

Leonardo Gomes de Aquino (Org.)

O DIREITO EM PERSPECTIVA



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Leonardo Gomes de Aquino (Org.)

Em sua essência, o direito é um conceito em constante mudança, consequência da própria condição humana, que precisa ser adaptada e ajustada diariamente, seja em relação à sua posição, critérios e normas de convivência, bem como às novas realidades construídas por grupos humanos e o próprio desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico. A modernidade trouxe consigo inovações das mais diversas ordens, impactando os institutos jurídicos, com questões que envolvem uma reformulação dos conceitos basilares, assim como uma adequação dos parâmetros normativos da sociedade brasileira. O intuito da obra "Direito em Perspectiva" é aprofundar os estudos em várias áreas do Direito, sendo possível notar a pertinência dos assuntos abordados, que vão desde a contribuição da Ontopsicologia à Filosofia do Direito no entendimento da natureza humana, aspectos do direito na sociedade de risco, tráfico de pessoas, direito de aborto, efeitos patrimoniais da relação entre amantes, passam também por questões referentes à Open Banking, ao erro judiciário na condenação de inocentes e chegam até pontos como a diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias e as motivações do fenômeno, dentre outros extremamente relevantes.

Os temas foram organizados de forma a convidar o leitor a um percurso multidisciplinar que vai muito além de uma simples leitura ou estudo, mas uma inserção dinâmica num caminho de construção contínua do próprio direito, sob o viés de valores existenciais e patrimoniais que a sociedade moderna procura proteger.

Além disso, oportuniza à comunidade jurídica reflexões levadas a efeito com seriedade, competência acadêmica e lucidez, refletindo aprofundamento e problematização do discurso jurídico.

Assim, convido todos os leitores a conhecerem as proposições teóricas apresentadas nessa obra que reveste-se de inegáveis méritos e qualidades, com alta relevância expositiva e didática, fazendo com que sua leitura e estudo sejam de todo recomendáveis.

Professora Luciana de Castro Bastos

ISBN 978-65-6006-022-7



9 786560 060227 >

**O DIREITO
EM PERSPECTIVA**





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG,
e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro

Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza

Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira

PUC - Minas

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da
Fonseca**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues

Centro Universitário Unihorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino

UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm

Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio
Júnior**

PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins

Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

AQUINO, Leonardo Gomes de
(Org)

Título: Direito em perspectiva- Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Organização:

Leonardo Gomes de Aquino

ISBN: 978-65-6006-022-7

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Modernidade 3.Perspectivas 4. Mudanças I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

**experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br**



APRESENTAÇÃO

Em sua essência, o direito é um conceito em constante mudança, consequência da própria condição humana, que precisa ser adaptada e ajustada diariamente, seja em relação à sua posição, critérios e normas de convivência, bem como às novas realidades construídas por grupos humanos e o próprio desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico.

A modernidade trouxe consigo inovações das mais diversas ordens, impactando os institutos jurídicos, com questões que envolvem uma reformulação dos conceitos basilares, assim como uma adequação dos parâmetros normativos da sociedade brasileira.

O intuito da obra "Direito em Perspectiva" é aprofundar os estudos em várias áreas do Direito, sendo possível notar a pertinência dos assuntos abordados, que vão desde a contribuição da Ontopsicologia à Filosofia do Direito no entendimento da natureza humana, aspectos do direito na sociedade de risco, tráfico de pessoas, direito de aborto, efeitos patrimoniais da relação entre amantes, passam também por questões referentes à Open Banking, ao erro judiciário na condenação de inocentes e chegam até pontos como a diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias e as motivações do fenômeno, dentre outros extremamente relevantes.

Os temas foram organizados de forma a convidar o leitor a um percurso multidisciplinar que vai muito além de uma simples leitura ou estudo, mas uma inserção dinâmica num caminho de construção contínua do próprio direito, sob o viés de valores existenciais e patrimoniais que a sociedade moderna procura proteger.

Além disso, oportuniza à comunidade jurídica reflexões levadas a efeito com seriedade, competência acadêmica e lucidez, refletindo aprofundamento e problematização do discurso jurídico.

Assim, convido todos os leitores a conhecerem as proposições teóricas apresentadas nessa obra que reveste-se de inegáveis méritos

e qualidades, com alta relevância expositiva e didática, fazendo com que sua leitura e estudo sejam de todo recomendáveis.

