citações jurisprudenciais.

4.2 O argumento jurisprudencial

Nas decisões analisadas, em paralelo aos comentários de senso comum demonstrados no tópico anterior, foi bastante recorrente a existência de algum argumento jurisprudencial que reforçasse o entendimento da impossibilidade de aplicação da insignificância para reincidentes. Em muitas sentenças, apenas o número de determinados processos (principalmente quando de tribunais superiores) era mencionado. Assim, nem sequer o teor da decisão era explicitado, mas tão somente a numeração referencial de decisões que teriam sido prolatadas no sentido da não aplicação do princípio da insignificância.

O processo n. 1 (bem furtado: uma garrafa de vodca) exemplifica esta prática decisória pouco fundamentada:

Por tais motivos, não há que se falar em insignificância da conduta do réu, pois muito embora o objeto tenha sido restituído à vítima, o entendimento dos Tribunais Superiores, esposado no julgamento do HC 107.674 (STF) e do REsp 1.277.340 (STJ) é o de não reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para aqueles que são possuidores de maus antecedentes e reincidentes, como é o caso do acusado. (PARANÁ, 2017).

Porém, eventualmente apareceram alguns acórdãos citados parcial ou integralmente, como na sentença prolatada no processo n. 25 (bens furtados: um perfume e uma calça jeans):

Apelação Criminal nº 1.718.806-2, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 4ª Vara Criminal. Número único: 0006641-51.2017.8.16.0013. Apelante: Luiz Brasílio Valentin Lombardi. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Rogério Coelho. CRIME DE RECEPÇÃO – PROVA CONSISTENTE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REPROVABILIDADE DA CONDUTA - INAPLICABILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRESSUPOSTOS NÃO ATENDIDOS – APELAÇÃO DESPROVIDA. Inviável a pretendida absolvição porque a consistente prova, coligida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, dá pleno suporte à sentença condenatória. Apelação Criminal nº 1.718.806-2 f.2 A aplicação do princípio da insignificância não está condicionada unicamente aos fatores objetivos, mas também à consideração dos

parâmetros previstos no artigo 59, do Código Penal, para se avaliar a necessidade e conveniência da concessão do benefício, pois a impunibilidade exige o exame das circunstâncias de fato, bem como daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de estar estimulando a repetição delitiva, "pois comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente irrisórios, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem se sujeitar ao direito penal" (HC 399.467/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 20/06/2017, DJe 30/06/2017). Apesar do quantum de pena, mantém-se o regime inicial semiaberto, em atenção à norma do artigo 33, do Código Penal, notadamente por ser o réu reincidente e ostentar maus antecedentes. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não é aplicável porque desatendidos os pressupostos do artigo 44, do Código Penal. Apelação Criminal nº 1.718.806-2 f. 3 (TJPR - 5ª C.Criminal – AC - 1718806-2 - Curitiba - Rel.: RUY ALVES HENRIQUES FILHO - Unânime - J. 08.02.2018)

Em menor quantidade, havia algum trecho de outras decisões *per se*, prolatadas por Ministros, tal como no processo n. 19, a fim de servir de fundamentação à sentença judicial condenatória (objeto da tentativa de furto: vinte e oito unidades de chocolate):

Conforme bem pontuou a Ministra Carmen Lucia, no julgamento do HC nº 112.811/SP, "o criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida". (PARANÁ, 2017).

Podemos visualizar o mesmo recurso na sentença oriunda do processo n. 20 (bens furtados: um quilo de arroz; um quilo de linguiça; 6,694 quilos de carne bovina; dois desodorantes):

Ainda, inaplicável o princípio da insignificância pois, apesar do valor dos bens, fato é que o acusado é multirreincidente em crime patrimonial e "O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente. Sua adoção, com o reconhecimento da atipicidade da conduta, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvio de comportamento" (TJPR – 4ª C. Criminal – AC 1.648.550-2 – Curitiba – Rel. Des. Celso Jair Mainardi – Unânime – Julg. 20.4.2017) (PARANÁ, 2017).

O que se extrai do emprego da jurisprudência é o objetivo de "fundamentar juridicamente". Na medida em que não houve um mínimo de teoria jurídica para justificar as condenações, o ancoramento em decisões de segunda instância (com o mesmo tipo de argumento) cumpre o papel de solidificar a sentença. Podemos perceber que a fundamentação por meio da referência a outras decisões, seja via citação textual ou apenas numérica, apresenta-se como espécie de *argumento a simili*, na medida em que as outras decisões funcionam como parâmetro para o resultado que se pretende alcançar (RODRÍGUEZ, 2005).

De forma mais extrema, a fundamentação por jurisprudência assume a característica de

um *argumento de autoridade*, pois apresenta a presunção de que o julgado invocado como parâmetro bem conheça o Direito (RODRÍGUEZ, 2005). Todavia, essa atitude é bastante reveladora dos limites teóricos apresentados pela postura de condenação. Em nenhuma das sentenças houve algum tipo de citação doutrinária que teorizasse a não aplicação do princípio – isto é, o recurso a um verdadeiro argumento de autoridade; assim, ao encarar o vácuo doutrinário, os magistrados ficaram restritos a buscar refúgio na sua própria instituição, a partir da figura dos desembargadores que citam.

5 O MAGISTRADO ENQUANTO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA E AS TEORIAS DE TODOS OS DIAS

O propósito deste último tópico é tentar encontrar respostas ao fenômeno observado, buscando compreender porque os juízes optaram pela condenação. Nesse cenário, a produção acadêmica, especialmente sociológica e criminológica, fornece indícios sobre tal situação.

No modelo constitucional brasileiro, os juízes devem aplicar a norma jurídica ao caso concreto, relacionando uma sentença aos “princípios e direitos vigentes, para cujas reformas deve atuar diretamente o constituinte” (MARTÍNEZ, 2010, p. 318). Assim, teoricamente, aliado a uma seleção de magistrados de “altíssima qualidade ética e acadêmica”, busca-se frear manipulações partidárias e autoritarismos de ocasião (MARTÍNEZ, 2010, p. 318).

Entretanto, essa construção desaparece quando o juiz assume uma postura de “combate ao crime”, pois “seu papel de garante imparcial dos direitos será substituída pela figura de agente de segurança pública”, configurando “perigoso protagonismo na arquitetura processual”. Nessa transformação, habita a “preocupação com o ativismo judicial”, o qual geralmente “é direcionado à maximização dos poderes estatais em detrimento dos direitos e garantias individuais” (CARVALHO, 2010, p. 233).

Os argumentos de senso comum apontados na análise dos julgados se aproximam ao que Vera Regina P. de Andrade (2012, p. 223-224) trata como “teorias de todos os dias”, ajudando a compreender a seletividade penal. Segundo a autora, a regularidade da distribuição seletiva da criminalidade e das decisões judiciais seletivas é explicada pela influência de um código social latente (o *second code*).

Esse código encontra-se integrado a nossa sociedade, segundo mecanismos de seleção, dentro os quais ela destaca, em primeiro lugar, a importância dos estereótipos de criminosos e vítimas associados às teorias de todos os dias (*every days theories*). Por exemplo, quando

presente a reincidência, é comum definir o sujeito em julgamento como um “criminoso contumaz”. Em segundo lugar, há a influência dos processos derivados da estrutura organizacional e comunicativa do próprio sistema penal, que priorizam o status social do réu em detrimento do exame de sua conduta, desconsiderando o instrumento dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal. Em outras palavras, instrumentos e processos que deveriam seguir as normas de um direito penal do ato acabam seguindo um direito penal do autor.

Assim, para Vera Regina P. de Andrade (2012, p. 223-224) “o second code (código ideológico latente) judicial é o que geralmente pauta e condiciona, efetivamente e a priori, as decisões, mas não se submete à obrigação de motivação fática e jurídica da sentença, permanecendo, por isso, invisível e fora do controle público (macrocosmo invisível)”.

Inserido nessa lógica, o magistrado reproduz um discurso que, em vez de “instrumentalizar o projeto político criminal de mínima incidência, atribui fins e funções positivas à interpretação, potencializando e relegitimando a intervenção do sistema criminal” (CARVALHO, 2015, p. 190).

Ocorre uma transformação de papéis no exercício da magistratura. Nota-se que “aquele juiz envolvido antes, pela inépcia estatal, com as demandas de judicialização atinentes a direitos básicos de cidadania, é alçado agora ao posto de ator político por excelência em termos criminais” (ROSA; AMARAL, 2014, p. 53).

Esse posicionamento contraria as demonstrações empíricas realizadas pela criminologia de que o controle penal é disfuncional e incapaz de cumprir suas promessas oficiais, principalmente “em relação aos fins da pena (ressocialização, intimidação e coesão social) e aos fins do próprio direito penal (proteção de bens jurídicos).” (CARVALHO, 2015, p. 190).

Desse modo, a perseguição por uma “solução eficaz” quanto ao dilema da criminalidade desenvolve um ambiente ideal para o estigma e para o direito penal do autor, como bem observado por Box e Hale:

Quando a crise econômica se agrava, o Poder Judiciário manifesta crescente preocupação com a possível ameaça à ordem social, proveniente de “populações problemáticas”, dos homens desempregados mais do que das mulheres, dos jovens mais do que dos adultos e dos negros mais do que dos brancos [...], e reage a essa “percepção” aumentando o recurso ao encarceramento, sobretudo nos casos de delito contra a propriedade, na expectativa de que uma resposta deste tipo tenha um efeito inibidor e incapacitador, e que, em consequência, possa neutralizar a ameaça. (BOX; HALE *apud* GIORGI, 2006, p. 55)

Embora o conceito de crime como conduta típica, antijurídica e culpável almeje uma vinculação à “legalidade e ao fato-crime cometido”, onde a subjetividade ingressaria apenas como “vontade (dolosa ou culposa) e culpabilidade em relação ao fato”, são principalmente “as variáveis relativas à pessoa do autor e outras, exorcizadas pela Dogmática para que saiam pela porta da

frente de sua construção conceitual, que ingressam pela porta dos fundos e preponderam nas decisões judiciais” (ANDRADE, 2012, p. 225).

Essa perspectiva se agrava “em períodos de crise econômica”, pois a criminalidade permeia o discurso público mais intensamente e permite que as “inseguranças e os medos” se situem “mais longe do que nunca do seu objeto imediato” (GIORGI, 2006, p. 59-60). Nesse processo, os discursos de “respeito pela diversidade”, da “importância da integração social dos desviantes” e do “papel ressocializante do sistema punitivo” cedem espaço a “linguagens orientadas pela defesa social, a neutralização do inimigo público e a necessidade de zerar a tolerância para com o crime.” (GIORGI, 2006, p. 60).

Sendo assim, diante de uma contemporaneidade tão complexa, urge “aprender a conviver com o mal-estar, os desconfortos e os desajustes gerados na vida em comum”, de modo que sejam superados “com a integração e não com a exclusão, a intolerância ou a marginalização dos eventuais autores de condutas indesejáveis” (KARAN, 2012, p. 89). Se a instabilidade político-econômica é um problema real, muito mais são os autoritarismos, a violação aos direitos e garantias fundamentais e o cerceamento das liberdades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada, é possível registrar algumas considerações sobre os resultados obtidos. Primeiramente, foi ressaltado o princípio da insignificância e o seu *locus* dentro do sistema penal, sempre compreendido como *ultima ratio*. Em um sistema penal democrático, é natural esperar que princípios como o de intervenção mínima e da lesividade constituam barreiras ao poder punitivo estatal.

Não é diferente em relação ao princípio da insignificância, que restringe o poder punitivo estatal apenas para os casos em que a ofensa aos bens jurídicos não se mostra relevante. Esse princípio expõe uma vinculação clara ao caso concreto e enfatiza o valor conferido ao conceito de bem jurídico. Tal conceito realça o caráter fragmentário da atuação penal, na medida em que o cerceamento da liberdade constitui uma grave restrição de direito fundamental.

Pode-se constatar, ainda, que o princípio foi objeto de julgamento pelo STF, por meio do HC 84.412/SP. Nessa ocasião, o Tribunal definiu quatro “requisitos” para a sua aplicação, indicando o reconhecimento desse princípio, apesar dele não se encontrar positivado. Embora os requisitos permitam que ele seja melhor aplicado nos casos *sub judice*, um deles admite que o direito penal do autor adentre na esfera penal, pois baseia-se no critério da periculosidade do

agente.

Em um segundo momento, foi analisado o instituto da reincidência, verificando-se uma duplicidade de entendimentos diante da insignificância do último delito. Enquanto, doutrinariamente, a reincidência não implica em óbice, a jurisprudência expõe entendimento oposto. Isso, porque a orientação jurisprudencial baseia-se no fenômeno do direito penal do autor, o que contraria os pressupostos democráticos do sistema criminal, ao inferir que o autor reincidente porta uma maior periculosidade.

Com base nesses dois aspectos o presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa qualitativa de cunho explicativo, orientada pelos procedimentos técnicos bibliográfico e documental. Este último procedimento baseou-se na análise de julgamentos de primeira instância, realizados na Comarca de Ponta Grossa/PR, que continham análise desses dois pontos: a não aplicação do princípio da insignificância e a reincidência nos casos de crime de furto. Ao todo, foram colhidas 25 decisões condenatórias no site do TJPR, e posteriormente examinadas com base na metodologia da análise documental. A pergunta que norteou a presente pesquisa foi: “qual (quais) o(s) fundamento(s) jurídico(s) dos posicionamentos condenatórios”?

Pode-se perceber que em sua totalidade os magistrados utilizavam-se de argumentos do senso comum (como “não compactuar com delinquentes”, “preservar a segurança”, “estímulo à habitualidade delitiva”), evitando-se fundamentação teórica mais aprofundada. Ademais, o argumento *a simili*, invocando outras decisões no mesmo sentido, também foi largamente utilizado. Ou seja, os resultados denotam que a principiologia básica das ciências criminais foi ignorada em meio a um ranço punitivista, expresso em argumentos de senso comum e em menções à jurisprudência com idêntica linha de raciocínio.

Destacável, nesse cenário, foi o afastamento do princípio da insignificância para réus reincidentes, mesmo quando configurada a pouca monta do valor furtado (valores que, via de regra, eram inferiores a R\$100,00) com base em uma argumentação pífia que, em última análise, implica na criminalização da pobreza. Constatou-se que a criminalização de atitudes insignificantes (porém, afetas ao patrimônio material), representadas nas 25 decisões, é conveniente aos ditames da atual ordem econômica e adequa-se à política de hiperencarceramento. Além do mais, a atuação dos juízes nestes moldes os transforma em verdadeiros agentes de segurança pública, afastando-os do papel que lhes cabe, de aplicadores da norma jurídica e asseguradores dos direitos do réu.

Por fim, necessário frisar as limitações quantitativas do presente trabalho, o qual, obviamente, não almeja pretensões de definição ou esgotamento do tema, pois abarcou apenas

25 sentenças condenatórias de primeiro grau. A proposta, no caso, foi dialogar com uma teoria jurídica relevante que, por meio de pesquisa empírica, pudesse conectar-se de modo significativo a realidade social. E, neste sentido, o trabalho em questão apresenta indícios suficientes para a compreensão de que a liberdade vale pouco no sistema penal brasileiro, visto que, ao sopesar o instituto da reincidência e o princípio da insignificância, ele desconsidera meritocrática e despidoradamente o último.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília, 2014.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – Atualização Junho de 2016**. Brasília, 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84412**, relator Min. Celso de Mello. Diário Oficial da União, 2004.
- _____. _____. **Recurso Extraordinário n. 453000**, Min. Marco Aurélio Mello. Diário Oficial da União, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do direito penal brasileiro**. Curitiba: Edição do Autor, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DOTTI, Rene Ariel; KNOPFHOLZ, Alexandre; SCANDELARI, Gustavo Britta (colab.). **Curso de direito penal: parte geral**. 4.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- KARAN, Maria Lúcia. O direito penal simbólico e o engodo da segurança pública. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Leituras de um realismo jurídico penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

LUGON, Almir Fraga. **Princípio da insignificância sob uma perspectiva constitucional**. 72f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro. jun. 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26935/26935.PDF> Acesso em: 20 set. 2019.

MARTÍNEZ, Mauricio. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In: BATISTA, Vera MALAGUTI (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PACHECO, Marta Ribeiro. O princípio da intervenção mínima e princípios correlatos: reconhecimento jurisprudencial. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo (orgs.). **Curso Modular de Direito Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Sentenças penais condenatórias de primeiro grau da Comarca de Ponta Grossa/PR**. 2014-2018. Disponível em: <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/> Acesso em: nov. 2019.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 11 ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

RIBEIRO, Glauber Henrique Valverde Pereira. **O princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal: um discurso sobre o direito penal do autor**. 2016. 72 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14541/1/2016_GlauberHenriqueValverdePereiraRibeiro_tc.pdf Acesso em: 20 set. 2019.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ZACHARYAS, Lídia Losi D. Princípio da insignificância no Direito Penal. Rev. Jurídica da ESMP de São Paulo, v. 2, 2012, p. 243-262. Disponível em:

http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/3 Acesso em: 20 jan. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral.
9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



RACISMO, PATRIARCADO E OS DESAFIOS DA EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA NO MERCADO DE TRABALHO

Thaís Maira Rodrigues Held

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Docente no Curso de Graduação em Direito e Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar os reflexos do racismo e do patriarcado nas desigualdades das mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro. A pesquisa, que adota o método dedutivo, utiliza-se de dados secundários e os analisa qualitativamente, além da bibliografia especializada, para análise dos marcos regulatórios e das políticas públicas sobre equidade de gênero e raça. Conclui-se que apesar das políticas públicas iniciadas no Brasil, houve descontinuidade em relação à destinação orçamentária e de previsão de continuidade das políticas públicas.

Palavras-chave: mulher negra. mercado de trabalho. equidade.

Submetido em 7 de outubro de 2020. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

Racismo e patriarcado são palavras que descrevem os resultados de um país colonizado. A subjugação de homens e mulheres desde o período colonial não terminou com a Lei Áurea. Por sua vez, a estrutura social também se fundou com o patriarcado, onde as mulheres são estereotipadas em suas funções e identidades. Como consequência, é possível identificar as mazelas do povo brasileiro quando se joga luz a um dos problemas mais difíceis de ser superados: as desigualdades econômicas, sociais e culturais que afeta com maior crueldade as mulheres negras.

O objetivo do presente artigo é trazer reflexões urgentes sobre os reflexos do racismo e o patriarcado para as mulheres negras, tendo como parâmetro as desigualdades no mercado de trabalho. Gênero e raça são balizadores da abordagem que, sem a intenção de aprofundar nas teorias interseccionais, as utiliza como mecanismos de compreensão e metodologias para que se busque a equidade de gênero.

A abordagem dos dados secundários apresentados é qualitativa, com intuito de ilustrar o perfil sociodemográfico das mulheres negras para melhor compreender a importância das discussões sobre racismo e patriarcado. Os procedimentos metodológicos são a literatura especializada sobre o tema, além dos documentos referentes aos marcos normativos, sejam internacionais ou brasileiros, e os pertinentes à adoção (ou a falta) de políticas públicas para implementação da equidade de gênero e raça no mercado de trabalho.

Para tanto, a narrativa se estrutura da seguinte maneira: em um primeiro momento, apresenta-se a discussão do racismo e patriarcado no Brasil, por meio da análise de dados oficiais sobre renda, ocupação e dupla jornada das mulheres negras, buscando compreendê-los com as teorias interseccionais. Em seguida, os marcos regulatórios da equidade de gênero e raça no mercado de trabalho e as ações que o Brasil tem feito ao longo dos anos, incluindo a destinação orçamentária atual, a fim de compreender se é possível haver justiça social para as mulheres negras.

2 O BRASIL (AINDA) É UM PAÍS RACISTA E PATRIARCAL? ANALISANDO O PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL

A pergunta que norteia a presente seção tem uma razão lógica: os mais de trezentos anos de escravidão de corpos de homens e mulheres negras vindos do Atlântico deixam marcas

na estrutura social até os dias atuais. O racismo é uma ferida ainda aberta no Brasil, assim como o sistema patriarcal, que insiste em manter as mulheres em condições desprivilegiadas.

Apesar de os brasileiros não se considerarem racistas, o Brasil se reconheceu como tal, com a adoção, em 2005, do Programa de Combate ao Racismo Institucional – PCRI, em que reconhece o fracasso das instituições no provimento de serviços adequados à população negra (PCRI, 2006, p. 22). Silvio Almeida explica que a estrutura racista – ao que ele denomina de racismo estrutural, permite que práticas racistas se enraízem pelas instituições, que por sua vez “[...] são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos” (2018, p. 32).

O Brasil foi o primeiro país a ser demandado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos por racismo institucional. Em 1997, foi publicado no jornal “A Folha de São Paulo” um anúncio de oferta de emprego doméstico e Gisele Mota da Silva, pretensa empregadora, tinha por preferência pessoa de cor branca. Simone André Diniz, mulher negra, ao ligar para o número indicado, teve a confirmação da exigência e buscou a delegacia de polícia para registrar boletim de ocorrência para apurar violação ao artigo 20 da Lei n. 7.716/89. O inquérito policial foi enviado ao Ministério Público, que pediu pelo arquivamento, sob o fundamento de que: “[...] não se logrou apurar nos autos que Aparecida Gisele tenha praticado qualquer ato que pudesse constituir crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89 [...] e que não havia nos autos qualquer base para o oferecimento da denúncia” (CIDH, 2006).

O caso Simone André Diniz *versus* Brasil foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que considerou o racismo institucional brasileiro não somente neste, mas em tantos outros casos. Segundo o Relatório do caso n. 66/06: “Essa prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação” (CIDH, 2006).

Este caso é importante não só para chamar atenção para o fato de que o Brasil nega o racismo, sobretudo perante a sociedade internacional, mas também para escancarar o racismo estrutural e institucional ao que mulheres negras estão inseridas.

Além do racismo, a herança patriarcal contribui para a estereótipo das mulheres negras. Gonzales (1984, p. 228), chama atenção para a determinação do lugar de trabalho, sempre em postos menos prestigiados e mal remunerados, o que o mito da democracia racial¹ pretende esconder:

¹ Trata-se das discussões a respeito da democracia racial, ideia levada por Gilberto Freyre, com a publicação de

Como todo mito, o da democracia racial oculta algo para além daquilo que mostra. Numa primeira aproximação, constatamos que exerce sua violência simbólica de maneira especial sobre a mulher negra. Pois o outro lado do endeusamento carnavalesco ocorre no cotidiano dessa mulher, no momento em que ela se transfigura na empregada doméstica. É por aí que a culpabilidade engendrada pelo seu endeusamento se exerce com fortes cargas de agressividade. É por aí, também, que se constata que os termos mulata e doméstica são atribuições de um mesmo sujeito.

Ao longo dos anos, várias pesquisas sociodemográficas foram realizadas, confirmando que o racismo e o patriarcado estão impregnados na estrutura social, se enraizando nos lares e instituições e normatizando práticas segregacionistas. Para exemplificar, a em 2011, em *Retratos das Desigualdades de Gênero de Raça*, foi constatado que as mulheres, além do trabalho fora de suas residências, sofrem dupla ou tripla jornada em seus próprios lares:

O conjunto de dados sobre o uso do tempo indica que a atribuição permanente do trabalho doméstico às mulheres, além de reservar a elas o reino da casa, representa uma sobrecarga de trabalho que elas terão de considerar se escolherem, ou necessitarem, trabalhar fora de suas casas. Trata-se, assim, de uma atribuição determinante no destino da vida social de homens e mulheres (IPEA, 2011).

Em relação às desigualdades de gênero e raça, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Pnad Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2018, apurou que 56,10% dos brasileiros se declaram pretos ou pardos. Embora numericamente correspondam à maioria da população, os negros são minoria em postos de trabalho com maior remuneração (IBGE, 2018). O estudo *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*, também identificou que 64,2% dos negros estavam desempregados ou em subemprego (IBGE, 2018).

Apesar de o Brasil ter adotado as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobretudo a de n. 111 sobre a Não-discriminação no Emprego e a 169, que trata também de condições especiais de promoção à igualdade étnico-racial nos ambientes de trabalho, percebe-se que as desigualdades raciais refletem o panorama colonial (HELD; BOTELHO, 2017, p. 14).

A disparidade de ocupação de cargos entre mulheres negras é ainda maior, conforme apurado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA:

Casa-grande & Senzala, ao público internacional, com a pecha de que o Brasil é um país cujos homens são cordiais e as diversidades étnicas convivem em harmonia. Este pensamento é criticado por pensadores, como Abdias Nascimento e Florestan Fernandes, mas também pela escancarada realidade em que vive a população negra.

As mulheres, especialmente as negras, estão mais concentradas no setor de serviços sociais (cerca de 34% da mão de obra feminina), grupo que abarca os serviços de cuidado em sentido amplo (educação, saúde, serviços sociais e domésticos). Já os homens, sobretudo os negros, estão sobrerrepresentados na construção civil (em 2009, este setor empregava cerca de 13% dos homens e menos de 1% das mulheres) (IPEA, 2011, p. 27).

Pinheiro *et al.* (2019, p. 12-13) Chamam atenção para a diferença entre o que se argumenta, ou seja, que as mulheres “podem estar onde quiserem”, e o que realmente ocorre, trazendo dados relevantes sobre o trabalho doméstico realizado por mulheres brancas e negras acima de 16 anos de idade por região do país em 2018. O levantamento apurou que dos 6,2 milhões de desempregados, mais de 3,9 milhões eram mulheres negras e desse total, 63% desempenhavam trabalhos domésticos. O estudo ainda apontou que grande parte destas mulheres sempre aparecia como alternativa ao desemprego e à precariedade do trabalho, sobretudo para quem possui baixo grau de escolaridade.

De modo geral, no país, do percentual de mulheres brancas que estão desempenhando atividades remuneradas, 10% delas exerce atividades domésticas, ao passo que 18,6% das mulheres negra se ocupam nestas atividades. As regiões Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste são as mais desiguais em relação às mulheres negras, conforme Quadro 1:

Quadro 1 – Proporção de trabalhadoras domésticas por raça – Brasil e regiões em 2018

	Brasil	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste
Brancas	10,0%	8,4%	10,5%	10,0%	9,7%	10,5%
Negras	18,6%	14,5%	17,3%	20,5,0%	19,4%	18,8%

Fonte: PNAD Contínua/IBGE; Pinheiro et al, 2019, p. 12

Estes dados também podem ser analisados sob a lente do patriarcado, que pretende perpetuar as mulheres num patamar sempre abaixo dos papéis desempenhados por homens, como adverte hooks (2014): “o poder que os homens usam para dominar as mulheres, não sendo apenas um privilégio das classes altas e médias dos homens brancos, mas um privilégio de todos os homens na sociedade sem olhar a classe ou a raça.” Barroso (2018, p. 448) compreende a relação entre racismo, capitalismo e patriarcado indissociável, vez que o sistema capitalista corresponde ao atual modelo de sociedade, baseada na exploração e opressão.

Também ganha destaque a análise das discussões a respeito da interseccionalidade, cujo termo tem origem nas discussões da afro-americana Kimberlé Crenshaw, em 1989 e se

desenvolveu ao longo dos anos, como uma metodologia para compreender a multiplicidade dos sistemas de opressão sobre a mulher negra. O termo foi criticado em 2006 por Danièle Kergoat (2010, p. 98), que advertiu que os pontos de interseccionalidade são dinâmicos e “estão em perpétua evolução e renegociação”, o que para a autora ganharia o nome de “consubstancialidade”. Hirata (2014, p. 65-66) ainda adverte que a interseccionalidade tornam os holofotes voltados à dimensão gênero-raça e deixa de lado a classe social, mas reconhece que “a interseccionalidade é vista como uma das formas de combater as opressões múltiplas e imbricadas, e portanto como um instrumento de luta política” (HIRATA, 2014, p. 69).

No Brasil, as pautas envolvendo interseccionalidade, de modo geral, buscam compreender as vulnerabilidades de raça, gênero e classe social, não contempladas pelas teorias do feminismo branco. Nesse aspecto, Sueli Carneiro (2003, p. 2) afirma que o feminismo negro “[...] construído no contexto de sociedades multirraciais, pluriculturais e racistas tem como principal eixo articulador o racismo e seu impacto sobre as relações de gênero, uma vez que ele determina a própria hierarquia de gênero em nossas sociedades.”

Para Carla Akotirene:

Na diáspora africana, nós, ialodês, desenvolvemos condutas molhadas e enfrentamos o padrão colonial dando movimento à força da maré, igual Marielle Franco, morta numa quarta-feira, dia de domínio de Xangô ancestral da justiça, e de Oyá, energia guerreira que luta sem o medo da morte, e que está viva no rio Níger por nove vezes. [...] interseccionalidade é a autoridade intelectual de todas as mulheres que um dia foram interrompidas. A interseccionalidade é sofisticada fonte de água metodológica proposta por uma intelectual negra, por isto é tão difícil engolir os seus fluxos feitos mundo afora. (p. 64-65)

Nesse sentido, a interseccionalidade ajuda a compreender as distintas realidades das mulheres negras e a partir disso, promover espaços de esclarecimento e resistência à sociedade racista e patriarcal. Com o intuito de quebrar paradigmas, as discussões sobre interseccionalidade, em seu aspecto político, busca trazer aos palcos mais Marielles, mas também auxiliar as mulheres sem vez e voz, para que cada a cada levantamento sociodemográfico, as mulheres negras figurem menos nas atividades precarizadas e estereotipadas, como o labor doméstico.

3 A SEGUNDA ABOLIÇÃO: É POSSÍVEL HAVER EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO?

“As camélias da segunda abolição. Cadê elas?” A indagação faz parte da canção “As Camélias do Quilombo do Leblon”, composta por Gilberto Gil e Caetano Veloso, lançada em 2015

e remonta o período final da escravização formal no Brasil, em que os movimentos abolicionistas, liderado por tantos e tantas negras, acabou sendo conhecido como proposto pela Princesa Isabel. As camélias enfeitavam o Palácio das Laranjeiras. Plantadas e colhidas no Quilombo do Jabaquara, um dos palcos de refúgio e ideais abolicionistas.

As camélias significam muito mais que o período abolicionista, que neste trabalho o chamamos de primeira abolição, pela Lei Áurea, em 1888; é preciso compreender que a abolição foi apenas no campo formal, uma vez que não houve emancipação da população negra. Pelo contrário, o processo de marginalização de homens e mulheres e a perpetuação de trabalhos precários, sobretudo nos ambientes rurais e domésticos determinam a atual situação da maioria da população brasileira.

Como dito, a democracia racial só existiu no campo do imaginário social estrangeiro, forjada por Gilberto Freyre. A apuração dos dados e noticiários de marginalização e violência contra as mulheres negras denuncia o país violento, racista e patriarcal. Todavia, o leitor, ao se deparar com o presente artigo, busca soluções ou possíveis caminhos para que a segunda abolição possa acontecer. Esta, que só ocorrerá com equidade de gênero e raça em todos os setores sociais, sobretudo nos ambientes de trabalho, está trilhando um caminho a passos muito lentos, porém melhores que os do passado.

Para tanto, é necessário abordar, ainda que brevemente, o que a sociedade internacional tem feito em relação ao estabelecimento dos marcos regulatórios para a equidade de gênero e raça mundo afora, incluindo o Brasil, que é conhecido por sua atuação protagonista em diversos tratados internacionais da Organização das Nações Unidas – ONU - desde que estes não possuam cláusulas de implementação imediata ou sistema de denúncia de violação de direitos humanos, assim como as políticas públicas adotadas no país.

A década de noventa significou um divisor de águas no surgimento de marcadores normativos em relação às discussões sobre as desigualdades de gênero e raça na agenda dos países, período de redemocratização, sobretudo nos países da América Latina em que as discussões sobre direitos humanos ganham espaço. Na seara da ONU, o marcador mais importante é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como Convenção da Mulher ou CEDAW (sigla em inglês) de 1979, internalizada no Brasil pelo Decreto Nº 4.377/2002.

Sua importância se dá pelo fato de que esta Convenção prevê que os Estados-partes adotem medidas eficazes para a promoção de igualdade de condições entre homens e mulheres em todas as esferas da vida, pública e privada. Vale chamar atenção para seu artigo 10, em que

atribui aos Estados-partes a eliminação da discriminação na educação, no trabalho, na saúde e cultura, além da vida social e econômica e estabelece o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Comitê CEDAW, com a finalidade de monitorar as ações descritas na Convenção, entre elas, a análise de relatórios periódicos sobre sua implementação, recomendações gerais com vistas à interpretação de dispositivos da Convenção e a análise das denúncias de descumprimento por parte dos Estados-partes. Vale lembrar que o Comitê foi adotado pelo Protocolo Facultativo da CEDAW e foi ratificado pelo Brasil em 2002.

Ao longo dos anos, vários relatórios foram apresentados pelo Brasil ao Comitê, que por apresentou recomendações ao país. Santos e Pereira (2017, p. 179), ao analisarem as recomendações entre 2003 a 2012, especialmente em relação a três relatórios apresentados, e concluíram que o país apresenta uma oscilação entre avanços e retrocessos em se tratando de adoção e implementação de políticas públicas. Além disso, chamam atenção para o tema emprego/trabalho, que foi abordado pelo Comitê no primeiro relatório, que observou:

segregação profissional baseada em estereótipos de gênero, de raça e de etnia, além de problemas relacionados às diferenças salariais entre homens e mulheres. [...] o Comitê revela preocupação com a situação das mulheres trabalhadoras domésticas, sobretudo as de ascendência africana, que se encontram excluídas da proteção dos direitos trabalhistas e são vulneráveis à exploração e ao abuso sexual (2017, p. 167).

Em âmbito regional, o Brasil sediou em 1994 a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará, promulgada dois anos depois pelo Decreto n. 1.973/1996. A Convenção torna claro no artigo 9º a necessária adoção de medidas para mitigar a violência contra a mulher, potencializada por suas especificidades de raça, origem étnica e pobreza, por exemplo.

Em relação à equidade de gênero e raça no mercado de trabalho, o evento mais importante foi a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, conhecida como Conferência de Beijing, em 1995. O evento intitulado “Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, de cujo documento é a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência, tendo o Brasil um de seus signatários, tem como objetivo primordial discutir a situação de pobreza das mulheres e as desigualdades de acesso em todos os campos da vida pública e privada. O documento é claro ao compreender feminização da pobreza:

Os lares mantidos por mulheres estão com muita frequência entre os mais pobres, devido, entre outras coisas, à discriminação em matéria de salários, aos padrões de segregação ocupacional no mercado de trabalho e às outras barreiras baseadas no gênero.

Propõe o documento que os Estados-partes adotem medidas para que as mulheres tenham acesso à formação profissional, à ciência e tecnologia, assim como a educação permanente, a fim de melhorar suas oportunidades de trabalho. A palavra “trabalho” aparece como tema central em toda a Plataforma de Ação, reconhecendo a realidade das mulheres e traçando metas e medidas para que os países possam mudar a realidade da feminização da pobreza.

No Brasil, o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça, criado em 2005 pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, vinculada ao Ministério das Mulheres, Igualdade e Direitos Humanos em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR e da ONU Mulheres, e tem como objetivos a adoção de mecanismos de combate às práticas de desigualdade e discriminação de gênero e raça, além de práticas de capacitação às mulheres negras. Ao longo dos anos, instituições como a Embrapa, Ipea e a Fiocruz aderiram ao Programa, assim como o Senado Federal. Ao aderir ao Programa, as instituições e empresas firmam o compromisso de promover a equidade de gênero e raça nas relações de trabalho, e como resultado, são reconhecidas pelo Selo Pró-Equidade.

Outra política pública em relação à equidade de gênero e raça no ambiente de trabalho é o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, criado em 2003, fruto da construção conjunta da sociedade civil, movimentos de mulheres urbanas e rurais, além de organismos estaduais e municipais de políticas para as mulheres, levando em conta reivindicações, como construção de creches e a necessária transversalidade na adoção de políticas públicas. O documento é claro ao dispor que “[...] as práticas patriarcais seculares enraizadas nas relações sociais e nas diversas institucionalidades do Estado devem ser combatidas no cotidiano de maneira permanente” (PNPM, 2013, p. 10).

A fim de monitorar as atividades do PNPM, foi instituído o Comitê de Articulação e Monitoramento do PNPM, composto por órgãos governamentais, além de integrantes da ONU Mulheres, OIT e organismos de políticas públicas em âmbitos dos entes da federação e municípios, em constante diálogo com governos e sociedade civil.

Um dos pilares fundamentais do PNPM é a igualdade e autonomia econômica das mulheres no mercado de trabalho, com alguns avanços, mas com objetivos a serem alcançados. Segundo o PNPM apresentado em 2013:

Em 2011, vimos a terceira maior taxa de geração de empregos formais desde 1985, e com ela, o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho formal. No

entanto, ainda há um quadro de desigualdade entre mulheres e homens para o qual a 3ª CNPM e este plano dedicam suas resoluções e ações: sete em cada 10 homens na população economicamente ativa trabalham ou procuram emprego, e menos de cinco em cada 10 mulheres estão na mesma situação. A diferença de rendimento é marcante: as mulheres recebem 73,8% dos rendimentos dos homens.

O PNPM também apresenta objetivos mais claros em relação à equidade de gênero e raça: ao traçar estratégias de formação para o mercado de trabalho, de modo a reduzir a discriminação de mulheres negras, atribuiu competência ao Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, à Secretaria de Políticas para as Mulheres - SPM e a SEPPPIR, tendo como parceiros o Ministério da Educação, o Ministério da Justiça e a Secretaria de Direitos Humanos – SDH, definindo metas ou iniciativas para estes órgãos (PNPM, 2013, p. 18).

Apesar da PNPM ser uma prática eficaz, do ponto de vista de objetivos e estratégias claras para a equidade de gênero e raça no mercado de trabalho, os documentos disponíveis no próprio endereço eletrônico do governo federal sobre os relatórios demonstram que o plano teve implementação até o ano de 2015.

Para tratar da implementação das políticas públicas em âmbito dos governos federal, entes federativos e municípios, é importante destacar a imprescindível previsão e implementação orçamentária, sem as quais os direitos e deveres permanecem no plano das intenções. O orçamento tem como finalidade precípua o controle social dos gastos públicos e para Cavalcante e Cabral (2014, p. 6), “é preciso que o controle da sociedade atue com lentes de aumento para checar as contas públicas.”