Luciana de Castro Bastos¹

¹ Professora universitária: PUC Minas; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas com distinção *cum laude*. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com

PREFÁCIO – O CALEIDOSCÓPIO EUROAMERICANO

Inventado, em 1817, pelo físico escocês **David Brewster**, o caleidoscópio consiste em um instrumento óptico de formato cilíndrico, usualmente formado por dois ou mais espelhos, angulados de 45° a 60°, os quais formam polígonos ou triângulos. Nas extremidades dos refletores, de um lado, há diminutos materiais coloridos, por vezes translúcidos ou irregulares, e um obturador ou um orifício do outro lado, através do qual pode um observador contemplar as imagens formadas pelas múltiplas reflexões da luz. Assim, ao girar a estrutura desse instrumento, por meio da polarização reflexiva, surgem das imagens dos mencionados objetos coloridos diversos padrões simétricos com distintas matizes. Etimologicamente, cuida-se da junção de três palavras da língua grega, isto é, *kalos* (bonito ou belo), *eidos* (imagem) e *scopeo* (olhar), cuja resultante significa “olhar imagem bonita”. No campo científico, a importância do caleidoscópio derivou de estudos e aplicações da polarização da luz, ao passo que no âmbito artístico pode-se creditar ao instrumento avanços na arquitetura ornamental e no que viria a ser a sétima arte, o cinema.¹

Por que isso vem à mente neste singelo prefácio que tenho a honra de esboçar, a convite do Professor **Leonardo Gomes de Aquino**, o organizador desta obra coletiva? Sob o título “**O Direito em Perspectiva**”, os contributos acadêmicos que se seguirão tratam de temas e problemas de distintas ordens, cada um situado em uma instigante área do Direito. A meu ver, o *leitmotiv* do presente livro reside, para além da filiação dos autores ao **Centro Universitário Euroamericano (Unieuro)** na qualidade de docentes do Curso de Direito, em viabilizar ao olhar do interessado uma miscelânea de imagens de singular beleza.

Logo ao início, em “**A contribuição da Ontopsicologia à Filosofia do Direito no entendimento da natureza humana e sua aplicação ao direito natural e positivo**”, a Professora **Adriana dos Reis** propõe

¹ AMELCZUK, Rebeca Saldanha de Araújo; SOGA, Diogo; MURAMATSU, Mikiya. 200 anos de caleidoscópio. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, v. 39, n. 3, e3602, 2017.

uma frutífera interlocução entre a Ontopiscologia, na esteira de proposição do filósofo Antonio Meneghetti, e a Filosofia do Direito, dando continuidade à original reflexão por si desenvolvida em tese de doutorado. Portanto, o itinerário argumentativo que se apresenta vai dos dilemas da justiça até a natureza humana, com o fito de realizar uma importante crítica ao sistema jurídico.

Em seguida, em capítulo cujo título é **“Entre a modernidade e a pós-modernidade – aspectos do Direito na sociedade de risco: previsibilidade e segurança”**, o Professor **Alexandre de Siqueira Campos Coelho** e a jurista titulada na Unieuro **Cibelle Maria Andrade Martins R. de Melo** se dedicam a uma hercúlea indagação referente aos efeitos da transição da modernidade à pós-modernidade no Direito. Com base em aprofundada pesquisa bibliográfica, a perquirição proposta vai da concepção de Estado até a resignificação do fenômeno jurídico no bojo de uma sociedade de risco.

Ainda o Professor **Alexandre de Siqueira Campos Coelho**, em colaboração com a jurista formada na Unieuro **Marcilene Reis de Almeida**, co-autores do capítulo **“Tráfico de pessoas: a legislação brasileira e o protocolo de palermo no combate à exploração laboral”**, dedicam-se a um tema fundamentalmente diverso e atual, o tráfico de pessoas, sob as luzes do Protocolo de Palermo e da legislação brasileira. Nessa oportunidade, fornecem importantes conceituações jurídicas a respeito desse lamentável fenômeno, sem se olvidarem de prover o contexto e a historicidade dessa expressão da macrocriminalidade transnacional.

“O direito de aborto na perspectiva dos direitos fundamentais” é o problema escolhido pelo Professor **Dalbertom Caselato Junior** para abrilhantar esta obra coletiva. Com fulcro em boa doutrina nacional e internacional sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, nota-se uma análise crítica do voto-vista apresentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso no HC 124.306, em que a Primeira Turma dessa Corte, por maioria, trancou persecução penal nesse escopo. Fora isso, aborda tanto o passado, a partir do julgamento da ADPF 54 sobre a interrupção da gravidez de

feto anencefálico e ADI 3.510 que diz respeito à constitucionalidade da Lei de Biossegurança, quanto o futuro, com prognoses sobre o julgamento da ADPF 442 na qual se desafia a recepção, ou não, dos arts. 124 e 126 do Código Penal sob essa perspectiva.

O Professor **Heitor Vinicius Bento Pessoa** cuida do tema **“Efeitos patrimoniais da relação entre amantes”**, cujo desenlace deu-se recentemente no julgamento do tema 529 da repercussão geral no STF. A abordagem proposta remonta à construção da noção familiar no direito romano até as modernas concepções desse importante instituto na contemporânea realidade brasileira, sob a perspectiva das famílias simultâneas. Por fim, o olhar volta-se para os efeitos patrimoniais da união estável estabelecida com amante, desaguando na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Em **“Open Banking: uma análise do consentimento dentro do modelo brasileiro, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”**, juntamente com a Acadêmica do Direito **Jéssika Carvalho Torres Magalhães**, o organizador desta coletânea, o Professor **Leonardo Gomes de Aquino** brinda a comunidade jurídica com atualíssimo estudo acerca das relações possíveis entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o *Open Banking*, modelo que se propõe ao compartilhamento de dados e serviços por instituições do sistema financeiro nacional. Logo, as fases e a estruturação dessa novel proposta do setor bancário são minunciosamente trabalhados, inclusive no que toca ao seu órgão regular, o Banco Central do Brasil. Enfim, questiona-se até que ponto o consentimento informado previsto na LGPD se compatibiliza com o modelo de *open banking* instituído pela Resolução Conjunta nº 1, de 2020, do Bacen e do Conselho Monetário Nacional.

O Professor **Marcelo Pereira Cruvinel** e a Advogada **Amannda de Castro Cergilio** aportam a este livro o contributo denominado **“A influência das falsas memórias das testemunhas no sistema de valoração de provas”**. Nele, pretendem refletir sobre as limitações dos depoimentos de testemunhas como prova no processo penal, a partir de problematização relacionada às chamadas falsas memórias. O fim desse raciocínio traduz-se na jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça em matéria pertinente ao procedimento de reconhecimento pessoal. Trata-se, portanto, de vital estudo que conjuga o exame de um fenômeno psicológico com reflexos sociais, da legislação processual penal aplicável e respectiva interpretação pelo Tribunal da Cidadania.

Desta feita, na companhia da Advogada **Letícia Carvalho Alves**, também o Professor **Marcelo Pereira Cruvinel** é responsável pelo estudo **“O erro judiciário na condenação de inocentes e seus reflexos prejudiciais”**. Nesse capítulo, os autores dedicam-se a estudar as causas e os efeitos dos erros judiciários os quais ocasionam juízo condenatório de pessoas inocentes. Então, buscam propor formas de evitar essa chaga social por meio da hermenêutica e da argumentação jurídicas aplicadas ao processo penal, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a ponderação de valores e o método interpretativo sistemático-teleológico.

Em **“Filme o juiz: análise da importância da argumentação jurídica no mundo profissional e competitivo do direito”**, a Professora **Márcia Amélia de Oliveira Bicalho** e **Ida Geovanna Medeiros da Costa** promovem reflexão acerca da imprescindibilidade da argumentação jurídica no eixo de competências e habilidades esperadas de um jurista. Nessa linha, por intermédio da obra cinematográfica **“O Juiz”**, formulam interessante análise no que se refere à dimensão retórica do enredo e suas personagens, assim como à competição no mercado profissional advocatício.

Noutro giro, a Professora **Míria Soares Enéias, Dimitri Medeiros Gregório, Fernanda de Paiva Barth, Izabella Campos de Oliveira** e **Pedro Lima de Andrade** intentam exitosamente no contributo **“A diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias e as motivações do fenômeno”** conscientizar o leitor sobre as nuances relativas a situações humanitárias. Assim, enfocam na busca pelo poder como fator motivador dos distintos reconhecimentos que são conferidos a situações humanitárias. O resultado é instigante pensamento sobre as intersecções entre racismo, refugiados, colonialismo e a função da sociedade na história.