Salvador e Yannoulas (2013) em levantamento sobre as políticas públicas com recorte de raça e gênero, apuraram que entre os anos 2008 e 2011, apesar de constar no Plano Plurianual – PPA¹ mais de trezentos programas com dotação orçamentária, apenas 25 possui ações efetivas em relação aos recortes de raça e gênero:

Os programas que têm como prioridades ou em seu público a mulher negra ou as políticas para a promoção da igualdade e proteção de grupos raciais e étnicos são destacadamente sete: cultura afro resolutiva e da humanização na atenção à saúde, Brasil Quilombola, identidade e diversidade cultural (Brasil Plural), educação para a diversidade e cidadania e promoção de políticas afirmativas para a igualdade de responsabilidade da Seppir, destaca Comitê Técnico para subsidiar o avanço da equidade na Atenção à Saúde da População Negra visando promover a articulação das instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS)

Vale ressaltar que estes planos de ação devem estar coordenados entre governo federal e entes federativos. Pereira *et al.*, ao analisarem a aplicação do Plano Nacional de Políticas para

¹ O Plano Plurianual – PPA se refere à destinação orçamentária do governo federal, por meio de uma lei, elaborada a cada quatro anos e estabelece a distribuição de recursos para políticas públicas.

as Mulheres em Mato Grosso, estado “[...] com maior contingente de população afrodescendente, especialmente de mulheres (2010, p. 428)”. O Plano Plurianual de Mato Grosso (2004-2007), em seus aspectos metodológicos, foi avaliado pelos autores em relação ao desenvolvimento humano e a transversalidade de gênero e raça, que concluíram que há um verdadeiro abismo entre o que se propõe e o que se realiza, uma vez que dos projetos apresentados no plano, apenas 35% dos recursos foram alocado para a redução das desigualdades de gênero e raça, sendo que os demais percentuais foram alocados em políticas gerais sobre desenvolvimento:

Esse modelo em realidades marcadas por fortes desigualdades, como a de Mato Grosso, tende a aprofundar o abismo social, político e econômico que separa os homens das mulheres, posto que os coletivos com maior capital econômico e cultural apropriam-se dessas oportunidades, mantendo os menos favorecidos em posição relativa pior; é o fenômeno de clausura social (PEREIRA *et al.*, 2010, p. 441).

Os dados mais recentes demonstram que cada vez menos o governo federal tem aplicado orçamento para políticas públicas com vistas à equidade de gênero e raça. Vale destacar a Lei n. 13.249/2015, que traça o PPA dos anos 2016 a 2019. Nela, é possível observar que, em relação à igualdade de gênero e raça, há programas relacionados à autonomia econômica, social e sexual das mulheres, considerando suas diversidades e especificidades; o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres; também os que pretendem destinar verbas para o fortalecimento do diálogo com a sociedade civil e os movimentos sociais, especialmente de mulheres do campo, de comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas, além dos relativos ao combate à violência.

Conforme estudo “Execução Orçamentária de Ações de Combate à Violência contra as Mulheres”, realizado pela consultoria legislativa da Câmara dos Deputados, em 2020, de um total de R\$126,4 milhões de reais, apenas R\$5,6 milhões foram efetivamente utilizados. A inutilização destas verbas traz consequências drásticas para as mulheres, sobretudo na pandemia, como o aumento da violência e pobreza, em que as mais atingidas são as negras.

Mais grave ainda é o atual PPA, aprovado pela Lei n. 13.971/2019, que trata do orçamento para os anos 2020 a 2023. Nele, não há nenhum programa específico para as mulheres, apenas a menção ao Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, sem, no entanto, deixar clara qualquer destinação orçamentária, significando dizer que o plano nacional não foi contemplado pelo vigente PPA (RODRIGUES, 2020, p. 14).

Deve-se ressaltar que em 2015 o Brasil assumiu o compromisso de cumprir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS na Agenda 2030, com o fito de erradicar a pobreza, promover o bem-estar, a qualidade de vida e do meio ambiente, sobretudo o ODS 5 – Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. O Brasil assumiu como meta:

Eliminar todas as formas de discriminação de gênero, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as meninas e mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas (IPEA, 2019).

Não é demais reforçar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, III, tem como objetivo fundamental do país a erradicação da pobreza e a marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais, não sendo uma opção, mas sim dever de o Estado adotar medidas de equidade de gênero e raça no mercado de trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho, apresentar dados e reflexões sobre a realidade das mulheres negras no desigual mercado de trabalho. A feminização da pobreza, termo utilizado no Plano de Ação da Conferência de Beijing, é realidade que gradativamente pode ser mitigada e, numa ótica bastante otimista, erradicada. Sociedade internacional e governo brasileiro reconheceram desde a década de 1990 as desigualdades econômicas, sociais e culturais e as barreiras enfrentadas pelas mulheres negras.

Entre o reconhecimento destas diferenças e a adoção de medidas eficazes à equidade de raça e gênero há um abismo, que se potencializa com a descontinuidade de programas sociais já iniciados, seja pela extinção de projetos e órgãos, como o Ministério das Mulheres, Igualdade e Direitos Humanos, ou pela desidratação dos recursos públicos, como o que se observa pelos últimos Planos Plurianuais, sobretudo o vigente, que sequer prevê destinação orçamentária para o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.

Nesse sentido, em que pesem os poucos avanços das políticas públicas voltadas para as mulheres negras, e até mesmo os retrocessos, cabe retomar “As Camélias do Quilombo do Leblon”. Para os compositores, “As camélias da segunda abolição virão”. Para a autora, deve-se sempre olhar o tema com a perspectiva de avanços, apesar de alguns retrocessos ou desidratações orçamentárias de políticas públicas para o enfrentamento das desigualdades sociais. O olhar ao futuro, buscando como norte os balizadores internacionais e brasileiros sobre o que deve ser feito, tornarão a luta das mulheres negras por justiça social mais forte.

REFERÊNCIAS



AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BARROSO, Milena Fernandes. Notas para o debate das relações de exploração-opressão na sociedade patriarcal-racista-capitalista. **Ser. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 446-462, set./dez. 2018. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0446.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2020.

BERTOLLO, Sandra Helena Joris; SCHWENGBER, Maria Simone Vione. III Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres: percurso de uma pré-política de esporte e lazer. **Movimento**, Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 783-796, abr./jun. 2017.

BRASIL. **Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, 1 ago. 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 21 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 13 set. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 21 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016**. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Brasília, 13 jan. 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Lei/L13249.htm>. Acesso em 21 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque Cabral. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. **RDIET**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-18, jan./jun., 2014.

COMBATE AO RACISMO ESTRUTURAL. Articulação para o Combate ao Racismo Institucional. **Identificação e abordagem do racismo institucional**. Brasília: CRI, 2006.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**, Anpocs, 1984, p. 223-244.

HELD, Thaisa Maira Rodrigues; BOTELHO, Tiago Resende. A proteção da igualdade étnico-racial no ambiente laboral. **Arquivo Jurídico**, Teresina-PI, v. 3, n. 2, p. 1-22.

- HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, v. 26, n. 1, jun. 2014, p. 61-73. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/ts/v26n1/05.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2020.
- HOOKS, Bell. **Ain't I a Woman: Black Women and feminism**. Tradução livre para a plataforma Gueto. 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Quantidade de homens e mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>> Acesso em 21 ago. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mulheres dedicam muito mais tempo ao trabalho doméstico, mas a diferença cai**. 29 nov. 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34450>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4 ed. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 5. Igualdade de Gênero. 2019. Disponível em: < <https://www.ipea.gov.br/ods/ods5.html>>. Acesso em 21 ago. 2020.
- KERGOAT, Danièle. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. **Novos Estudos Cebrap**, n. 86, p. 93-103.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – MULHERES. PARLAMENTO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO. **Marco Normativo para Consolidar a Democracia Paritária**, 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 18 de setembro de 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plataforma Agenda 2030. Acelerando as Transformações para a Agenda 2030 no Brasil**. 2019. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/>>. Acesso em 20 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, 06 de junho de 2013. Disponível em:

<https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 3 ago. de 2019.

PEREIRA, Rosângela Saldanha; RAMBLA, Xavier; SILVA, Kamila Paceliuka; CIRIACO, Cássia Daiane. Transversalidade de gênero e políticas sociais no orçamento do estado de Mato Grosso. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 18, n. 2, maio-ago./2010, p. 425-450. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v18n2/O8.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2020.

PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. **Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI**: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. Texto para Discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf>. Acesso em 19 ago. 2020.

PROGRAMA PRÓ-EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA. **Rompendo fronteiras no mundo do trabalho**. Brasília: SPM – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2016. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/proequidade_para_site.pdf>. Acesso em 19 ago. 2020.

RODRIGUES, Júlia Marinho. Estudo Técnico n. 16/2020. **Execução Orçamentária de Ações de Combate à Violência contra as Mulheres**. Área Temática CVI – Direitos Humanos, Mulher e Família. Brasília, jun./2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2020/ET16_Violencia_MUlher.pdf>. Acesso em 20 ago. 2020.

SALVADOR, Evilasio Silva; YANNOULAS, Silvia Cristina. Orçamento e financiamento de políticas públicas: questões de gênero e raça. **Revista Feminismos**, v. 1, n. 2, maio/ago. 2013.

SANTOS, Claudia; Pereira, Alexsandro Eugenio. Direitos humanos das mulheres: uma análise sobre as recomendações do Comitê CEDAW/ONU ao Estado Brasileiro. **Monções**, Dourados, v. 6, n. 11, jan./jun. 2017, p.152-182.



PACHUKANIS E A TEORIA MARXISTA DO DIREITO

REFLEXÕES SOBRE A FORMA JURÍDICA E O ESTADO CAPITALISTA

Matheus Silveira de Souza

Mestre em Direito do Estado pela USP. Professor Universitário.

Resumo: O artigo aborda a teoria marxista do direito de Pachukanis, destacando a especificidade da forma jurídica e estatal no capitalismo. O método utilizado por Pachukanis – materialismo histórico-dialético - parte da análise do concreto como passo precedente à construção de categorias abstratas, bem como busca a compreensão de categorias mais simples para a análise de categorias mais complexas. Desse modo, o início da análise não deve ser o Estado, a norma jurídica ou as instituições, mas sim a relação jurídica e o sujeito de direito. Discute-se a possibilidade de reprodução do capital a partir da criação de formas jurídicas e de relações de equivalência entre sujeitos de direito. A separação entre o político e o econômico, no capitalismo, permite uma exploração indireta entre opressor e oprimido, mediada pelo Estado e pelo direito. Assim, se no feudalismo e no escravismo o trabalhador era assujeitado pelo senhor feudal e o senhor de engenho, por meio de uma submissão imediata, no capitalismo o trabalhador é sujeito de direito, ou seja, assujeitado pelo direito mediante uma exploração mediada pelo Estado. A pesquisa tem como objetivo delimitar a especificidade da forma jurídica no Estado capitalista a partir da obra Teoria geral do direito e marxismo, de Pachukanis, utilizando-se, para tanto, da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: forma jurídica; sujeito de direito; Pachukanis; Estado capitalista.

Submetido em 16 de dezembro de 2020. Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

O Estado tal qual conhecemos hoje não é intrínseco a todas as sociedades, mas pelo contrário, é fruto de uma realidade histórica e material específica, responsável por engendrar suas bases e seus fundamentos. Dessa forma, o que denominamos como Estado Moderno é fruto de revoluções burguesas ocorridas no século XVII na Inglaterra e no século XVIII na França e nos Estados Unidos. O mesmo pode ser dito em relação ao direito, considerando que a forma jurídica só estava presente de modo embrionário em outros períodos históricos, tendo atingido o seu ápice apenas com o desenvolvimento do modo de produção capitalista.

A afirmação acima nos revela que o direito não pode ser enxergado como fenômeno uniforme presente de maneira constante na sociedade, independentemente das alterações ocorridas nos modos de organização social e econômica. Em outro sentido, é necessário rompermos com a posição teórica que defende uma separação entre mundo normativo e mundo social – ser e dever ser – conferindo ao segundo uma posição quase que de independência em relação às dinâmicas sociais. Também não é possível vincular-se à concepção economicista, que coloca todas e quaisquer determinações no campo econômico e considera o direito apenas como superestrutura jurídica, ou seja, como reflexo direto da infraestrutura (base), de tal maneira que não restaria nenhuma especificidade ou determinação social pertencente ao campo jurídico.

A principal obra de Pachukanis, *Teoria geral do direito e marxismo*, apresenta uma teoria marxista do direito que radicalizou as concepções teóricas referentes à relação entre capitalismo e direito, tecendo considerações não apenas sobre o conteúdo, mas também sobre a forma na qual o direito se apresenta na sociedade capitalista. Dessa maneira, o autor soviético rompe não apenas com a concepção juspositivista tradicional, mas também com teorias marxistas produzidas à época sobre o direito.

A partir desse pano de fundo, o artigo aborda a teoria marxista do direito de Pachukanis, focando em pontos fundamentais da obra do autor, tais como forma jurídica e sujeito de direito. Para tanto, discorreremos em um primeiro momento sobre o método utilizado por Pachukanis – materialismo histórico-dialético - para a construção de sua teoria. Posteriormente abordamos, brevemente, as especificidades do Estado no modo de produção capitalista, bem como analisamos o conceito de forma jurídica a partir de categorias fundamentais, como sujeito de direito, relação jurídica, liberdade contratual e igualdade jurídica.

Essa análise é feita em constante diálogo com a obra de maturidade de Marx, *O capital*, considerando pontos de conexão existentes entre os dois autores. Assim, além de relacionar as

premissas metodológicas presentes em ambos, também realizamos uma aproximação entre categorias que permitem uma maior compreensão do modo de produção capitalista, tais como forma mercadoria e forma jurídica.

1 A ANÁLISE DO DIREITO A PARTIR DO MATERIALISMO HISTÓRICO-DIALÉTICO: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES METODOLÓGICAS

No capítulo intitulado “método de construção do concreto nas ciências abstratas”, Pachukanis (2017, p. 81) observa que embora toda ciência parta de uma mesma realidade total e concreta para construir suas observações, um mesmo acontecimento pode desencadear diferentes análises a depender da lente científica utilizada para observá-lo. Dessa forma, um único fato, “o arrendamento da terra”, pode servir para a construção de investigações tanto político-econômicas quanto jurídicas, de modo que o autor afirma que a diferença entre as ciências se encontra, em boa parte, nos diferentes métodos de aproximação da realidade (2017).

Nesse sentido, as diferentes ciências decompõem seus objetos de pesquisa em elementos mais simples no anseio de reproduzir a realidade que observam. Como assinala Pachukanis, “a psicologia pretende decompor a consciência em elementos mais simples. A química pretende realizar essa mesma tarefa com relação à matéria.” (2017, p. 81). Entretanto, quando não conseguimos realizar essa decomposição para chegar em uma unidade simplificada, utilizamos o auxílio da abstração. Tal qual Marx havia assinalado no prefácio da primeira edição de *O capital*, as formas econômicas não podem ser visualizadas por microscópio nem identificadas com auxílio de reagentes químicos, de modo que se torna necessário utilizarmos da força da abstração para compreendê-las (MARX, 2017). O mesmo poderia ser dito, aqui, sobre a análise das formas jurídicas.

Desse modo, apenas se partirmos de elementos mais simples é que conseguimos reconstituir a totalidade concreta da qual ele faz parte, reconstituição essa que já não trará uma visão de um todo difuso e caótico, mas sim de uma unidade rica de determinações e relações de dependência interna, pois embora isolemos o objeto de pesquisa para estudá-lo, esse é constituído e também constitui uma realidade total e concreta. Ainda assim, deve-se considerar o maior grau de dificuldade dessa tarefa, considerando que “é mais fácil estudar o corpo desenvolvido do que a célula que o compõe.” (MARX, 2017, p. 97).

Como podemos observar, Pachukanis constrói a sua teoria utilizando-se do método de Marx – materialismo histórico-dialético – de modo que identifica a especificidade jurídica e estatal no sistema capitalista a partir das premissas metodológicas desenvolvidas por Marx em *O capital*.

Seguindo esse raciocínio podemos nos perguntar: qual é o ponto de partida que devemos tomar para analisar o direito ou o Estado, de acordo com Pachukanis? Para explicar de onde devemos iniciar nossa construção analítica, o autor soviético parte de Marx e da crítica que esse faz à economia política. Em vista da necessidade de partir da categoria de análise mais simples para, paulatinamente, reconstruir a totalidade concreta, o economista não deve iniciar sua análise pela “população em concreto que vive e produz em condições geográficas determinadas”, pois a população é apenas uma abstração vazia se a considerarmos fora das classes sociais que a compõe (PACHUKANIS, 2017, p. 82). As próprias classes sociais nada são se isoladas das condições que as fazem existir, como o salário, a renda, o lucro, e essas últimas, por sua vez, só podem ser compreendidas a partir de categorias mais simples, como o preço e, finalmente, a mercadoria (PACHUKANIS, 2017). Foi esse o caminho que Marx trilhou em *O capital*, partindo da categoria de análise mais simples – a mercadoria – para reconstituir, gradualmente, a realidade concreta, inserindo paulatinamente outras categorias como o lucro, a renda, o trabalho, a mais valia, etc. Assim, a mercadoria seria o átomo do capitalismo.

Essas mesmas premissas metodológicas são utilizadas por Pachukanis para a construção de uma análise marxista do direito, tendo em vista que a análise da população, do Estado e do ordenamento jurídico devem ser o ponto de chegada, e não o ponto de partida da análise jurídica (2017). Considerando que a Teoria do Estado parte, geralmente, pela análise de três elementos centrais que constituem o Estado, a saber, soberania, território e povo, podemos utilizar esse último elemento com o objetivo de aplicar o pensamento pachukaniano. O povo de um Estado torna-se uma noção vaga se não considerarmos as diferentes classes sociais que constituem esse povo. A própria análise das classes sociais constituinte do povo pode ser imprecisa se não considerarmos as determinações sociais dessas classes, como trabalho assalariado, renda, lucro, mais-valia, entre outros.

Entretanto, para inserir a especificidade jurídica da análise, destacamos que esse povo, constituído por diferentes classes sociais, possui determinações jurídicas que conformam seu modo de existência e que permitem a venda de sua força de trabalho, como o contrato de compra e venda, a autonomia da vontade, a igualdade formal. Essas categorias, entretanto, são derivadas de uma categoria que, para Pachukanis seria o ponto de partida da análise marxista do direito,

qual seja, a categorização de cada indivíduo como sujeito de direito, lastreado por uma subjetividade jurídica.

Devemos apontar a necessidade de inserir não apenas categorias de análise abstratas mais simples – classes sociais, relação jurídica, sujeito de direito – para compreender categorias mais complexas como povo, mas também de inserir a materialidade histórica do Estado ao qual nos referimos, considerando os traços característicos de sua formação real – colonizado ou colonizador, economia central ou economia periférica, nível de estratificação social -. Só assim a análise histórica dialética poderá ser adjetivada como materialista. Desse modo, é possível enxergar o direito a partir de suas especificidades históricas e compreender a forma jurídica, tal qual se apresenta, é uma especificidade da sociedade capitalista e não existia em modos de produção anteriores. Isso porque, ainda que nos utilizemos da abstração, como passo posterior à análise do concreto, Pachukanis já havia alertado para o fato de que o direito não existe apenas na cabeça e nas teorias dos pesquisadores, mas em outro sentido, possui, paralelamente, uma história real, que se desenvolve não como um sistema de ideias, mas como um sistema específico de relações (PACHUKANIS, 2017).

Com base nessas considerações, não é possível cair na armadilha dos juristas que enxergam a norma como ente abstrato totalmente desvinculado da realidade social, sendo possível, para esses, aplicá-la para diferentes modos de sociabilidade existentes durante a história humana, como se a norma permanecesse alheia a todas as transformações no âmbito da sociedade. Esse pensamento pode ser encontrado em Kelsen, a partir da separação entre o ser e o dever ser, o primeiro enquanto realidade e o segundo enquanto mundo normativo, o “ser” como passível de transformação e o “dever ser” deslocado e alheio às alterações que ocorrem no mundo social do “ser” (KASHIURA JR, 2011).

Todavia, se Pachukanis desvela que a forma jurídica advém das relações de produção da sociedade, e seu átomo de análise seria a categoria sujeito de direito – e não norma jurídica – logo podemos afirmar que essa categoria se encontra no mundo do ser, das relações sociais, em vista da determinação das relações de trocas de mercadorias sobre a forma jurídica.

É importante sublinhar a dialética existente entre forma e conteúdo do direito, pois ambos se determinam reciprocamente e, para além disso, “um certo conteúdo só se expressa socialmente em dado contexto através de certa forma e certa forma expressa socialmente limites dados de conteúdo” (KASHIURA JR, 2011, pag. 15).

Nesse sentido, Pachukanis não se limita apenas à análise do conteúdo jurídico, mas dá um passo além, ao focar na análise da forma jurídica. Ao contrário do que acreditam os juristas

não críticos, o movimento da história não impõe transformações apenas ao conteúdo, mas também à forma do direito. Para o próprio Pachukanis: “a evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da forma jurídica enquanto tal.” (2017).

2 ESTADO, FORMA JURÍDICA E SOCIABILIDADE CAPITALISTA

Considerando a imbricação existente entre Estado e direito, ou mais pontualmente, entre forma jurídica e forma estatal, é necessário fazermos algumas considerações sobre a especificidade do Estado na sociedade capitalista. Assim, a partir de uma crítica ao pensamento de Kelsen, que considerava Estado e direito como equivalentes, de modo que direito é Estado e a sua recíproca também seria verdadeira, Pachukanis tece algumas considerações sobre o Estado em sua teoria marxista do direito.

Ao analisar a forma como o Estado se apresenta na sociedade capitalista, Pachukanis lança uma questão fundamental sobre a relação existente entre as classes sociais e o Estado capitalista, questão essa que se tornou clássica no campo marxista, replicada por diversos autores, como Hirsch (2017) e Jossep (2009):

por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, por que é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público impessoal, deslocado da sociedade? (PACHUKANIS, 2017, p. 143)

Essa pergunta remete à estrutura do próprio capitalismo e à forma política estatal que pode ser derivada dessa estrutura. Ao contrário do que ocorria nos modos de sociabilidade feudal e escravocrata, o capitalismo é estruturado a partir de uma separação entre a economia e a política, de modo que as pessoas que exercem o domínio econômico não são necessariamente as mesmas que exercem o domínio político. Essa cisão é uma característica estrutural do capitalismo, da qual Pachukanis partirá para explicar as implicações que essa separação causa nas relações de produção e na relação entre as diferentes classes sociais.

Para a melhor compreensão dessa diferença estrutural, é necessário fazermos uma breve digressão histórica. Nas sociedades pré-capitalistas – feudal ou escravocrata – os exploradores

exerciam uma relação de dominação direta sobre os dominados, de modo que o senhor feudal controlava diretamente os vassallos, a partir de uma coação física, assim como o senhor de engenho controlava os escravos através da violência física.

No capitalismo, entretanto, essa cisão entre a esfera política e a econômica faz com que a exploração dos burgueses sobre os proletários não ocorra de forma imediata, mas de forma mediata, a partir da intermediação do Estado. Dessa forma, o Estado aparece como terceiro na relação entre capital e trabalho, pois se apresenta separado de todas as classes sociais, um “poder público impessoal”, embora seja uma peça fundamental e necessária à exploração da força de trabalho. Em outras palavras, nas sociedades capitalistas, a classe dominante não exerce uma dominação imediata em relação à classe dominada, mas a faz a partir da mediação do Estado e de suas formas jurídicas. Nas palavras de Pachukanis:

o servo está em uma situação de completa subordinação ao senhor justamente porque essa relação de exploração não exige uma formulação jurídica particular. O trabalhador assalariado surge no mercado como um livre vendedor de sua força de trabalho porque a relação capitalista de exploração é mediada pela forma jurídica do contrato (2017, p. 118).

Desse modo, o Estado, a partir da produção das formas jurídicas, como sujeito de direito, garante um verniz de legitimidade ao próprio processo de exploração. No capitalismo, a categoria de análise mais simples – o seu átomo – é a mercadoria, que permite a derivação da forma-valor. A forma-valor permite que mercadorias que possuem diferentes tipos de trabalho abstrato acumulado sejam trocadas umas pelas outras, a partir de uma universalização dessa forma social (HIRSCH, 2017). Essas trocas são mediadas, ao fim, pela forma dinheiro. Entretanto, a principal mercadoria no capitalismo é a força de trabalho, necessária para a produção e reprodução de outras mercadorias. Esse trabalho, por sua vez, toma a forma de trabalho assalariado no capitalismo.

Para que esse processo ocorra, diferenciando-se das relações feudais e escravistas anteriores, é necessário que o proletário venda sua força de trabalho apenas por um determinado período de tempo, pois segundo Marx “se ele a vende inteiramente, de uma vez por todas, vende a si mesmo, transforma-se de um homem livre num escravo” (2017, p. 156). Assim, o trabalhador deve vender sua força de trabalho apenas transitoriamente, por um período limitado, sem renunciar a seu direito de propriedade sobre ela no momento que a vende (MARX, 2017).

Pachukanis parte dessas afirmações feitas por Marx em *O capital* e, em alguma medida, as aprofunda, ao apontar que o trabalhador só poderá vender sua força de trabalho no capitalismo

por intermédio de formas jurídicas e pela inserção da ideia de subjetividade jurídica, consubstanciada na noção de sujeito de direito.

A forma jurídica, entretanto, não é um conceito puramente abstrato, deslocado do seu contexto histórico e material, mas deve ser visto a partir de suas determinações de base material. Assim, o direito e o Estado, tal qual se apresentam atualmente, são frutos do modo de produção capitalistas, de tal modo que a forma jurídica atual – como já apontado - não era encontrada em modos de produção anteriores. Todavia, Pachukanis não se limita a analisar o conteúdo do direito, a partir das determinações jurídicas permeadas pela luta de classes, mas vai além, investigando a forma jurídica e suas implicações para o processo de reprodução da estrutura capitalista (KASHIURA JR, 2011). Vale apontar que, de acordo com Pachukanis, a forma jurídica atinge seu ápice de desenvolvimento apenas na sociabilidade capitalista, pois a relação existente entre relações de troca e forma jurídica desvela que essa estava presente apenas de forma embrionário em modos de produção anteriores.

Stutcka, jurista soviético contemporâneo à Pachukanis, analisou o conteúdo do direito a partir da análise da luta de classes enquanto ação constitutiva deste. Assim, o direito poderia eventualmente ser um “direito socialista”, a depender da organização dos proletários na luta de classes. Em sentido contrário, Pachukanis dá maior atenção não ao conteúdo, mas sim à forma do direito, afirmando que esse é parte necessária do capitalismo, e que o fim desse modo de produção demanda, necessariamente, o fim do próprio direito.

3 A RELAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ENTRE MERCADORIAS E SUJEITOS DE DIREITO: CONEXÕES ENTRE FORMA JURÍDICA E FORMA MERCADORIA

Da mesma maneira que para Marx a mercadoria seria o átomo do modo de produção capitalista, para Pachukanis o sujeito de direito seria o átomo da análise jurídica. Isso porque, o referido conceito pode ser compreendido sem a mediação de outras categorias. Nas palavras de Pachukanis: “o sujeito é átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples, que não pode mais ser decomposto” (2017, pag. 101). Todavia, a forma jurídica, e mais especificamente o sujeito de direito, não são determinados pelas relações sociais em geral, mas sim por uma relação social específica, a relação de troca de mercadorias (NAVES, 2000).

A partir dessa afirmação, podemos compreender que se o direito é derivado das formas de circulação mercantil, então a relação de troca de mercadorias precede o direito e não o seu inverso (NAVES, 2000). Dito de outro modo, a troca de mercadorias surge primeiro e o direito

surge posteriormente a essa relação, pois “a forma jurídica é gerada pela forma mercantil” (PACHUKANIS, 2017, p. 78). Esse fato é exemplificado ao ressaltarmos que no Brasil, durante o modo de produção escravista, alguns escravos – que à época eram considerados objetos, e não sujeitos, pelo código civil – guardavam dinheiro para realizarem a compra de produtos, ainda que clandestinamente. Posteriormente à abolição, o código civil lhes reconheceu a característica de sujeitos e lhes permitiu a realização de transações comerciais. Entretanto, essas trocas de mercadorias já eram realizadas muito antes da chancela do próprio direito (MASCARO, 2013).

Em outro sentido, buscando recuperar a ideia brevemente desenvolvida no tópico anterior, se no feudalismo e no escravismo o trabalhador era assujeitado pelo senhor feudal e o senhor de engenho, no capitalismo o trabalhador é sujeito de direito, ou seja, assujeitado pelo direito, pelas formas jurídicas produzidas pelo Estado, considerando que tais formas jurídicas permitem a exploração da força de trabalho do proletário pelo capitalista (MASCARO, 2013). Essa noção da forma jurídica, espelhada na relação econômica e consubstanciada no contrato, bem como a premissa da troca de mercadorias a partir da noção de vontade de sujeitos livres, já havia sido indicada embrionariamente por Marx em *O capital* ao abordar o teorema do guardião de mercadorias:

As mercadorias não podem ir ao mercado por si mesmas e permutar-se por si mesmas. Nós devemos, portanto, procurar por seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas, e deste modo não tem resistência face às pessoas (...). Para pôr em relação essas coisas enquanto mercadorias, devem os guardiões de mercadorias comportar-se como pessoas uns com os outros, cujos desejos moram naquelas coisas, de modo que cada um só se apossa da mercadoria alheia e aliena a sua própria por meio de um ato duplo de vontade conjunta. Eles devem reconhecer-se reciprocamente, assim, como proprietários privados. Essa **relação jurídica, cuja forma é o contrato**, já desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se espelha a relação econômica (2017, p. 159).

Desse modo, Pachukanis parte da observação de Marx sobre a importância da relação jurídica, consubstanciada no contrato, para a troca de mercadorias entre sujeitos e a profunda, desenvolvendo reflexões sobre como a subjetividade jurídica – que equipara capitalistas e trabalhadores como sujeitos de direito formalmente iguais – é essencial para a extorsão da mais valia, a exploração da força de trabalho e, conseqüentemente, a reprodução do capitalismo. Marx também já havia indicado, em sua obra de maturidade, a necessidade de uma igualdade jurídica entre os portadores de mercadoria no processo de sua circulação:

Ele (trabalhador) e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de

que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. (MARX, 2017, p. 242)

Nesse sentido, podemos destacar algumas relações sobre a equivalência existente entre as mercadorias e a equivalência que, necessariamente, deve existir sobre os sujeitos que portam essas mercadorias. Tal como definido por Marx, as mercadorias são equivalentes e permutáveis entre si, por representarem a cristalização de um trabalho humano abstrato, representando apenas seu valor de troca, e negligenciando seu valor de uso. Em outras palavras, os diferentes tipos de trabalho humano dispendidos para a produção de distintas mercadorias são enxergados apenas como trabalho abstrato indiferenciado, permeados pela forma valor e permutáveis pela mediação da forma dinheiro.

Os produtos do trabalho humano, ainda que sirvam para a satisfação de diferentes necessidades, ao tomarem a forma de mercadoria, apagam esse valor de uso produzido pelo dispêndio de força de trabalho e apresentam-se como universalmente equivalentes, como trabalho abstrato indiferenciado, cuja determinação principal é o seu valor de troca. Entretanto, esse valor de troca não pode ser percebido na análise da mercadoria isoladamente, mas apenas na sua relação com outras mercadorias. A afirmação de que as mercadorias são universalmente equivalentes deve atentar-se ao fato de que essas observam, no processo de troca, a quantidade de trabalho dispendido para a sua produção. Em outras palavras, ainda que elas possam se permutar, nem sempre se permutam pela mesma quantidade. Para usar o exemplo de Marx em *O capital*, a mercadoria casaco pode ser trocada pela mercadoria linho, mas não na mesma quantidade, de modo que a equivalência se dá na proporção de que um casaco é igual a 20 braças de linho.

Como assinalado por Marx em seu teorema do “guardião”, as mercadorias não podem ir sozinhas ao mercado, de tal modo que essa relação de troca só pode se efetivar se os portadores de mercadoria também se reconhecerem como equivalentes, dado que “a relação qualitativamente idêntica das mercadorias demanda uma relação qualitativamente idêntica entre os seus portadores” (MARX, 2017, p. 160). Em outras palavras, não são apenas as mercadorias que devem possuir uma relação qualitativamente idêntica, mas também os seus guardiões devem aparecer como sujeitos iguais, de modo a levar tais mercadorias para o processo de troca. Assim, os portadores reconhecem-se reciprocamente como sujeitos de direitos, dotados de uma vontade. Nas palavras de Márcio Bilharinho Naves:

Esse reconhecimento recíproco significa o reconhecimento de um estatuto jurídico comum a todos os agentes da troca, que se revestem da figura de sujeito de direito. É em virtude desse estatuto jurídico que o homem pode exercer a sua capacidade na

prática de atos jurídicos, como a compra e venda, que pressupõe, como condição de sua validade, a livre disposição da vontade das partes (NAVES, 2008, p. 46).

Como se vê, a noção jurídica de autonomia da vontade, igualdade formal e liberdade contratual são essenciais para o processo de compra e venda da força de trabalho, e mais ainda, para que esse processo possa ocorrer dentro de uma aparente normalidade das relações sociais.

4 IGUALDADE JURÍDICA, LIBERDADE CONTRATUAL E AUTONOMIA DA VONTADE

Os conceitos tradicionalmente apreendidos nas faculdades de direito, como categorias abstratas deslocadas da materialidade social e válidas para diferentes épocas históricas, possuem uma relação direta com a categoria de sujeito de direito e, mais ainda, servem de fundamento para essa noção. Satisfeita a análise de validade e vigência de uma norma - quando muito os juristas buscam analisar a sua eficácia - não há mais espaço para que os juristas reflitam sobre a relação dessa com a materialidade social na qual são criadas.

A noção de igualdade jurídica constitui uma das raízes da categoria de sujeitos de direito, considerando que esses são juridicamente iguais, juridicamente equivalentes, e assim devem se apresentar no processo de troca de mercadorias, diferenciando-se apenas pelo fato – como destacado por Marx – de que um é o comprador e o outro é o vendedor da mercadoria. Assim, ainda que haja um abismo referente às condições materiais dos sujeitos vinculados por uma relação jurídica, a noção de igualdade jurídica garante um verniz de legitimidade ao processo.

Essa igualdade jurídica se expressa, por sua vez, no contrato, em vista de que esse pode ser caracterizado como uma relação voluntária (autonomia da vontade) entre sujeitos de direitos, momento no qual a igualdade jurídica é manifestada de forma plena (KASHIURA JR, 2012). Assim, os sujeitos dessa relação jurídica estão em igualdade de condições para estabelecerem os termos e ajustamentos do contrato, sem necessitarem da força ou violência para consolidarem esse acordo.

O outro aspecto crucial da categoria sujeito de direito refere-se à liberdade que esses indivíduos devem possuir (KASHIURA JR, 2012). Aqui, lembremos dos apontamentos de Marx sobre o trabalhador ser duplamente livre no modo de produção capitalista, livre porque desvinculado da terra e livre para dispor da sua força de trabalho e vendê-la como mercadoria – considerando que a força de trabalho é a única mercadoria que o trabalhador dispõe para vender e garantir os seus meios de subsistência. A dimensão jurídica dessa liberdade apresenta-se

enquanto liberdade contratual que os indivíduos possuem para firmarem contratos e trocarem mercadorias.

O sujeito de direito, enquanto portador de mercadorias, precisa de uma vontade livre – que em verdade só surge como vontade para que possa efetivar o ato de circulação de mercadorias, como vontade de permutá-las. Assim, a autonomia da vontade não seria atributo intrínseco ao ser humano, mas sim característica indispensável para que os sujeitos tenham a vontade de dispor de suas mercadorias. A vontade, como se vê, advém da circulação de mercadorias, e não o seu contrário. Entretanto, essa vontade só poderá se efetivar caso o sujeito de direito seja proprietário daquela mercadoria – para dela poder dispor - de modo que a noção de vontade, igualdade jurídica, liberdade contratual e propriedade possuem uma íntima relação.

É preciso destacar que essa liberdade e igualdade não são atributos inerentes ao indivíduo, mas sim determinações históricas e sociais, pois os indivíduos se apresentam como livres e iguais apenas em termos jurídicos e na medida em que a relação entre produtos de trabalho - enquanto valores - os determina (KASHIURA JR, 2012). Nas palavras de Kashiura: “Portanto, a teoria jurídica burguesa, ao glorificar a liberdade e a igualdade jurídica, não faz senão glorificar a circulação mercantil” (KASHIURA JR, 2012, p. 102), glorificando, assim, a sua condição de portador de mercadorias em meio a uma “imensa coleção” de mercadorias.

Nesse sentido, o sujeito de direito não é uma parte secundária, mas sim uma parte fundamental, sem a qual o processo de circulação de mercadorias não se pode efetivar, de tal modo que podemos considerá-lo como o “outro lado” da mercadoria.

CONCLUSÃO

Pachukanis inaugura um novo patamar à análise marxista no campo jurídico, pois não se limita a investigar o conteúdo do direito e enxergá-lo tão somente como um produto das classes dominantes, mas vai além, desvelando a forma jurídica que permeia todo o seu conteúdo. Assim, o direito não é um componente eventualmente burguês, mas sim, necessariamente burguês, pois a forma jurídica é derivada da forma mercadoria, e aquela – embora existente de modo embrionário em outros modos de produção - só atinge a sua plenitude no modo de produção capitalista.

Essa construção teórica só é possível pois Pachukanis segue rigorosamente os passos metodológicos trilhados por Marx em *O capital*, ou seja, Pachukanis se vale do método materialista histórico-dialético para construir uma teoria marxista do direito. Esses passos são constituídos,

entre outros, 1) pelo autor partir da análise de categorias mais simples como passo precedente à análise de categorias mais complexas; 2) buscar a totalidade concreta na qual as categorias mais simples estão inseridas, visando desvelar as determinações internas que influenciam na formação do objeto de análise; 3) visualizar a categoria sujeito de direito como materialmente e historicamente determinada, e não como um ente abstrato deslocado da realidade material que o constitui e com existência acima do momento histórico que o circunda. Esses passos são apenas alguns dos quais Pachukanis utiliza ao se valer do método de Marx, de modo que não buscamos esgotá-los, mas apenas apontar algumas das premissas utilizadas.

Pachukanis enfrenta os argumentos do juspositivismo, mais especificamente de Kelsen, ao colocar em xeque a separação entre mundo social e mundo normativo (ser e dever ser) como também ao indicar que a análise jurídica não deve partir da norma, mas sim do sujeito de direito, tendo em vista que a norma é uma abstração vazia quando desvinculada da relação jurídica e dos sujeitos envolvidos nessa relação. Entretanto, o jurista soviético vai além, contrariando parte do pensamento marxista à época, que enxergava o direito apenas como uma superestrutura derivada mecanicamente de uma infraestrutura econômica, de modo que não haveria espaço para nenhuma determinação jurídica no modo de produção capitalista. Ainda que o autor não fale em sobredeterminação, ao identificar o componente especificamente jurídico e relacioná-lo com a totalidade concreta da qual esse faz parte, é possível visualizarmos a funcionalidade da forma jurídica – a partir do contrato, da autonomia da vontade, da igualdade jurídica etc. – para a reprodução do sistema capitalista.

A partir da reflexão empreendida, podemos afirmar, com base em Pachukanis, que os passos trilhados em direção a um horizonte socialista, precedido pelo fim do modo de produção capitalista, deve estar acompanhado pelo próprio dismantelamento do direito, ou mais especificamente, da forma jurídica, considerando que uma sociedade que esteja permeada por esta forma guardará os traços da sociabilidade capitalista.