No âmbito do capítulo “**O tema 1013 do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento de recursos administrativos pelo Instituto Nacional do Seguro Social**”, do Professor **Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira** e da advogada egressa da Unieuro **Rayanne Braga Nascimento**, tem-se uma robusta pesquisa de análise documental, bibliográfica e jurisprudencial a respeito do requerimento administrativo ao INSS para a concessão de benefícios por incapacidade. Na seara prática da advocacia previdenciária, observa-se uma compreensão crítica do indeferimento de benefícios pela inobservância do tema 1.013 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, na ambiência administrativa do INSS.

Enfim, o Professor **Romulo Pinheiro Bezerra da Silva** aduz à obra o capítulo “**Do realismo nas relações internacionais**”. De início, expõe as origens e as variâncias das doutrinas realistas pertinente às relações internacionais, contrapondo-as ao que denomina teorias idealistas ou utópicas. Depois disso, aborda o Tratado de Versalhes como fator de ligação entre as duas grandes guerras mundiais, esgrimindo suas principais questões, como a cláusula de culpabilidade, pendências territoriais, militares e econômico-financeiras.

Perfectibilizado essa incompleta e fragmentada visão panorâmica da obra que ora se prefacia, a este Subscritor só resta felicitar ao Organizador e a cada um dos co-autores pelo ousio desta iniciativa, bem como lhes desejar merecido sucesso na íngreme missão de amealhar bons leitores. A esse propósito, vem a calhar uma universal lição de **Henry David Thoreau** no atemporal “**Walden**”:

Nem todos os livros são tão insípidos como seus leitores. É provável que haja palavras endereçadas exatamente a nossa condição, as quais, se pudéssemos ouvi-las e entendê-las de fato, seriam mais salutares a nossas vidas que a própria manhã ou a primavera, e nos revelariam talvez, uma face inédita das coisas. Quantos homens não inauguraram nova etapa na vida a partir da leitura de um livro! Deve existir para nós o livro capaz de explicar nossos mistérios e nos revelar

outros insuspeitados. As coisas que ora nos parecem inexprimíveis, podemos encontrá-las expressas em algum lugar. As mesmas questões que nos inquietam, intrigam e confundem, foram colocadas por sua vez a todos os homens sábios; nenhuma foi omitida, e cada um deles respondeu-as de acordo com a sua capacidade, por meio de palavras ou da própria vida.

De mais a mais, boa leitura!
Brasília, 30 de junho de 2023.

Rafael Campos Soares da Fonseca

Coordenador do Curso de Direito do Centro
Universitário Euroamericano

SUMÁRIO

A contribuição da Ontopsicologia à Filosofia do Direito no entendimento da natureza humana e sua aplicação ao direito natural e positivo.	17
<i>Adriana dos Reis</i>	
Entre a modernidade e a pós-modernidade – aspectos do direito na sociedade de risco: previsibilidade e segurança	41
<i>Cibelle Maria Andrade Martins R. de Melo, Alexandre de Siqueira Campos Coelho</i>	
Tráfico de pessoas: a legislação brasileira e o protocolo de palermo no combate à exploração laboral	67
<i>Marcilene Reis de Almeida, Alexandre de Siqueira Campos Coelho</i>	
O direito de aborto na perspectiva dos direitos fundamentais.	99
<i>Dalbertom Caselato Junior</i>	
Efeitos patrimoniais da relação entre amantes	131
<i>Heitor Vinicius Bento Pessoa</i>	
<i>Open banking</i> : uma análise do consentimento dentro do modelo brasileiro, à luz da lei geral de proteção de dados pessoais.....	177
<i>Leonardo Gomes de Aquino, Jéssika Carvalho Torres Magalhães</i>	
A influência das falsas memórias das testemunhas no sistema de valoração de provas	213
<i>Amanda De Castro Cergilio, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
O erro judiciário na condenação de inocentes e seus reflexos prejudiciais.....	281
<i>Letícia Carvalho Alves, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	

Filme <i>o juiz</i> : análise da importância da argumentação jurídica no mundo profissional e competitivo do direito	327
<i>Márcia Amélia de Oliveira Bicalho, Ida Geovanna Medeiros da Costa</i>	
A diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias e as motivações do fenômeno	357
<i>Dimitri Medeiros Gregório, Fernanda de Paiva Barth, Izabella Campos de Oliveira, Míria Soares Enéias, Pedro Lima de Andrade</i>	
O tema 1013 do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento de recursos administrativos pelo Instituto Nacional do Seguro Social	375
<i>Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, Rayanne Braga Nascimento</i>	
Do realismo nas relações internacionais	411
<i>Romulo Pinheiro Bezerra da Silva</i>	

A CONTRIBUIÇÃO DA ONTOPSICOLOGIA À FILOSOFIA DO DIREITO NO ENTENDIMENTO DA NATUREZA HUMANA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO NATURAL E POSITIVO.

Adriana dos Reis²

Resumo: A procura por um critério para definir justo ou injusto representa um tópico fundamental da seara da hermenêutica jurídica, bem como a necessidade de um entendimento científico sobre a natureza humana, cuja proteção de sua dignidade, inclusive, figura atualmente como centro e princípio mais importante do Direito, trazido pela visão pós-positivista, fundamento filosófico no Neoconstitucionalismo. Assim, o presente artigo ressalta a importância da interdisciplinaridade para a evolução do pensamento jurídico, propondo um diálogo entre a disciplina Filosofia do Direito e a Ontopsicologia³, ciência fundada pelo filósofo italiano Antonio Meneghetti, especialmente no tocante ao conhecimento científico que aporta sobre a natureza humana aos estudos do Direito Natural e Direito Positivo. O artigo tem a objetivo, portanto, de trazer uma reflexão e uma contribuição às bases epistemológicas do Direito, sobretudo aos estudos de Filosofia Jurídica e Ciência do Direito. Dessa forma, serão desenvolvidos os seguintes tópicos: Direito Natural x Direito Positivo; apontamentos sobre a minha tese de doutorado em Direito na Rússia e a contribuição da ciência ontopsicológica para o Direito.

2 Doutora em Direito e Mestre em Filologia pela *Russian State University for the Humanities*, Moscou (Rússia). Graduação em Direito, Letras, Filosofia, Pedagogia, Ciências Sociais, História, Ciência Política, Relações Internacionais, Geografia e Teologia. Professora junto à Faculdade de Direito do Centro Universitário Unieuro, Professora da Secretaria de Educação do Distrito Federal e fundadora da Ontoletras.

3 A Ontopsicologia é uma ciência interdisciplinar e epistêmica cujo objetivo é a investigação e a demonstração da capacidade de conhecer o real de modo reversível, ou seja, com nexos ontológico. Formalizada na década de 70 pelo Acadêmico Professor Antonio Meneghetti, possui uma metodologia e instrumentos próprios que auxiliam na compreensão integral do ser humano.

Palavras-chaves: Filosofia do Direito, Direito Natural, Direito Positivo, Justiça, Ontopsicologia.

INTRODUÇÃO

Alguns conceitos permeiam toda a nossa vida dentro do Direito. Quando nós falamos em Direito, em Ciência Jurídica, principalmente, trabalhando os conceitos básicos, há duas abordagens de base para a compreensão do Direito: Direito Natural e Direito Positivo. Não há uma linha assim tão rígida entre elas, mas seria compreender o Direito a partir de perspectivas distintas. A história revela que essas visões do Direito, por vezes, dialogam, e por outras, se alternam. Em determinados momentos, há uma tendência maior a sermos positivistas. Porém, ao se constatar que o positivismo não consegue responder a uma infinidade de questões da vida social, jurídica, humana, parte-se para um retorno às raízes jusnaturalistas em busca de soluções às insuficiências e contradições do juspositivismo. Da mesma forma, após um período de predominância do enfoque no Direito Natural, percebe-se que esse também se revela inseguro, incerto, pouco estável e preciso e, assim, volta-se novamente a um período de positivismo. Sendo assim, nota-se esses ciclos dentro do Direito, essa alternância de tendências.

Por exemplo, depois da Segunda Guerra Mundial, com a afirmação de um Direito Internacional comprometido com a defesa dos Direitos Humanos, sobretudo aos de segunda dimensão, a “igualdade”, os direitos sociais, passou-se a buscar mais o direito natural em detrimento da mera letra objetiva da lei. Inclusive, o movimento recente do Neoconstitucionalismo, cujo fundamento filosófico é o Pós-positivismo, espelha uma faceta deste fenômeno. Vale ressaltar que tanto dentro do Juspositivismo, quanto dentro do Jusnaturalismo, há vertentes diversas.