REFERÊNCIAS

- ENGELS, F; KAUTSKY, K. O socialismo jurídico. [2ª ed. rev.] São Paulo; Boitempo, 2012
- FAUSTO, Ruy, Marx: Lógica e Política: investigações para uma reconstituição do sentido da dialética. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

HIRSCH; KANNANKULAM; WISSEL. A teoria do Estado do "marxismo ocidental". Gramsci, Althusser, Poulantzas e a chamada derivação do Estado": Nomos, 2015, pp. 93-119.. Revista Direito e Práxis 2017.

JESSOP, Bob. O Estado, o poder e o socialismo de Poulantzas como um clássico moderno. Revista de Sociologia e Política. 2009, Vol. 17 Issue 33, p131-144. 17p.

KASHIURA JR, C. N; NAVES, M. B. Pachukanis e a teoria geral do direito e marxismo. Direito e realidade. v. 01, n. 02, Ago/Dez, 2011.

KASHIURA JR, Celso Naoto. Sujeito de direito e capitalismo. 2012. 177 f. (Tese) Doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012

KASHIURA, Celso N. Dialética e forma jurídica. Direito e realidade. V. 01, n. 01, Jan/Jul, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

NAVES, Márcio Bilharinho. Marx – Ciência e revolução, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2008.

NAVES, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Campinas: IFCH-Unicamp, 2009.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson. Estado e Forma Política. São Paulo: Boitempo, 2013.

PACHUKANIS, E. B. A teoria marxista do direito e a construção do socialismo. In: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Tradução de Lidia C. Ferreira e Márcio Bilharinho Naves. Campinas: UNICAMP (IFCH), 2009.

PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017

PAZELLO, Ricardo Prestes. O momento da forma jurídica em Pachukanis: uma releitura de Teoria geral do direito e marxismo. Verinotio revista online. N: 19. Ano X, abr./ 2015.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Acerca da categoria "pessoa" e de sua relação com o processo de reificação em O capital de Karl Marx: um debate com Pachukanis. In: Cadernos de Ética e Filosofia Política da USP. Nº 34. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/137976/154108> > Acesso em: 26/11/2019

O USO DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO PENAL

LEGALIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO DA TRADUÇÃO BRASILEIRA DA RECOMENDAÇÃO 29 DO GAFI

Frederico Skora Lieberenz

Delegado de Polícia Federal. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Resumo: O artigo busca responder se a tradução brasileira da Recomendação 29 do GAFI, no que toca ao uso de informações pela unidade de inteligência financeira, atende às exigências constitucionais e processuais penais brasileiras, bem como do próprio GAFI. São discutidos o uso da inteligência financeira na persecução penal no Brasil, a natureza jurídica do Relatório de Inteligência Financeira e as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o seu compartilhamento. É possível deste modo demonstrar que a tradução brasileira da Recomendação 29 na parte relativa ao compartilhamento de informações é legal, constitucional e adequada. A pesquisa é limitada pela pouca quantidade de estudos nacionais sobre o tema. O trabalho é relevante pois o Brasil está em vias de ser avaliado pelo GAFI. Quanto à originalidade, existem poucos trabalhos no Brasil sobre a adequação do regime antilavagem de dinheiro às Recomendações do GAFI, e nenhum com o enfoque dado no presente trabalho.

Palavras-chave: GAFI. Lavagem de dinheiro. Unidade de Inteligência Financeira. COAF. Relatório de Inteligência Financeira. Recomendação.

Submetido em 17 de dezembro de 2020. Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO

Em 1998, em cumprimento a compromissos internacionais assumidos perante a Organização das Nações Unidas com a ratificação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida entre nós como Convenção de Viena, e visando se adequar ao regime global de proibição da lavagem de dinheiro, o Brasil criminalizou diversas condutas relacionadas à ocultação e dissimulação do produto de delitos, criou uma Unidade de Inteligência Financeira e estabeleceu obrigações para diversos setores da economia de realizar controles de prevenção à lavagem de dinheiro e a comunicar operações suspeitas. Dois anos depois, e após um ano como observador, ingressou como membro do Groupe d'Action Financière – GAFI –, também conhecido como Financial Action Task Force – FATF.

O GAFI foi criado por ocasião das Cúpulas Econômicas de 1989 e 1990 do Grupo das Sete (G7) maiores economias do mundo. Os países buscavam então estabelecer um consenso global sobre ações legislativas e regulatórias para frear o fluxo de recursos oriundos do tráfico de drogas através de instituições bancárias e não-bancárias. Tratava-se de uma abordagem que reconhecia que o Estado não podia ser, e efetivamente não era, responsável sozinho por prevenir e controlar a criminalidade¹, e assim requeria a cooperação ativa de seus cidadãos².

Em abril de 1990 o grupo já havia expandido para quinze países considerados centros financeiros e lançou um relatório contendo 40 Recomendações que refletiam a Convenção de Viena, bem como estabeleciam altos padrões internacionais para ações legislativas e regulatórias para o controle da lavagem de dinheiro³.

Parte essencial do sistema antilavagem de dinheiro promovido pelo GAFI é a criação de uma Unidade de Inteligência Financeira com autonomia para receber e difundir informações de transações atípicas ou suspeitas, bem como para obter informações adicionais de entidades obrigadas e de fontes financeiras, administrativas e de agências de persecução penal. No caso do Brasil, o órgão criado foi o Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF.

Não obstante o COAF ser amplamente considerado uma instituição bem-sucedida em sua função de unidade de inteligência financeira do Brasil, um de seus principais produtos, o Relatório de Inteligência Financeira, é objeto de diversas controvérsias em âmbito doutrinário e

¹ GARLAND, David. The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. The British Journal of Criminology. Vol. 36, n. 4, outono 1996. P. 453.

² MITSILEGAS, Valsamis. Countering the chameleon threat of dirty money: 'Hard' and 'soft' law in the emergence of a global regime against money laundering and terrorist finance. In: EDWARDS, Adam; GILL, Peter. Transnational Organised Crime: Perspectives on global security. Londres: Routledge, 2003. P. 200.

³ ALEXANDER, Kern. The International Anti-Money-Laundering Regime: The Role of the Financial Action Task Force. Journal of Money Laundering Control. Vol. 4, n. 3, pp. 231-248, 2001.

jurisprudencial, especialmente com relação ao âmbito de sua utilização no processo penal e a definição de sua natureza jurídica.

O presente artigo tem como objetivo analisar a legalidade e a constitucionalidade do uso do Relatório de Inteligência Financeira do COAF, bem como analisar se a tradução feita pelo Brasil da Recomendação 29, na parte que toca ao compartilhamento de informações entre o Conselho e as instituições envolvidas na persecução penal se encontra de acordo com os objetivos almejados.

2. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA: NATUREZA JURÍDICA

Antes de adentrarmos na questão da legalidade e da constitucionalidade do uso da inteligência financeira na persecução penal no Brasil, é necessário debater a questão da definição da natureza jurídica do Relatório de Inteligência Financeira.

De acordo com Lowenthal, “virtualmente todo livro escrito sobre o assunto da inteligência inicia com uma discussão sobre o que significa ‘inteligência’, ou pelo menos como autor pretende usar o termo” (LOWENTHAL, 2009). Apesar de não existir uma única definição aceita de forma ampla, o próprio autor a diferencia da informação: esta seria qualquer coisa que possa ser conhecida, independentemente de como ela foi descoberta. A inteligência, por sua vez, se refere a informação que cumpre com as necessidades declaradas ou entendidas dos decisores políticos e que foi coletada, processada e restringida para cumprir com essas necessidades (LOWENTHAL, 2009).

De acordo com o parágrafo segundo do Artigo 1º da Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), inteligência é “a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1999). Trata-se, portanto, da definição de inteligência como atividade.

O termo inteligência, contudo, também pode designar o próprio produto da atividade referida na lei. Uma definição possível, portanto, é aquela dada por Schulsky, segundo a qual inteligência “se refere à *informação* relevante para a formulação e implementação de uma política por um governo para promover seus interesses de segurança nacional e a para lidar com ameaças de adversários reais ou potenciais” (SCHULSKY, 2002, tradução nossa, itálicos no original). Verifica-se que tanto para a Lei nº 9.883/1999 como para Schulsky inteligência está relacionada

à necessidade de proteção do Estado e à formulação e implementação de políticas ou ações governamentais.

Verifica-se que COAF faz parte da composição do Ministério da Economia no Sistema Brasileiro de Inteligência – SISBIN –, juntamente com a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a Secretaria de Previdência, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Banco Central do Brasil, conforme inciso VII do Artigo 4º do Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002 (BRASIL, 2002). Este fato por si só não transforma todas as atividades e produtos desenvolvidos pelo COAF, assim como os dos demais órgãos citados, em atividades e produtos de inteligência. Por outro lado, somente por integrarem o sistema brasileiro de inteligência tais órgãos estão autorizados a realizar atividades e a produzir documentos de inteligência¹.

Como será visto mais adiante, a Recomendação 29 e suas notas explicativas não preveem que a unidade de inteligência financeira seja parte do sistema nacional de inteligência do país ou que suas análises sejam gravadas com sigilo documental, mas somente que a informação recebida, processada ou disseminada seja protegida com segurança, trocada e usada somente de acordo com procedimentos, políticas, leis e regulamentos apropriados (FATF/GAFI, 2012-2019).

O COAF recebe informações de inúmeras fontes, e tem sua especificidade no recebimento de Comunicações de Operações Suspeitas (COS) e Comunicações de Operações em Espécie (COE) das instituições financeiras e das atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs). Como estas comunicações normalmente se referem a transações financeiras ou que ao menos envolvem trocas econômicas, pode-se afirmar que tanto a atividade desempenhada pelo COAF como a informação produzida por meio de suas análises podem ser considerados inteligência financeira em determinadas hipóteses.

Desde sua criação em 1998, o COAF expede Relatórios de Inteligência Financeira, ou RIFs, documentos que materializam a atividade de inteligência empreendida pelo COAF após o recebimento de comunicações de operações em espécie ou suspeitas encaminhadas pelas entidades obrigadas. Tais relatórios são frequentemente utilizados na persecução penal tanto para justificar a obtenção de medidas que dependem de intervenção judicial, tais como quebras de sigilos bancários e fiscais, como para subsidiar pedidos de prisão e condenações. Além disso, também podem ser objeto de difusão para órgãos que não integram o sistema de justiça criminal, em geral para suas unidades de inteligência. Nestes casos, os documentos devem ser

¹ Adota-se aqui a distinção entre inteligência e informação apresentada por Priscila Antunes na obra “SNI & Abin” (ANTUNES, 2002, p. 18-21).

considerados documentos de inteligência e são sujeitos às regras da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) ¹.

De fato, as comunicações dos setores financeiros e não-financeiros podem ser utilizadas tanto para as análises tática e operacional como para a análise estratégica (FORGET e HOČEVAR, 2004, p. 57). Todas estas análises podem ser caracterizadas como de inteligência, desde que suas finalidades sejam aquelas especificadas no artigo 1º da Lei 9.883/99. Contudo, os relatórios de inteligência financeira encaminhados em cumprimento ao Artigo 15 da Lei 9.613/98 possuem finalidade distinta: a lei determina ao COAF a comunicação às autoridades competentes para que instaurem os procedimentos cabíveis, sempre que conclua pela existência de quaisquer ilícitos (BRASIL, 1998). Assim, em tais hipóteses o documento possuirá a natureza de peça de informação e servirá para subsidiar o inquérito policial ou até mesmo instruir a denúncia do Ministério Público².

Em pesquisa sobre o tema da investigação das organizações criminosas em que também discute a questão da natureza jurídica do Relatório de Inteligência Financeira, Bechara analisa os seguintes conceitos: de prova, fonte de prova, meio de obtenção de prova, procedimento probatório e elemento de prova; de documento e documentação; de elemento de informação; e de peças de informação (BECHARA, 2016). Após a análise de tais conceitos, o autor conclui que a natureza do relatório de inteligência financeira do COAF é mista ou híbrida, a depender de sua utilização como fundamento para o início de uma investigação criminal, para a decretação de medidas de natureza cautelar, para a instrução do processo penal e como objeto de valoração nos julgamentos de mérito (BECHARA, 2016, p. 179). Não obstante, ainda para o autor sua utilização na atividade probatória não seria adequada tecnicamente, devido aos riscos derivados da existência de dados sujeitos a sigilo bancário e que, de acordo com a Lei Complementar nº 105 de 2001, teriam seu uso sujeito à autorização judicial (BECHARA, 2016, p. 180).

É importante ressaltar, todavia, que resta não solucionada a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica do relatório de inteligência financeira. A posição da jurisprudência quanto à sua natureza, diferentemente do quanto foi afirmado em outros lugares

¹ De acordo com informações contidas no site do COAF o conteúdo do RIF é protegido por sigilo constitucional, com base na Lei Complementar nº 105, e não está sujeito às classificações da Lei nº 12.527/11 (COAF, [2020]).

² Existe, contudo, hipótese em que o RIF enviado às autoridades responsáveis pela persecução penal adquire contornos de verdadeira inteligência: trata-se do RIF que contenha informações oriundas de outras unidades de inteligência financeira, obtido por meio da Rede de Egmont. Em tais casos, o documento somente poderá ser utilizado no processo penal com a autorização expressa do país de onde procederam as informações. Este também é o entendimento de Marcelo Mendroni tal como exposto em sua obra “Crime de Lavagem de Dinheiro” (MENDRONI, 2018).

– notícia-crime ou informação investigativa (CAVALCANTI, 2013), documento de natureza mista ou híbrida (BECHARA, 2014), notícia de fato ou atos de investigação (CNMP, 2017), documento de inteligência *sui generis* (COMPLOIER, 2019) – parece caminhar no sentido de considera-lo peças de informação, conforme externou em seu voto o Ministro Alexandre de Moraes por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1055941-SP e que será objeto de análise detalhada no item seguinte.

3. A LEGALIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO PENAL

O relatório de inteligência financeira naturalmente contém dados protegidos por sigilo bancário de acordo com a Lei Complementar nº 105/2001 (BRASIL, 2001). Não significa, contudo, que não possa ser compartilhado com as agências de persecução penal, ou que exija prévia autorização judicial para tanto. Basta que o destinatário do documento garanta a preservação do sigilo, conforme fixado na tese do Tema 990 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal e que será objeto de análise mais adiante. Não obstante, a questão nem sempre foi pacífica na jurisprudência.

Suxberger e Pasiani realizaram extenso estudo sobre o uso da inteligência financeira na persecução penal, com a análise de 26 decisões dos cinco Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça (SUXBERGER e PASIANI, 2018). De acordo com os autores, a partir de 2011, especificamente após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Habeas Corpus nº 191.378-DF, houve um alinhamento da jurisprudência no sentido de que o relatório de inteligência financeira não poderia ser utilizado como única fonte para embasar representação por afastamento de sigilo bancário. A situação somente teria sido revertida em setembro/2016 a partir do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 349.945-PE com a consideração da idoneidade do relatório de inteligência financeira como subsídio único do pedido de quebra de sigilos (SUXBERGER e PASIANI, 2018, p. 307-309).

Ademais, a possibilidade de a autoridade policial solicitar diretamente ao COAF informações por meio de intercâmbio eletrônico, sem prévia autorização judicial, foi objeto de questionamento judicial que somente foi resolvido em dezembro/2016 com a decisão no Recurso em Habeas Corpus nº 73.331-DF. No julgamento, o relator apontou que “a provocação inicial pela autoridade policial não desnatura a comunicação do ilícito indiciariamente constatado pelo COAF”, autorizada pelo Artigo 15 da Lei 9.613/98, e assim dispensava a prévia autorização judicial (SUXBERGER e PASIANI, 2018, p. 308).

O uso do relatório de inteligência financeira na persecução penal voltou a ser questionado recentemente, desta vez no Supremo Tribunal Federal. A questão foi introduzida em julho/2019 pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Tóffoli, no bojo do Tema 990, criado a partir da repercussão geral dada ao Recurso Extraordinário nº 1055941-SP. O tema referido tratava originalmente da possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

Atendendo a pedido do patrono de investigado em procedimento investigatório criminal em trâmite no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o qual sustentou a semelhança entre o caso de seu cliente, que continha dados bancários obtidos por meio de intercâmbios entre o Ministério Público e o COAF sem prévia autorização judicial, com o Tema 990, o Presidente do Supremo Tribunal Federal entendeu em 15 de julho de 2019 pela existência da correspondência e determinou a suspensão não somente de todos os processos judiciais em andamento no país e que versassem sobre o assunto discutido nos autos do RE nº 1055941-RG/SP, mas inclusive de todos os inquéritos em trâmite no território nacional instaurados “sem prévia autorização judicial sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais” (BRASIL, 2019).

Após alguns meses o tema do uso da inteligência financeira em processos penais foi finalmente superado por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1055941 RG/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral segundo a qual

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios (BRASIL, 2019).

O voto seguido pela maioria e utilizado como base para a tese definida foi o do Ministro Alexandre de Moraes, o qual traz alguns esclarecimentos e construções importantes sobre as premissas já estabelecidas anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça: o COAF somente pode fornecer respostas a solicitações de intercâmbio nos mesmos limites do que poderia realizar em caso de comunicações espontâneas; não pode investigar, mas somente analisar as comunicações

recebidas com base no que consta de seus bancos de dados; o relatório de inteligência financeira equivale a peças de informação¹, e pode levar tanto à instauração do inquérito policial como ensejar denúncia (BRASIL, 2019)².

Igualmente relevante foi a definição dos limites da atuação do COAF e o que pode ser solicitado de complementação à informação enviada por meio do relatório de inteligência financeira. Merece aqui a transcrição de parte do voto do Ministro Alexandre de Moraes e que se reflete na tese adotada:

Saliente-se que é permitida que a iniciativa de solicitação para o compartilhamento de dados bancários e fiscais parta do próprio Ministério Público, ao fazer a solicitação para a Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF) ou para a própria Receita Federal; bem como é possível, quando recebido o material informado, o órgão acusatório solicitar uma série de complementações diretamente ao COAF ou à Receita Federal, devendo ser permitido o amplo compartilhamento, para fins estritamente penais, sem a intermediação do Poder Judiciário (BRASIL, 2019).

Ou seja, não há necessidade de intermediação do Poder Judiciário para a obtenção de dados bancários e fiscais junto ao COAF, ainda que a iniciativa tenha partido do Ministério Público ou de outros órgãos de persecução penal. O Supremo Tribunal Federal aparentemente adotou o entendimento segundo o qual a comunicação feita pelo COAF não seria uma quebra³, mas sim uma transferência de sigilo⁴, posição que, segundo Comploier, seria a defendida pelo COAF (COMPLOIER, 2019, p. 56)⁵.

Verifica-se, portanto, que apesar de todos os questionamentos sobre a atuação do COAF e as possibilidades de compartilhamento de seus relatórios de inteligência financeira com as

¹ Seria uma das facetas da natureza híbrida do relatório de inteligência financeira, a qual já havia sido defendida por Bechara (BECHARA, 2016, p. 181).

² Não obstante ter deixado claro seu posicionamento, ao final de seu voto o Ministro Alexandre de Moraes fez a ressalva de que, como a tese a ser fixada deveria ser mais “minimalista”, ou seja, específica quanto ao compartilhamento, não seria o caso de fixar na tese sua posição quanto à natureza do relatório de inteligência financeira, devido às posições segundo as quais os relatórios de inteligência seriam somente meios de obtenção de prova.

³ O compartilhamento de informações financeiras pelo COAF já foi definido como uma quebra de sigilo (MACHADO, 2004).

⁴ O conceito de transferência de sigilo, segundo Comploier (2019), teria sido apresentado primeiramente pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2016, por ocasião do julgamento da ADI nº 2.390, no qual eram questionados dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 que permitiam à Receita Federal receber dados de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Neste julgamento, por maioria de votos – 9 a 2 –, teria prevalecido o entendimento de que a norma não resultava em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros e que a transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados. No entanto, conforme consta do próprio voto do Ministro Dias Tóffoli no julgamento citado, o conceito já teria sido discutido anteriormente em pelo menos duas ocasiões: no julgamento da AC 33/PR e do RE nº 389.808/PR (BRASIL, 2016).

⁵ De fato, em seu site o COAF afirma que “o órgão destinatário do RIF é responsável pela preservação do sigilo” (COAF, [2020]).

agências de persecução penal, a tradução brasileira da Recomendação 29 do GAFI passou nos testes de legalidade e constitucionalidade. Resta saber se ela pode ser considerada adequada pelo próprio GAFI, o que ocorrerá em breve, quando o Brasil for submetido à sua avaliação na quarta rodada de avaliações mútuas.

4. A ADEQUAÇÃO DA TRADUÇÃO BRASILEIRA DA RECOMENDAÇÃO 29 DO GAFI

O conceito de tradução utilizado neste artigo foi introduzido por Máximo Langer em artigo que tratava da globalização do plea bargaining e a tese da americanização no procedimento penal. Langer questionava a tese “forte” da americanização das jurisdições que de algum modo importaram o plea bargaining, afirmando que apesar da influência, não era provável que essa importação reproduzisse um modelo de processo penal americano (LANGER, 2004, p. 3). A noção de tradução se aplica adequadamente ao regime internacional antilavagem de dinheiro implantado a partir do final da década de 1980.

Neste sentido, a criação de uma unidade de inteligência financeira no Brasil a partir das recomendações do GAFI não se tratou de um simples implante, no sentido dado ao termo por Watson (WATSON, 1993)¹, e mais apropriadamente pode ser considerada uma tradução, conforme metáfora usada por Langer (LANGER, 2004, p. 5). De fato, em reconhecimento à adequação da advertência de Forget e Hočevár (FORGET e HOČEVAR, 2004), o estabelecimento do COAF não somente precisou ser harmonizado com as demais instituições existentes, mas também com o próprio sistema constitucional e processual penal brasileiro, tal como verificamos a partir dos debates doutrinários e jurisprudenciais examinados acima e que revelam questões que ainda precisam ser definidas.

De todo modo, os requisitos básicos de uma unidade de inteligência financeira estão previstos na Recomendação 29 do GAFI, a qual ora transcrevemos:

Countries should establish a financial intelligence unit (FIU) that serves as a national centre for the receipt and analysis of: (a) suspicious transaction reports; and (b) other information relevant to money laundering, associated predicate offences and terrorist financing, and for the dissemination of the results of that analysis. The FIU should be able to obtain additional information from reporting entities, and should have access on a timely basis to the financial, administrative and law enforcement information that it requires to undertake its functions properly (FATF/GAFI, 2012-2019).

¹ A noção de transplante para discutir a introdução do regime global de proibição da lavagem de dinheiro e contra o financiamento do terrorismo foi utilizada em outros artigos (THOUMI e ANZOLA, 2010; XANTHAKI, 2008). Apesar de nossa preferência pela metáfora da tradução, a ideia de transplante costuma ser utilizada mais frequentemente na literatura para a descrição do fenômeno ora estudado.

Além da Recomendação, as Notas Interpretativas também estabelecem outras exigências para a criação das unidades de inteligência financeira: as funções de recebimento, análise e disseminação de informações e análises, tanto espontaneamente como a pedido; a possibilidade de obtenção de informações adicionais das entidades comunicantes e de outras fontes; a proteção do intercâmbio de informações; a independência operacional da UIF; a liberdade de influências ou interferências; o respeito ao Grupo de Egmont; e a comunicação de transações em espécie de valor elevado (FATF/GAFI, 2012-2019).

Não obstante este conteúdo mínimo, o estabelecimento de uma UIF deve se basear em considerações de política criminal próprias de cada país e suas responsabilidades devem se harmonizar com aquelas das demais agências envolvidas no combate à lavagem de dinheiro e demais crimes graves, dentre elas as de persecução penal. Dentre as várias questões a serem consideradas se inscreve o papel da UIF em relação às demais agências, o que inclui a troca de informações (FORGET e HOČEVAR, 2004, p. 4-6).

O Brasil optou por uma UIF do tipo administrativo, localizada fora das polícias, do Ministério Público e da Justiça. Neste sentido, pode agir como um “amortecedor” entre as instituições financeiras e as agências de persecução penal (FORGET e HOČEVAR, 2004, p. 9). Neste sentido, o COAF não possui poderes investigatórios ou pode promover a ação penal, e necessita encaminhar suas informações e análises para outros órgãos que tenham tais funções.

Em 2010, quando o Brasil foi avaliado pela última vez pelo GAFI, a recomendação relativa às unidades de inteligência financeira era a de número 26, a qual diferia da atual Recomendação 29 em dois pontos: a possibilidade de a UIF requerer informações não era exigida (“and, as permitted, requesting”) e sua atuação era restrita às comunicações e outras informações relativas à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (FATF/GAFI, 2003). A nota interpretativa à Recomendação 26 somente fazia menção à participação da UIF no Grupo de Egmont e o respeito à sua declaração de propósito e aos seus principais para troca de informações entre as UIFs. Apesar de tais diferenças significativas, é possível partir das conclusões dos avaliadores na ocasião de sua visita como uma base para a análise da atual adequação do regime brasileiro à Recomendação 29, na parte relativa ao compartilhamento de informações.

Quanto ao recebimento, análise e disseminação de comunicações de operações em espécie/suspeitas, os avaliadores em 2010 consideraram que o COAF tinha autorização para receber a informação pertinente, examinar e identificar transações suspeitas relacionadas a quaisquer dos crimes previstos no Artigo 1º da Lei 9.613/98 e disseminar informações sobre

tais crimes ou sobre qualquer outra atividade ilícita para todas as agências de persecução penal, assim como para o ramo investigativo da Receita Federal (FATF/GAFI, 2010, p. 61-62)¹. Neste sentido, verificaram que entre 2006 e 2009 o COAF havia realizado 12.037 difusões, contendo 4.907 relatórios de inteligência financeira (FATF/GAFI, 2010, p. 68-69). Não obtiveram dados sobre quantos desses relatórios de inteligência financeira teriam sido utilizados efetivamente para a persecução penal, e apenas uma das agências envolvidas teria informado que cerca de um terço das difusões recebidas resultaram na abertura de investigações de lavagem de dinheiro (FATF/GAFI, 2010, p. 80).

Apesar da falta de informações sobre o uso efetivo dos relatórios de inteligência financeira em investigações e processos penais, tais como a quantidade de inquéritos policiais ou processos penais que utilizaram suas informações, o Brasil recebeu a nota LC (Largely Compliant) para a Recomendação 29. Isto significa que os avaliadores consideraram que a unidade de inteligência financeira brasileira cumpria em grande medida ao que era recomendado pelo GAFI.

Atualmente, o COAF continua a compartilhar relatórios de inteligência financeira sem maiores impedimentos, especialmente em razão da superação dos questionamentos existentes nos tribunais superiores. Neste sentido, permanecemos em conformidade com a Recomendação 29 do GAFI, o que provavelmente será considerado na avaliação vindoura.

CONCLUSÃO

Uma tradução não precisa necessariamente ser literal. Mais importante é que faça sentido para o destinatário e transmita a ideia original do autor o mais precisamente possível, feitas as adequações necessárias. No caso da tradução da Recomendação 29, o modelo de compartilhamento de informações e, portanto, de participação do COAF no fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro parece ter feito sentido, como demonstram os julgados apresentados ao longo deste trabalho, e atende aos requisitos estabelecidos pelo GAFI.

Contudo, tal como ficou evidenciado no voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE/RG 1055941-SP, a definição sobre a natureza jurídica do relatório de inteligência financeira permanece em aberto. Ao que tudo indica, a tese “minimalista” adotada teve o mérito de solucionar somente parcialmente o dilema do uso do relatório de inteligência financeira, permanecendo em aberto a resposta à dúvida mencionada.

¹ Em verdade a lista de entidades que receberam difusões vai mais além: também as receberam a Controladoria Geral da União, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Eleitoral, Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras.

Não se trata de questão banal, pois a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal somente faz referência expressa à possibilidade de compartilhamento sem prévio controle jurisdicional e aos cuidados necessários à manutenção do sigilo das informações, sem nada dizer sobre a natureza do relatório de inteligência financeira. Tacitamente, dá a entender que os relatórios podem ser utilizados na persecução penal, mas não esclarece se são meios de obtenção de prova, peças de informação ou ainda se estão em outra categoria sem precedentes na jurisprudência, um “híbrido”, tal como sugerido por determinados autores. Neste sentido, permanece um risco.

Ao que tudo indica, ao reconhecer a viabilidade do compartilhamento, sujeita a posterior controle judicial, o Supremo Tribunal Federal somente adiou sua análise, e assim garantiu que a questão da natureza jurídica do relatório de inteligência financeira será objeto de discussão em um futuro próximo.

Enquanto tal questão permanecer indefinida, restarão incertezas para os operadores sobre o âmbito de sua utilização no processo penal, e assim parte importante do sistema antilavagem de dinheiro seguirá em base instável, dada a grande relevância das informações prestadas pelo COAF à persecução penal. Ou seja, resta saber se estamos então no campo das traduções e dos implantantes bem-sucedidos ou no campo das ilegalidades e inconstitucionalidades.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, P. C. B. **SNI & Abin**: uma leitura da atuação dos serviços secretos brasileiros ao longo do século XX. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

ARAÚJO NETO, O. V. D. **Relatório de “Inteligência” Financeira emitido pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras e seu conteúdo sigiloso**, 2016. Disponível em:

<<https://oscarvneto.jusbrasil.com.br/artigos/341087078/relatorio-de-inteligencia-financeira-emitido-pelo-conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-e-seu-conteudo-sigiloso>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BECHARA, F. R. Natureza jurídica do Relatório de Inteligência Financeira do COAF (Conselho de Controle das Atividades Financeiras). **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2014. 69-84.

BECHARA, F. R. Desafios na investigação de organizações criminosas: meios de obtenção de prova; relatório de inteligência financeira. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, 10, 2016. 159-186.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras** Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. **Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. **Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.** Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002. **Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei no 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4376.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Dias Tóffoli no julgamento da ADI 2390. STF, 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão no Recurso Extraordinário 1.055.941-SP, de 15/07/2019. STF, 2019. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata de Julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941-RG/SP, STF, 2019. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE 1055941-SP. STF, 2019. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

CAVALCANTI, J. R. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, C. V.; MENDONÇA, A. B. D. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CNMP. **Recomendações de caráter geral**, 2017. Disponível em:

<<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/recomendacoes-de-carater-geral>>.

Acesso em: 05 abr. 2020.

COAF. **Inteligência financeira**, [2020]. Disponível em:

<<https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financieira>>.

Acesso em: 06 abr. 2020.

COMPLOIER, M. **O Papel da Atividade de Inteligência Financeira na Prevenção e Repressão aos Crimes Praticados por Organizações Criminosas**. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2019.

FATF/GAFI. **The Forty Recommendations**. 20 June 2003. Paris. 2003.

FATF/GAFI. **Mutual Evaluation Report of Brazil**. Paris. 2010.

FATF/GAFI. **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation**. Paris. 2012-2019.

FORGET, L.; HOČEVAR, V. Š. **Financial intelligence units: an overview**. Washington, D.C. 2004.

LANGER, M. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, Chicago, 45, n. 1, 2004. 1-64.

LOWENTHAL, M. M. **Intelligence**: from secrets to policy. 4th ed. Washington, DC: CQ Press, 2009.

MACHADO, M. R. **Internacionalização do direito penal**: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: 34/Edesp, 2004.

MENDRONI, M. B. **Crime de lavagem de dinheiro - 4. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Atlas, 2018.

SCHULSKY, A. N. **Silent warfare**: understanding the world of intelligence, 3rd ed., rev. Dulles: Potomac Books, Inc., 2002.

SUXBERGER, A. H. G.; PASIANI, R. P. R. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 310-339, 2018.

THOUMI, F. E.; ANZOLA, M. Asset and money laundering in Bolivia, Colombia and Peru: a legal transplant in vulnerable environments? **Crime, Law and Social Change**, 53, n. 5, 2010. 437-455.

WATSON, A. **Legal transplants**: an approach to comparative law. Athens: University of Georgia Press, 1993.

XANTHAKI, H. Legal Transplants in Legislation: defusing the trap. *International and Comparative Law Quarterly*, 57, n. 3, 2008. 659-673.



A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO INSTITUTO AVALIADOR DA (DES) NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PRESO EM FLAGRANTE

Carlos Vinícius Silva da Costa

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

Mestre em Saúde da Família pelo Centro Universitário Uninovafapi. Professora do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Piauí. Mediadora Judicial.

Resumo: O presente artigo voltou-se ao estudo da audiência de custódia enquanto instituto de análise da necessidade, ou não, de segregação do preso em flagrante delito naquele momento. O instituto em destaque, regulamentado a partir da resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, traz à tona o esquecimento, durante décadas, das disposições incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, desde 1992, através da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo Brasil é signatário. Neste artigo buscou-se verificar os atuais contornos da audiência de custódia, mormente a análise das hipóteses de flagrante delito na legislação; identificação dos requisitos que possibilitam a decretação de prisão preventiva e o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência, além das principais alterações ocorridas na legislação e o entendimento dos tribunais acerca desse instituto.

Palavras-chave: Processo penal. Audiência de custódia. Prisão preventiva. Flagrante delito.

Submetido em 23 de janeiro de 2021. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é um instituto que visa concretizar as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), incorporada ao ordenamento pátrio através do decreto nº 678 de 1992, a qual determina que toda pessoa detida ou retida deve ser apresentada ao juiz ou autoridade autorizada para exercer tal função judicial (BRASIL, 1992). A sua efetiva regulamentação, no entanto, só ocorrera a partir da resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, de dezembro de 2015, e somente mais recentemente passou a ter expressa previsão no Código de processo penal, ante o reconhecimento cada vez mais consolidado no que diz respeito a essencialidade em se avaliar os critérios de legalidade e necessidade da manutenção de prisões, o que termina refletindo, diretamente, nas estatísticas do sistema prisional brasileiro.

Os dados mais atuais acerca da população carcerária no Brasil, demonstram que quase 30% dos presos não possui condenação, ou seja, são presos provisórios (BRASIL, 2020), conforme se demonstrará mais detalhadamente ao longo da pesquisa, o que termina por conferir maior destaque à audiência de custódia, já que ela é um meio pelo qual o Juiz, diante do caso em concreto e levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos contidos no código de processo penal, analisa a necessidade de conversão de uma prisão em flagrante em prisão preventiva, ou, ainda, termina por conceder liberdade provisória mediante cautelares diversas da prisão, por entendê-las suficientes para o acautelamento do processo naquele momento.

Note-se que a implementação desse instituto possui relação com as disposições já contidas no ordenamento jurídico, especialmente na Carta magna, em seu art. 5º, inciso LXI, ao salientar que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (BRASIL, 1988), colocando a prisão no patamar de *ultima ratio* e concretizando um modelo que entende a liberdade como regra. Além disso, em audiência, não se avalia somente a legalidade/necessidade da prisão, a existência de eventuais maus tratos no momento da prisão em flagrante ou do cumprimento do mandado de prisão também é verificada, reafirmando, assim, além de um limite às arbitrariedades porventura cometidas pelo Estado, o seu caráter de proteção aos direitos do indivíduo preso.

A despeito do que fora brevemente mencionado, a CADH, também conhecida como pacto de San José da Costa Rica, constitui um dos mais importantes instrumentos quando se trata do reconhecimento de medidas que inovem no tratamento de questões relacionadas aos direitos

fundamentais do homem e tendentes a extinguir práticas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, esse entendimento é expressamente trazido no art. 7º do referido diploma legal:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (BRASIL, 1992).

Diante de tais considerações, o objeto da pesquisa é a audiência de custódia enquanto instituto avaliador da (des) necessidade de segregação cautelar do preso em flagrante, tal estudo surge a partir da seguinte indagação: De que forma tem acontecido a análise, em sede de audiência de custódia, das prisões em flagrante delito? tais questionamentos, portanto, servirão de limitação ao presente artigo.

Dessa maneira, o objetivo geral do estudo é analisar os atuais contornos da audiência de custódia, enquanto os objetivos específicos consistirão em verificar a sistemática da audiência de custódia no que diz respeito ao preso em flagrante delito e a possibilidade de decretação da prisão preventiva durante realização da referida audiência; descrever as hipóteses de flagrante delito na legislação brasileira; identificar os requisitos que possibilitam a decretação da prisão preventiva e o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência; além de discutir as principais alterações ocorridas na legislação e o entendimento dos tribunais acerca deste instituto.

A justificativa da elaboração do presente artigo reside nos questionamentos e inquietações acerca do instituto, surgidos, essencialmente, durante experiência vivida em estágio extracurricular na audiência de custódia do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI), questionamentos estes que perpassam desde a sua primeira previsão no ordenamento jurídico pátrio, passando pela sua implementação no Brasil e chegando à sua atual conjuntura e sistemática ainda desconhecida por parcela dos juristas, envolvendo, pois, intensas discussões sobre liberdade, devido processo legal, sistema prisional etc.

A relevância do estudo, portanto, fundamenta-se não somente em expor os contornos da audiência de custódia, mas também explicitar os efeitos da instauração dessa audiência e, além disso, para que se torne nítido, embora não sendo essa a principal pretensão, eventuais falhas

que possam estar comprometendo o exercício pleno dessa garantia processual penal tão necessária por tratar de um dos bens mais relevantes juridicamente.

Quanto ao tipo de pesquisa, esta será bibliográfica narrativa, vez que o trabalho analisará informações do instituto em tela sob o aspecto essencialmente bibliográfico. Em um aspecto metodológico, a pesquisa se pautará na avaliação da legislação processual penal; resolução do Conselho Nacional de Justiça; portarias dos Tribunais regulamentando a audiência; verificação do teor de decisões e jurisprudência dos tribunais e doutrina jurídica acerca da temática;

O presente artigo ainda será dividido em tópicos para fins de melhor entendimento e explanação, dentre eles: Do surgimento da audiência de custódia e do procedimento anterior à sua implementação: uma breve retrospectiva; Da atual sistemática da audiência de custódia e suas delimitações; Do flagrante delito na legislação brasileira e sua relação com o relaxamento da prisão em sede de audiência; Dos requisitos que possibilitam a conversão da prisão em flagrante em preventiva; Do pacote anticrime e da reafirmação da audiência de custódia.

2 DO SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DO PROCEDIMENTO ANTERIOR À SUA IMPLEMENTAÇÃO: UMA BREVE RETROSPECTIVA

O marco inicial da audiência de custódia, enquanto instrumento obrigatório de implementação nas diversas comarcas do Brasil, surgiu a partir da resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015, entretanto, a discussão acerca de um instituto especificamente voltado à análise das prisões em fase pré-processual já vinha sendo objeto de resoluções de Tribunais estaduais antes daquela resolução, merecendo destaque, por exemplo, o provimento conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2015) o qual fora objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), cujo requerente, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, buscava a declaração da inconstitucionalidade do ato do Tribunal que disciplinava a audiência de custódia naquele estado (BRASIL, 2015).

Os argumentos trazidos pelo requerente, em sede de julgamento, residiam no fator de que, em seu entendimento, o provimento impugnado possuía caráter autônomo e retirando seu substrato de validade diretamente da Constituição, porquanto disciplinando matéria processual cuja competência para disciplina seria da União, o provimento do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo (TJSP) estaria extrapolando o poder regulamentar e invadindo a competência legislativa, fazendo-se necessário, assim, a utilização do controle concentrado de

constitucionalidade com vistas à expurgar a norma em questão, nesse sentido, em sede de julgamento, foram as seguintes colocações:

No mérito, arguiu que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado tratando do assunto (projetos de lei nº 7.871/2014 e 554/2011, respectivamente). Dessa forma, o provimento do TJSP estaria suprindo lacuna legal e extrapolando de forma inconstitucional o poder regulamentar daquele tribunal [...].