Dessa forma, falando de maneira mais simples, sobretudo para quem não é da área: quando falarmos em “Direito Natural”, associem à “justiça”. O Direito Natural se preocupa, foca e prioriza a questão do

justo. O “Direito Positivo”, por sua vez, remete à “lei”. Ou seja, diante da pergunta “o que é o Direito?”, um positivista responderia “Direito é lei” e um naturalista responderia “Direito é fazer justiça”. Sendo assim, eu os convido a refletir por um instante: para você, o que é o Direito? Direito se aproxima mais da ideia de lei, do preto no branco, do que está posto, escrito, convencionado? Ou Direito, para você, seria a realização efetiva da justiça no caso concreto?

Antecipo que o direito brasileiro se considera majoritariamente positivista, uma vez que seguimos leis, regras, normas. Entretanto, existe também, como forma de complementar o positivismo, a presença do jusnaturalismo seja na prática jurídica, jurisprudencial que na hermenêutica, ou seja na forma, cada vez mais aberta e flexível, de se interpretar a lei. Esta discussão clássica entre direito natural e positivo é, ao meu ver, onde mais a Ontopsicologia é capaz de contribuir.

O Direito Natural⁴, portanto, considerará o Direito como sendo a busca pela justiça. Ou seja, mais importante do que seguir uma lei à risca, seria efetivamente fazer a justiça. É possível que alguém, ingenuamente, se pergunte: ora, mas seguir a lei já não é a mesma coisa do que fazer justiça? Esse é um entendimento. Para alguns, lei e justiça são mesmo sinônimos. A lei seria sempre justa. Logo, ao segui-la, já se estaria realizando a justiça.

Vale ressaltar que os direitos naturais são aqueles direitos que já nascem com o homem. Ou seja, trata-se de uma abordagem do Direito que considera que há direitos que já são inatos. Antes mesmo de um recém-nascido ter um nome, uma nacionalidade, roupas, documentos, antes de se tornar um cidadão, aquela é uma criatura humana que já chega ao mundo com uma série de direitos que lhe foram conferidos pela própria vida e não ainda pelo ordenamento jurídico. Não fomos nós, pequenos homens, pequeno Direito, que demos o direito à vida para aquele bebê. A vida foi dada ao homem por algo muito maior

4 Direito Natural é o conjunto de normas e direitos que já nascem incorporados ao homem, como o direito à vida. Pode ser entendido como os princípios do Direito e é também chamado de Jusnaturalismo.

do que nós e que gerou aquela criatura humana. Após instantes de nascida, sobre a criatura humana já se inicia uma série de registros, apêndices e carimbos: ela faz o teste do pezinho, ganha um nome, coloca uma roupa, certidão de nascimento, carteira de identidade etc. Entretanto, há que se observar atentamente esse momento primeiro, que é anterior a toda logística social: o exato instante em que um ser humano chega a este mundo. Quando nascemos, não é realmente necessário que ganhamos um papel para que tenhamos o direito à vida. Este papel, documento, pode até confirmar que temos este direito, mas o papel é apenas declaratório de uma realidade que já existe, não é ele que nos dá o direito de viver. Portanto, o fato é que há direitos que independem e são muito anteriores à sua formalização e reconhecimento pela lei dos homens. Nesta mesma linha, além do direito à vida, podemos citar dignidade, saúde e liberdade como exemplos de direitos naturais.

Então, todos esses direitos naturais são muito interessantes, e também muito retumbantes. Por mais que idolatremos o Direito Positivo, por ser um instrumento muito bem feito e de alta relevância, se colocarmos numa balança, de um lado, um direito instituído por nós, pequenos homens, pequenos juristas e, do outro lado, um direito posto pela natureza, por aquilo que nos criou, o que pesaria mais? O que tem mais força? Nós, exatamente por sermos ignorantes nessas dimensões do conhecimento da natureza e da ordem que nos criou, preferimos simplesmente encerrar o assunto dizendo que “não existe”, “é abstrato”, “não é científico” e nos agarrarmos às nossas leis sociais, ínfimas diante de um universo que continuará agindo, independente da nossa vontade e se o entendemos ou não. Parece-me mais vantajoso que nós, inclusive o Direito, nos preocupemos em conhecer melhor essas alturas do conhecimento também.