Prossigue a autora aduzindo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com status supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL, 2015).

O entendimento adotado pelo STF, naquela oportunidade, no sentido de negar provimento à ADI em comento, apresenta-se como o mais acertado, já que não haveria que se falar em ato de legislar, pelo TJSP, sobre matéria processual penal, quando a própria CADH, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, já traz o instituto que se nomeia atualmente como audiência de custódia (BRASIL, 1992), e, dessa forma, aquele tribunal, ao editar o provimento conjunto nº 03/2015, objeto de impugnação, apenas teria praticado atos de autogestão, o que estaria inclusive compreendido em sua competência de organização interna, sendo nesse sentido o voto do Ministro Luiz Fux, posteriormente seguido pela maioria dos ministros:

Os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB) e da reserva de lei federal em matéria processual (artigo 22, inciso I, da CRFB) foram observados pelo ato normativo impugnado. Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem –reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal (BRASIL, 2015).

O julgamento ora em debate terminou por oportunizar, ainda no ano de 2015, que o CNJ, presidido à época pelo ministro do STF Ricardo Lewandowski, através da já mencionada resolução de nº 213, viesse a regulamentar o instituto em âmbito nacional, concedendo o prazo de 90 dias para que houvesse a efetiva implementação da audiência, contados da data de 01.02.2016 (BRASIL, 2015), caracterizando, nas palavras de Cruz (2020, p. 295), ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando dos estudos acerca da audiência de custódia: “[...]um desses avanços, mesmo que, como sói ocorrer nesses momentos de ampliação dos direitos individuais e, conseqüentemente, de restrição do poder estatal, alguns resistam e se oponham ao

novo”. Os entendimentos ora apresentados, portanto, corroboram com a percepção de que a audiência de custódia constituiu um marco na forma de se pensar as prisões no Brasil.

Superadas as questões quanto ao surgimento do instituto, importante a compreensão de que antes mesmo da implementação da audiência de custódia pelas diversas comarcas ao longo do País, os magistrados já se debruçavam sobre a necessidade e adequação na manutenção da prisão de indivíduos presos em flagrante delito, entretanto, não havendo um momento específico em que se tinha a presença do Promotor de Justiça e Defensor Público ou Advogado constituído, em uma audiência única voltada àquela finalidade, e somando-se ainda ao fator de que a análise era feita por juiz atuante na fase processual, a prestação jurisdicional se tornava bem mais morosa, em razão de inexistência nítida entre fase investigativa, ou pré-processual, e processual propriamente dita.

Resquício desse antigo funcionamento é a previsão constante do art. 306 do Código de Processo Penal, que determinava o envio do auto de prisão em flagrante em até vinte e quatro horas após realizada a prisão (BRASIL, 1941), e não havendo complementação desse dispositivo à época a sua interpretação demonstrava que ao preso não era concedido o direito de apresentar-se pessoalmente à autoridade judicial, sendo tão somente enviados os autos ao Poder Judiciário, o que terminava, inclusive, por limitar a apreciação daquele sobre a necessidade da manutenção do cárcere e, principalmente, sobre a presença de eventuais maus tratos cometidos pelos agentes.

Como brevemente mencionado, a separação entre fase investigativa e processual não mostrava limites, o que, atualmente, ao contrário da sistemática anterior, tem se tornado objeto cada vez mais nítido de verdadeira cisão. No entanto, vale destacar que embora tal separação se mostre cada vez mais delineada no ordenamento, ainda pode ocorrer a atuação do mesmo magistrado em ambos os momentos, realidade esta que tem se buscado alterar através de proposições legislativas, e mais recentemente, por exemplo, com o conhecido pacote anticrime, com redação dada pela lei 13.964/2019, criando o juiz de garantias, atuante na fase pré-processual (BRASIL, 1941), muito embora cabendo destacar que o dispositivo se encontra atualmente suspenso em virtude de decisão do STF. Cruz (2020, p. 327) traz o seguinte entendimento acerca dessa novidade processual penal:

A divisão funcional de competências, como assinalado, assegura que o juiz da instrução e julgamento não seja o mesmo que, no início da atividade investigatória, tenha tomado conhecimento dos elementos informativos que permitiram, em decisão fundamentada e motivada, desencadear a ação penal.

Embora o objeto do presente estudo não resida nas alterações advindas da referida lei, a menção às inovações trazidas, já que não constituem premissas processuais isoladas, repercute

na forma como tem se dado o tratamento do sistema processual penal vigente, em reafirmações de um sistema acusatório ou inquisitorial, refletindo, sobremaneira, no entendimento do instituto da audiência de custódia. O dispositivo processual em comento, portanto, busca, a partir das lições expostas, evitar que exista uma parcialidade do magistrado que dará seguimento à ação penal, visto que a atuação em fase pré-processual poderia vir a torná-lo mais suscetível a agir imparcialmente em razão do conhecimento anterior de todo um trâmite na fase investigatória (BRASIL, 1941).

3 DA ATUAL SISTEMÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUAS DELIMITAÇÕES

A audiência de custódia, não com essa nomenclatura ainda, tem previsão bem mais remota que sua efetiva implementação nas comarcas, e, ainda assim, é objeto de certa incompreensão por acadêmicos e até por operadores do direito. A previsão do instituto, via tratado internacional, é inclusive comentada por Teixeira (2019, p. 97), que apresenta a seguinte problemática: "[...] assim, tampouco haveria necessidade de tantas discussões, mas de respeito a aplicação desses textos, porém nossa tradição, infelizmente, caminha na "contramão" do cumprimento dos tratados internacionais". A crítica ora ressaltada, deve-se, em parte, à forma como as instituições demoram a reconhecer o caráter da obrigatoriedade dos tratados internacionais, o que explicaria o atraso em se cumprir as disposições constantes na CADH, incorporada ao ordenamento pátrio ainda no ano de 1992.

Perceptível, então, que a necessidade de apresentação do preso flagranteado à autoridade judicial já existia no ordenamento desde a década de 90 e o reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais se deu através da emenda constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 1988), dessa forma, aqueles tratados, necessitavam, para sua efetivação, tão somente disposições com fins de regulamentação, seja através de lei, enquanto atos normativos primários, ou através dos chamados atos secundários, dos quais são exemplos as portarias e etc.

Levando-se em consideração todo o processo de aperfeiçoamento da audiência de custódia tal qual é conhecida atualmente, importante demonstrar os contornos desse instituto, cumprindo ressaltar, inicialmente, que muito embora o objeto do presente artigo resida no exame da audiência de custódia sob o enfoque da prisão em flagrante delito, àquela não se atem somente quando da ocorrência deste, abrangendo também, o cumprimento de mandados de prisão, preventiva ou definitiva (BRASIL, 1941), porém, em sendo este o caso, o Juiz avaliará somente questões relativas à legalidade da prisão e eventual ocorrência de maus tratos porventura

cometidos no momento do cumprimento do mandado de prisão, tomando, então, as medidas cabíveis.

Retornando às hipóteses de flagrante delito, após as diligências policiais e a lavratura dos autos, o preso e o auto de prisão em flagrante delito serão encaminhados à Audiência de Custódia (BRASIL, 1941), nesta contendo ainda etapas de identificação do preso e atendimento psicossocial (BRASIL, 2015). Esse atendimento é capaz de auxiliar o magistrado quando da busca pela melhor medida a ser adotada no momento de fixação das medidas cautelares, tendo em vista que parcela dos custodiados sequer possui moradia, ou, ainda, são dependentes alcoólicos ou químicos, dessa forma, tais programas de assistência visam possibilitar que medidas adotadas em audiência sejam ainda mais satisfatórias em sua finalidade.

Teixeira (2019, p. 116) apresenta uma série de vivências percebidas durante participação nestas audiências na comarca de Belém, apresentando detalhes do que seria um dia nas Audiências de Custódia, ao passo em que tece comentários, críticas, elogios e, em uma dessas passagens, por exemplo, o autor traz o seguinte relato:

No início da audiência de custódia é confirmado, é morador “de rua”, possui 18 (dezoito) anos e está nesta condição há 3 (três) anos, o motivo dito por ele: “o uso de drogas, maconha e cocaína”. Pergunta-se: “você foi agredido por algum policial?”, ele responde: “Não, senhor!”. Ele é orientado para não falar nada sobre o crime, pelo próprio magistrado, trata-se de uma recomendação, mas ele insiste dizendo que está arrependido do que fez, que nunca tinha sido preso antes, só quando era “menor de idade”. Não possui identidade, apenas certidão de nascimento, não está com ele e nem com sua família, está em um abrigo no Distrito de Icoaraci, que ele não sabe dizer onde fica.”

Ultrapassado todos os questionamentos para o flagranteado, é dirigida palavra para o Ministério Público, na figura do promotor de justiça. Tudo gravado, não era apenas a audiência, mas o discurso robotizado da acusação, entre tantos vernáculos jurídicos – homologação da prisão em flagrante, reiteração delitiva, medidas cautelares e etc. – nada era entendido por aquele jovem, seus olhos saltavam sobre cada canto daquela sala, talvez esperava ansioso apenas pela palavra liberdade. Pois bem, ao final da fala, ela é dita pela autoridade ministerial, nos seguintes termos: “manifesta-se pela liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares”.

O professor, no excerto acima, aponta aspectos importantes ocorridos durante audiência e que merecem destaque, o primeiro reside na orientação para que o preso não fale do crime em si. Embora o autor pareça apresentar essa questão como ponto negativo, é necessário perceber que trata-se de um limite à atuação do magistrado consistente em não adentrar no mérito do delito, e essa postura não poderia ser diferente, visto tratar-se de fase pré-processual e, assim, os elementos colhidos acerca do crime ainda não estão totalmente elucidados, entretanto, não se poderia pensar em ilegalidade, tendo em vista que a situação da prisão ocorre em uma das hipóteses de flagrante delito, e, nesse momento, são suficientes os indícios de autoria e prova da

materialidade delituosa para fundamentar eventual decreto preventivo, desde que presente os demais requisitos que o autorizam (BRASIL, 1941).

Em um segundo ponto ressaltado, cita-se a robotização na postura do membro do *Parquet*, o autor utiliza essa atuação “robotizada” como ponto negativo e, aqui, dependendo do sentido dessa robotização realmente se trataria de um problema, uma vez que se tem buscado, há tempos, dissociar a percepção da atuação do Promotor de Justiça de um papel tipicamente “acusador”, e longe de qualquer obrigatoriedade em se manifestar somente nesse sentido, o representante do Órgão Ministerial possui independência funcional, para, inclusive, manifestar-se no sentido de concessão de liberdade provisória quando assim o entender diante do caso em concreto, conforme se extrai dos ensinamentos de Pacelli e Fischer (2019) quando da análise da figura do Promotor de Justiça no processo penal.

Dessa forma, se a crítica levantada por Teixeira (2019) reside essencialmente em eventual pleito do Promotor pela manutenção da prisão preventiva quando os motivos para tal não se fazem presentes, é válido o apontamento, visto que se trataria de verdadeira conduta vazia da própria razão de existir, já que a atuação acerca de medidas a serem tomadas, longe de ser pré-moldada, deve residir em um juízo de adequação e necessidade, se, no entanto, utilizou-se àquele do excerto a fim de criticar tão somente o vocábulo utilizado em sede de audiência, não parece que tal questão enseje prejuízos aos custodiados, já que as perguntas voltadas à estes são feitas em linguagem acessível e somente sendo utilizados termos técnicos quando referentes à manifestação do Juiz, Promotor e Defesa, sem prejuízo ainda de haver explicações ao preso quando do término da audiência.

Feitas tais considerações, frise-se que o jogo de adequação entre medidas que podem ser adotadas pelo magistrado em audiência é justamente o grande marco da audiência de custódia, por exemplo, em se verificando que determinado delito tenha sido cometido por agente sob o estado de embriaguez, e que esta seja recorrente, não entendendo a autoridade judicial que o delito enseje prisão preventiva naquele momento, seria adequado, dentre as medidas cautelares distintas da prisão impostas ao custodiado, que fosse estabelecido a proibição de frequentar bares, boates e similares, com a finalidade de diminuir a possibilidade de reiteração delituosa, conforme permissivo do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (BRASIL, 1941).

Outra importante questão no âmbito das audiências de custódia é a verificação de ocorrência de maus tratos no momento da prisão em flagrante delito (BRASIL, 2015). O depoimento do custodiado junto à verificação das próprias condições físicas deste devem permitir uma análise mais fiel do momento da prisão e da atuação dos agentes policiais, no entanto, nítido que essa verificação deve ser realizada com bastante cautela, sob pena de punição de agentes que agiram dentro do estrito limite da legalidade. Em virtude disso, o juiz pode determinar que sejam oficiadas as corregedorias de polícia, delegacias de direitos humanos e promotorias de justiça que atuem no controle da atividade policial, a depender da configuração e disposição destes órgãos ou outros, porventura existentes, no âmbito de cada comarca, para que sejam adotadas as medidas necessárias à elucidação do que de fato ocorreu.

Dentre os sistemas utilizados no âmbito das audiências de custódia, tem-se o Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), trazido na resolução nº 213 do CNJ, à qual determina inclusive sua obrigatoriedade. Nesse sistema são cadastrados os dados dos presos flagranteados e designada a realização da audiência naquela data (BRASIL, 2015). Essa alimentação de dados serve até para acompanhamento da passagem daqueles em audiência e, conseqüentemente, como forma de se verificar eventual descumprimento de medidas anteriormente fixadas.

O Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) também faz parte da rotina de cadastramentos da audiência de custódia, lá são registrados, principalmente, os mandados de prisão que foram expedidos durante o dia, em consequência da conversão de uma prisão em flagrante em preventiva. Esse sistema é de suma importância, uma vez que nele pode ser verificado se há algum mandado de prisão em aberto, e em caso positivo, o cumprimento desse é feito na própria audiência pela autoridade policial responsável, evitando que aconteça, por exemplo, de que um preso flagranteado e com mandado de prisão anterior em aberto seja posto em liberdade, ante o desconhecimento da existência daquele.

4 DO FLAGRANTE DELITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A SUA RELAÇÃO COM O RELAXAMENTO DA PRISÃO EM SEDE DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

As hipóteses de flagrante delito estão dispostas no art. 302 do CPP, as quais serão explanadas, a partir de então, sob os aspectos da legislação pertinente, doutrina e jurisprudência, tendo em vista que constitui um dos objetos de análise obrigatória durante realização da Audiência de Custódia, possuindo, por assim dizer, estrita relação com o relaxamento de prisão, uma vez que em razão do reconhecimento da inexistência daquele, imperiosa a necessidade de se relaxar

a prisão que se originou do flagrante inexistente, por não encontrar correspondência com as hipóteses permissivas elencadas no artigo ora em destaque:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

A primeira hipótese de flagrante na legislação é comumente chamada pela doutrina de flagrante próprio, abrangendo as situações do inciso I e II do CPP, em artigo retromencionado, ou seja, quando o flagrante ocorre enquanto o agente ainda se encontra em momento de execução da prática delituosa ou em caso de ter acabado de cometê-la, dessa forma, em sendo verificado tal ocorrência, as autoridades policiais possuem o dever de efetuar a prisão em flagrante delito, por força do mandamento previsto no art. 301 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941).

Em sua doutrina Processual penal, Avena (2020) entende que a situação de flagrante amparada no inciso II do art. 302 do CPP deve ser entendida da forma mais restritiva possível, no sentido de que ocorra imediatamente após realizada a prática delituosa, devendo ser surpreendido o indivíduo ainda no cenário do crime, por assim dizer. Tal concepção doutrinária é acertada e a mais defendida pela doutrina uma vez que terminada a prática delituosa e não sendo surpreendido o agente neste instante, as hipóteses de flagrante delito possíveis no caso em concreto diminuem e restringem-se às situações dos incisos III e IV do artigo retromencionado (BRASIL, 1941).

O flagrante impróprio, ou ainda chamado de imperfeito ou quase flagrante, é a situação trazida no art. 302, inciso III, sendo possível notar, em princípio, que, diferentemente das primeiras hipóteses, nesta o legislador utiliza-se da expressão “presumir” firmando entendimento de que não mais estaria o agente no local da prática delituosa, porém, em razão do contexto em que se iniciou a perseguição, ou seja, logo após a conduta, presume-se ser àquele o autor do crime (BRASIL, 1941), nesse mesmo sentido se manifesta Lopes Júnior (2019, p. 605):

Deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie “logo após” o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência. Exige-se um lapso mínimo, a ser verificado diante da complexidade do caso concreto, entre a prática do crime e o início da perseguição. Reforça esse entendimento o fato de que a “perseguição”, na dimensão processual, somente é considerada quando há o contato visual inicial ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encaço do agente.

O alcance temporal dessa perseguição iniciada “logo após” o delito, empregado na redação do CPP e acima comentado, deve ocorrer, para a maior parte da doutrina, incluídos Nucci (2020) e Avena (2020), em “ato contínuo a execução do delito”, ou seja, em um mesmo contexto temporal que se segue à prática do crime, sob pena do instituto do flagrante delito tornar-se objeto caracterizador de prisões arbitrárias. Há, ainda, doutrinadores que entendem ser aplicável, por analogia, o disposto no art. 290, §1º do mesmo código, que caracteriza a perseguição como o ato de perseguir, sem interrupção, ou quando sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o flagranteado seguiu em determinada direção ou proximidade (BRASIL, 1941).

Evidentemente que em casos concretos tais situações nem sempre se mostrarão tão bem delineadas, e é por essa mesma razão que tanto o juízo da audiência de custódia, como àquele atuante na fase processual e até os tribunais podem vir a se debruçar sobre o tema, seja enquanto tentativa de descaracterização, em audiência de custódia, das hipóteses que possibilitam a prisão em flagrante diante do caso em concreto, pleiteando-se o relaxamento desta, ou durante o trâmite da ação penal enquanto tentativa de desconstrução da autoria delituosa, podendo inclusive ser apreciada em sede de segundo grau, em razão de eventual interposição de recursos que rediscutam a matéria ou *Habeas Corpus*, como no caso abaixo colacionado em que fora impetrado àquele remédio constitucional perante o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas:

Ocorre que a impetrante sustenta, com razão, que a prisão em flagrante do paciente foi ilegal, pois o acusado não fora preso logo após o crime, mas apenas no outro dia em casa, e que nenhum instrumento do crime foi encontrado em sua posse, descaracterizando quaisquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal que assim se apresenta: Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. 17 – Pelos depoimentos prestados no inquérito policial, observa-se que a testemunha, Capitão Antônio Fortunato, que participou da prisão do paciente, afirmou que “[...] ao chegar de serviço no Batalhão de Polícia da cidade de União dos Palmares, foi convocado juntamente com todos os Oficiais do referido Batalhão de Polícia, para participar de uma Operação já em curso, referente a um homicídio ocorrido no dia 27/02/2020 às 19h30; Que foram formadas seis guarnições e que cada uma foi incumbida de um ponto distinto de busca específica [...]”. 18 – No interrogatório do conduzido, este afirmou “[...] que no dia de hoje, por volta das 12h, o atuado se encontrava em sua residência juntamente com seus pais e sua irmã Claudiane, quando apareceram em sua porta três viaturas da Polícia Militar; que os militares ao avistarem o atuado deram voz de prisão e o conduziram até o xadrez do camburão [...]”. 19 – Pois bem, da leitura dos depoimentos, extrai-se que o crime ocorreu no dia 27/02/2020, sendo o acusado detido no dia seguinte (28/02/2020), sem que para isso tenha sido comprovada a perseguição logo após o crime, hipótese em que ficaria caracterizada a situação de flagrância. 20 – Ao contrário, pelo depoimento do capitão da polícia militar, o que foi feito no dia posterior foi uma operação para prender o suspeito do crime. Neste caso, um mandado de prisão era imprescindível para detenção do paciente (BRASIL, 2020).

Passando à última hipótese de flagrante delito, esta constitui o chamado flagrante presumido ou ficto, nesta o agente não fora encontrado em plena execução do crime ou logo após finalizar a prática delituosa, nem tampouco tendo sido perseguido. Nessa modalidade de flagrante o agente é encontrado com a *res* objeto do crime, e é em razão da posse de tais objetos, armas, documentos etc. que o CPP presume como autor àquele possuidor (BRASIL, 1941). No entanto, é razoável atentar para o fato de que esse flagrante presumido, em decorrência de o agente se achar com o objeto de determinado delito, não pode ocorrer a qualquer tempo indiscriminadamente após a conduta delituosa, sob pena de estar se alongando demasiadamente o período de flagrante delito e o tornando mais passível de erro e menos confiável quanto ao real autor do delito.

Observe que a hipótese do flagrante ficto nem sempre culminará no mesmo tipo penal que recaiu anteriormente sobre o objeto. Para exemplificar essa questão, imagine que ocorrerá um crime de roubo e o autor deste não fora flagrantado quando da ação delituosa ou logo após terminá-la, nem tendo sido perseguido após o cometimento daquela, imagine agora que tal agente, entendendo que continuar na posse do objeto poderia lhe incriminar, termina decidindo vendê-lo a um terceiro; após alguns dias do repasse dos objetos roubados à um terceiro, a Polícia recebe informações e diligencia no sentido de capturar este último, agora possuidor do objeto, logo, nessa situação, não há que se falar em flagrante em crime de roubo onde não se poderia mais presumir a autoria delituosa, porém, quanto ao crime de receptação do art. 180 do Código Penal (BRASIL, 1940), o flagrante se mostraria plenamente possível (BRASIL, 1941).

Tais hipóteses explanadas neste tópico constituem objeto obrigatório de análise pelo magistrado responsável pela realização da audiência de custódia, como mencionado anteriormente, e entendendo, quando dessa análise em concreto das prisões, não ter sido configurada hipótese de flagrante delito prevista no art. 302 do CPP, deverá então proceder com o relaxamento do flagrante, nos termos da mesma legislação processual penal, por força do art. 310, inciso I, abaixo em destaque:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou (BRASIL, 1941).

Note-se, no entanto, que o relaxamento da prisão em flagrante possui relação somente com o aspecto da legalidade daquela, nada impedindo que, embora entendendo o magistrado não ter a situação, em concreto, se amoldado às hipóteses do art. 302 do CPP, e, após

requerimento dos legitimados do art. 311 do CPP pela conversão do flagrante em preventiva, possa àquele vir a realizar tal conversão quando demonstrado os requisitos que permitem a segregação cautelar naquele momento (BRASIL, 1941). Esse entendimento é consolidado na jurisprudência do STJ nos seguintes termos: “A discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar[...]” (BRASIL, 2018), demonstrando, assim, que o decreto preventivo pode vir a sanar os vícios relativos ao flagrante delito.

Nesse mesmo sentido, Pacelli e Fischer (2019), entendem que o relaxamento da prisão em sede de audiência de custódia não implica necessariamente em concessão de liberdade provisória para o flagranteado. O entendimento ora ressaltado é, sem dúvidas, o mais acertado, uma vez que o flagrante delito e o decreto preventivo constituem institutos diferentes e com fundamentações e observâncias legais próprias, de modo que a ilegalidade daquele primeiro não tem o condão de impossibilitar que seja decretada a prisão preventiva do agente delituoso quando preenchidos os requisitos presentes na legislação.

5 DOS REQUISITOS QUE POSSIBILITAM A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

Superada as questões quanto a legalidade do flagrante delito, bem como suas consequências, a análise feita pelo juiz da audiência de custódia deve repousar sobre a necessidade de conversão do flagrante delito em prisão preventiva, no entanto, somente quando demonstrada a imprescindibilidade dessa medida, conforme bem aponta Mendes e Branco (2020), ou concessão de liberdade provisória com a aplicação das medidas cautelares constantes do art. 319 do CPP, que podem ir desde o comparecimento periódico em juízo até a medida entendida como mais gravosa dentre aquelas distintas da prisão: o monitoramento eletrônico (BRASIL, 1941).

Importante ainda ressaltar que por força do art. 311 do CPP, recentemente alterado pela lei 13.964/2019, não mais cabe a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso da ação penal (BRASIL, 1941), seguindo a tendência da doutrina e jurisprudência que enxergavam uma incompatibilidade entre um sistema acusatório e a atuação daquele ao emanar eventual decreto preventivo sem que houvesse intervenção do órgão acusador ou do delegado de polícia. Esse aspecto da atuação *ex officio* é inclusive ressaltado por Amaral (2014) entendendo que tal possibilidade constituía “ondas inquisitivas” presentes, à época, no processo

penal pátrio. As alterações do texto abaixo destacadas, em que se suprimiu a expressão “de ofício” anteriormente presente no texto, embora inovem somente na fase processual, terminam repercutindo inclusive no debate sobre a atuação do juiz na fase pré-processual:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Note-se que no tocante à possibilidade de o magistrado, de ofício, decretar a prisão preventiva na fase pré-processual a redação é nítida quanto a sua impossibilidade, entretanto, em algumas situações pode surgir a indagação quanto ao conteúdo da conversão do flagrante em preventiva, em sede audiência de custódia, com previsão no art. 310, inciso I do CPP, se seria àquela situação possível ainda que não houvesse requerimento do membro do *Parquet* ou representação da autoridade policial, na forma como posta na redação processual penal, com alterações dadas pela lei 13.964/2019:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (BRASIL, 1941).

Tal “confusão” surge, principalmente, por não haver distinguido, o legislador, a conversão do flagrante em preventiva da decretação da prisão preventiva. No entanto, parece ter sido exatamente essa a intenção daquele, ao passo que, não se distinguindo os institutos, o agir de ofício pela autoridade judicial é vedado em ambas as situações, dependendo, pois, a conversão do flagrante delito em preventiva, do prévio requerimento ou representação dos legitimados destacados no art. 311 do CPP (BRASIL, 1941).

Há ainda posicionamentos no sentido de que no caso da representação feita pelo Delegado de Polícia, a formalização do auto de prisão em flagrante seria objeto de materialização da própria representação da autoridade policial pela prisão preventiva, descaracterizando, portanto, o agir de ofício do magistrado quando convertesse a prisão em flagrante em preventiva, entendendo, dessa forma, que o ato de levar a conhecimento do judiciário os fatos ocorridos, através do auto de prisão em flagrante, funciona como provocação à posterior manifestação judicial.

Data vênia aos entendimentos apresentados no parágrafo anterior, não parece assistir total razão aos que entendem da forma posta acima. A primeira questão a ser apontada é a de

que a lavratura do auto de prisão em flagrante consiste em cientificação da prisão e da situação de sua ocorrência, sendo, para Bonfim (2019), peça formal, com observância em lei e forma de garantia do indivíduo preso contra eventuais ilegalidades, dessa forma, e partindo dos entendimentos ora ressaltados, entende-se a provocação dirigida ao judiciário, através daqueles autos, em princípio, como fator que reside tão somente na adequação ou não da situação em que ocorreu a prisão às hipóteses de flagrante discriminadas no artigo 302 do CPP, visto que nem sempre haverá, nos autos, menção à necessidade do decreto preventivo e o seu cabimento frente as hipóteses que o possibilitam.

Nesse sentido, a mera formalização do auto de prisão em flagrante, essencialmente descritivo, não pode servir como provocação suficientemente apta a retirar o caráter oficioso de futura manifestação do juiz da audiência de custódia. Em verdade, a representação da autoridade policial em relação ao decreto preventivo muito embora possa ser feita no próprio bojo daqueles autos, precisa, para sua correta função, demonstrar não somente a subsunção entre legislação processual penal e o caso em concreto, como também a necessidade e adequação da medida. Nesse mesmo sentido, embasado pelos novos ditames do “pacote anticrime” foi o entendimento exarado nos autos do julgamento de *Habeas Corpus* perante o STF:

– A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...] – Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva[...] (BRASIL, 2020).

Pontuadas tais questões que poderiam dificultar a explanação do que se seguiria, importante agora iniciar a exposição acerca dos requisitos que possibilitam a conversão da prisão em flagrante em preventiva, primeiramente separando-os em requisitos objetivos, relativos, portanto, ao cabimento legal do decreto preventivo, e, posteriormente, quanto aos requisitos subjetivos autorizadores da prisão preventiva, em atividade mais discricionária, vez que passíveis de conceitos e interpretações mais amplos, no entanto, encontrando limites na própria legislação em que previstos, para tanto, destaca-se abaixo a redação do art. 313 do CPP onde constam, inicialmente, as hipóteses de cabimento:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (BRASIL, 1941).

A primeira hipótese trazida já demonstra a impossibilidade da prisão preventiva em se tratando de crimes culposos, ou seja, cometidos sem uma vontade específica em atingir certo fim, e sim concretizados no plano fático em razão de imperícia, imprudência ou negligência do autor (BRASIL, 1941). Porém, essa situação não impossibilita que um crime, cuja posterior elucidação em fase de instrução tenha sido entendido como culposos, quando do seu cometimento tenha sido autuado o agente em sua modalidade dolosa, visto que essa aparente contradição com a lei ocorre porque, não raramente, na fase pré-processual, especialmente no momento de flagrante delito, os elementos ainda são frágeis para que se determine ter sido culposos alguns crimes, e, dessa forma, restando ser enquadrados como dolosos, admite-se perfeitamente a situação flagrancial.

Ressalte-se ainda que a previsão constante do inciso I não se aplica aos incisos II e III do artigo ora em destaque, constituindo, pois, hipóteses autônomas de cabimento do decreto preventivo. Nesse sentido, portanto, podemos citar o crime de ameaça, com previsão no art. 147 do Código Penal (BRASIL, 1940), neste, em sendo demonstrado conjuntamente os requisitos do art. 312 do CPP, bem como indícios da autoria delituosa e materialidade do crime, caso tenha sido cometido contra a mulher no âmbito doméstico, nos termos do inciso III, poderá vir a ensejar o decreto preventivo, ainda que o crime tenha pena inferior a 04 (quatro) anos, ressaltando o caráter da autonomia das hipóteses do rol do 313 do CPP (BRASIL, 1941).

O art. 313 também coloca a reiteração em crime doloso como sendo hipótese apta ao cabimento da prisão preventiva, dessa forma, já tendo sido condenado o agente em crime doloso e, posteriormente, tenha vindo a praticar outro delito na modalidade dolosa e se achando este em sede audiência de custódia, poderá, desde que presentes os demais requisitos já mencionados, ter sua prisão em flagrante convertida em preventiva (BRASIL, 1941).

Outras hipóteses também possibilitam a decretação da prisão preventiva, se diferenciando, no entanto, em relação àquelas contidas no rol de incisos do art. 313 do CPP, isso porque, nos termos do art. 313, §1º, é admitida a decretação da prisão para fins de identificação do preso, entretanto, após devidamente identificado deve logo ser posto em liberdade, sob pena de ilegalidade, perceptível, ainda, que por força do próprio art. 313 do CPP, além da ausência de

identificação civil ou de elementos aptos a esclarecê-la, é necessário o preenchimento, concomitantemente, de um dos requisitos do art. 312 do mesmo diploma, para possibilitar o decreto preventivo, nos termos da redação transcrita abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

No próprio caput do art. 313 do CPP há menção à necessidade de conjugá-lo, quando do caso em concreto, com o art. 312 do mesmo código, perfazendo, pois, uma junção entre requisitos objetivos e subjetivos capazes de possibilitar a conversão ou decretação da prisão preventiva, tal situação evidenciando uma relação de conjugação entre os artigos retromencionados é abordada pela doutrina:

Não é despidendo, a seu turno, que as hipóteses materializadas no artigo 313 do CPP não dispensam a verificação dos pressupostos inerentes a qualquer medida cautelar já analisados acima, quais sejam, a existência de prova da ocorrência de um crime e indícios de que o sujeito passivo da cautela foi seu autor ou partícipe, e a verificação de que a liberdade deste representa um concreto risco à aplicação da lei penal, à instrução criminal ou à ordem pública ou econômica. Ou seja, é mister conjugar, sempre, a hipótese de *cabimento legal* da prisão preventiva (artigo 313) com os *requisitos ou motivos autorizadores* indicados no art. 312 do CPP (CRUZ, 2020, p. 252).

Os requisitos, de ordem subjetiva, assim comumente chamados, que autorizam a prisão preventiva, estão discriminados no art. 312 do CPP, tais conceitos são objetos de debates pela doutrina, sobretudo em razão de sua extensão, não sendo raro, pois, que o embate jurídico se dê especialmente quanto a esses requisitos. Importante, portanto, antes de adentrar em possíveis embates colocados pela doutrina e jurisprudência, conhecer os exatos termos contidos na legislação processual penal colacionada abaixo:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

Buscando iniciar a exposição do que seria ordem pública, ou pelo menos buscar uma aproximação com o seu real sentido, e utilizando, primeiramente, das ideias formuladas por Nucci (2020) que entende que o alcance da expressão ordem pública encontra sentido no abalo causado a uma determinada sociedade, mormente o surgimento do sentimento de impunidade e insegurança a partir daquela prática delituosa, capaz, inclusive, de causar traumas à vida de muitos, esse entendimento sobre o que seria o abalado à ordem pública compartilha de um traço

comum ressaltado por diversos doutrinadores: o sentimento de insegurança e impunidade no meio social após determinado crime. Por outro lado, Capez (2020) resalta uma vertente diferente ao sentido daquela expressão, entendendo constituir fundamento de eventual prisão pautada na necessidade de impedir o agente de continuar a delinquir.

No entanto, nem todo crime desperta tais sentimentos nos indivíduos, e, além do mais, a invocação da necessidade de se garantir a ordem pública, por si só, não constitui fundamentação suficiente a permitir o decreto preventivo, sendo necessário ainda a conjugação com alguma das hipóteses do art. 313 do CPP e a presença de indícios de autoria delituosa e prova da materialidade (BRASIL, 1941). Assim, a despeito da expressão “ordem pública” ora em análise, e em mesmo sentido ao entendimento apresentado pela doutrina, em parágrafo anterior, os Tribunais têm entendido que àquela expressão também abrange a situação em que se verifica um perigo, em concreto, de reiteração delitiva de determinado agente. Este foi o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do *Habeas Corpus* abaixo colacionado:

3. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitado na periculosidade dos acusados, pois já respondem processos criminais pela prática de crime da mesma espécie, o que é admitido por esta Corte como fundamento idôneo para a decretação da custódia, haja vista concreto risco de reiteração delitiva em face da vivência delitiva dos indicados. 4. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública (BRASIL, 2018).

Fato é que tal dispositivo, com previsão no art. 312 do CPP, é comumente criticado por essa ausência de uma legalidade estrita, colocando, em situações diversas, nas mãos dos magistrados, a tarefa de proceder com uma interpretação hermenêutica. Esse tipo de interpretação, nas palavras de Maximiliano (2017) consiste em descobrir o sentido e alcance das expressões jurídicas. Essa tarefa, portanto, é objeto pelo qual os operadores do direito se debruçarão e buscarão validar suas proposições ou invalidar entendimentos já postos, configurando, assim, a atividade tipicamente jurisdicional, com a atuação dos mais diversos agentes na busca por fundamentar eventual pleito.

Em relação às demais hipóteses apresentadas no caput do art. 312, no que diz respeito à conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, parecem ganhar sentido, respectivamente, quando no trâmite da ação penal e, posteriormente, quando de eventual condenação (BRASIL, 1941). Nucci (2020) destaca, inclusive, a “gradação” trazida naquele dispositivo, bem como corrobora com o entendimento ora exposto, o de que a aplicação da lei penal possui relação com a condenação, e, ainda destacando que o principal empecilho à efetiva aplicação, seria a fuga do condenado, mormente restaria fundamentada a necessidade do decreto

preventivo. Já a prisão para fins de conveniência da instrução criminal, destaca o autor as situações em que o réu busca a destruição de provas, ameaça de testemunhas etc., atitudes estas que tumultuariam o trâmite processual.

A prisão preventiva, para fins de garantia da ordem econômica (BRASIL, 1941), embora para alguns doutrinadores também constitua conceito vago tal qual o conceito de “ordem pública” não é objeto tão marcante de crítica, sobretudo em razão de sua menor ocorrência ou utilização em casos concretos, o entendimento de eventual decreto preventivo consubstanciado nesse artigo é o de que o crime deve ser de gravidade tal que a medida unicamente suficiente seria a segregação cautelar, portanto, nenhuma novidade em se tratando dessa hipótese, haja vista que todas as medidas adotadas devem observar o *periculum in libertatis*, ou seja, o perigo do agente estar em liberdade, destacado no próprio dispositivo em questão.

6 DO PACOTE ANTICRIME E DA REAFIRMAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Incorporadas à legislação processual penal através da lei 13.964/2019, uma das disposições que parecem mais ter servido de orientação ao autor da lei ora em destaque foi a opção em reafirmar um sistema acusatório, logo no art. 3º-A do CPP, sistema este marcado pela separação de funções de acusação e julgamento, ao passo em que se vedou, expressamente, a atuação do juiz na fase investigativa e na substituição da atuação probatória do Ministério Público (BRASIL, 1941).

A característica desse sistema termina por eliminar disposições que permitiam a atuação da autoridade judicial em situações que mais se aproximavam de um processo penal inquisitorial, como no caso, por exemplo, da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, disposição essa que também constituiu objeto de vedação pela legislação acima mencionada (BRASIL, 1941) conforme amplamente discutido ao longo desta pesquisa. Em comentários à lei anticrime, o autor abaixo destacado tece os seguintes comentários em mesmo sentido:

Assim, de acordo com a nova redação dos arts 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do CPP, permite-se a decretação das medidas cautelares pessoais (inclusive da prisão preventiva) apenas mediante *provocação*[...]

A proibição absoluta da iniciativa judicial atende ao princípio acusatório (art. 129, I, da CF), pois a decretação das medidas cautelares pessoais implica o exercício da jurisdição penal cautelar, e, portanto, exige provocação do Ministério Público, do ofendido ou da autoridade policial (FULLER, 2020, p.202).

Observe-se ainda que, antes das alterações retromencionadas, a nomenclatura “audiência de custódia” sequer constava no Código processual penal, presente neste, tão somente as

medidas que poderiam ser adotadas quando da análise das prisões. E embora não fosse exigida a previsão da audiência de custódia em lei em sentido formal, já que prevista em tratado internacional incorporado ao ordenamento pátrio, como mencionado em parágrafos anteriores, o seu surgimento no CPP traz mais reconhecimento e reafirmação ao instituto, uma vez que uniformiza, em único dispositivo, a previsão da realização da audiência e a análise das prisões durante àquela, tal disposição consta agora no art. 310 do CPP:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (BRASIL, 1941).

Ressalte-se também que o pacote anticrime trouxe, como forma de estabelecer de vez a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, o dever de relaxamento da prisão quando a audiência não ocorrer sem motivação idônea, vez que constituiria ilegalidade e desaguaria, inclusive, em responsabilidade da autoridade que deu causa a não realização (BRASIL, 1941), porém, apesar do entendimento ora apresentado, o dispositivo que trata do tema, o art. 310, §4º do CPP, teve sua eficácia suspensa em virtude de liminar concedida no âmbito da Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.299 que questiona diversos dispositivos da lei 13.964/19.

Suspenso tal dispositivo e até que sobrevenha decisão do STF sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei 13.964/19, o entendimento sinalizado com o advento da referida lei, é o de que a não realização da audiência de custódia constitui ilegalidade e o relaxamento da prisão daquele que não passou pela dita audiência seria medida imediata a ser adotada, quando não fosse emanado decreto preventivo pela autoridade judiciária capaz de sanar eventual ilegalidade em razão de não ter ocorrido àquela, porém, tais questões ainda se mostram controversas, visto que dependem de uma análise detida e separada entre as consequências do flagrante delito e a decretação de eventual prisão preventiva, mas, para fins de discussão no presente pesquisa, interessa apenas conhecer da questão controversa.

Desse modo, e embora alguns dispositivos da referida lei ainda tenham que passar pelo crivo do STF, acerca de sua constitucionalidade, as alterações que apenas trataram de reafirmar o entendimento já bastante presente, e em algumas situações até consolidado, pela doutrina e jurisprudência pátria, como no caso impossibilidade de o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva, bem como a sinalização da obrigatoriedade na realização da audiência de custódia (BRASIL, 1941), não parecem apresentar maiores entraves ao reconhecimento, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de sua consonância com a Constituição federal e a

CADH, enquanto legislação supralegal, responsável por incorporar o instituto da audiência de custódia, ou audiência de apresentação do preso, em território brasileiro.

Essa obrigação na realização da audiência de custódia ganha especial importância frente a quantidade de presos provisórios no Brasil que, conforme levantamento de dados feito pelo Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN (2020), entre janeiro e junho de 2020, abrangendo unidades penitenciárias estaduais e federais, equivaliam a cerca de 29,8% dos 702.069 mil presos em diferentes regimes, totalizando, pois, um total de 209.257 presos sem condenação no País, demonstrando, assim, a necessidade de que o controle das prisões se faça desde o início, quando da verificação da necessidade da segregação do preso em flagrante delito durante realização da audiência de custódia, evitando-se uma superlotação desnecessária desses sistemas, mormente quando se verifica que medidas cautelares outras seriam suficientes naquele momento processual.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou o estudo da audiência de custódia, tendo como objetivo geral analisar os atuais contornos da audiência de custódia a partir da indagação de como tem ocorrido a análise das prisões em flagrante quando da referida audiência. Durante exposição inicial do tema discutiu-se o histórico da audiência de custódia e questões que envolvem seu atual contexto, dentre críticas e elogios, tendo ainda sido observado que esta, apesar da incorporação no ordenamento pátrio ter se dado em 1992, só fora regulamentada em meados de 2015, demonstrando, pois, a inobservância, por mais de duas décadas, dessa garantia processual penal por parte do Estado.

Posteriormente, tratou-se da sistemática da audiência de custódia, sendo destacado os principais passos desde a prisão em flagrante até a realização da audiência. Após, buscou-se descrever as hipóteses de flagrante delito na legislação e demonstrar sua relação com o relaxamento de prisão em sede de audiência de custódia, sendo demonstrado que a análise do flagrante delito consiste em matéria de apreciação obrigatória pelo juiz quando da realização daquela audiência. Identificou-se, ainda, os requisitos que possibilitam o decreto preventivo em sede de audiência de custódia, mormente a imprescindibilidade da legislação processual penal para fins de legalidade das prisões, bem como a problemática do papel do magistrado enquanto sujeito interpretador de conceitos mais amplos como “ordem pública”, além de limites à atuação daquele frente aos entendimentos jurisprudenciais e em razão de alterações legislativas.

Por fim, foram discutidas algumas das importantes alterações, no que concerne a audiência de custódia, introduzidas na legislação processual penal através do pacote anticrime, destacando-se, sobretudo, a reafirmação de um sistema acusatório; a impossibilidade do agir de ofício pela autoridade judicial em eventual decretação de prisão; o entendimento sobre a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e a responsabilidade das autoridades quando derem causa a não realização daquela. Dessa forma, e por constituir o presente artigo apenas um recorte sobre o tema, outras questões podem vir a ser discutidas a partir desta pesquisa, como, por exemplo, uma abordagem das medidas cautelares fixadas na audiência de custódia; o papel do Juiz, Ministério Público e defesa durante audiência de custódia; bem como os reflexos do “pacote anticrime” na referida audiência.

O estudo da audiência de custódia, portanto, possibilitou que fossem destacados erros, acertos e discussões diversas que perpassam desde os mais entusiastas de medidas extremas e chega até os que se denominam contrários ao que se tem comumente chamado de “cultura do encarceramento”, fato é que o amadurecimento na forma de pensar o sistema prisional já não podia mais subsistir somente enquanto um ideal a ser atingido, e sim como um plano que deve ser efetivamente executado, percebe então que a preocupação não reside exclusivamente no “ser solto” ou no “continuar preso”, ela ultrapassa essa barreira e coloca o procedimento como foco, a exemplo da observância à atuação do juiz balizada por dispositivos legais, bem ainda a impossibilidade do seu agir de ofício quando da conversão de um flagrante em prisão preventiva, reafirmando o fortalecimento de garantias constitucionais e processuais penais.

Desta feita, o presente artigo possibilitou que se vislumbrasse um instituto que surge como forma de modernização do poder de punir do Estado, ante a percepção de um sistema prisional falho, cheio de máculas e pouco efetivo em sua finalidade, quando, em conjunto com suas constantes modernizações, busca reafirmar a liberdade do homem como regra e o seu eventual enclausuramento deve ser devidamente fundamentado, sob pena de se cair no abismo de prisões arbitrárias. A despeito dos avanços, no entanto, não se poderia falar em instituto perfeito, tratando-se, em verdade, de construção lenta e conjunta entre leis, doutrina, e jurisprudência que debatem e confrontam-se, e talvez seja esse o grande cerne do amadurecimento dos diversos institutos jurídicos, e em especial a audiência de custódia ao anunciar um novo olhar ao sistema prisional, medidas cautelares e segregação do homem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2020.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 Abr. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de Nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 05 de Nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 05 Nov. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN).

Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmlzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MlYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

Acesso em: 05 de Nov. 2020.

BRASIL. **Provimento conjunto nº 03/2015**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 17 de Set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 213/2015 – Conselho Nacional de Justiça. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>.

Acesso em: 05 de Abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 188.888/MG**. “Habeas Corpus” – audiência de custódia (ou de apresentação) não realizada – a audiência de custódia (ou de apresentação) como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar – direito fundamental assegurado pela convenção americana de direitos humanos (artigo 7, n. 5) e pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos (artigo 9, n. 3) – reconhecimento jurisdicional, pelo supremo tribunal federal (adpf 347-mc/df, rel. min. marco aurélio), da imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) como expressão do dever do estado brasileiro de cumprir, fielmente, os compromissos assumidos na ordem internacional – “pacta sunt servanda”: cláusula geral de observância e execução dos tratados internacionais (convenção de viena sobre o direito dos tratados, artigo 26) – previsão da audiência de custódia (ou de apresentação) no ordenamento positivo doméstico (lei nº 13.964/2019 e resolução cnj nº 213/2015) – inadmissibilidade da não realização desse ato, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríplice responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-lo (cpp, art. 310, § 3º, na redação dada pela lei nº 13.964/2019) – “habeas corpus” concedido de ofício. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>. Acesso em 01 de Nov. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 425.414/RS**. Processual penal e penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Nulidade. Constrangimento ilegal por não realização da audiência de custódia. Superveniência do decreto de prisão preventiva. Questões superadas. Fundamentação concreta. Reiteração delitiva. Ilegalidade. Ausência. Aplicação de medidas alternativas à prisão. Insuficiência à garantia da ordem público. Habeas corpus denegado. 1. A discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar. 2. Em relação à ausência da audiência de custódia, ressaltava pessoal compreensão diversa, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que sua não realização não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema. 3. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitado na periculosidade dos acusados, pois já respondem processos criminais pela prática de crime da mesma espécie, o que é admitido por esta Corte como fundamento idôneo para a decretação da custódia, haja

vista concreto risco de reiteração delitiva em face da vivência delitiva dos indiciados. 4. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. Precedentes. 5. Habeas corpus denegado. (HC 425.414/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018) Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702996594&dt_publicacao=14/03/2018. Acesso em: 02 de Nov. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP**. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento conjunto 03/2015 do tribunal de justiça de são paulo. Audiência de custódia. [...] 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. [...] 11. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. Relator: Ministro Luiz Fux, 20 de Agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563579&ext=.pdf>. Acesso em: 17 Out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Habeas Corpus n.º 0801568-89.2020.8.02.0000**. Penal e processo penal. Habeas corpus. Acusação de latrocínio. Prisão em flagrante e conversão em preventiva. Flagrante não configurado. Paciente preso no dia seguinte sem comprovação de perseguição. Impossibilidade da prisão preventiva de ofício. Prisão substituída por medidas cautelares. Paciente que responde a outra ação penal. Ordem conhecida e parcialmente concedida. 1 – A impetrante sustentou, com razão, que a prisão em flagrante do paciente foi ilegal, pois o acusado não fora preso logo após o crime, mas apenas no outro dia em casa, e que nenhum instrumento do crime foi encontrado em sua posse, descaracterizando quaisquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. [...] 3 – Ordem conhecida e, parcialmente, concedida. Impetrante/Def : João Fiorillo de Souza e Bernardo Salomão Eulálio de Souza Impetrado : Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de União dos Palmares, 06 de Abril de 2020. Disponível em:

<https://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=273512&cdForo=0>. Acesso em: 31 de Out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º Ed. Bahia:

Juspodivm, 2020.

FULLER, Paulo Henrique. Alterações ao Código de Processo Penal. *In*: JUNQUEIRA, Gustavo;

VANZOLINI, Patrícia; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada: artigo por artigo; inclui a**

decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Cap. 3, p. 80-221.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15.

ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua**

Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TEIXEIRA, Yuri Serra. **Do grande encarceramento à audiência de custódia: reflexões etnográficas**

sobre a seletividade penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



SOCIAL JUSTICE

ANALISYS OF THE CONCEPT OF ECONOMIC JUSTICE ACCORDING TO C. B. MACPHERSON

Celio Roberto Correa

Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional (UNINTER). Advogado.

Jéssica Jane de Souza

Mestranda em Direito no Centro Universitário Internacional (UNINTER). Advogada.

Resumo: This article refers to studies and research on the economic justice model proposed by C. B. Macpherson, aimed at promoting social justice. Currently, much is discussed about the interdisciplinarity of law and how economics can positively contribute to the Study of Social Justice. Considering that economic justice is based on market and economic capital matters, as well as on equal accesses, it is necessary to understand it to further reflect on the possibility of using such a justice model as a means of promoting social justice, that is, of something that aims at collective well-being. The article is organized as follows: the first section presents theoretical aspects about the concept of justice and economic justice; section two seeks to comprehend whether economic justice is capable of preserving human dignity; section three describes the proposal for the return of economic justice according to C. B. Macpherson. It ends by presenting the final considerations, suggestions for future work and the references used.

Palavras-chave: Concept of Justice; Equal accesses; Economy.

Submetido em 06 de março de 2021. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUCTION

The article seeks to analyze the conception of economic justice from the work "The Rise and fall of economic justice and other essays" by C. B. Macpherson, it is believed that such a model contributes to the promotion of social justice.

The Author, who has a deep knowledge in political theory, begins his work with the concept of economic justice, which differs from the fundamentals of the concept of justice in general.

Historically, the definition of justice has undergone transformations, with the Aristotelian doctrine being responsible for formulating the first and current concept of economic justice.

This type of justice has a character linked to monetary and ethical values, its essence is in the protection of the individual and mainly in equality and collectivity matters.

As Law and Economics are increasingly closer, thus being its multidisciplinary necessary for the study of legal science, it is understood that the comprehension of economic justice and its functioning may be useful to strengthen social and academic debates, as the current model of justice in Brazil seems overloaded and ineffective.

Initially, it will be verified the concept of justice based on Hans Kelsen and other Authors who define access to justice aimed at social balance and protection of fundamental human rights, C.B Macpherson's conceptions will also be studied to delimit what is economic justice.

It also seeks, based on the work studied, to analyze whether economic justice is able to contribute towards minimizing social inequalities, considering that financial matters cause numerous problems such as hunger, environmental imbalance, education, justice and health access limitation.

Therefore, the methodology used in the studies and research carried out so far is the critical-reflexive one that operates through the bibliographic review.

In general terms, the possibilities of returning to the use of economic justice and if this can be considered something positive in the social sphere will be studied, since historically, there has been countless attempts that were ultimately unsuccessful, all explained by C. B Macpherson

2 JUSTICE AND ACCESS TO JUSTICE

In the words of Hans Kelsen (2001, p. 02), *justice is, above all, a possible, but not necessary, characteristic of a social order*. The Kelsenian conception of Justice can be understood as an inherent virtue to the human being, since a person can be considered "righteous" when

they behave according to a legal order considered fair, for satisfactorily regulating human behavior, to the point of allowing all to find their ideal of "happiness".

Hans Kelsen clarifies that happiness is not absolute, because in certain moments there will certainly be conflicts of interest, which can generate imbalances. Moment that the social order will not be able to resolve them to the point of making everyone involved equally satisfied¹.

Individuals have different conceptions of what happiness is, the social order can guarantee exclusively the objective-collective sense and not the subjective-individual. It is worth saying that happiness can be understood as the satisfaction of certain needs recognized as such by the social Authority - the legislator-, such as the need for food, clothing, housing and equivalents (KELSEN, 2001, p.03)

For Fernando L.L.D'Eça, Justice can be considered as *a principle of harmony, proportional equality and reciprocity* (D'EÇA, 2017, p. 43), understood as a process of exchange or distribution of goods and rights, inherent to intersubjective relations in order to attribute to each one what it really belongs to them. It is based, then, on valuation criteria, which aim to include economic content to legal relations.

According to the previously mentioned author, the term Justice can be used from a formal aspect that means the *faithful realization of the law* in the face of arbitrary actions, and in the substantial aspect, in which *essential social values are considered* (D'EÇA, 2017, p.44) to instruct the existing law. Such meanings must be recognized and reconciled to generate balance between the parties of a legal relationship, to preserve and limit the autonomy and the individuals dignity, as they are independent and indispensable within an organized civil society and cannot be misunderstood as the whole internalized in the form of State.

For John Rawls (1997, p.05) justice can be understood as a virtue of social institutions, just as the truth is for systems of thought. In this sense, when a theory is not true, it should be rejected or even revised, even if it is elegant and even economical, applying this reasoning to laws and institutions, it is useless to be organized and efficient if they are unjust, the right thing to do would be to abolish or reform them.

In this sense, to John Rawls each subject has something that is inviolable and that cannot be ignored by social welfare, as it is something based on justice. This being the reason why justice does not allow inequality, that is, that some are sacrificed for the good of the majority. Thus, in a

¹Kelsen explains that "If justice is happiness, then just social order is impossible, as long as justice means individual happiness. A just social order is impossible even on the premise that it seeks to provide, if not the individual happiness of each one, at least the greatest possible happiness to the greatest number of people". This concept refers to the idea of social justice that aims to cover most people.

society considered fair, it has equivalent and inviolable citizenship freedoms; justice ensures rights that cannot be negotiated by politics or valued in benefit of social interest. The author concludes that *an injustice is only tolerable when it is necessary to avoid an even greater injustice* (RAWLS, 1997, p.05), with justice being something unavailable.

Another equally important concept is that of access to Justice, which has historically undergone mutations based on social progress and the complexity of human relations.

Effective access to justice has gained prominence as a fundamental requirement, being considered one of the most basics of the human rights existing within a legal and egalitarian system (CAPELLETTI, 1988, p.12). Such recognition, social as it is, is necessary due to the need of having an effective balance of forces in all relationships, in order to ensure, especially for the underprivileged, giving them the proper representation and conditions to fight for their interests, transposing thus the obstacles that prevent access to justice (CAPELLETTI, 1988, p.9-12).

In Brazil, the State is responsible for creating means that facilitate equal access to Justice in all its areas, there are even mechanisms such as exemption from costs through Free Justice and the Public Defender's Office that aim to serve the needy population.

After a brief analysis of the concept of justice and access to justice, the study of what economic justice is begins, according to C.B Macpherson an obvious requirement is that its concept concerns the existing economic relations in a society, between individuals as producers, owners or exchangers of valuable goods and services (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 14-15).

Economic justice can be understood as a model of the overall concept of justice since economic relations can be seen as distinct from social and political relations and as a result, need specific principles and some ethical principle inferred in natural law.

The first mention of the term economic justice was made by Aristotle, in the fourth century BC, a period of the modern extremity, together with a distinction between simple market economy related to production and exchanges for consumption, from the complex market economy, which necessarily aims at profit, moment when traders bought products and resold them to obtain a profitable margin, with a focus on increasing their wealth (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 19).

For Aristotle, the complex economy destroyed man's dignified life, considering that its starting point was money, thus having an unnatural character from three perspectives. In the first, it appears that the acquisition has become an end by itself and not means to achieve a dignified life, the individual has become an accumulator and this process has no limits, and the dignified life needs only limited resources, it is an unfair economy, whereas a man makes a profit at the expense of others (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 19).

Aristotelian doctrine contributed to the maturation of the concept of economic justice in Medieval Europe, subdivided into commutative justice and distributive justice. The first refers to exchanges made for a "fair price", that is, a price that maintains social standards and a certain balance provides the producer with a gain that is consistent with their needs and social position. In this period, the values of the products were determined by social life, for example, with the occupation and qualification of the person and not with the market indexes.

Distributive justice, instead, is based on the ideal that every family should have the necessary income to maintain a dignified life, so there is a *distribution among citizens of society's the global product*, on the other hand, there is no accumulation of wealth by traders not to generate inequality and also not to jeopardize people's livelihoods and interfere in the means of consumption.

In the conception of Rodrigo Rabelo Lobregat (2017, p. 224), the effective realization of a social justice must contemplate the distributive modality and commutative retributive logic, so that each individual receives their consideration according to their work, personal production and creation. In this sense, when a good is produced by an entrepreneur, for example, they will take advantage of most of the consideration and the rest will be destined to society, and this will have to reserve part of the collection for people in situations of vulnerability.

With the evolution of society, economic justice has gone through periods of rise and fall, with its concept always being resumed according to Aristotle's guidelines, in which, basically, commutative justice demanded a fair price, exchanges should always be made between objects of the same value, at least for the value that both parts of the business agreed as fair. And the distributive was linked to the merit that each human being, the product of society was distributed according to the value that the citizen had to be entitled to the merchandise (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 22).

For C.B Macpherson (1991, p.28), in different periods of history, liberal theorists have omitted the notion of economic justice to emphasize the market and minimally compensate for distributive effects.

The Author explains that economic justice has disappeared because it is not viable for the State, consequently justice and its general model have also been affected, being reduced to the calculation of maximum utility, aimed at the solution of contracts. While the capitalist market economy gained space and a bias considered beneficial with the false idea that the concept of justice seemed to be unnecessary, even deluding theorists who no longer bothered to define it.

3 IS ECONOMIC JUSTICE ABLE TO PRESERVE HUMAN DIGNITY?

Art. 170 of the Constitution of the Republic of 1988¹ presents the fundamental principles of the economic order, which can be interpreted as a means of making the valorization of the working human being and at the same time guarantee their freedom.

The mentioned constitutional precept is not restricted to the economic sphere, since it turns to the sphere of social justice in which the collective bias prevails over individual interests, there is a reciprocal dependence between people.

In the words of Oscar Dias Corrêa (1994, p. 206), social justice implies in:

Improvement of living conditions and distribution of assets, reduction of social inequalities, with the rise of the less favored classes. It is not an objective that is achieved without continuous effort that affects the economic order itself and its beneficiaries

Social justice can interfere in the economic order, to contribute and implement the living conditions of everyone in society in search of achieving dignity and satisfaction (RODRIGUES, 2017, p. 162).

Luis Fernando Barzotto (2003, p.11) understands that *social justice can be based on the social character of the human being*. In this way, the individual only reaches it when he is involved in the whole, as in a network of obligatory relationships, it is as if everyone:

owe something to everyone as members of the community. Firstly, everyone must have their dignity as human beings recognized, which in the legal-political field means that everyone has identical rights and duties: "each citizen has the same legal and political rights", and to that extent, everyone can develop their "self-respect", which consists of "awareness of one's dignity and a certain ability to put it into action" (53) and which depends only on the status of a human person who is a member of the community.

In the contemporary world there is still disrespect for human rights, governments seem not to insist on defending them, perhaps because other interests may be in conflict with these rights, such as the acceleration of economic growth, or what sociologists tend to call social mobility and growing economic, that is, a system in which some people can aspire to a higher socioeconomic position, if necessary, at the expense of others (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 38).

Social evolution and the expansion of capitalism in all continents is undeniable, consequently man turned to the consumer society and started to prioritize individualism and

¹ Art. 170 of the 1988 Federal Constitution, The economic order, founded on the valorization of human work and free initiative, aims to ensure a dignified existence for all, according to the dictates of social justice, with due regard for the following principles.

having it, for C.B. Macpherson *it is necessary without delay to resize the individualism that is so important to us.* (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 39).

Misery spreads across the world without causing strangeness to most people, everyone seems to be concerned about the accumulation of their private capital and feel threatened by the possibility of new social and economic rights.

To answer the question contained in the title of this session, it is enough to be aware that in the third world countries the capitalist line has strength against human rights, whereas the advanced capitalist countries of the West, have lines of force against economic and social rights, they create obstacles to the accumulation of business capital. There is an increasing probability of interference with civil and political rights, in the sense of restricting them because government measures to combat economic stagnation are not viable (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 52).

In this sense, explains the Author, there is an illusion that economic growth is positive for everyone, when its foundation is based on the oppression of rights already conquered, people start to settle for less and put at risk everything that has been achieved after years of struggle for specific groups in society. The need to think collectively as in remote times is evident, in order to maintain the essential rights already guaranteed, such as, for example, health, education and respect for workers.

Economic justice seems to guarantee a certain social and economic balance, since it aims to value the individual, his work and generate an equal distribution of income, consequently preserving human dignity, for this reason it has fallen into disuse several times, because *as it triumphed capitalist market economy made the notions of distributive justice and commutative justice useless and obsolete* (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 27), in order to weaken the fight against market dominance.

C.B. Macpherson observes that over the centuries, specifically, in Western society in the 20th century, it is possible to identify three changes that resulted in the reemergence of economic justice, the first being the expansion of unions and workers' or social democratic parties, all use their concept as an ideal to even win voters.

The second change refers to the decline in competition in the face of capital concentrations, in which few companies with significant economic power dominate the market in different sectors. When this happens, it is not possible to say that the market treats buyers and sellers equally, fairly as previously studied, generating disparity and a supremacy of entrepreneurial capital over society (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 29).

Finally, the third change, equally important the others, is the presence of the State as an intervener in the distribution of income, the market is no longer solely responsible for the distribution of the annual and global product among those who contributed to its production.

Regarding the changes pointed out by Macpherson, it is clear that both are directly related to State intervention. See in this sense that the creation of Unions has always been subject to government approval, despite the recognized contradiction to the text enshrined in the OIT Convention No. 87, which is vigorous in ensuring union freedom. The same applies in relation to the decline in competition due to major mergers, which are also controlled, or rather, their incorporation plans properly approved by the State, which does so in the figure of the Administrative Council for Economic Defense - CADE.

As can be seen, in a certain way, the State prevents or distorts the distribution previously carried out by the market, *currently distribution is still mainly done through the markets, but not through the markets: the part that is done through the markets belongs to the State and to powerful groups* (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 29) of companies in full operation.

In this sense, it emerges from the Marxist State Theory that there is a confrontation from two perspectives, the first with the deep understanding that there is a very tenuous relationship between the capitalist class and the state apparatus, which is understood as an instrument of dominant classes, being used for their interests. The second perspective, on the other hand, considers to be correct the intervention of the State in very specific interests, which maintains a focus on the protection of social relations, and which serves as a requirement for the domination of the social class. This means to effectively say that the State is not working in favor of this or that class, but that in fact it ensures the maintenance of the rules that constitute and give life to the capitalist class society (OFFE, 1984, p. 122-124).

In effect, the concept of capitalist state “refers to an institutional form of public power in its relationship with material production”, marked by four determinations. The first is called “production privatization” and consists of the fact that public power within this capitalist structure cannot intervene in material production, entirely under the command of private initiative and, therefore, free from political interventions. The second determination on the other hand concerns “dependence on taxes”, that is, the State's dependence on the taxes it collects and which are necessary for the maintenance of the machine, and which directly depends on the volume accumulated by the private sphere (OFFE, 1984, pp. 122-124).

The third determination is “accumulation as a reference point”. Said content concerns the need of the State to promote means that favor private accumulation, which does not mean that

there are benefits directed to certain classes or layers, or even privileged access by capitalists in the decisions taken by the State in favor of the first, except in some institutional exceptions where the event actually safeguards the maintenance of the capitalist structure. In short, it consists of a bureaucracy that balances supply and demand (OFFE, 1984, p.124).

The last of the determinations concerns “democratic legitimation” and consists of obtaining the power that is achieved through general elections, that is, through majority support, recognized for being democratic, representative, and constitutional. It remains equally clear the fact that this formula for obtaining state power is dependent on a model where the public, the voter, is interested in maintaining the accumulation system, which encounters the institutional form of the government, equally dependent on the government. accumulation system (OFFE, 1984, p.124).

It can be seen with this that State intervention can be seen as a response to pressure from labor movements, also by pressure from organized capital sectors or even to try to save the system itself.

For Nancy Fraser (2006, p. 233) people who are subject to cultural and economic injustice need recognition and redistribution to be able to claim their needs. She asks, how is this possible? And replies that:

When dealing with collectives that approach the ideal type of the ideal class of the exploited working class, we face distributive injustices that need redistributive remedies. When we deal with collectives that approach the ideal type of sexuality despised in contrasts, we face injustices of negative discrimination that need acknowledgment remedies. In the first case, the remedy's logic is to end this group thing; in the second case, on the contrary, it is about valuing the group's "sense of group", recognizing its specificity.

The author defends that a possible remedy for economic injustice is the political-economic restructuring, with income redistribution, reorganization of the division of labor among other controls that directly reflect on society, but it is important to verify that the State must act in the interest of the public interest, it can thus be understood, that it must invoke economic justice as a means of promoting social justice.

In this same sense, Amartya Sen (p.288) understands that democratic freedom can be used as a mechanism to promote social justice and, in a way, favor a more just and quality policy. For that, for it is not a quick and easy process, it is necessary a political engagement of the citizens. In some places like Asia, India and China they have some experiences that demonstrate in practical terms the author's statement, that a more just society is possible when its democratic base is strong and is concerned with the rule of the majority and the rights of the minority.

4 THE RETURN OF ECONOMIC JUSTICE

This session begins with the contribution of Jhon Rawls (2011, p.89) by explaining that the just society is understood as the result of the construction of a social structure instrumentalized by the economy and politics to guarantee *equal opportunities*, and *in fairness society is interpreted as a cooperative enterprise for the benefit of all*.

C. B. Macpherson (1991, p. 31) explains the probable future of economic justice by examining distributive and commutative justice successively. For the Author, there is the possibility of an alliance between Corporate capital and the regulating State, in the sense of denying social democratic pressure and as a way to deconstruct the democratic process. As a result, a corporatist or plebiscitary state does not need to yield to the claims of distributive justice, on the contrary it would invoke other values such as efficiency and stability.

Faced with the economic collapse that affects populations, such as massive unemployment and rampant inflation, the aforementioned alliance would represent a single mechanism capable of saving countries, when there is a great social calamity, the claims of distributive justice are forgotten.

Another point refers to the conflict between democratic pressures and economic interests, which on one occasion may go in opposite directions. In the event that democracy is not overthrown, democratic forces tend to dominate the capitalist state and to overcome or transform it (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 31).

Assuming that the transformed society comes to fruition, would the concept of distributive justice have a long life? For C. B. Macpherson (1991, p. 31), no, because a transformed society would probably result from forces that can only plead for their own sake, as trade unions and social democratic parties do.

It is possible to conclude that the democratic state will always give priority to values other than distributive justice, with time this model of justice tends to disappear since when a society is realized, the concern of the movements responsible for its advent turns to other values summarized in the quality of life, for example, the quality of the physical environment, also of the social and economic institutions, among other references related to the development of human potentialities (MACPHERSON, C. B, 1991, p. 32), without the concern with issues of equality and poverty reduction.

Regarding commutative justice, CB Macpherson (1991, p. 33) considers the degree of revitalization of the concept of this type of justice to be impressive in the legislation and judicial

sentences of Western countries, countries are reinterpreting legislation so that there is a minimum of ethical content in commercial relations.

Such reinterpretation seeks to minimize the great inequality that existed in the values of barter and bargaining power, since the legal concept of extortion contracts seemed to be incorporated into the commutative principle of equal value exchange, in legislation there was also the prediction of an excessive price when a contract was not fulfilled, the so-called exorbitant clauses.

Finally, CB Macpherson (1991, p. 32) argues that the revitalization of commutative justice is unlikely to have a long life in the Western world, as well as distributive justice due to the tendency of state control in the distributive market, very present at the end of the century. XX.

Hypothetically, if corporate capital changes from a democratic State to a corporatist state, it will no longer be necessary to demand, even if for electoral purposes, a legislation that protects minorities. However, if the democratic state thrives and takes control of capital, the justice of private contracts loses its importance in the face of issues related to quality of life.

The only action that can prolong the life of the concept of economic justice is the growing pressure from third world countries, as they aim to improve their position in the economically advanced world.

Thus, for the third world countries, the concept of economic justice presents itself, sometimes as an offensive weapon, sometimes as a defensive weapon against the economic domination of the first world countries.

C.B. Macpherson concludes that the aforementioned concept seems doomed to not have a long life, it will always rise and fall from time to time in capitalist countries, until it is completely subdued by a totalitarian or corporatist state and even replaced by a new superior concept of human achievement.

5 FINAL CONSIDERATIONS

This research seeks to understand social justice through the concept of economic justice described by Author C.B Macpherson, as historically this model has been used more than once in an attempt to reduce social inequalities.

Initially, it is possible to believe that economic justice can greatly collaborate with the democratic State based on the rule of law, due to its collective character, economic equality is an important point.

However, neither the State nor the capital market has an interest in equity, in social justice, the State often complains about being supportive, but refuses to use means that contribute to human valorization, such as financial balance and quality of life for all.

The redistribution of income, democratic controls and a management focused on the community seem to be essential points for perhaps achieving social justice, equality seems to be an unattainable ideal, as it depends on the will and action of the State, no matter how much it is formed by the social body it seems to be shielded to review certain concepts.

Thus, in order to bring about C. B Macpherson's concept of economic justice, the concepts of general justice were presented descriptively, nomenclature used by the mentioned Author, as well as of economic justice and its subdivisions, all defined from the veil of social and economic equality.

As much as it is possible to question the concepts defended by the Author, there is no doubt that economic justice has been presented as an ideal since ancient civilizations and seems to be far from being achieved.

The explanations tend towards the construction of an egalitarian society; therefore, it is shown as an important instrument of promotion of social justice that can be used by the State, but that will always suffer limitations.

REFERENCES

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 5, n. 48, mai. 2003, p.11. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747>. Acesso em 5 ago. 2019.

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

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5ago. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CORREA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro : o societarismo**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.

D'EÇA, Fernando. L. Lobo. **Justiça Econômica**. In: **Justiça econômica e social**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2017.

FRASER, Nancy. (2006). **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**. Cadernos De Campo (São Paulo 1991), 15(14-15), 231-239. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>.

HANS KELSEN, Hans. **O que é Justiça: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOBREGAT, Rodrigo Rabelo. PASIN, João Bosco Coelho. Política Econômica e Doutrina Social: considerações preliminares e questões atuais. In: **Justiça econômica e social**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2017.

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes, e da propriedade na democracia do século XX; tradução Luiz Alberto Monjardim**. Rio de Janeiro: Paz Terra, 1991.

OFFE, C. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisseta e Lemita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 05.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Justiça Econômica. In: **Justiça econômica e social**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho. 1. Ed. São Paulo: Noeses, 2017, 162.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.



A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Robertônio Santos Pessoa

Doutor em Direito Administrativo pela UFPE; Pós-doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP; Pós-doutorando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Titular do Curso de Direito da UFPI (Universidade Federal do Piauí); Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFPI; Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas..

Resumo: O Estado moderno, assim como o direito administrativo, foi gestado a partir de duas tradições: o liberalismo político e as vertentes democráticas de diversos matizes. À tradição liberal vincula-se o Estado de direito, a separação de poderes, a defesa da propriedade e da liberdade individual. Já à tradição democrática se ligam os ideais de igualdade, soberania popular e participação. A situação atual resultante de quatro décadas de hegemonia neoliberal criou um cenário pós-democrática que gerou profundos impactos na dinâmica social, nas instituições estatais, na administração pública e no direito administrativo. Nesse contexto, o direito administrativo deixa de cumprir uma relevante função democrática, perdendo-se em um discurso efficientista que privilegia os aspectos gerenciais, manifestados geralmente na pregação da necessidade de realização nas múltiplas formas de parcerias com o setor privado. As tecnologias do management, são vistas como os instrumentos mais adequados para uma gestão pública mais eficiente. A premissa largamente difundida é que a gestão privada é sempre mais eficaz que a gestão pública, razão pela qual, para os novos players e reformadores, a Administração Pública deve assumir um papel meramente regulador. Dessa forma, a racionalidade neoliberal tem provocado uma erosão dos ideais de democracia, soberania popular, igualdade e participação, forjando, sob a pretensa modernidade de uma gramática “gerencial”, uma gestão pública e um direito administrativo negligentes em relação às exigências democráticas de participação cidadã na governança pública.

Palavras-chave: Administração democrática, gerencialismo, participação orgânica, participação procedimental.

Aprovado em maio de 2023.

1. NEOLIBERALISMO E PÓS-DEMOCRACIA

A situação atual tem sido caracterizada como “pós-democrática”. “Pós-democracia” é uma expressão proposta por Colin Crouch (2004, p. 104) para indicar a perda de relevância dos parlamentos e da soberania popular em consequência da globalização neoliberal. Para ele, a causa fundamental do declínio democrático na política contemporânea é o desequilíbrio entre o papel dos interesses corporativos e aqueles de praticamente todos os outros grupos. Isso tem ocasionado, segundo graus diversos, de acordo com tradição democrática de cada país, uma certa entropia da democracia, levando a política a se tornar novamente um negócio de elites, como foi nos tempos pré-democráticos.

O Estado moderno, e com ele também o direito administrativo, foi construído a partir de articulação de duas tradições: a tradição do liberalismo político e a tradição democrática. Ambas já estavam presentes nas bandeiras da Revolução Francesa: *liberté, égalité, fraternité*. À tradição do liberalismo está ligado o Estado de direito, a separação dos poderes e a defesa da liberdade individual. À tradição democrática, por sua vez, pertencem as ideias de igualdade e soberania popular. Chantal Mouffe (2005, p. 12) defende que não há uma relação necessária entre essas duas tradições, mas apenas articulações históricas que vêm se dando desde o século XVIII a partir das lutas comuns contra os regimes absolutistas. Assim, a democracia liberal moderna, consolidada pelo Estado Constitucional, tem consistido num processo de constante negociação entre as duas tradições, perdurando no centro dessas democracias liberais uma tensão constitutiva, que, num movimento, pendular, ora faz predominar uma, ora faz predominar a outra. O equilíbrio e a estabilidade política das sociedades contemporâneas têm dependido de negociações pragmáticas, como na fase do Estado de bem-estar, estabelecendo-se em certos períodos a prevalência da lógica liberal, enquanto, noutros, o avanço das exigências democráticas.

A situação atual, vista como “pós-democrática”, resulta da hegemonia neoliberal, que, em muitos casos, tem subvertido até mesmo os princípios tradicionais do liberalismo, com manifesto comprometimento dos valores democráticos. O resultado tem sido a progressiva instabilização da própria democracia liberal. Com a corrosão dos valores democráticos da igualdade e da soberania popular, os espaços onde diferentes projetos de sociedade pudessem se confrontar desaparecem paulatinamente. Os cidadãos se vêm progressivamente destituídos dos direitos inerentes ao *status civitatis*, retoricamente assegurado nas constituições. A “democracia” passa a significar somente eleições livres, funcionamento regular das instituições, defesa dos direitos individuais e liberdade de imprensa.

O “primeiro liberalismo”, aquele que tomou corpo no século XVIII, destacou-se pelas construções político-jurídicas que tinham como foco a questão dos *limites* do governo. Foi a partir desta tradição liberal que foi gestada a doutrina do direito administrativo, com nítidas perspectivas garantísticas, centrada em questões como, limites da atuação do Estado-Administração, sua submissão ao princípio da legalidade e defesa dos cidadãos em face das intervenções governamentais. Já o neoliberalismo, gestado a partir dos anos 80 no núcleo histórico do capitalismo, Reino Unido e nos Estados Unidos, rompeu com a visão deste primeiro liberalismo. Ele não se pergunta mais sobre os limites a serem dados ao governo político (Montesquieu), ao mercado (Adam Smith), aos direitos (John Locke) ou ao cálculo de utilidade (Jeremy Bentham).

Partindo de uma crítica ao Estado de bem-estar, o neoliberalismo se apresenta como uma “racionalidade governamental” moderna. Desfraldando a bandeira da eficiência, ocupou-se, num primeiro momento, com a “retirada” do Estado de domínios que este tradicionalmente ocupava, como a prestação de serviços públicos, sob a alegação da falência “modelos burocráticos”. Nas últimas décadas, com a intensificação dos processos de acumulação capitalista, parece pretender algo mais ambicioso e ousado: a própria “transformação da ação pública”, tornando o Estado uma esfera também regida por regras de mercado e submetido às exigências de eficácia semelhantes às daquelas das empresas privadas.

As tecnologias do *management*, desenvolvidas no mercado, são apresentadas como remédios mais eficazes para uma gestão pública mais eficiente. O seu novo postulado é que a gestão privada é sempre mais eficaz que a gestão pública. A empresa deve substituir a burocracia em tudo que for possível e, quando isso não for viável, o próprio burocrata deve se conduzir como um empreendedor. As “reformas administrativas”, levadas a cabo segundo os princípios do setor privado, apresentam-se como ideologicamente neutras. Visam somente à eficiência. Os novos métodos e categorias são válidos para todos os problemas e todas as esferas da ação pública, indistintamente (serviços públicos, saúde, educação, atividade judicial, justiça etc.). O *management* torna-se o modelo universalmente válido para pensar a ação pública e social (DARDOT & LAVAL, 2016, p. 272-230).