DESENVOLVIMENTO

Grandes filósofos, tais como Tomás de Aquino⁵, buscaram saber qual seria a “fonte” do Direito. Também nós da área jurídica estudamos, nas nossas matérias propedêuticas, as fontes do Direito. Isto é, quando advogados, juízes, promotores, defensores têm alguma questão para resolver, onde devem buscar o Direito? Para nós, positivistas, essa fonte é a lei: Constituição, códigos diversos, leis. Diante de uma controvérsia, a fonte primária a ser consultada em busca do Direito é a lei. Mas e quando a lei não é capaz de resolver tudo? Parte-se, então, para as fontes secundárias ou acessórias, como os princípios gerais do Direito (esses, na verdade, no momento atual, extremamente considerados e praticamente alçados à fonte primária também), a analogia, a jurisprudência, a doutrina, os costumes e outras.

Se o direito positivo encontramos na lei, onde buscaríamos o Direito Natural? Para responder, os filósofos mais profundos se alternavam em três hipóteses: a) Jusnaturalismo (o Direito Natural deve ser buscado na natureza, por meio da observação da natureza); b) Jusnaturalismo teológico (a fonte do Direito Natural deveria ser buscada em Deus, é Ele a sua fonte e c) Jusracionalismo (deve-se buscar a fonte do Direito Natural na nossa própria capacidade humana de pensar, na racionalidade). Então, para a Filosofia do Direito, essas seriam as três principais hipóteses de onde devemos buscar o Direito Natural.

Há, ainda, algumas características interessantes acerca desses chamados Direitos Naturais, inatos ao homem: são direitos eternos, imutáveis e universais. Por exemplo, o direito à vida sempre existiu, inclusive antes de nós e tudo indica que continuará existindo depois de nós. Considera-se que esse Direito Natural poderia sim nos dar uma ideia universal de justiça, que é uma grande e antiga ambição do Direito, mas também uma grande preocupação: chegar a um entendimento definitivo, estável, evidente do que é a justiça.

⁵ FINNIS, J. Direito Natural em Tomás de Aquino. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

Há que se observar que o Direito Natural também será muito importante para a figura do legislador, que é quem fará as leis que todos nós seremos obrigados a obedecer. Ou seja, ao fazer as leis, os legisladores deveriam levar em consideração, além dos fatos sociais, a *natureza humana*. Os filósofos do direito que escreveram sobre direito natural foram pessoas que não conheceram o pensamento de Antonio Meneghetti. E praticamente todos chegam próximos a essa conclusão: de fato, é preciso levar em consideração a natureza humana. Só que eles param exatamente nesse ponto. São esses mesmos filósofos do Direito que admitem que, se o direito positivo for tão divorciado assim da natureza humana, não deveria ser obedecido não. Os mais ousados chegam até mesmo a questionar a validade das leis injustas. Devemos cumprir leis que sejam injustas?⁶ Por que deveríamos cumprir aquilo que contraria a natureza humana, que a fere, que a lesiona? São reflexões importantes a serem feitas.

Portanto, existiriam alguns direitos pertencentes ao homem por sua própria condição de natureza e que deveriam ser levados em conta pelo legislador no momento de se fazer o direito positivo. A filosofia do Direito usa frequentemente a expressão “o Direito Natural deve iluminar o Direito Positivo”, dar-lhe fundamentação, essência, sentido. Além disso, o Direito Natural vai tutelar o que todos buscamos: felicidade, saúde, realização. E nada disso é abstração. A lei é feita para o homem, e não o homem é feito para a lei⁷. Mais de uma vez, ouvimos falar de projetos de lei intitulados “Direito à felicidade”⁸ como exemplo dos fins buscados pelo homem levados em consideração pela lei.

Pois bem, o Direito, em especial, o Direito Natural, conclui que é sim necessário levar em conta a natureza humana para, inclusive, fazer as leis positivas, formais, escritas. Afinal, esse sim seria um critério seguro, racional, perene, e não mutável no tempo e espaço como nossas opiniões, culturas e convenções. A natureza humana

6 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

7 [John Rockefeller](#) 1839-1937.