Paulatinamente, a lógica e racionalidade neoliberal unifica os campos econômico, social, político e administrativo. Assim, o neoliberalismo transmuta a própria lógica das economias capitalistas num modelo normativo de grande espectro, generalizado e abrangente, sendo as suas inflexões mais extensas e profundas do que se imagina.¹ Suas pretensões hegemônicas parecem

¹ As políticas macroeconômicas de caráter neoliberal visam limitar o papel do Estado à proteção do regular funcionamento do livre mercado, com práticas de desregulamentação, privatização, austeridade fiscal, desmonte dos mecanismos de proteção do trabalho e da seguridade social. Esta nova racionalidade neoliberal, politicamente

unir três dimensões da vida que, antes autônomas, apresentam-se cada vez mais entrelaçadas: condução das empresas, condução dos Estados e a condução do mundo (DARDOT & LAVAL, 2016, p. 278).

A racionalidade neoliberal, ao provocar uma erosão dos ideais de democracia, soberania popular, igualdade e participação, tem provocado fortes impactos na administração pública, no direito administrativo e na sua teoria. O principal reflexo deste avanço da lógica neoliberal, muitas vezes travestida numa gramática “gerencial”, tem sido, no direito administrativo, um certo descaso para com as exigências democráticas inerentes à ação pública administrativa no contexto do Estado democrático.

2. A FUNÇÃO POLÍTICA E CONSTITUTIVA DO ESTADO-ADMINISTRATIVO

A realidade pós-democrática em que vivemos é marcada pelo acentuado e progressivo comprometimento de dois pilares dos regimes democráticos: a igualdade e a participação dos cidadãos nos processos decisórios de maior relevância. Ela atinge o Estado em todas as suas dimensões, e de um modo particular a administração pública e suas atuações. Urge, pois, reforçar o princípio democrático no âmbito administrativo. Somente uma democratização da administração pública poderá dar uma adequada expressão aos anseios cada vez maiores por uma ação administrativa-governamental não somente eficiente, mas, principalmente, mais justa e participativa. Esta mudança política e cultural, que deve ser encampada pela doutrina do direito administrativo, passa por um efetivo reconhecimento da efetiva realidade da administração pública atual. Passa por um reconhecimento das dinâmicas, dos conflitos e dos processos que caracterizam o complexo *Estado-Administrativo* (*Verwaltungstaat*) de nossos dias. É a concreta realidade desse *Estado-Administrativo* que deve ser assumida no âmbito do direito administrativo, uma vez que este se revela o seu principal objeto.

implementada desde a década de 1980, minou as bases do Estado de bem-estar social vigentes desde o final da segunda grande guerra, e que era o principal modelo socioeconômico das democracias constitucionais. O neoliberalismo não havia enfrentado nenhum desafio significativo até a crise financeira de 2008, quando começaram se mostrar suas inconsistências e limites. A crise que teve como epicentro os Estados Unidos, com o colapso do mercado hipotecário de alto risco (*subprime*), evoluiu rapidamente para uma completa crise bancária internacional, com a falência do poderoso banco de investimentos Lehman Brothers. Grandes somas de recursos públicos foram injetadas em instituições financeiras para impedir o colapso do sistema financeiro internacional. Como consequência seguiu-se uma forte recessão econômica global que afetou várias economias, provocando em diversos países a crise do endividamento. Para lidar com esta nova situação foram sendo progressivamente instituídas políticas de “austeridade fiscal”, que começaram a fazer parte da gramática neoliberal, sendo, posteriormente, largamente empregadas com o pretexto de combate à crise econômicas por meio de cortes nos gastos sociais, aos quais se seguiram a implementação de reformas trabalhistas e previdenciárias.

Este *Estado-Administrativo*, centro nevrálgico cotidiano da vida social, do qual todos de alguma maneira dependem, direta ou indiretamente, é portador de múltiplas tarefas e dotado de amplos poderes de ação. Ele funciona de forma regular, sem interrupções, de maneira mais ou menos profissionalizada, sendo impulsionado por agentes políticos, por seus auxiliares situados em postos de comando e por uma alta burocracia. Neles atuam diversas carreiras de agentes públicos de forma direta ou em parcerias com agentes privados. Embora dirigido nos seus principais postos de comando por agentes políticos, ou auxiliares a eles ligados, este *Estado-Administrativo* mantém um relativo distanciamento em relação às turbulências da vida política, à semelhança do tipo ideal da administração legal-racional formulado por Max Weber. Assim, ele se comporta como corpo administrativo relativamente estável em meio à dinâmica dos três poderes.

Este Estado-Administrativo apoia sua autoridade sobre aquilo que Pierre Rosanvallon (2008, p. 59) denomina “legitimidade de identificação à generalidade”, ou seja, por sua capacidade de tratar boa parte dos problemas públicos concretos como questões objetivas que devem ser resolvidas, e para as quais os meios já se encontram em parte disponíveis. Assim, dispõe dos meios necessários para resolução da maior parte de problemas concretos, pelo menos daqueles que não dependam de decisões políticas qualificadas. É aqui que a administração pública desempenha uma tarefa em grande parte política e constitutiva. Ou seja, desempenha uma ação administrativa de grande relevância direcionada ao equacionamento de problemas concretos.

É preciso afastar de vez o mito, ainda embutido em certas vulgatas do direito administrativo, de que a Administração Pública desempenha uma tarefa meramente executiva, de pura observância da lei, segundo faz crer uma leitura ingênua do princípio da legalidade administrativa. Nesta visão anacrônica, a “função administrativa” seria, fundamentalmente, uma tarefa de “execução da lei”, fixada por um Legislativo democrático no contexto de uma democracia liberal representativa. Assim, a consequência lógica desta visão equivocada seria que, uma vez afirmado o princípio democrático no plano político, isso dispensaria a adoção de processos deliberativos democráticos no âmbito da administração pública, uma vez que nesta esfera se procederia a uma mera tarefa de execução legal. Esse entendimento falseado da realidade tem levado a uma concepção, ainda muito disseminada, de que o âmbito da administração pública seria um espaço “não político”, um espaço hierarquizado sem maior autonomia, que serviria de mera correia de transmissão de decisões políticas tomadas no âmbito do Poder Legislativo. A ilação que daí se tira é que o princípio da democracia representativa bastaria, por si só, para uma legitimação da ação administrativa.

O que se constata em toda parte é que o âmbito da administração pública há muito deixou de ser um *locus* de mera “*execução da lei*”. Pelo contrário, o multifacetado Estado-Administrativo atual, em razão da grande complexidade das questões sociais e econômicas em que deve intervir, goza de amplos “espaços de conformação”, exercendo seus poderes com relativa autonomia, embora sempre com respeito aos marcos legais. Como vimos, a vinculação preponderante da administração pública à lei no Estado contemporâneo é de caráter negativo (*vinculação negativa*), embora subsistam espaços de *vinculação positiva*. Assim, remanescem amplos espaços de deliberação para a ação pública administrativa pública. Mesmo nos campos onde predomina uma vinculação positiva, a lei costuma apresentar uma compleição e textura cada vez mais aberta, abrindo possibilidades para múltiplas formas de concretização. Mesmo naquelas decisões administrativas de caráter mais técnico-científico, como, por exemplo, a das agências reguladoras, percebe-se a incontornável existência de razoáveis espaços de conformação administrativa, com frequente pressões dos “regulados”, principalmente os de maior poder econômico e influência política. Não por acaso, e sempre ciente risco da “captação”, o direito americano, ainda em 1946, tratou de editar sua Lei de Processo Administrativo (*Procedure Administrative Act*), que haveria de influenciar o direito administrativo “latino” a partir dos anos 90 do século XX.

Fora do âmbito da atividade regulatória, as decisões costumam ser tomadas com base numa ponderação mais discricionária dos interesses envolvidos, interesses estes, com relativa frequência, antagônicos. Assim, mais que um norte normativo que compete à administração pública “executar” de forma mecânica, a lei tornou-se, na maior parte dos casos, uma mera baliza da sua atividade. O *princípio da juridicidade administrativa*, mais abrangente que o da mera “*legalidade administrativa*”, tem como objetivo coibir atuações administrações à margem do direito, desvinculadas do direito, ou, o que seria mais grave, atuações contra o direito. Assim, se impõe cada vez mais o reconhecimento da efetiva existência de uma “*administração política*”, de “*caráter constitutivo*” (e não meramente “*executiva*”), alvo constante de pressões dos mais diversos grupos e corporações, organizados e fortemente articulados, e sempre dispostos a fazer preponderar seus interesses em meio aos conflitos distributivos, sempre acirrados em épocas de crise.

Devem, também, ser considerados, em prol de uma teoria jurídico-administrativa mais realista, não somente a “*atuação formal*” da administração pública, mas, também, a sua variada e multiforme “*atuação informal*”. A “*atuação formal*” é a que costuma ocorrer por meio de formas jurídicas típicas, como o ato e o contrato administrativos, ou por meio de regulamentos. Já a

“*atuação informal*” é aquela que se dá fora destas formas típicas. Esta atuação informal é vasta e de grande relevância jurídica e política. É o que Otto Mayer (1924, p. 92) chamava de “massa transbordante da atividade administrativa”, e cuja apreensão dogmática pela doutrina tem sido insatisfatória, para não dizer inexpressiva (GONZÁLEZ, 2013, p. 143). Podem servir de exemplo desta atuação informal as advertências e avisos de perigo relativos a produtos, serviços e alterações climáticas, as promessas da administração, as diversas intervenções materiais (cortes de árvores, remoção de obstáculos em vias públicas, campanhas e procedimentos ligados à saúde etc.), os pré-acordos envolvendo futuros contratos e as negociações prévias entabuladas nos casos de graves conflitos, como as greves no setor público, ou a questões de frete no caso do movimento dos caminhoneiros.

A teoria dominante do direito administrativo tem concebido a “esfera pública” administrativa de uma maneira bastante estilizada, composta por “particulares” livres e iguais que tentam fazer valer suas posições e interesses em igualdade de condições. Nela se desconhece, ou não se leva suficientemente em conta, a realidade sombria das democracias capitalistas dos nossos dias e os avanços da racionalidade neoliberal sobre os espaços públicos. Isso faz com que esta dogmática labore com um retrato surpreendentemente distorcido da realidade social “realmente existente”, apontando para um direito administrativo funcionalizado para sociedades não marcadas por profundas desigualdades socioeconômicas, onde as capacidades de intervenção dos diversos sujeitos sociais nos processos deliberativos, formais e informais, são díspares e assimétricas. No limite, estas assimetrias se apresentam como barreiras sociais aos avanços democráticos, e, portanto, à própria concretização dos “interesses públicos”, objeto primeiro da retórica jus-administrativista.

Trata-se, pois, de uma visão (teoria) jurídica disfuncional, pois desconsidera “as estruturas de poder assimétricas realmente existentes no seio social” (HABERMAS, 1997, p. 145). Como alerta Nancy Fraser (1989, p. 122), “onde persiste a desigualdade social, os processos deliberativos nas esferas públicas tendem a operar em favor dos grupos dominantes e em detrimento dos subordinados”. Isso costuma ocorrer tanto na esfera parlamentar, como nos diversos fóruns do Estado-Administrativo contemporâneo. Para Gustavo Binenbojn (2006, p. 18), “a realização de uma sociedade civil livre e democrática, em sintonia com o projeto constituinte de 88, demanda um direito administrativo socialmente enraizado, e que ofereça respostas aos questionamentos sobre as assimetrias de poder social imperantes”.

3. OBSTÁCULOS À DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo deve ser um direito democrático e da democracia. Não pode servir de “hospedeiro” para lógicas normativas contrárias aos valores democráticos. É urgente reforçar a sua dimensão político-democrática. Estruturas administrativas e processos decisórios mais democráticos são uma garantia de maior legitimidade das escolhas feitas, permitindo uma real efetivação dos “interesses públicos” a partir de um diálogo e confronto de todos os interesses envolvidos. Isso se releva tanto mais vital quando se considera as profundas assimetrias de poder e informação que marcam as sociedades capitalistas modernas.

Fatores diversos, de ordem epistemológica e política, talvez possam explicar a baixa densidade democrática do direito administrativo brasileiro. No passado, sob influência de uma ambiência autoritária, o direito administrativo, centrado numa preocupação “gerencial” com a eficácia da ação administrativa, conferiu uma ênfase exacerbada aos “poderes” e “prerrogativas” especiais da administração pública. Isso propiciou a emergência de um direito administrativo desprovido de maior sensibilidade democrática. Hoje, sob influência da racionalidade gerencial exacerbada pelos imperativos do neoliberalismo, o direito administrativo tem se portado muitas vezes como uma superestrutura jurídica palatável aos interesses do mercado capitalista, sempre atento às possibilidades de avanço sobre setores antes ocupados pela administração pública, e disposto a estabelecer rentáveis “parcerias” com o Estado. Aqui, também, temos um direito administrativo cúmplice de práticas antidemocráticas, travestidas em práticas gerenciais e em retóricas de modernização.

Na prática, o direito administrativo, e a sua teoria, têm se tornado um campo de fortes disputas discursivas e políticas, no contexto dos conflitos das democracias capitalistas. Assim, com a invocação de uma gestão mais flexível e eficiente, com as críticas à burocracia e aos regimes de direito público e com os elogios a excelência da gestão privada, o que tem ocorrido em muitos casos é uma penetração cada vez maior dos imperativos e interesses das empresas privadas e do grande capital nas *agendas* dos Estados e nas reformas implantadas. Isso tem ocorrido muito frequentemente com o beneplácito da doutrina administrativista.

O direito administrativo apresenta uma legítima dimensão gerencial, voltada à busca de soluções para o crônico problema da “eficiência” da administração pública. Contudo, uma supervalorização da “questão gerencial”, não sem a influência de fortes interesses político-econômicos, tem ocasionado o surgimento de uma espécie de *hipergerencialismo*. Os princípios, métodos, arranjos e novos designs da administração gerencial se tornam, paulatinamente, a nova

panaceia para todos os problemas da “gestão pública” do Estado brasileiro. Este *gerencialismo puro* tem servido de suporte para uma agenda administrativa que muitas vezes privilegia os interesses de fortes grupos econômicos, do grande capital e seus representantes políticos. Parcela significativa dos meios doutrinários tem privilegiado a abordagem de temas sintonizados com os interesses os econômicos, tais como, privatizações, regimes diferenciados de contratação, licitações e concessões, passando os debates e interesses a girar em torno dos “negócios” com o setor público. Um incremento indiscriminado, e, por longo prazo, de parcerias público-privadas, tanto na forma de “parcerias econômicas” como de “parcerias sociais”, têm revelado, em não poucos casos, a face atroz dos processos de acumulação capitalista. Neste contexto, o direito administrativo tem se portado como uma “caixa de ferramentas”, onde são disponibilizados os novos meios, instrumentos e métodos gerenciais, o que envolve “contratos de gestão”, “matrizes de riscos”, “programas de integridade” e “indicadores de desempenho” que permitam aferir a consecução dos objetivos pactuados. Cunhou-se a expressão “direito administrativo dos negócios”, cujo ambiente mais propício seria “os momentos de crise econômica e política aguda”, portador de “algumas das soluções para os impasses governamentais recentes e para fazer do nosso ramo o direito administrativo do desenvolvimento” (SUNDFELD, 2009, p. 31-33).

Esta transposição indiscriminada do *management* para o setor público, acompanhado de uma disseminação indiscriminada de categorias e institutos do direito privado para os espaços tradicionalmente regulados pelo regime jurídico-administrativo, tem subvertido radicalmente os fundamentos de um direito administrativo com aptidão a servir de suporte para uma ação pública democrática. No Brasil, como noutros países, o reformismo gerencial não conduziu a uma efetiva democratização da administração pública, com a disseminação de práticas participativas na gestão pública. A participação ficou restrita, na maior parte dos casos, aos “parceiros” de sempre, o Estado e os meios empresariais. As ilusões geradas em torno de uma “administração participativa” se dissiparam. No conjunto, mantiveram-se intactas a arquitetura básica de um padrão administrativo não democrático.

4. AVANÇOS DEMOCRÁTICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Tendo presente a realidade e importância do Estado-Administrativo, e da sua relativa autonomia decisória, parte da doutrina administrativista tem voltado a se ocupar com a questão da democratização da atuação administrativa. Daí a importância cada vez maior que o tema do processo administrativo vem assumindo em vários países. Isso tem levado administrativistas a

considerarem o “processo”, e não mais o “ato administrativo”, o novo “centro de gravidade” do direito administrativo (NIGRO, p. 967). Este crescente interesse pela categoria do “processo”, ou do “procedimento”, como preferem alguns, expressa uma mudança de foco da dogmática administrativa do controle da decisão (controle de legalidade do ato administrativo) para o processo que antecede e prepara da decisão. Esta virada teórica tem aberto novas perspectivas para um incremento da dimensão político-democrática do direito administrativo.

Para Eduardo Jordão (2019, p. 34), a mais recente tendência do direito administrativo francês das duas últimas décadas tem sido no sentido de reforçar a legitimidade política da ação administrativa. Esta tendência é percebida no progressivo reforço procedimental da atuação administrativa, inicialmente sob influência da tradição anglo-saxônica. Este movimento de democratização da ação administrativa pretende alcançar dois objetivos básicos: um alargamento da transparência da administração pública, obrigada cada vez mais a tornar público seus processos decisórios, e uma maior abertura à participação popular nestes processos. Este movimento, que teve como foco num primeiro momento a atuação das agências reguladoras, tende agora a se expandir para o conjunto da administração pública, observadas as peculiaridades de cada setor.

Devem ser reconhecidos, também, alguns avanços democráticos no direito administrativo brasileiro. Em alguns setores, a participação foi elevada a requisito de validade da decisão administrativa e até de validade da lei administrativa. Assim, por exemplo, os planos diretores urbanos no Brasil, que são leis, podem ser declarados inconstitucionais se não forem precedidos de audiências públicas no seu processo de elaboração. Da mesma forma, atos normativos de agências reguladoras, em diversos casos, são considerados inválidos se afrontam a obrigação de prévia audiência ou consulta pública no processo de edição da norma regulatória (MODESTO, 2019, p. 3).

Novos instrumentos democráticos foram recentemente incorporados na nova Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019). Esta lei estabelece que serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada das agências, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 9º). A lei concebe a consulta pública como o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, pelo envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora (art. 9º, § 1º). E dispõe, também, que o posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública

deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria (art. 9º, § 5º). Destaquem-se, ainda, os avanços obtidos com a edição da Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999) e com a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011).

O que tem buscado com todas essas iniciativas é uma melhoria da posição jurídico-política dos cidadãos nas suas relações cotidianas com o aparelho administrativo, principalmente nestes tempos de centralismo político e burocrático promovido por reformas neoliberais. Assim, a despeito destas importantes iniciativas, prevendo a participação dos cidadãos em processos deliberativos administrativos, ou possibilitando suas intervenções por meio de um maior acesso às informações de interesse público, falta ainda em nosso direito administrativo uma reflexão mais abrangente e dogmática sobre os mecanismos e procedimentos inerentes a um direito administrativo com sensibilidade democrática. Percebe-se, ainda, a carência de um labor dogmático na elaboração de conceitos e sistematizações mais abrangentes, que possam funcionalizar a concretização, na esfera administrativa, do ideário de democracia e direitos fundamentais cristalizado na Constituição.

5. FORMAS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Associando várias formas de participação dos cidadãos e dos grupos sociais no Estado e na Administração Pública, o aprofundamento da democracia participativa deve criar condições para uma aproximação cada vez maior entre a esfera pública e a esfera da sociedade. No Brasil, a participação dos cidadãos na Administração Pública integra o conceito de democracia participativa, elemento constitutivo fundamental do Estado democrático de direito (CF, art. 1º). Contudo, a Constituição Federal foi muito além da mera enunciação dos princípios da democracia e do Estado de Direito, estabelecendo uma séria ampla de regras voltadas à adoção de institutos participativos na Administração Pública.

Já no seu artigo 10 a Lei Fundamental estabelece que "É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".¹O artigo 29, XII, ao

¹ Esta regra é completada pelo art. 194, VII, que ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Destaque-se que a participação, nos casos das atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa

tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. O art. 37, § 3º, estabelece que “*a lei disciplinará formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta*”, (...).¹ O art. 187 estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola será executada na forma da lei, com a *participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como os setores de comercialização, de armazenamento e de transportes*. O art. 198, III, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a *participação da comunidade*. O art. 204, II, estabelece que as ações governamentais na área da assistência social serão organizadas e executadas mediante a *participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis*. O art. 205 determina que a educação é atividade que será promovida e incentivada *com a colaboração da sociedade*, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O art. 216, VI, estabelece que o ensino público terá uma gestão democrática, na forma da lei. O art. 206, § 1º, determina que a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizados mediante a colaboração do Poder Público com a comunidade. O art. 225 impõe a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente. O art. 227, § 1º, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. Assim, princípios e regras constitucionais asseguram uma participação dos cidadãos quer no âmbito da *estrutura da administração (democracia orgânica)*, quer no âmbito de *processos deliberativos* que costumam ocorrer nas diversas *áreas setoriais da administração pública (democracia procedimental)*, como saúde, educação e meio ambiente, por exemplo.

A *democracia orgânica* ou *institucional* diz respeito a uma espécie de participação interna, traduzindo a incorporação ou integração dos cidadãos na própria Administração Pública

função administrativa, conforme se percebe pela redação do art. 194, que a define como *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade*.

¹ Veja-se a dicção completa do § 3º do art. 37º da Constituição. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

em órgãos colegiais consultivos ou deliberativos. Aqui, estranhos à estrutura administrativa nela tomam parte na condição de titulares ou membros de órgãos administrativos. Desse modo, por via da integração na composição de um órgão administrativo com competência decisória, ficam aqueles sujeitos numa posição que lhes permite intervir no exercício do poder público. Estas formas de participação orgânica coletiva dos cidadãos na gestão administrativa foram expressamente previstas para estruturas administrativas que tratam dos seguintes temas: interesses profissionais e previdenciários dos trabalhadores (art. 10), planejamento municipal (29, XII), políticas, ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III), ações governamentais na área da assistência social (art. 204, II), ensino público (art. 216, VI). Estas formas de participação interna, em órgãos decisórios, e não apenas consultivos, têm uma função de democratização da gestão administrativa. Estas são situações em que a participação é constitucionalmente imposta, não podendo a organização administrativa de pessoas políticas e administrativas deixar de prevêê-las. Além desses casos de participação constitucionalmente imposta, a regra constante do artigo 37, § 3º, da Constituição, embora empregue o termo “usuários”, parece consagrar um princípio geral de participação no âmbito da administração direta e indireta. Estas regras constitucionais garantem uma intervenção concreta dos cidadãos nos órgãos de gestão de serviços e políticas públicas, e não apenas de profissionais burocratas ou comissionados. Assim, primeiramente é preciso garantir um funcionamento minimamente democrático da administração pública, integrando cada vez mais os cidadãos nos seus processos decisórios internos, permitindo-se lhes serem representados e atuar diretamente no interior das instituições administrativas (AUBY, 2011, p. 15).

A *democracia procedimental*, por outro lado, implica numa forma de participação externa que não envolve a integração dos cidadãos nos órgãos administrativos. Ela se refere à participação dos interessados nos processos deliberativos que lhes dizem respeito, podendo esta participação implicar ou não numa repartição do poder decisório. Aqui podem ser levados à administração pública fatos, interesses e circunstâncias relevantes, reforçando a legitimidade democrática da decisão a ser tomada. Para Jorge Alves Correia (2019, p. 102), a organização procedimental, legitimidade dos participantes, os momentos (*preventiva* e *sucessiva*), os níveis de intensidade (*dialógica* e *coconstitutiva*; *participação-audição* e *participação-concertação*) e os mecanismos de garantia da eficácia da participação procedimental dependem da específica configuração e tramitação do procedimento administrativo. A *participação dialógica* não põe em causa a exclusiva autoria administrativa do ato conclusivo da fase decisória do procedimento. Trata-se, apenas, de uma forma de intervenção dos cidadãos no processo decisório com o

propósito de uma legítima influência sobre o sentido da decisão. Já uma *participação coconstitutiva* ocorre quando a vontade dos cidadãos, ao lado da vontade administrativa, tem um papel de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas, implicando numa verdadeira intervenção da vontade cidadã no poder de decidir (Correia, 2019, p. 103). A introdução progressiva dessas práticas de *democracia orgânica* e de *democracia procedimental* devem ter em mira a consolidação de uma “*democracia administrativa*”.¹

6. “DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA” COMO COMPLEMENTO À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

O tema da democratização da administração pública tem ganhado um espaço cada vez maior na doutrina. Muito se tem falado sobre a “*democracia administrativa*”. O tema deitou raízes mais profundas no solo francês, não, por acaso, a terra das grandes revoluções políticas e a pátria reconhecida do direito administrativo moderno. Na França, este debate tem se tornado mais incisivo desde a eclosão do movimento dos Coletes Amarelos (Gilets Jaunes) em 2018², que tem colocado na ordem do dia a necessidade de reformas no sistema democrático, o que implica,

¹ Após a promulgação da Constituição de 1988, e até 2016, foram criados diversos Conselhos de Políticas Públicas no Brasil. Diversos programas sociais condicionaram a transferência de recursos públicos à instituição de mecanismos de participação popular. Muitos cidadãos, vinculados aos mais diversos setores (educação, saúde, segurança, meio ambiente etc.), puderam participar ativamente de conselhos e conferências nos diversos âmbitos da federação. Essas experiências de democracia participativa tornaram o Estado brasileiro mais democrático e permeável ao controle popular. Um grande avanço foram as experiências das conferências nacionais de políticas públicas, como as conferências nacionais de saúde, muitas delas representando a culminação de outras conferências realizadas a nível regional, estadual e municipal, num processo articulado de construção de uma vontade coletiva em diversas temáticas. O uso destes instrumentos de participação popular gerou reflexos importantes em termos de democracia participativa: inclusão de novos sujeitos e temas à agenda nacional, realização de debates que contribuíram para amadurecer a política em questão, a criação de mecanismos de pressão sobre o Poder Executivo e a produção de projetos no Legislativo oriundos dessas discussões. A partir de 2019, contudo, com o governo Bolsonaro, medidas de caráter autoritário vêm sendo tomadas no âmbito da administração pública federal, com manifesto caráter antidemocrático, como o desmonte de conselhos e colegiados onde se asseguravam a participação social no âmbito de políticas públicas setoriais. Isto tem sido feito por meio da simples extinção de conselhos, ou por meio da alteração de sua composição, com a redução da participação de membros e entidades da sociedade civil, de tal forma a se garantir uma maioria da representação governamental. Isso ocorreu, somente a título de exemplo, no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), encarregado de fixar normas para o licenciamento ambiental e para a preservação do meio ambiente. Em abril de 2019, o Presidente Bolsonaro editou decreto que previa a extinção de conselhos, comissões, fóruns e outros colegiados da administração pública federal. A medida foi alvo de impugnação judicial perante o Supremo Tribunal Federal, que, em sede de medida liminar, decidiu que o Presidente da República não pode extinguir, por decreto, conselhos da administração federal que tenham amparo em lei.

² O movimento dos coletes amarelos (gilets jaunes, em francês) é um movimento de protesto de origem espontânea, que começou com manifestações na França em outubro de 2018. O movimento teve início com o anúncio da progressão dos impostos sobre produtos energéticos de origem fóssil e sobre as emissões de carbono. Este aumento, juntamente com as reformas fiscais e sociais propostas pelo governo do presidente Macron afetariam diretamente as classes trabalhadoras e médias. Os manifestantes pedem a reintrodução do imposto sobre grandes fortunas, o aumento do salário-mínimo, assim como um aprofundamento da democracia.

também, em “transformar em profundidade o sistema administrativo, para torná-lo mais próximo dos cidadãos e mais acessível”, como bem observou Stéphane Wojnarowski (2018, p. 5).

O conceito de “*democracia administrativa*”, como esclarece Jean-Bernard Auby (2011, p. 13), supõe, para além de inovações particulares que conferem direitos de participação aos cidadãos nas decisões públicas, uma reflexão mais sistemática no que concerne às exigências democráticas de um Estado democrático. Estas não concernem apenas às eleições, mas devem impregnar o funcionamento cotidiano dos aparatos do Estado e da ação pública administrativa. Em matéria de ação governamental-administrativa, os “cidadãos” não podem mais ser encarados como simples “*administrados*”, ou “*clientes*”, desejosos de maximizar seus ganhos enquanto usuários no mercado dos serviços públicos, como apregoava a corrente americana da “*public choice*”.¹ Assim, hoje se revelam patentes e manifestos limites da democracia representativa, e com isso o sentimento de que o ideal democrático deve avançar para além das suas fronteiras. E este “além” da democracia representativa tem um “*locus*” privilegiado no contexto mais amplo das relações cotidianas entre a administração pública e os cidadãos (AUBY, 2011, p. 14), promovendo-se, cada vez mais, o incremento de uma “democracia do cotidiano”.

Passado o discurso triunfal da democracia liberal das décadas de 80 e 90 do século passado, onde se chegou a proclamar de forma quase milenarista o “fim da história”, o debate público agora gira em torno da “crise” do modelo liberal. Em diversos fóruns questiona-se a própria ideia de representação política e sua absoluta insuficiência para dar conta da legitimidade da ação governamental-administrativa. Na contramão do vaticínio de Fukuyama², a história não se esgotou, mas, pelo contrário, parece ter se acelerado. Os seus novos ventos provaram que o conceito de democracia é dinâmico e aberto, sempre indeterminado e em constante evolução.

¹ A Escola do “*Public Choice*”, com sede na Universidade de Virginia, produziu uma análise do governo e da ação pública que focaliza não a *natureza* dos bens produzidos, mas a *forma* como a administração pública os produz. Seus principais teóricos foram os economistas James Buchanan e Gordon Tullock. Aplicando a teoria econômica às instituições coletivas, considera que, se supomos em todos os domínios a unidade do funcionamento humano, no caso, do “*homo economicus*”, não há razão para não se realizar uma homogeneização a um só tempo teórica e prática do funcionamento do Estado e do Mercado. Nesta ótica, o funcionário público, tanto como o usuário dos serviços públicos, é um homem igual aos outros, um indivíduo calculador, racional e egoísta, que procura maximizar seus interesses pessoais. Gordon Tullock (1978, p. 15) assim expressava o programa da Public Choice: “Em geral, as exigências que pesam sobre o comportamento de um indivíduo no mercado são mais ‘eficazes’ do que as que os empregados do Estado enfrentam, de modo que os indivíduos no mercado, procurando a satisfação do próprio bem-estar, servem bem melhor ao bem-estar de seus concidadãos do que os homens que trabalham para o governo. Na verdade, um dos objetivos da ‘novidade econômica’ é elevar o coeficiente de ‘eficácia’ do governo por meio de reformas, a fim de aproximá-lo do coeficiente de mercado”.

² Francis Fukuyama é um filósofo e economista político nipo-estadunidense. Foi, como ideólogo, uma figura chave do governo Ronald Reagan. Foi o autor do famoso artigo “O fim da história”, onde afirmava que a difusão mundial das democracias liberais e do livre capitalismo de mercado sinalizava o fim da evolução sociocultural da humanidade.

Para Jacques Chevallier (2009, p. 223), o monopólio que se reputava que os representantes detinham sobre a coisa pública tornou-se doravante caduco. O Estado tende a se abrir, a se desbloquear, para admitir, no seu seio, uma maior expressão da diversidade constitutiva do social. A eleição não aparece mais como a única fonte possível de legitimidade. De fato, as eleições e o veredito das urnas não podem mais ser considerados com as únicas referências de legitimidade. A eleição não garante que os eleitos estejam a serviço dos interesses públicos, nem que assim permaneçam. Se, no Estado Democrático de Direito, a administração pública deve obedecer às determinações emanadas dos corpos legislativos representativos, isso só já não basta para uma legitimação da ação governamental. O exercício de qualquer poder de Estado somente pode ser considerado democrático quando está sujeito “a testes de controle e de validação concorrentes e complementares ao da expressão majoritária”, como ensina Rosanvallon (2009, p. 78). Para que o circuito desta legitimação se complete, uma ampla legitimação das ações público-administrativas deve ser observada no cotidiano da vida social.

Assim, um aprofundamento da democratização nas relações administrativas, evocada no conceito de “*democracia administrativa*”, não implica em rompimento com o sistema representativo próprio das democracias ocidentais, mas reforça as diretrizes modernas de liberdade e participação. A transformação da ideia tradicional de democracia, resultante da própria lógica democrática, encaminha-se para além da noção de representação na qual o modelo liberal pretendeu encerrá-la. De fato, a vinculação das noções de democracia e representação, por meio do conceito de democracia representativa, revela apenas uma das formas que o ideal democrático pode assumir. Aumenta hoje o sentimento de que a democracia representativa é somente uma das expressões da “democracia”, um conceito aberto a novas determinações e concretizações. Os cidadãos parecem não se contentar mais em ser simples eleitores. O atual *status civitatis*, em sintonia o espírito do nosso tempo, demanda novas formas de intervenção dos cidadãos nos espaços administrativos, em conformidade com os princípios republicano, de “*res pública - coisa pública*”, e democrático, postos nos alicerces da Constituição de 1988.

7. POR UM DIREITO ADMINISTRATIVO DA DEMOCRACIA

Há mais de um século jurista alemão Otto Mayer (1969, p. 5) afirmava que “*o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece*”. Desde então, esta declaração tem ecoado no direito público ocidental, não sem causar uma certa inquietação. Várias interpretações foram propostas. A mais comum é que o direito constitucional seria mais instável e suscetível a

mudanças, ao passo que o direito administrativo teria uma maior vocação para “estabilidade”. Isso porque o direito constitucional seria mais “político”, ao passo que o direito administrativo seguiria uma lógica mais autônoma em relação às turbulências políticas. Para alguns, esta vocação para “permanência” seja até mais recomendada para um direito que tem como tarefa garantir o funcionamento cotidiano das engrenagens administrativas da sociedade, da sua burocracia, dos serviços públicos e da ordem pública. Assim, o direito administrativo “permanece”, imutável em sua lógica formal, facilmente adaptável a regimes políticos diversos, mesmo em períodos de pausa democrática, quando o direito constitucional é ofuscado.

Outra interpretação possível da enigmática declaração de Otto Mayer, e essa mais pessimista, é que o direito administrativo, na sua costumeira estrutura formal, e em seu tradicional deslocamento em relação aos valores de uma ordem constitucional-democrática, pode se revelar uma supra estrutura bastante funcional para regimes autoritários e de exceção. Como já dito, isso parece ser corroborado pela história política recente de países como Brasil, Portugal e Espanha, onde em períodos ditatoriais, marcados por uma suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do direito administrativo.

A teoria do direito administrativo sempre teve uma enorme importância na configuração do Estado no Brasil. Esta teoria também teve um papel fundamental no projeto político de construção da democracia e do Estado direito no país. Hoje, mais do que nunca, o direito administrativo deve ser um direito democrático e um direito da democracia, não podendo funcionalizar lógicas normativas que lhe são contrárias.

Um direito administrativo democrático precisa se aproximar do projeto constitucional de construção de uma democracia material e participativa, que tenha como “fundamentos” (CF, art. 1º) a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, e, como “objetivos” (CF, art. 3º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Deve ser um direito que viabilize, do ponto de vista conceitual e instrumental, uma atuação democrática do Estado democrático. Deve estar comprometido com um projeto mais amplo de democratização do poder, relativizando modelos puramente gerenciais, em prol de paradigmas que levem em conta uma efetiva democratização das organizações administrativas e da sua atuação.

O direito administrativo poder ser um direito de um Estado de direito, sem ser, necessariamente, um direito de um Estado democrático. O respeito pela legalidade, assegurado pelo controle do poder judiciário, embora de vital importância, não assegura o caráter democrático da ação administrativa. As vertentes liberal e democrática, que acompanham a formação do Estado Constitucional e do direito administrativo, não caminham necessariamente juntas. O

distanciamento de valores democráticos se aprofunda quando se considera as abordagens neoliberais de cunho puramente gerencial que têm vicejado no direito administrativo.

Assim, mesmo estabelecendo vínculos com o Estado de direito, a partir de uma ótica liberal, nem sempre o direito administrativo aprofundou suas ligações com a democracia e com as exigências do Estado democrático. Desta forma, ao lado de uma dimensão que prioriza a regulação e controle judicial da administração pública (*dimensão legal-garantística*), deve ser cada vez mais priorizada uma dimensão mais democrática, que confira uma maior importância à participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

Somente assim, com uma efetiva democratização das estruturas orgânicas da administração pública, dos seus processos decisórios e da ação administrativa, será alcançado o desejado “equilíbrio” entre os poderes da Administração e os direitos dos cidadãos. E, para além do equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos dos cidadãos, deverá ser construído um outro “equilíbrio”, tão ou mais importante quanto o primeiro, o equilíbrio entre os cidadãos e os poderes econômicos, que tentam fazer valer seus interesses junto ao complexo Estado-Administrativo de nossos dias. E isso somente pode ser alcançado por um processo de democratização contínua dos processos de tomada de decisão e da ação pública administrativa. Assim, sem negar, nem menosprezar, a longa luta histórica do direito administrativo para controlar o poder e submeter o Estado-Administração aos princípios do Estado de direito, deve agora ele, também, avançar para um outro patamar, para um outro desafio histórico: garantir aos cidadãos uma adequada participação nos processos decisórios de maior relevância comunitária.

Somente assim, as três dimensões do direito administrativo poderão caminhar juntas, em um novo “equilíbrio”. Somente assim, o direito administrativo cumprirá, de forma equilibrada, seu tríplice tarefa: a) assegurar a proteção dos cidadãos frente à administração pública (*dimensão legal-garantística*); b) garantir a eficiência da ação administrativa, com prevalência dos interesses gerais e coletivos (*dimensão gerencial*); e, c) garantir uma efetiva participação dos cidadãos nos processos da tomada de decisão (*dimensão político-democrática*).

REFERÊNCIAS

AUTIN, Jean-Louis. **La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et evolution des droits européens**. In Revue Francaise d'Administration publique. 2011/1-2 (n. 137-138).

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- CAILLOSSE, Jacques. *L'État de droit administratif*. LGDJ. Paris, 2015.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.
- CORREIA, Jorge Alves. *Formas de participação administrativa no direito português*. In: Revista brasileira de direito pública. Ano 17, n. 67 (outubro-dezembro), 2019.
- CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity, 2004, p. 104.
- DARDOT, Pierre & LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a Constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil, 1930-1960*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- FRASER, Nancy (1989). *Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- GONZÁLEZ, Jorge Agudo. *Atuación material e informalidade. El ejemplo de la concertación con la Administración*, in Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 41-41, Saragoça, 2013.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, v. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997.
- LAFARGE, Francois. *Introduction*. In: Revue Française d'Administration Publique. Paris, n. 137, jan./mar. 2011.
- MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1 e 2, 1ª ed., 1895 e 1896; 3ª ed., 1924.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros: 1999.
- MODESTO, Paulo. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-direito-administrativo-para-alem-do-imediate>. Ano 2019, n. 434.
- MOUFFE, Chantal. *On the political*. Abingdon: Routledge, 2005.
- NIGRO, Mario. *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza*. In ALLEGRETTI/BATTAGLINI/SORAGE. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza*, tomo II, Maggioli Editore, Rimini, 1987.
- ROSANVALLON, Pierre. *Reinventer la démocratie*. In: *Cahiers du Monde*, nº 19987, 2009.
- _____. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Le Seuil, 2008.
- SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca del acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUSA, António Francisco de. **Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas**. Porto: Vida Econômica, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito administrativo entre os clips e os negócios**. In: Forum Administrativo – direito público. Ano 9, n. 100, jun. 2009. Belo Horizonte: Editora Forum.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.

WOJNAROWSKI, Stéphane. In <http://www.lettreducadre.fr/18384/repensons-ladministration-a-lheure-de-la-democratie-participative/>

DIREITO FUNDAMENTAL À RENDA BÁSICA NO BRASIL

Raul Lopes de Araújo Neto

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, é Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. É professor e Coordenador Adjunto do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Líder do Grupo de Pesquisa O Estado na efetividade dos direitos da seguridade social ligado ao PPGD/UFPI.

Franck Sinatra Moura Bezerra

Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2004). Graduado em História pela Universidade Federal do Piauí (2019). Pós-Graduado em Ciências Criminais no Centro Unificado de Teresina (2006). Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela ESA-PI (2021). Mestrando em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Resumo: Este artigo disserta sobre o direito fundamental a renda básica no Brasil. As diferentes formas de implementação por meio de leis e entendimentos do judiciário brasileiro. O artigo visa discorrer sobre o instituto da Renda Básica a partir da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico brasileiro que tem se desenvolvido nos últimos anos sobre o tema, onde foi se criando uma rede de proteção social com a Renda Básica se tornando um Direito Fundamental, dissertando sobre os institutos de Direitos Humanos, Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais no âmbito do Estado Constitucional. Permeia pelo Direito Fundamental à Renda Básica e seus titulares, inclusive dissertando sobre pessoas em situação de vulnerabilidade, alvos principais dos programas de transferência de renda no Brasil e por fim, discorre sobre como se deve distribuir a renda básica, se de forma individual ou por grupo familiar.

Palavras-chave: Renda Básica. Direito Fundamental. Vulnerabilidade. Proteção Social.

Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil até hoje não conseguiu superar as desigualdades sociais que marcaram sua história desde a colonização. Com isso, sempre foi discutido a necessidade de criação de programas sociais para superar essas carências e desigualdades das camadas mais humildes e vulneráveis da população.

Seja de forma condicionada ou incondicionada, a renda básica é hoje um direito normatizado no Brasil por meio da Lei Federal nº 10.835/2004, mas que até o presente momento não foi regulamentada, causando um grande incômodo no meio jurídico brasileiro, como se fosse repetir as fadadas “Leis para Inglês Ver”, tão comuns desde o século XIX no país.

Apenas a chamada “Constituição Cidadã”, nas palavras de Ulisses Guimarães, promulgada em 1988, mudou a finalidade constitucional, com a devida valorização da pessoa humana. Quando o indivíduo é o fim objetivado, o Bem-Estar Social torna-se valor supremo. Na Carta Magna de 1988, esta diretiva está estampada em seu preâmbulo. Com base nestes valores supremos é que, na Constituição Federal de 1988, a ordem social foi apartada da ordem econômica e financeira, no aspecto normativo, mas ambas estão pautadas na proteção e também na promoção da pessoa humana. (RAEFFRAY, 2011, p. 33)

Com o acúmulo de problemas sociais durante anos, a nova ordem constitucional passou a estabelecer a necessidade de se garantir uma renda básica às famílias em condições de vulnerabilidades sociais, sem esquecer os pilares básicos do trabalho e bem-estar que compõe a Ordem Social do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Parijs e Vanderborght (2018), “a renda básica não é apenas uma medida inteligente que pode ajudar a atenuar problemas urgentes. É um dos pilares fundamentais de uma sociedade livre, na qual a verdadeira liberdade de florescer, por meio do trabalho ou fora dele, é imparcialmente distribuída”. É um dos elementos essenciais de uma alternativa radical ao antigo socialismo e neoliberalismo, de uma utopia realista que oferece bem mais do que a defesa de feitos do passado ou a resistência às doutrinas do mercado global. É um componente fundamental de um tipo de visão essencial para transformar ameaças em oportunidades, renúncia em resolução, angústia em esperança.

O presente artigo visa discorrer sobre o instituto da Renda Básica a partir da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico brasileiro que tem se desenvolvido nos últimos anos sobre o tema, onde foi se criando uma rede de proteção social com a Renda Básica se tornando um Direito Fundamental.

O presente artigo também contribui para literatura com uma melhor compressão acerca da constitucionalização do direito fundamental a renda básica e seus desafios das políticas públicas e dos legisladores para efetividade deste instituto.

Além desta introdução, esse artigo apresenta mais três seções. A segunda seção discorre sobre o direito à assistência social no Brasil, consagrado na Constituição Federal de 1988, e que tem como fundamentos material e formal o artigo 6º que define “a assistência aos desamparados”. Na terceira seção são apresentados os direitos fundamentais e seus titulares, suas distinções na própria legislação infraconstitucional e dos conceitos civilistas sobre as capacidades com base na Constituição. Na quarta e última seção apresentamos as diferenças de opiniões sobre a renda básica como uma renda de caráter individual ou familiar, conforme foi evocada na novel legislação constitucional, traçando os pontos de vista e o sentido dos argumentos da doutrina quanto às características para concessão deste instituto. Por fim apresentamos a conclusão.

2. RENDA BÁSICA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à assistência social no Brasil, consagrado na Constituição Federal de 1988, tem sua fundamentalidade material e formal no artigo 6º que define a “assistência aos desamparados” como direito fundamental social – em igualdade com direitos como a educação, saúde, alimentação etc (GARIBINI, 2021, p. 174).

Em outro países como na Alemanha a assistência social não se encontra consagrada formalmente no texto constitucional, todavia a proteção social, no viés da assistência pública, está consolidada e garantida. A *Grundgesetz*, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, contempla os direitos fundamentais individuais. Seu habitantes, inclusive estrangeiros que não possuam fonte de renda, têm direito de receber os benefícios da assistência social. São concedidos, também, abonos para suplementar a remuneração, pensões ou auxílios-desemprego que não atingem nível necessário para padrão de vida mínima “decente”, com mínima qualidade e são suspensos quando começam a trabalhar. Algo parecido com o que acontece com alguns benefícios previdenciários por incapacidade no Brasil. (GARIBINI, 2021, p. 174).

A assistência social consagra amplo consenso de proteção social vinculado à garantia do mínimo existencial, o que revela sua fundamentalidade. O mínimo existencial se configura pela ideia do princípio da dignidade humana, que é, também, preponderante para determinação de um direito materialmente fundamental. Essa vinculação da assistência social ao mínimo existencial se

coaduna com a característica da universalização, uma vez que ““(…) são universais os direitos fundamentais porque inerentes à condição humana, o que não implica que a validade universal seja, de modo uniforme, necessária e absoluta”” (GARIBINI, 2021, p. 175) – ainda que se reconheça o caráter abstrato da universalidade, pois direitos fundamentais podem trazer características emancipatórias e igualitárias, não por padrões fixos, mas configurados de acordo com o contexto cultural.

Emancipar o sujeito é permitir que decida o que fazer com seus direitos fundamentais, para tanto, a promoção de sua autonomia é condição *sine qua non*, uma vez que, fundamentada na “dignidade da pessoa humana”, encontra-se relacionada com vários outros direitos fundamentais, como liberdade e privacidade, além dos direitos à educação, à segurança e condições materiais. A autonomia é, ao mesmo tempo, característica dos direitos fundamentais e objeto, que se realiza por meio deles. (GARIBINI, 2021, p. 176).

O objeto deste trabalho é a análise dogmática-jurídica dos direitos fundamentais sobre renda básica familiar, à luz do direito constitucional positivo. De início já é demarcado a terminologia utilizada pela Constituição, que na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, abrangendo todas as demais categorias de direitos fundamentais. Desta forma, é relevante a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. (SARLET, 2012, p. 28-29)

Não pode-se olvidar que direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido que são direitos direcionados aos ser humano, mesmo que estejam representados por entidade coletivas como grupos organizados, povos, nações, Estados e etc. Para Sarlet (2012),

em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, p.29)

Neste paradigma terminológico, é compreensível o reconhecimento, do direito positivo, que o homem possui direitos naturais, estes mesmos pré-estatais, sendo em algumas opiniões até mesmo supra estatais, como direitos humanos considerados a todos os homens pela sua mera condição humana, sem distinção de gênero, e de direitos não positivados. Assim, termos

como “direitos do homem”, de cunho marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que “precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais”. (SARLET, 2012, p. 30)

Sarlet (2012), lembra que Habermas já dizia sobre o sentido de que os direitos fundamentais se manifestam como direitos positivos de matriz constitucional, não sendo compreendidos como apenas direitos morais. Assim, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais guarda profunda relação no fato dos direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista dos direitos, já no que concerne aos direitos fundamentais está guardado em uma perspectiva positivista.

É importante ainda deixar claro que o sentido atribuído às expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, não são termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas de arranjos internos e a cada dia mais relacionados, mesmo que de esferas distintas de positivação, mas de consequências práticas consideradas. Por fim, esses dois institutos não podem ser considerados iguais, apenas se houver acordo semântico, com as suas diferenças no tratamento da dimensão internacional e nacional, se for o caso. Os direitos fundamentais nascem com o advento das Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e neste fundamento é que devemos assegurar os estudos dos direitos a Renda Básica no Brasil, pós Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais, quando ver-se as primeiras constituições escritas, deixam passar um olhar liberal-burguês do século XVIII, do narcisismo e individualismo que imperava na sociedade daquela época, onde surgiram como direitos do indivíduo perante o Estado, mais voltado a um direito de defesa de patrimônio e sua vida pessoal contra intervenção estatal. São chamados de direitos “negativo”, pois estão dispostos a abstenção, sendo muito mais, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (SARLET, 2012) Observando-se naturalmente e por influência do jusnaturalismo, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade diante da lei. Em seguida conquista-se direitos das liberdades, denominadas “liberdades de expressão coletivas”, são ela a liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc. Direitos de participação política, voto, costurando os direitos fundamentais à democracia. Surge também o direito de igualdade formal e algumas garantias processuais como *habeas corpus* e direito de petição. São os chamados direitos civis e políticos que passaram a integrar as constituições ocidentais e que são por vezes chamados de direitos de primeira dimensão. (SARLET, 2012, p. 47)

Os direitos econômicos, sociais e culturais que se enquadram nas chamadas garantias de segunda geração e o grande diferencial não é mais somente evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas almejar um “direito de participar do bem-estar social” (SARLET, 2012). A sociedade passa a interagir de forma umbilical com o Estado, não se cuida mais somente de liberdade perante o Estado, mas agora de liberdades por intermédio do Estado. Chegar-se assim às conquistas da positivação de constituições que outorgavam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Sendo somente no século XX, pós Segunda Guerra Mundial que foram consagrados novos direitos fundamentais em diversas constituições, e a criação de organismos internacionais que promoveram seus pactos e convenções de direitos humanos e fundamentais, absorvidos pelos Estados nacionais. (SARLET, 2012, p. 48)

Estes direitos de segunda geração, que englobam as denominadas “liberdades sociais”, foram introduzidos como direitos de cunho prestacionais e foram o caminho pavimentado de avanços na assistência social no final do século XIX na Alemanha, Inglaterra e outros países no século XX. O que vemos são direitos prestacionais em prol de se fazer justiça social, acolhendo cada vez mais as classes menos favorecidas como a classe operária, em virtude da extrema desigualdade entre pobres e ricos. Isso pode ser considerado o embrião que mais tarde traria a discussão sobre bem-estar (*Welfare State*) e renda básica.

Analisando o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado constitucional, vemos a simbiose entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. Os direitos fundamentais integram, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas o elemento central da Constituição material. Nesse contexto, a Constituição, na medida que necessita do braço do Estado, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal maneira que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. (SARLET, 2012, p. 59)

Assim, existe uma correlação de interdependência familiar e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para tê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, de maneira que estes exigem e implicam, para sua concretização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito. Nas lições de Sarlet (2012),

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como

fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título. (SARLET, 2012, p. 60)

Com este olhar, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se estabeleceu uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não pode ser descartada eventuais conflitos entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Visto que, embora inerente às democracias constitucionais, não deixa de estar, vez ou outra, em conflito com o processo decisório político. (SARLET, 2012, p. 61)

Com o advento da Constituição de 1988 no Brasil, constatou-se a existência de inovações de grande relevância na seara dos direitos fundamentais. Depois de várias Constituições republicanas e uma do período imperial, a matéria foi reconhecida com merecida importância. Além disso, é salutar a relevância e o status jurídico que lhes é devido e que não havia sido dada ao longo da evolução constitucional. (SARLET, 2012, p. 63)

No que cabe ao processo de elaboração da Constituição de 1988, não se pode olvidar do que esta foi resultado de um amplo processo de discussão que ganhou dimensão com a redemocratização do País após vinte e um anos de ditadura militar. A constituinte instalada em 1º de fevereiro de 1987, oportunizaram um debate sem precedentes na história nacional sobre os pontos do seu texto, especialmente sobre os direitos sociais. A Assembleia presidida pelo deputado Ulisses Guimarães, que dizia "A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É a sua marca" (GUIMARÃES, 1988), foi de uma grandeza nunca vista antes na história do Brasil. Naquele momento, a acirrada discussão sobre a futura carta ganhava contornos de disputa entre vertentes de direitos econômicos, sociais e culturais. (SARLET, 2012, p. 63)

Com um caráter analítico e regulamentista, visto no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, além de diversos direitos fundamentais dispersos pelo corpo do texto constitucional. Pode-se concluir que o seu conteúdo analítico reflete uma certa desconfiança sobre o legislador infraconstitucional, além de garantir uma série de reivindicações em um mesmo texto e contra eventual revogação pelos futuros governos. (SARLET, 2012, p. 65)

Uma das inovações trazidas pela nova carta constitucional foi o destaque de localização dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, após o preâmbulo e os princípios fundamentais, denotando uma maior importância e valores superiores da ordem constitucional e jurídica. Também merece destaque a própria terminologia "direitos e garantias fundamentais"

como novidade, visto que nas constituições anteriores utilizava-se a denominação “direitos e garantias individuais”, esta, superada e anacrônica, além de não andar ao lado da evolução do constitucionalismo. Vale ressaltar também o destaque de um capítulo próprio para os direitos fundamentais, já que em outras constituições ela vinha no bojo da ordem econômica e social, com caráter meramente programático. Essa maior proteção outorgada aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 66)

Podemos observar uma amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando o rol dos direitos protegidos, o que por si já vale destaque. Na Constituição Federal vemos o art. 5º com 78 incisos, e o art. 7º com seus 34 incisos com um rol de direitos sociais dos trabalhadores. Neste contexto, vimos o Título II da Constituição contemplar direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando inclusive estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948 da ONU, bem como afinada com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, presentes também no Título I (dos Princípios Fundamentais). É claro a presença de direitos de primeira dimensão como os tradicionais direitos à vida, liberdade e propriedade, quanto a princípios da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando os direitos sociais da segunda dimensão. Quanto aos direitos de terceira e quarta dimensão temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), mesmo que fora do título dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 67)

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, outras novidades vieram ao texto por meio do poder de reforma constitucional. Podendo destacar a inclusão de forma expressa do direito à moradia no artigo 6º (dos direitos sociais), com a Emenda Constitucional nº 26/2000. Posteriormente a ampla reforma do Poder Judiciário, veiculada pela Emenda 45/2004, valendo destaque a inclusão, no elenco do art. 5º da Carta Magna, o direito à razoável duração do processo, assim como a inclusão de um parágrafo 3º no art. 5º, prevendo a possibilidade de aprovação, com *status* de Emenda Constitucional, de tratados em matéria de direitos humanos, ponto que será especialmente considerado em item próprio. (SARLET, 2012, p. 67-68)

Dando um salto no tempo, e com olhar sobre o objetivo deste trabalho o legislador constituinte derivado acrescentou mais um direito fundamental com a EC n. 114 de 16 de dezembro de 2021, e seu parágrafo único no artigo 6º da CF, acrescentando aos direitos sociais a previsão de que “todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, a emenda trouxe modificações na assistência

social quando acresceu o art. 203, VI: “a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza” (BRASIL, 1988).

Sarlet (2022), nos traz um olhar sobre EC nº 114/2021, de que o direito a esta renda com nova nomenclatura tem como alvo as pessoas em situação de vulnerabilidade social, mas sem contrapartida e condições para seu recebimento. O legislador definirá dentre os vulneráveis, quais os brasileiros que possuem esse maior alcance a este direito fundamental (SARLET, 2022). A mesma emenda que acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º, alinhada com a dimensão objetiva da norma jusfundamental que se extrai do enunciado da lei, inseriu entre os objetivos expressos da assistência social “a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza”, no seu artigo 203, inciso VI. A EC nº 114/2021 trouxe uma espécie de equidade para com os direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, no que diz respeito a titularidade de todos os brasileiros a uma renda básica familiar. (BRASIL, 1988).

Sarlet (2022) aponta como um dos pontos fracos do texto constitucional em sua origem, principalmente, mas também nas suas sucessivas emendas de reformas, foi a falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, fragilizando os direitos fundamentais na Constituição, deixando transparecer contradições, ausências de tratamento lógico e ensejando problemas de ordem hermenêutica. (SARLET, 2012, p. 68) Nas lições de Hermenêutica de Raimundo Bezerra, “o ser humano cria o elenco de bens – estes que irão ajudá-lo a atingir suas metas -, dentro de uma quadratura axiológica individualista, o que, se não acompanhado de boa orientação, pode ser desastroso, para os interesses da vida em sociedade, o bem-estar coletivo”. (FALCÃO, 2010, p. 26)

Com a EC 114/2021 que garante uma renda básica familiar ao vulneráveis, à noção de direitos fundamentais está de acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, que “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta de aspectos ao direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, como direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontra-se submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional (art. 60 da CF), com características de *direitos pétreos*; c) por fim, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º, da CF). É por meio do direito material positivo (art. 5º, parágrafo 2º, da CF)

que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição e outros direitos fundamentais não constantes do seu texto. (SARLET, 2012, p. 74-75)

3. DIREITO FUNDAMENTAL A RENDA BÁSICA E A VULNERABILIDADE DE SEUS TITULARES

Com a promulgação da Lei 10.835/04 que estabeleceu a Renda Básica de Cidadania, e no dia seguinte a Lei 10.836/04, que criou o Programa Bolsa Família, a titularidade dos direitos à Renda Básica da primeira foram sendo deixados de lado para a implementação e desenvolvimento exclusivamente do Programa Bolsa Família. Com a EC 114/2021 o artigo 6º passou a prever o direito a uma Renda Básica Familiar a todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social, divergindo assim da Lei 10.835/04 que o critério é individual. Cumpre salientar também que diferente do texto da lei, a norma constitucional não inclui expressamente as pessoas estrangeiras residentes no país. Deixando evidente um conflito de titularidade dos direitos normatizados.

Na luta pela identificação dos indivíduos e grupos de vulneráveis que deveriam ser assistidos, a história do país demonstra que por muitos séculos a ajuda aos desfavorecidos ficou limitada à caridade, uma ideia estreitamente ligada às crenças religiosas e à religião, ou ao altruísmo e à liberalidade. Os atos de caridade eram vistos como oportunidade para se demonstrar duas virtudes: “generosidade da parte do doador e humildade da parte do beneficiário” (FLEISCHACKER, 2006, p.74). Superada esta fase de contentamento da sociedade com a caridade, os desafios e barreiras para levar a ajuda e assistência ainda são traços marcantes da sociedade brasileira.

A doutrina tem trazido com veemência o termo *destinatário* como sinônimo de *titular de direitos fundamentais*, mas para além da simples terminologia, o termo mais adequado e dominante no mundo jurídico contemporâneo, é a de titular de direitos fundamentais. Para além da questão terminológica, é controversa a distinção entre a titularidade de direitos fundamentais e a capacidade jurídica regulada pelo Código Civil, já que a titularidade, para alguns efeitos, é mais ampla que a capacidade jurídica, sem olvidar da discussão em torno da necessidade de uma nova leitura da lei civil vigente e dos conceitos civilistas sobre as capacidades com base na Constituição, que não podem ser simplesmente transportados para o domínio dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 209)

Nos ensinamentos de Sarlet (2012), a expressão brasileiros, consignada no art. 5º, *caput*, da CF, abrange todos que possuem nacionalidade brasileira, independentemente da forma de

aquisição da nacionalidade, sejam natos ou naturalizados, ressalvadas algumas exceções previstas na própria Constituição e que reservam a brasileiros natos alguns direitos. Dessa forma, o gozo da titularidade de direitos fundamentais por parte dos brasileiros evidentemente não depende da efetiva residência em território brasileiro, já que a titularidade depende exclusivamente do vínculo jurídico da nacionalidade, ao passo que para os estrangeiros a titularidade dos direitos assegurados na CF somente é reconhecida se estiverem residindo no Brasil. (SARLET, 2012, p. 212).

Outro fator marcante na condução das políticas públicas de transferência de renda e expresso na EC 114/2021 é a vulnerabilidade dos beneficiários, quando em seu parágrafo único evoca que “todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar...” (BRASIL, 2021).

Para Nelson Nery Júnior, a vulnerabilidade provém da isonomia constitucional ao dizer que se deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin complementam dizendo:

A vulnerabilidade é um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibra a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa (MARQUES; BENJAMIN; 2006, p. 120).

Para Oliveira (1995) “os grupos sociais vulneráveis poderiam ser definidos como aqueles conjuntos ou subconjuntos da população brasileira situados na linha de pobreza”, além de considerar que “nem todos os vulneráveis são indigentes”, já que muitos grupos que se encontram acima da linha da pobreza também são vulneráveis.

A definição econômica da vulnerabilidade social, segundo Oliveira (1995, p. 9) é “insuficiente e incompleta, porque, em primeiro lugar, não especifica as condições pelas quais os diferentes grupos sociais ingressam no conjunto dos indivíduos ou grupos vulneráveis. Em segundo lugar, há indivíduos vulneráveis entre os índios, os negros, as mulheres, os nordestinos, os trabalhadores rurais, tanto assalariados quanto aqueles ainda em condição de posseiros, meeiros, as crianças em situação de rua, a maioria dos deficientes físicos, entre outros segmentos populacionais, muitos inclusive jpa contemplados pela assistência social por meio da Lei. 8.742/1993, da chamada Lei do LOAS.

Além disso, o autor entende que a resolução ou atenuação da vulnerabilidade reside, exatamente, no econômico. Em sua opinião, “os grupos sociais vulneráveis se tornaram vulneráveis, pela ação de outros agentes sociais. Isso é importante “não apenas porque os retira da condição passiva de vulneráveis, mas também porque identifica processos de produção da discriminação social”. As políticas sociais públicas, nas palavras de Oliveira (1995), apesar de atenuar as vulnerabilidades, não esgotam o repertório de ações que se situam mais no campo dos direitos, como os verificados na legislação infraconstitucional de matéria da renda básica.

Com isso, o movimento de beneficiários da Renda Básica no Brasil foi se mostrando um movimento de montanha russa, quando num primeiro momento se verificou um grande número de pessoas, na casa dos milhões de pessoas em situação de riscos sociais ingressaram em programas de transferência de renda no início do século XXI, até que a dinâmica da economia foi acomodando e inclusive retirando pessoas quando conquistavam a ascensão ao mercado de trabalho, no entanto, as constantes crises econômicas, políticas e até sanitárias fez com que outros indivíduos entrassem nos programas novamente.

Nos países com sistemas desenvolvidos de seguridade social relacionados ao trabalho, esses efeitos se restringem a minorias relativamente pequenas. Contudo, se as tendências mencionadas antes persistirem, parcelas crescentes da população serão afetadas. (PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 32)

4. RENDA FAMILIAR OU RENDA INDIVIDUAL

Na proposta trazida pela EC 114/2021, a renda “familiar” tem como alvo as pessoas em situação de vulnerabilidade social, mas sem contrapartida e condições para seu recebimento. O legislador definirá dentre os vulneráveis, quais os brasileiros que possuem esse maior alcance a este direito fundamental. Já que a expressão criada pelo legislador e o termo “Familiar” não possui elementos suficientes para dizer quem tem direito a ser titular. A renda proposta deverá ser em moeda corrente, com valores igualitários a todos os brasileiros, sem contrapartidas.

A falta de condicionantes para o recebimento da renda básica por todos também é compartilhada por Van Parijs (2000). Ele defende que a renda básica “é uma renda paga por uma comunidade política a todos os seus membros individualmente, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho” (VAN PARIJS, 2000, p. 179).

Parijs (2018), contradiz a intenção do legislador na EC 114/2021 ao defender que a renda básica não é paga a uma pessoa, o “chefe de família”, em benefício de todos os membros

da família. Ela deve ser concebida individualmente a cada membro adulto da família. Se os menores de idade forem incluídos no esquema, talvez com um valor inferior, será necessário conceder a renda básica de cada um a um membro adulto da família, presumivelmente a mãe.

Para Parijs (2018), o principal argumento contra a individualização e a favor de um único pagamento ao chefe de família é a simplicidade. Essa vantagem se mantém particularmente quando se permite que a renda básica assuma a forma de um crédito fiscal – isto é, de uma redução no passivo fiscal da unidade doméstica proporcional ao nível de renda básica e ao número de membros da família com este direito.

Neste sentido, pode-se imaginar que qualquer pessoa comprometida com a liberdade para todos, o pagamento direto e individual a todos os membros da renda básica à qual eles têm direito pode fazer grande diferença a ponto de afetar a distribuição do poder familiar. No caso de uma mulher de baixa renda ou sem nenhum ganho, o controle sobre as despesas da família tenderá a ser maior e as opções de saída tenderão a ser menos proibitivas se ela receber uma renda regular como direito individual para si mesma e seus filhos do que se sua existência e a dos filhos exigissem uma renda líquida superior por parte de seu parceiro. (PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 41)

Na renda básica condicional em programas como Bolsa Família e Auxílio Brasil, o valor ao qual um indivíduo tem direito depende da composição da família. Em geral, os adultos têm direito a benefícios significativamente mais altos quando vivem sozinhos do que quando vem em uma unidade doméstica com um ou mais adultos. O argumento por trás dessa característica prevalente é óbvio: ao falar sobre pobreza, é necessário prestar atenção às economias de escala no consumo. (PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 42) O custo *per capita* para satisfazer às necessidades básicas é superior para aqueles que não dividem os custos de moradia com outras pessoas nem, portanto, os custos com aquecimento, móveis e equipamentos de cozinha e lavanderia. Por conseguinte as pessoas solteiras precisam de mais para serem tiradas da pobreza, e nesse caso faz sentido diferenciar o direito de acordo com a composição familiar.

O argumento final para consolidar a opção pela renda básica individual está contida em duas vertentes, sendo a primeira que é difícil confirmar a coabitação de uma família. Houve um tempo em que era fácil averiguar isso, porque coabitação era praticamente sinônimo de casamento. Confirmar se duas pessoas são casadas é simples, e antigamente isso significava que não havia necessidade de verificar se elas formavam um única unidade doméstica. Hoje, os casamentos não duram tanto e com frequência são dissolvidos de fato muito antes de o serem

formalmente. Segundo que o efeito da diferenciação de acordo com a composição da família dissuade as pessoas de viverem juntas. (PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 42)

Quanto mais genérica a tendência à informalidade e volatilidade na formação, decomposição e recomposição das unidades domésticas, mais as autoridades competentes ficam emperradas no dilema da arbitrariedade e parcialidade, de um lado, e intromissão e altos custos de supervisão, de outro, e por isso mais consistente o argumento a favor de uma transferência de renda básica individual. (PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 43)

Por fim, a renda básica incondicional diferencia-se dos esquemas de renda mínima com condições de liberação pelo fato de ser melhor aproveitada em todo seu alcance social, se paga individualmente.

CONCLUSÃO

Passados quase vinte anos da primeira lei que instituiu um programa de Renda Básica no Brasil, e a recente conquista da sua constitucionalização por meio da EC 114/2021, a literatura sobre o tema ainda nos permite concluir que muitos aspectos precisam ser melhor estudados e enfrentados, principalmente pelos ciclos de políticas públicas que cada novo governo federal passa a implementar a cada quatro anos.

Os problemas sociais e a desigualdade ainda estão presentes e marcantes como um traço da sociedade brasileira que insiste em não se encerrar. Com isso, a constitucionalização e elevação da renda básica como Direito Fundamental, passa a visualizar um horizonte essencial para transformar ameaças em oportunidades, renúncia em resolução, angústia em esperança.

A assistência social passou a ser vista com amplo consenso pela busca incessante por uma proteção social vinculado à garantia do mínimo existencial, a partir da esteira do princípio da dignidade humana, tendo como característica principal a universalização da assistência. Assim, são universais os direitos fundamentais porque são inerentes à condição humana, mesmo que estejam representados por entidades coletivas como núcleos familiares, grupos organizados, povos, nações, Estados.

A construção de um novo direito constitucional a partir da Carta de 1988 teve como destaque a localização dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e tendo destaque os princípios fundamentais, o que evidenciou a relevância e importância destes valores como superiores na ordem constitucional e jurídica.

Estabelecida a legislação concernente à renda básica no Brasil, os desafios passaram a ser na identificação dos indivíduos e grupos de vulneráveis que deveriam ser assistidos. A própria desigualdade e miséria é por si só uma barreira para identificação dos beneficiários, dado o pouco contato dos indivíduos com órgãos estatais e o constante e persistente analfabetismo nas regiões mais pobres.

A vulnerabilidade como critério da EC 114/2021, está associada no imaginário da população como aqueles conjuntos da população brasileira situados na linha da pobreza e atingidos pelo mal da fome, porém, nem todos os vulneráveis são indigentes, já que muitos grupos que se encontram acima da linha da pobreza também são vulneráveis.

Por fim, as constantes novidades legislativas quanto a distribuição de uma renda básica vacilam em não resolver a questão da individualização da renda, sendo termo como “cidadania”, “familiar”, “condicionada”, sempre empregados como forma de limitar o alcance da proteção social e com forte preconceitos sobre quem precisa do benefício e quem não deveria ser assistido. A proposta deste artigo se coaduna à corrente de autores como Van Parijs, que defendem a individualização da renda básica como uma renda paga a uma comunidade política a todos os seus membros de forma individual, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho. Fazendo deste instituto uma verdadeira rede de proteção mínima aos indivíduos, livre de julgamentos e preconceitos com sua condição de existência.

REFERÊNCIAS

PARIJS, Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. **Renda Básica: Uma proposta radical para uma sociedade livre e uma economia sã**. São Paulo: Cortez, 2018.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **O Bem Estar Social e o Direito de Patentes na Seguridade Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

GARABINI, Vania Mara Basílio. **Direito Fundamental à Renda Básica Universal: A segurança da renda no sistema de proteção constitucional** – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, F. **A questão do Estado: vulnerabilidade social e carência de direitos**. In: Subsídios à Conferência Nacional de Assistência Social, 1 Brasília: CNAS, out. 1995 (cadernos ABONG)

VAN PARIJS, Philippe. **Renda básica: Renda mínima garantida para o século XXI? Estudos avançado**, 14 (40), Dez, 2000. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/4vrMYMq4WCSZZ5xb3nJfGMj/?lang=pt&format=html>>. Acesso em: mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROCHA, Thiago Santos. Algumas considerações sobre o direito fundamental à “Renda básica familiar”. **Revista Consultor Jurídico**, 11 jun. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/direitos-fundamentais-consideracoes-direito-fundamental-renda-basica-familiar>>. Acesso em: mar. 2023.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2ª edição. Editora Malheiros. São Paulo-SP. 2010.

A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL HISTORICIDADE E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima

Doutor (sobresaliente cum laude) em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha (2016). Grau de Salamanca (sobresaliente cum laude) em Direito Privado, Espanha (2011). Diploma de Estudos Avançados em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha (2011). Professor de Direito Civil na graduação e no mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Brasil.

Álison Santos Rocha

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí na linha de pesquisa em Mudanças Institucionais na Ordem Privada. Advogado.

Resumo: Este artigo tem como escopo apresentar a mudança institucional da relação médico-paciente no Brasil através da historicidade e percurso da autonomia do paciente pela teoria do consentimento informado cunhada no Ocidente, marcadamente nos Estados Unidos e na Europa. Parte-se de um estudo teórico a partir das vias da perspectiva da teoria moral do consentimento informado e do direito à privacidade construídas através de decisões das cortes dos Estados Unidos e da dogmática do consentimento informado da Espanha para demonstrar a influência que tiveram na sua adoção no Brasil, através da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Civil, Mudanças Institucionais na Ordem Privada, Teoria do consentimento informado, Jurisprudência brasileira.

Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

Os estudos e reflexões sobre a saúde tem alcançado, no âmbito do Direito, especial evolução no tocante à proteção do paciente. Ao longo do tempo estas digressões acompanharam os diferentes paradigmas que buscaram definir a relação entre médico e paciente, ou, de maneira mais abrangente, entre profissionais de saúde e paciente. Se antes esta relação era marcada por um aspecto paternalista onde o profissional detinha o poder, a arte e a técnica em sua posição jurídica, hoje o tratamento é no sentido de uma relação equilibrada entre direitos e deveres entre ambas as partes com especial soerguimento dos direitos e poderes de decisão dos pacientes (LIMA, 2016, p. 4). Dentro desse processo de mudança institucional, surgiu a teoria do consentimento informado, novo paradigma a impulsionar a tradicional relação médico-paciente.

Situando espacialmente esta mudança, discute-se os institutos da maneira como foram construídos na trajetória jurídica do Ocidente. Nesse sentido, o foco da análise parte da forma como a ideia de consentimento informado foi cunhada nos Estados Unidos e na Europa e como se deu o processo de inserção desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. E, ainda que as tradições jurídicas nos Estados Unidos e no Brasil difiram no tocante à construção da dogmática, isto é, para àquele através do *commom law*, onde as decisões judiciais e a jurisprudência são a principal fonte da dogmática, e neste centrada no *civil law*, cuja legislação escrita tem proeminência, foi através do desenvolvimento da teoria do consentimento informado na jurisprudência estadunidense que possibilitou a incorporação da doutrina no Brasil, sobretudo através de julgados nos tribunais superiores brasileiros.

Em termos jurídicos, dois foram os caminhos mediante os quais a mudança institucional rumo à autonomia do paciente se ergueu: um relacionando o direito de informação e de decisão do paciente à uma teoria moral do consentimento informado e outro extraíndo a autonomia informativa do paciente do direito à proteção da privacidade. Dessa forma, cuidar-se-á, primeiro capítulo deste trabalho, de um histórico descritivo do processo nos Estados Unidos e na Espanha. Para a análise dessas duas vertentes utilizar-se-á como referenciais teóricos Ruth R. Faden, Tom L. Beauchamp e Nancy King nos escritos sobre as decisões das cortes estadunidenses sobre proteção do paciente e consentimento informado no livro *A History and Theory of Informed Consent*, González León, que traz a perspectiva europeia do consentimento informado a partir da sua construção na Espanha, Antonio Seoane, que discute as diferenças e confluências da construção jurídica da autonomia do paciente nos Estados Unidos e na Espanha e Davinia

Cadenas Osuna que apresenta a teoria do consentimento informado através de um estudo comparativo entre diversos ordenamentos de proteção ao paciente.

Pari passu à digressão sobre a historicidade e construção da teoria do consentimento informado buscar-se-á apresentar, no segundo capítulo, a maneira como a teoria do consentimento informado foi recepcionada no Brasil através da análise dos diplomas legais que passaram a regular a relação médico-paciente e no terceiro capítulo, a forma como a teoria vem se inserindo no ordenamento jurídico brasileiro através da sua utilização na jurisprudência pátria através da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. O objetivo principal deste trabalho, portanto, é demonstrar o percurso teórico da teoria do consentimento informado que levou à uma mudança institucional da relação médico-paciente no Brasil.

Para os objetivos deste trabalho utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica sobre o tema do consentimento informado nos Estados Unidos, na Espanha e no Brasil, a análise do Direito dos três países sobre uma perspectiva comparada de normas sobre o consentimento informado e de jurisprudência sobre o tema nos ordenamentos dos três países com o objetivo de identificar de forma dedutiva as semelhanças, origens comuns e diferenças entre as três trajetórias jurídicas. A pesquisa utilizou-se de ferramentas digitais de pesquisa de legislação, de artigos em revistas publicados na internet e do portal oficial de divulgação de julgados dos STJ. Para a exposição das ideias utilizou-se o método histórico e sistemático.

1 HISTORICIDADE DA EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

Para iniciar a discussão sobre a historicidade da evolução da autonomia do paciente é preciso identificar a maneira como ela foi construída na tradição jurídica dos Estados Unidos. Nesta tradição, importante remarcar a construção de uma teoria do consentimento informado, que ao lado do desenvolvimento do direito à privacidade, representou ascensão da autonomia do paciente na sua relação com o profissional de saúde. E, de fato, foi através das decisões das cortes estadunidenses que o consentimento informado se alçou como categoria jurídica a ser valorada pelo ordenamento civil (LIMA, 2016, p. 39).

O seu estabelecimento, como é possível supor, foi gradual, de modo que o caminhar jurisprudencial pôde, com o tempo, delinear os requisitos e características da teoria tal qual é apresentada no Século XXI. Ao mesmo tempo, a construção da ideia de consentimento informado também teve desenvolvimento na Europa através de outros movimentos, com origem, sobretudo,

em diretrizes deontológicas médicas e consensos teóricos produzidos em escala internacional. Em ambos os casos, a ideia do consentimento informado se erigiu a partir de duas vertentes distintas de fundamentação, a teoria moral e a proteção à privacidade.

1.1 A evolução da autonomia do paciente nos Estados Unidos: a perspectiva do consentimento informado e do direito à privacidade

Ruth R. Faden, Tom L. Beauchamp e Nancy King apresentam o percurso jurisprudencial norte-americano de decisões que promoveram a construção da teoria. Os autores partem da decisão no caso britânico *Slater v. Baker and Stapleton* de 1767 como antecedente remoto da temática, que apesar de não ter sido proferida nos Estados Unidos e de ter tido pouca influência nas decisões norte-americanas do Século XIX é tida como o referencial mais remoto de uma decisão judicial em que a vontade do paciente foi considerada na resposta para o mérito (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 116). Neste caso, médicos foram condenados por recusarem-se a retirar curativos de uma paciente quando ela pediu e ainda produziram uma fratura por experimentar um tratamento ortopédico não autorizado.¹

Em seguida os autores apresentam o caso *Carpenter v. Blake* de 1871 em que a corte entendeu negligente por parte dos médicos a falta de informação ao paciente sobre os cuidados e proteções que precisavam ser tomados em um pós-operatório e o consentimento colhido para a continuidade do tratamento se deu através de informações falsas de que a cirurgia estava em processo normal de cura (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 117-118). Este caso tornou-se emblemático por ser uma hipótese na qual a informação, ou a ausência dela por parte da equipe médica, foi o principal cerne da decisão em uma situação de cuidados de saúde.²

Ainda que esta decisão tenha tido importância significativa, ela se centrou na informação ao paciente e não no seu consentimento propriamente dito. Nesse sentido os autores apresentam os casos *Mohr v. Williams* (1905) onde um cirurgião foi condenado por operar o ouvido esquerdo

¹ Conforme trecho da decisão: "In answer to this, it appears from the evidence of the surgeons that it was improper to disunite the callous [bony material in healing] without consent; this is the usage and law of surgeons: then it was ignorance and unskillfulness in that very particular, to do contrary to the rule of the profession, what no surgeon ought to have done; and indeed it is reasonable that a patient should be told what is about to be done to him, that he may take courage and put himself in such a situation as to enable him to undergo the operation." (*Slater v. Baker and Stapleton*, 2 Wilson 359, 95 English Report 860, 1767)

² Para o julgador: "If... it is enough for the physician to put the arm on a pillow [resting at a certain angle, rather than the usual practice of putting it in a sling.] ... it would seem proper, if not necessary, that the attending surgeon should inform the patient, or those having charge of him or her, of the necessity of maintaining that position. . . . [T]he danger [of the joint's straightening improperly if moved from that angle] should be disclosed to the end that all proper precaution may be taken to prevent it." (*Carpenter v. Blake*, 60 Barb 488, N.Y. Sup. Ct. 4th Dept. May 1, 1871)

em uma paciente que só havia autorizado a intervenção no direito (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 120-121). O Caso *Pratt v. Davis* (1906) em que um médico realizou histerectomia sem autorização específica da paciente para tal procedimento, ela havia autorizado uma intervenção prévia, mas o tribunal entendeu que não há que se falar em consentimento implícito. E o caso *Rolater v. Strain* (1913) onde o médico extraiu um osso extrapolando os limites do consentimento da paciente, ela havia autorizado o procedimento, porém de uma forma diversa da realizada pelo médico (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 122-123).

Nestes três casos a *ratio decidendi* das cortes se centrou nos danos causados aos pacientes por ausência ou vício no consentimento. Isto é, foi decidido que os danos percebidos pelos pacientes têm relação direta com a necessidade de obtenção de consentimento destes para procedimentos médicos. Ainda, que tais decisões não tenham alçado o consentimento como parte integrante do ato médico, mas as tenham vinculada à existência de um dano comprovado, têm importância crucial pois colocam o consentimento em uma posição de privilégio na relação médico-paciente.

O caso emblemático que se tornou ponto de virada na maneira como a teoria do consentimento informado passaria a ser tratada foi o chamado *Schloendorff Case*, ou *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* de 1914 (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 123-124). Neste caso, o médico retirou um tumor abdominal de uma paciente que havia autorizado apenas uma exploração diagnóstica e havia afirmado expressamente que queria que a intervenção se resumisse ao exame. O ato médico, portanto, em que pese não tenha causado danos à paciente, foi contrário à sua vontade manifestada previamente.¹

Aqui, percebe-se que a decisão alça o consentimento a direito autônomo do paciente que independe de um outro dano, sendo passível de indenização qualquer procedimento que seja feito sem que ele seja colhido. O próximo passo seria tornar informado este consentimento.

A expressão “consentimento informado”, por sua vez, foi surgir propriamente em 1957 com o caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* onde o tribunal entendeu que a falta de informação de um radiologista sobre as possíveis complicações e os riscos secundários de uma aortografia equivalem a ocultar fatos necessários para a formação do consentimento racional em relação ao tratamento proposto (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986,

¹ A sentença do juiz Cardozo se tornou célebre: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages. (*Schloendorff v. The Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 1914). Em tradução livre: “Todo ser humano adulto e são tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo e um cirurgião que realiza uma intervenção sem o seu consentimento comete uma agressão que o responsabiliza por danos”.

p. 126-128). A informação passa a ser um dos marcos na teoria do consentimento cabendo ao médico esta prestação positiva.

Na sequência de casos pós-Schloendorff a teoria do consentimento informado vai ganhando força e passa a ser mais bem descrita. Com o caso *Natanson v. Kline* de 1960 a Suprema Corte do Kansas estabeleceu que a informação não é ilimitada, mas ao médico cabe uma postura de agir e informar razoável e suficientemente o paciente para que possa tomar sua decisão (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 130).

Com o caso *Berkey v. Anderson* (1969) a corte entendeu que o médico precisa partir do pressuposto de que o paciente possui um conhecimento comum de leigo na matéria devendo tratar a informação diferente do que trataria com outros profissionais (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 129). Já no caso *Canterbury v. Spence* (1972) o entendimento foi o de que são as necessidades do paciente que definem a amplitude da informação que o médico deve prestar, mas de um ponto de vista razoável¹

Todos os julgados elencados acima correspondem ao percurso jurisprudencial estadunidense que permitiu a construção da teoria do consentimento informado tendo como base uma perspectiva moral de proteção ao paciente. Entretanto, o processo de mudança institucional na relação médico-paciente nos Estados Unidos também teve uma outra via de desenvolvimento ligado a ideia de autonomia do paciente ao direito à privacidade ou *privacy*.

No que tange à esta segunda via, José Antonio Seoane aponta que a ideia de privacidade nos Estados Unidos teve origem noutra direito que já agasalhava reconhecimento doutrinário que seria o direito à intimidade ou *right to be let alone* ou direito de ser deixado sozinho, cunhado pelo juiz Thomas M. Cooley² em 1879 (SEOANE, 2013, p. 13-34). É nesse sentido também que, ainda em 1890, os autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicam na revista *Harvard Law Review* o artigo intitulado *The Right to Privacy*. Neste artigo, os juristas analisam alguns julgados dos Estados Unidos que concederam razão à proteção de obras de artes, carta pessoais extraviadas e escritos manuais subtraídos relacionando esta proteção à propriedade intelectual. Os autores, entretanto, concluem que na maioria dos casos o princípio de proteção

¹ A decisão estabeleceu um critério objetivo (average patient): "The context in which the duty of risk-disclosure arises is invariably the occasion for decision as to whether a particular treatment procedure is to be undertaken. To the physician, whose training enables a self-satisfying evaluation, the answer may seem clear, but it is the prerogative of the patient, not the physician, to determine for himself the direction in which his interests seem to lie. To enable the patient to chart his course understandably, some familiarity with the therapeutic alternatives and their hazards becomes essential. (*Canterbury v. Spence*, 464 F.2d. 772, 782 D.C. Cir., 1972)

² "Personal Immunity. The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury." (COOLEY, 1879, p. 29)

fundante não seria o da propriedade *per se*, mas sim de um direito mais abrangente de proteção à intimidade,¹ ou *right to be let alone*.

Ainda que a doutrina já emanasse vozes sobre o direito este só foi incluído na jurisprudência estadunidense em 1967 com o caso *Katz v. United States*, oportunidade em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, interpretando a Quarta Emenda² à Constituição, decidiu que o mandamento que impede a busca e apreensão, sem mandato, abrange qualquer situação em que as pessoas podem ter uma *expectativa de privacidade*. No caso em tela um particular havia sido acusado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*) de estar transmitindo por telefone informações de apostas ilegais, porém, a obtenção dessas informações pelo órgão de investigação, sem mandado específico, infringia o direito à privacidade do particular³.

Após o estabelecimento jurisprudencial de um direito à privacidade com fundamento constitucional na Quarta Emenda, a sua aplicação nas relações de saúde foi apenas questão de tempo. Em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a lei do estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos violava o direito marital à privacidade agasalhado pelas disposições na *Bill of Rights* (as dez primeiras emendas à Constituição estadunidense) e, por isso, o Estado não poderia impedir a busca por aconselhamento médico e o uso de contraceptivos por violar uma esfera privada de decisão do casal⁴. Em 1972, a mesma Corte proferiu decisão, no caso *Eisenstadt v. Baird*, favorável ao uso de contraceptivos mesmo para casais que não eram casados com base na cláusula de igualdade da Décima Quarta Emenda e no direito à privacidade⁵. E em 1977, no julgamento do caso *Carey*

¹ "These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. It is like the right not to be assaulted or beaten, the right not to be imprisoned, the right not to be maliciously prosecuted, the right not to be defamed. [...] The principle which protects personal writing and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality" (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205)

² "Amendment IV The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1792)

³ "It is unconstitutional under the Fourth Amendment to conduct a search and seizure without a warrant anywhere that a person has a reasonable expectation of privacy, unless certain exceptions apply." (*Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 1967)

⁴ "A right to privacy can be inferred from several amendments in the Bill of Rights, and this right prevents states from making the use of contraception by married couples illegal. [...] 1. Appellants have standing to assert the constitutional rights of the married people. *Tileston v. Ullman*, 318 U. S. 44, distinguished. P. 381 U. S. 481. 2. The Connecticut statute forbidding use of contraceptives violates the right of marital privacy which is within the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights. Pp. 381 U. S. 481-486." (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965)

⁵ "Unmarried couples have the right to use contraception, based on the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment and the more nebulous constitutional right to privacy." (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972)

v. Population Services International, ficou estabelecido pela Suprema Corte que um estado não poderia colocar restrições à publicidade, venda e distribuição de contraceptivos a indivíduos de qualquer idade, estendendo o direito à privacidade a todos os cidadãos incluindo menores de idade, na decisão, a Corte decide inclusive sobre a impossibilidade de o Estado exigir um consentimento parental para a decisão do menor.¹

Como demonstrado acima, o percurso de mudança institucional na relação médico-paciente nos Estados Unidos se desenvolveu tanto pela via da teoria do consentimento informado quando pela via do direito à privacidade. Ainda que a perspectiva da privacidade tenha tido influência sobremaneira neste movimento, esta não é o objeto de análise deste artigo, eis porque a partir daqui o estudo voltar-se-á apenas ao desenvolvimento da teoria do consentimento informado.

1.2 A teoria do consentimento informado na Espanha

Um segundo nicho de desenvolvimento da teoria do consentimento informado tal qual está estabelecido no Ocidente neste Século XXI foi a Europa. Por sua natureza continental e com pluralidade de sistemas e tradições jurídicas que muitas vezes não se assemelham, um estudo das influências de toda Europa na construção de uma teoria seria demasiado trabalhoso e impossível de conduzir em um trabalho a nível de artigo. Nesse sentido, para este estudo, a opção foi ater-se a um único país de tradição *civil law*, para contrapor com a tradição jurisprudencial dos Estados Unidos.

O estudo do Direito Espanhol, enquanto país europeu de tradição romano-germânica e que, por sua trajetória histórica, projetou e ainda mantém fortes influências no Direito da América Latina mostra-se importante para a próxima discussão que será travada a seguir quanto à inserção da teoria do consentimento informado na jurisprudência brasileira. Além disso, as próprias características de supraestatalidade de determinados tipos de norma que informam os países da União Europeia, da qual a Espanha faz parte, fazem com que o estudo da construção jurídica de determinado instituto neste país seja um ponto focal que reverbera no estudo da construção jurídica de todo o bloco.

¹ "A state cannot constitutionally place any restrictions on the advertisement, sale, and distribution of contraceptives to individuals of any age. [...] (a) The right to privacy in connection with decisions affecting procreation extends to minors as well as to adults, and since a State may not impose a blanket prohibition, or even a blanket requirement of parental consent, on the choice of a minor to terminate her pregnancy, *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52, the constitutionality of a blanket prohibition of the distribution of contraceptives to minors is a fortiori foreclosed. Pp. 431 U. S. 693-694." (*Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678, 1977)

Nessa missão serão utilizados como referência os escritos de José Antonio Seoane, no artigo *La construcción jurídica de la autonomía del paciente*, publicado em 2013 na revista espanhola EIDON, as ideias centrais de Carmén González León no artigo *La protección del paciente y el consentimiento informado* publicado em 2009 na Revista Portuguesa de Direito da Saúde e de Davinia Cadenas Osuna no livro *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* publicado em 2018 pelo Boletín Oficial del Estado da Imprensa Nacional da Espanha.

Ao analisar a configuração jurídica da autonomia do paciente na Espanha, Seoane sinaliza algumas características distintivas do processo espanhol e estadunidense. Primeiro, na Espanha a construção da ideia de autonomia do paciente é bem mais recente e mais compacta que nos EUA. Enquanto neste a discussão remonta ao Século XVIII, conforme já mencionado no tópico anterior, naquele ela se concentra em pouco mais de três décadas de discussões (SEOANE, 2013, p. 20-21). Esta proximidade temporal é responsável pelas principais características do processo espanhol que são aglutinadas em 3 pontos transcritos e traduzidos a seguir:

- 1) O reflexo dos fatores de transformação dos sistemas jurídicos contemporâneos. 1.1) a constitucionalização, patente sobretudo na superioridade normativa da constituição, na jurisdição constitucional e na onipresença dos direitos fundamentais e 1.2) A extrapolação do marco do Estado, na forma de supraestatalidade através de normas comunitárias europeias, supraestatais e internacionais e de infraestatalidade mediante a normativa das Comunidades Autônomas. [...]
- 2) Uma construção legislativa, própria de um modelo de sistema jurídico romano-germânico característico da Europa Continental, completada com aportes da jurisprudência ordinária e constitucional. [...]
- 3) A complementariedade de duas perspectivas para a compreensão da configuração da autonomia: a do paciente ou usuário, com o crescente reconhecimento de sua autonomia e seus direitos, e a do profissional assistencial, no fio da evolução e da noção de *lex artis* (SEOANE, 2013, p. 21).¹

Da primeira característica apontada por Seoane, percebe-se que Constituição teve papel de destaque na construção da ideia de autonomia dos pacientes, e aqui a referência é sobretudo pela exegese dos direitos fundamentais inscritos na carta constitucional de 1978. Além disso, a extrapolação do Estado fez com que a tradição jurídica recebesse normas de fontes externas à produção nacional para a sedimentação do instituto. Daí porque tão importante na tradição

¹ No original "1) el reflejo de dos factores de transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos: 1.1) la constitucionalización, patente sobre todo en la superioridad normativa de la Constitución y la jurisdicción constitucional y en la onnipresencia de los derechos fundamentales; y 1.2) el desbordamiento del marco del Estado, en forma de supraestatalidad, a través de normas comunitarias europeas, supraestatales e internacionales, y de infraestatalidad, mediante la normativa de las Comunidades Autónomas. [...] 2) una construcción legislativa, propia de un modelo de sistema jurídico romano-germánico característico de la Europa continental, completada con aportaciones de la jurisprudencia ordinaria y constitucional. [...] 3) la complementariedad de dos perspectivas para la comprensión de la configuración de la autonomía: la del paciente o usuario, con el creciente reconocimiento de su autonomía y sus derechos, y la del profesional asistencial, al hilo de la evolución de la noción de *lex artis*. (SEOANE, 2013, p. 21)

européia foram as normativas internacionais e, no caso da Espanha, das Comunidades Autônomas para tecer a teoria do consentimento informado.

De fato, foi com Constituição Espanhola de 1978 que através do disposto em seu Art. 15, na seção sobre direitos fundamentais e das liberdades públicas e ao garantir o direito à integridade física e moral trouxe à nível constitucional o que mais tarde seria fundamento da autonomia do paciente¹. Além deste artigo, os arts. 10, 16, 17 e 18, também trataram de cuidar de aspectos que envolvem a vida, a personalidade, a liberdade de consciência e a intimidade que também estão no espectro de direitos que constituem a autonomia do paciente.

No âmbito dos marcos pré-constitucionais, faz-se mister mencionar a promulgação do Código de Nuremberg, em 1947, produto dos julgamentos de Nuremberg no pós-2ª Guerra Mundial, como resposta as atrocidades ocorridas no campo da pesquisa médica no período do governo nazista da Europa Central, e que, inclusive, muitos deles inclusive foram financiados pelo governo estadunidense (OSUNA, 2018, p. 50) em um período em que já havia entendimento jurisprudencial sobre os direitos dos pacientes conforme demonstrado no tópico anterior. E, também, a Declaração de Helsinque, publicada em junho de 1964 pela Associação Médica Mundial como produtos dos trabalhos da 18ª Assembleia Médica Mundial, documento este que se consubstanciava no estabelecimento, através de 32 dispositivos, de princípios éticos para a pesquisa médica em seres humanos.

Importante frisar, que tanto o Código de Nuremberg como a Declaração de Helsinque tratavam sobretudo sobre a pesquisa e não sobre a intervenção médica/cuidados de saúde em seres humanos, entretanto seus dispositivos serviram como ponto de partida para o desenvolvimento de demais normas éticas no campo da atuação médica. Em verdade, a Declaração de Helsinque em sua redação original propunha um tratamento diferenciado entre experimentações científicas e experimentações terapêuticas obrigando a existência de consentimento prévio obrigatório do paciente apenas nas primeiras (OSUNA, 2018, p. 88).

Foi nesse sentido que em 1981, a Associação Médica Mundial, promulgou a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente que teve o condão de sistematizar normas éticas tanto no campo da pesquisa, como no campo da intervenção e cuidados em saúde de maneira geral e estabelecendo precipuamente o direito à autodeterminação do paciente.²

¹Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra." (ESPAÑA, 1978)

² É que se lê: - "3. Direito a autodeterminação. a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das conseqüências de suas decisões; b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve

A autonomia do paciente aprofundou-se com a assinatura do Convenio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (CDHB), de 1997 que passou a vigorar na Espanha em 1º de janeiro de 2000 e com a edição da Ley 41/2002, de 14 de novembro, que se tornou a Lei básica reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria informacional e documentação clínica (LBAP ou LAP).

Esta última, a LBAP (e as suas regulações posteriores como a Ley 16/2003 sobre coesão e qualidade do Sistema Nacional de Saúde (LCCSNS e a Ley 44/2003 sobre organização das profissões sanitárias (LOPS)) é considerada o normativo mais importante e influente na etapa pós-constitucional espanhola pois representou de fato uma regulação especificamente voltada para a autonomia do paciente conforme incluso na sua Exposição de Motivos (SEOANE, 2013, p. 23).

Cármén González León também menciona a importância do CDHB para o direito espanhol no tema dos direitos dos pacientes:

En nuestro ámbito cabe resaltar la relevancia del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina suscrito el día 4 de Abril de 1997 (CDHB), que ha entrado en vigor en España el 1 de Enero de 2000. Este Convenio es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben, y establece explícitamente la necesidad de reconocer los derechos a los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países em estas materias. (GONZÁLEZ LEÓN, 2009, p. 15)

Percebe-se, pois, que o estabelecimento da teoria do consentimento informado na Espanha percorreu um caminho iniciado como reconhecimento de normas deontológicas e de ética médica e que culminou na sedimentação legislativa do princípio do consentimento informado através da LBAP, num percurso diverso do estabelecimento jurisprudencial dos Estados Unidos. Com a edição de um diploma legislativo com previsão específica sobre o consentimento informado a doutrina espanhola passou a preocupar-se com os contornos e requisitos do consentimento informado, e é nesse sentido que Davinia Cadenas Osuna aponta como requisitos do consentimento informado extraídos da LBAP a liberalidade, a voluntariedade, intencionalidade, compreensão e ausência de controle externo (OSUNA, 2018, p. 267-268) e define o instituto como direito personalíssimo e fundamental do paciente e a colheita do consentimento como parte integrante do ato médico:

entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento;". (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1981)

El consentimiento informado puede definirse como el derecho personalísimo y fundamental del paciente o cliente a decidir de forma autónoma, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, su sumisión o rechazo a la misma. Esta decisión la debe tomar el paciente tras interactuar con el profesional sanitario en un proceso dialógico continuado en el que éste debe comunicar y explicar a aquél la información prevista en el artículo 4 LAP, exigiéndose, en ocasiones, la constancia escrita de la información y el consentimiento, si bien como requisito ad abundantiam y, en ningún caso, sustitutivo del inexcusable diálogo de carácter informativo que médico y paciente deben mantener. A LBAP espanhola (OSUNA, 2018, p. 504).

A existência de uma tradição jurisprudencial estadunidense e de uma Lei espanhola que trata sobre o tema fornecem os pontos de comparação para estudar a maneira como a teoria do consentimento informado foi estabelecida no Brasil, estudo que se propõe a seguir.

2 A TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL

Após discussão sobre a construção da teoria do consentimento informado nos Estados Unidos e na Espanha, neste tópico será feita uma análise de como a teoria do consentimento informado foi incorporada ao Direito brasileiro através de estudo descritivo das normas brasileiras existentes sobre o tema e que culminará, na análise, incluída no terceiro e último capítulo deste artigo, da presença de julgados utilizando o consentimento informado como razão de decidir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2.1 A incorporação da teoria do consentimento informado no Direito brasileiro

Num caminho inverso ao percurso estadunidense as primeiras normas sobre consentimento informado no Brasil remontam às disposições deontológicas de órgãos profissionais, a exemplo do Conselho Federal de Medicina, e de normativas gerais do governo sobre saúde na segunda metade do Século XX mas, tal qual no percurso espanhol, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco fundamental no que tange à proteção de direitos dos pacientes e conseqüentemente à incorporação da noção de consentimento informado na relação jurídica entre médico e paciente.

No âmbito doutrinário José de Aguiar Dias já escrevia em 1950 no campo da Responsabilidade Civil sobre a responsabilidade do profissional médico em obter o consentimento do paciente diante de uma operação ou tratamento arriscado e não somente um simples consentimento, mas uma aquiescência livre e esclarecida (DIAS, 1950, p. 262).

Em 1975 o Conselho Federal de Medicina do Brasil publicou a Resolução CFM nº 75 passando a adotar a expressamente a Declaração de Helsinque no âmbito da pesquisa clínica, e

que dentre outras disposições continha específica menção à necessidade de obtenção do consentimento do paciente após devida explicação sobre os procedimentos terapêuticos que deveriam ser adotados.¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o vasto esforço principiológico de direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o Direito à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196) a noção de consentimento ganhou espaço para a sua expansão e maior desenvolvimento no país (LIMA, 2016, p. 21). De fato, a Carta Magna não traz nenhuma disposição específica sobre o tema, em verdade, o termo “consentimento”, só é citado uma vez ao longo de todo o texto constitucional no inciso XI do artigo 5º sobre inviolabilidade de domicílio². Em que pese seja possível efetuar uma relação entre casa e corpo³ para fins de definição de consentimento e inviolabilidade deste ou daquele (GARCIA, 2018, p. 3-6) não foi este o caminho seguido pela legislação para sedimentar a teoria do consentimento informado.

Noutra dimensão, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, instrumento publicado dois anos após a última constituição brasileira, é considerado um marco legislativo e interpretativo na teoria do consentimento informado no Brasil. É nesta linha de pensamento que Cláudia Lima Marques, em importante artigo publicado na Revista dos Tribunais em 2004 e intitulado “A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor”, aduz que no direito brasileiro aplica-se aquele código nas relações médico-paciente (MARQUES, 2004, p. 11).

A utilização do CDC nas relações médico-paciente também já havia sido objeto de aplicação pelos tribunais no início do milênio. Ainda em 2004, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial nº 419.026, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, sobre a responsabilidade civil do hospital e do médico por esquecimento de corpo

¹ “II - A PESQUISA CLÍNICA COMBINADA COM O CUIDADO PROFISSIONAL1 - No tratamento da pessoa enferma, o médico deve ser livre para empregar novos métodos terapêuticos, se, em julgamento, eles oferecem esperança de salvar uma vida, restabelecendo a saúde ou aliviando o sofrimento. Sendo possível, e de acordo com a psicologia do paciente, o médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter sido dada uma explicação completa. Em caso de incapacidade legal, o consentimento deve ser obtido do responsável legal; em caso de incapacidade física, a autorização do responsável legal substitui a do paciente.” (BRASIL, 1975)

² “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988)

³ Rafael de Deus Garcia em artigo intitulado “Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões” (2018) discorre que tanto a casa (domicílio) quanto o corpo (o autor também menciona a mente, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais) são diferentes dimensões imbricadas dentro do princípio de proteção à privacidade, e portanto, não podem ser compreendidas umas sem as outras.

estranho no organismo de uma paciente após cirurgia cesárea, e com base no CDC decidiu pela responsabilidade solidária de ambos.¹

A grande importância dessa posição interpretativa no âmbito do consentimento informado no Brasil é que, com como consequência do reconhecimento da aplicação do CDC às relações médico-paciente, a enorme carga de deveres informativos e de cuidado exigida para o fornecedor de serviço aplica-se ao profissional médico no âmbito do fornecimento de cuidados de saúde. O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação repleta de dispositivos com caráter ostensivamente protetivos à parte débil da relação, como reclama seu próprio nome, assim, ao paciente recorre todos eles². E quanto ao regime de responsabilidade imposta aos fornecedores no que tange à deficiência na informação sobre o serviço, os arts. 12 e 14 preveem responsabilidade específica, independente de culpa, em caso de danos decorrentes de informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos dos produtos ou serviços, já o §4º do Art. 14, ao tratar da responsabilidade do profissional liberal demarca ainda que esta se dá de forma subjetiva, com a verificação da culpa. É através do cumprimento dos deveres informativos e da obtenção do consentimento informado do paciente que o profissional se resguarda de possível responsabilização, entretanto para Bruno Miragem o profissional se exime apenas dos danos decorrentes dos riscos involuntários ocasionados pelo tratamento ou procedimentos médicos as quais o consentimento foi colhido, não eximindo de culpa o profissional pelos atos praticados em sentido estrito (MIRAGEM, 2015, p. 587).

Apesar do reconhecimento de sua aplicação nas relações médico-paciente, o CDC não traz nenhum dispositivo específico sobre consentimento informado. Na esteira da Constituição Federal a palavra "consentimento", muito menos a expressão "consentimento informado" não são mencionadas em artigo algum do diploma. Talvez o dispositivo que mais poderia assemelhar-se

¹ "Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34, do CDC, ao dispor que "o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos" (grifou-se). Dessa forma, o recorrente, nos termos do art. 14 do CDC, "responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços". Em relação ao paciente-consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva e solidária juntamente com o médico. Busca-se, assim, em conformidade com escopo perseguido pelo legislador, ampliar as garantias e assegurar ao consumidor a efetiva reparação dos danos, independentemente da apuração do grau de culpa de cada um dos responsáveis solidários" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 419026/DF RECURSO ESPECIAL 2002/0027101-3. Voto da Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 26/10/2004. DJ 21/02/2005 p. 169, RDR vol. 31 p. 410, RSTJ vol. 201 p. 297)

²Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 1990)

a ideia de consentimento informado seria o previsto no art. 39¹ que elenca como prática abusiva do fornecedor a execução de serviços sem a autorização expressa do consumidor,

Entretanto, além da redação prever uma ressalva para as “práticas anteriores entre as partes”, o que não se adequa ao regime do consentimento informado, o dispositivo não traz a característica da informação para qualificar o consentimento (ou, a autorização, como é da redação).

O Novo Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que substituiu a anterior codificação de 1916, também foi um dos marcos legais que fortaleceu o sistema de proteção ao paciente no Brasil. Analisando a própria anatomia do novel diploma já se percebe que os direitos da personalidade passam a ser normatizados em mais artigos em relação ao Código de 1916 e a tônica da proteção à pessoa se adequa aos ditames constitucionais de 1988 e, no que tange à proteção ao paciente, os artigos 13² e 15³ trazem expressas disposições relacionadas à integridade física.

Tais dispositivos, consagram o princípio da autodeterminação e o direito do paciente dispor do próprio corpo, temas estes que fundamentam o consentimento no Brasil. O atual Código Civil, no seu art. 21 também traz disposição sobre a privacidade, ao estabelecer que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002), importante mencionar que, apesar do direito à privacidade ter sido, na trajetória estadunidense, uma das principais fontes para o desenvolvimento da teoria do consentimento informado, no Brasil, entretanto, teve apenas papel secundário.

Tangencialmente, o termo consentimento informado foi inserido na legislação brasileira através do Decreto nº 5.006, de 8 de março de 2004, que ratificou e promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados⁴, e no âmbito de proteção aos usuários da internet o termo consentimento informado foi inserido como direito no art. 7º, VII da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014⁵, este

¹ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (BRASIL, 1990).

² Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes (BRASIL, 2002)

³ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002)

⁴ “3. Os Estados Partes que permitirem o recrutamento voluntário de menores de 18 anos em suas forças armadas nacionais manterão salvaguardas para assegurar, no mínimo que: b) o referido recrutamento seja feito com o consentimento informado dos pais do menor ou de seus tutores legais;” (BRASIL, 2004)

⁵ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso

normativo, ainda que não traga disposições sobre saúde e direitos de pacientes, traz à tona o consentimento informado como princípio para tratamento de dados de maneira geral no âmbito da internet. E em 2018, com a publicação da Lei 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, houve a delimitação de um regime jurídico específico para dados de saúde, demarcando-os como sensíveis e inserindo o dever de obtenção de consentimento informado como requisito para o seu tratamento (BRASIL, 2018).

Na seara específica do direito à saúde o Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013, tratando sobre as diretrizes para atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e do Sistema Único de Saúde, estabeleceu que os profissionais de saúde do SUS deveriam colher o Termo de Consentimento Informado, assinado pela vítima e responsável legal, quando do atendimento às vítimas de violência sexual para coleta de vestígios a serem encaminhados à perícia oficial. A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também é importante diploma sobre o tema ao reconhecer o direito à autodeterminação em matéria de capacidade para consentir às pessoas com deficiência prevendo em seus artigos 11 e 12 a necessidade de obtenção do consentimento prévio, livre e esclarecido para a realização de qualquer tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica¹.

Em resumo, não há no Brasil uma normativa específica sobre o consentimento informado, as normas extraídas para o tema são feitas através da exegese da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil além de normas específicas sobre temas diversos à relação médico-paciente como a proteção de dados e o atendimento de vítimas de violência sexual. É a esta conclusão que o chega Éfren Lima, citando ainda a Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996) e a Lei de transplante de órgãos (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997).²

a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2014)

¹ “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.” (BRASIL, 2015.)

² Escreve o autor: - “Em resumen, em Brasil la reglamentación en la etapa constitucional padece del grave defecto al que designamos, em el inicio del Capítulo, de déficit normativo. De um lado, normas com status de ley en las que la exigência del consentimiento informado se restringe a actos médicos específicos, verbi gratia, planeamiento familiar (Ley nº 9263/96), transplante de órganos (Ley nº 9434/97) y consentimiento de las personas com enfermedad mental (Ley nº 13146/2015); y, de otro, normas generales, de aplicación no limitada al arelación médico-paciente, em que no hay referencia expresa al consentimiento informado, a ejemplo del CDC y NCC.” (LIMA, 2016, p. 64)

3 O CONSENTIMENTO INFORMADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste último capítulo, o objetivo será apresentar como a teoria do consentimento informado tem penetrado na jurisprudência brasileira através da pesquisa e descrição de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se referem à expressão “consentimento informado”. Neste intento, de caráter mais instrumental, foi utilizada a ferramenta de busca de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do tribunal analisado e a identificação da teoria no acórdão ou em algum dos votos que compuseram as decisões.

3.1 O consentimento informado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para a pesquisa de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi utilizada a ferramenta “Jurisprudência” disponibilizada no sítio <https://scon.stj.jus.br/SCON/> do tribunal. Esta ferramenta possibilita a pesquisa de termos e expressões contidos nos julgados através da digitação em campo específico. Utilizou-se como técnica a pesquisa entre aspas do termo “consentimento informado” permitindo com que a ferramenta apresentasse apenas os julgados que continham a expressão inteira, ou seja, excluindo aquelas que possuíam apenas “consentimento” ou apenas “informado” de maneira separada. A pesquisa retornou com a seguinte quantidade de dados: 13 acórdãos, 393 decisões monocráticas, 1 súmula e 5 informativos de jurisprudência.

Como este capítulo não tem o condão de ser um estudo minucioso e exaustivo de jurisprudência, mas apenas uma análise da presença da teoria nos julgados, limitar-se-á aos acórdãos dos tribunais, não se debruçando sobre as decisões monocráticas, os informes de jurisprudência e eventuais súmulas. A partir das informações obtidas como resultado na pesquisa construiu-se a seguinte tabela em ordem cronológica decrescentes de julgamento:

Processo	Relator	Órgão Julgador	Data do julgamento
REsp 1848862 / RN RECURSO ESPECIAL 2018/0268921-9	Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE	T3 - TERCEIRA TURMA	05/04/2022
REsp 1808050 / SP RECURSO ESPECIAL 2019/0097921-3	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	17/11/2020

REsp 1794971 / SP RECURSO ESPECIAL 2019/0006347-2	Ministro HERMAN BENJAMIN	T2 - SEGUNDA TURMA	10/03/2020
REsp 1540566 / SC RECURSO ESPECIAL 2015/0154209-2	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	11/09/2018
REsp 1540580 / DF RECURSO ESPECIAL 2015/0155174-9	Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)	T4 - QUARTA TURMA	02/08/2018
REsp 1365609 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0105689-3	Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO	T4 - QUARTA TURMA	28/04/2015
REsp 1121275 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0019668-6	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	27/03/2012
REsp 1144840 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0184212-1	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	20/03/2012
REsp 985888 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0088776-1	Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO	T4 - QUARTA TURMA	16/02/2012
REsp 976836 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0187370-6	Ministro LUIZ FUX	S1 - PRIMEIRA SEÇÃO	25/08/2010
REsp 1180815 / MG RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	19/08/2010
REsp 467878 / RJ RECURSO ESPECIAL 2002/0127403-7	Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR	T4 - QUARTA TURMA	05/12/2002
REsp 436827 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0025859-5	Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR	T4 - QUARTA TURMA	01/10/2002

Tabela 1. Tabela de acórdãos organizados em ordem cronológica decrescente de julgamento

Dos treze acórdãos, 7 deles¹ utilizam a expressão consentimento informado especificamente no âmbito do direito à saúde no processo de autonomia do paciente e como requisito do ato médico, nos outros 6 acórdãos² o termo é utilizado como requisito geral da relação consumerista (não tratando especificamente sobre a relação médico-paciente) e em atenção ao princípio da transparência do Art. 6º, III do CDC como corolário do direito à informação.

Conforme já havia sido demonstrado, a teoria do consentimento informado teve inserção tardia no Brasil tendo maior influência após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os dados da tabela acima corroboram para a mesma conclusão. A discussão sobre o consentimento informado teve a primeira menção em sede de julgamento no STJ apenas em 2002. A presença

¹ REsp 1848862/RN, REsp 1808050/SP, REsp 1540580/DF, REsp 985888/SP, REsp 1180815/MG, REsp 467878/RJ e REsp 436827/SP

² REsp 1794971/SP, REsp 1540566/SC, REsp 1365609/SP, REsp 1121275/SP, REsp 1144840/SP e REsp 976836/RS

da expressão “consentimento informado” nas decisões monocráticas é mais tardia ainda, tendo sido a primeira menção no REsp 653078, de Relatoria do Ministro Luiz Fux com data de julgamento em 23/08/2005, conforme tela de resultado da pesquisa.

O acórdão mais antigo, REsp n. 436.827/SP de 2002, trata-se de ação movida por uma paciente que após ter perdido a visão procurou atendimento por dois profissionais médicos com o objetivo de realizar cirurgia para retorno da vista, houve diversas complicações durante a cirurgia e ao final não houve recuperação da visão. A paciente então recorreu à justiça alegando que os médicos não a haviam informado sobre os riscos do procedimento e que, portanto, não foi capaz de consentir adequadamente ao procedimento. Os ministros confirmaram o direito da paciente e responsabilizaram os médicos por negligência no exercício profissional.¹

A fundamentação da decisão é através da ideia de que a ausência do consentimento informado se consubstanciou em *mala praxis* médica fazendo, portanto, com que houvesse responsabilidade civil fundada no art. 1.545 do Código Civil de 1916².

Os demais acórdãos, em menor ou maior medida, irão fundamentar a sua decisão para a aplicação da teoria do consentimento informado ora no Código de Defesa do Consumidor³, ora no Código Civil⁴, ora em normas deontológicas médicas⁵, ora em mais de uma dessas normas⁶, o que confirma nesses diplomas a demonstrada fonte da teoria no Brasil.

¹RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp n. 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1.10.2002, DJ de 18.11.2002, p. 228).

² Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (BRASIL, 1916).

³ REsp n. 467.878/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 5/12/2002, DJ de 10/2/2003, p. 222.

⁴ REsp n. 1.808.050/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 26/11/2020

⁵ REsp n. 1.848.862/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.

⁶ REsp n. 1.180.815/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 26/8/2010; REsp n. 985.888/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/2/2012, DJe de 13/3/2012; e REsp n. 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo delimitou-se os contornos históricos do processo de mudança institucional na relação médico-paciente que proporcionou o deslocamento da centralidade da relação de uma posição paternalista por parte do profissional de saúde para uma autonomia do paciente. Os contornos foram traçados tendo em vista a trajetória jurídica dos Estados Unidos da América no desenvolvimento de uma teoria do consentimento informado e do direito à privacidade e da inclusão da teoria do consentimento informado na Europa a partir da Espanha. Conclui-se que o processo estadunidense percorreu uma via jurisprudencial e o processo espanhol se deu através do reconhecimento de normas deontológicas, da Constituição e do estabelecimento de uma legislação específica sobre o tema. No último capítulo foi apresentado um esboço do estabelecimento tardio da teoria do consentimento informado no Brasil a partir da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, não apresentando uma legislação específica sobre o tema. E por último, apresentou-se de maneira empírica a presença da teoria do consentimento informado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. A partir do estudo percebe-se que a teoria do consentimento informado tal qual construída nos Estados Unidos e na Espanha teve bastante influência no Brasil e, em que pese tenha carência de fontes normativas específicas, já tem sido utilizada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que retiram a validade da teoria nas normas citadas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente**. Adotada pela 34ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995.

BRASIL. **Resolução CFM nº 671/75**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1975/671>> Acesso em: 20 mar. 2023

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2023

_____. Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

_____. Decreto n° 5.006, de 8 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados**. Brasília, DF: Presidência da República, 2004

_____. Lei N° 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

_____. Lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

_____. Lei N° 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/books/11/>> Acesso em: 20 mar. 2023

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, v. II.

ESPAÑA. **Constitución Española de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>> Acesso em: 20 de mar. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Fouth Amendment to the United States Constitution**. 1792, Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-4/>> Acesso em: 20 mar. 2023.

FADEN, Ruth. R; BEAUCHAMP, Tom. L; KING, Nancy M. P. **A History and Theory of Informed Consent**. Oxford University Press: New York, 1986.

GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origens, distinção e dimensões. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1: 1-26, jan./jun. 2018

GONZÁLEZ LEÓN, Carmén. La protección del paciente y el consentimiento informado. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. **Separata de Lex Medicinæ**. Ano 6, nº 12, p. 15-32, julho-dezembro, 2009

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. **El Consentimiento Informado: Estudio Comparativo de los Sistemas Español e Brasileño de Protección al Paciente**. Salamanca: Ratio Legis Ediciones, 2017

LIMA, Éfren Porfírio de Sá. El desarrollo histórico del consentimiento informado en España y en Brasil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/el-desarrollo-historico-del-consentimiento/>>. Acesso: 20 mar. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 16, nº 63, jul-set/2007

OSUNA, Davinia Cadenas. **El consentimiento informado y la responsabilidad médica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2018-83> Acesso em: 20 mar. 2023

SEOANE, José Antônio. La construcción jurídica de la autonomía del paciente. **EIDON**, nº 39. p. 13-34, enero-julio, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v.4, pp. 193-220, 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>> Acesso em: 20 mar, 2023.



ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI
ISSN 2317-918X