8 PEC 19/2010.

não depende de opiniões, é posta por algo muito anterior e superior à cultura. Chega-se, portanto, a um impasse: quem saberá dizer o que é a natureza humana, quem a conhece de fato? É um tema muito importante, verdadeiramente científico, e que foge de certa forma à área jurídica, não é nosso objeto de estudo direto, ainda que devamos conhecê-lo para erguer todo o nosso edifício de leis nas suas bases. Esse é um dos motivos pelos quais caminhamos pelas vias da interdisciplinaridade.

Não é o Direito que tem condições de responder o que é a natureza humana. São outras ciências que irão nos responder o que é a natureza humana. De fato, a ciência jurídica precisa realmente desse conceito, pois se encontra parada exatamente neste ponto. Leciono esses temas há muitos anos na faculdade de Direito e percebo que há excelentes pensadores, teorias, porém, até os mais brilhantes estudiosos param aí, neste ponto: há que se tomar a natureza humana como critério para delinear as leis e o Direito, mas não sabemos como ela realmente seja, quais as suas características universais, sua lógica intrínseca, seu funcionamento, o que a favorece, o que a destrói.

A única garantia para que consigamos sair deste relativismo de opiniões típico das ciências sociais e humanas, onde verdade é a mera opinião convencionalizada por um grupo, sem reversibilidade objetiva na natureza, seria que o critério epistêmico das ciências jurídicas tivesse o seu fulcro na própria natureza humana. É necessário, portanto, que também nós da área jurídica tenhamos esse conhecimento.

Passemos, agora, a refletir um pouco sobre o Direito Positivo⁹, aquele adotado por nós por parecer o mais seguro, mais confiável, afinal, é o que convencionalizamos, acordamos, formalizamos no papel e lhe demos o enorme poder de coercibilidade sobre as nossas próprias vidas e liberdades. É um direito mais fácil de se identificar, afinal de

9 Direito Positivo é o conjunto de princípios e regras que regem a vida social de determinado povo, em determinada época. Diretamente ligado ao conceito de vigência, o Direito Positivo, em vigor para um povo determinado, abrange toda a disciplina da conduta humana e inclui as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos e as demais disposições normativas, qualquer que seja a sua espécie.

contas, para se saber o certo ou errado, bastaria verificar se a pessoa cumpriu ou descumpriu um preceito, uma regra, uma lei.

Ao contrário do Direito Natural, que é aquele direito que nasce com a gente (que venha de Deus, da natureza ou da razão), o Direito Positivo é aquele que nós fizemos, é o que conhecemos, são os nossos códigos, Constituições, enfim, são as regras que nós criamos. Direito Positivo (malgrado o pós-positivismo) é o adotado hoje, até por uma questão de comodidade.

Vejam que é um pensamento que perpassa por várias ciências, não apenas o Direito. Particularmente, eu tive contato com o positivismo em todas as graduações que fiz até hoje. De um lado, o positivismo trouxe uma tentativa de organizar melhor o conhecimento científico, mas por outro lado, trouxe também um limite para a ciência. E para o Direito não foi diferente. O positivismo auxilia o Direito a lutar para ter um *status* científico, estruturas montadas para que o Direito possa ser considerado uma ciência. O positivismo vai impulsionar o Direito no seu processo de se tornar ciência jurídica. Daí o porquê de falarmos de juspositivismo e estabelecermos a lei como fonte primária¹⁰ do Direito.

Afinal, Direito passa ser entendido como fato, valor e norma¹¹, segundo a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale. Por exemplo: João matou Maria (é um *fato*). Existe *norma* que incide sobre este fato? Sim, o artigo 121 do Código Penal. É a descrição de um crime, de um tipo penal. Há um *valor* a ser protegido? Sim, a vida. Para Reale, então, atendidos esses três requisitos, teríamos uma cientificidade do Direito. Reale vai além e afirma que cada elemento deverá ser estudado por uma ciência específica: o fato deverá ser estudado pela Sociologia do Direito, o valor será estudado pela Filosofia do Direito e a norma deverá ser estudada na Ciência do Direito. O Direito, à luz do positivismo, então, torna-se, assim, mais fácil de ser mensurável, ganha mais ares de ciência. Vários autores brilhantes buscaram

¹⁰ Vale acrescentar que, atualmente, com o pós-positivismo, também os princípios passaram a ser considerados fonte primária.

¹¹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Preliminares Históricas e Sistemáticas, São Paulo, Edição. Saraiva, 1968.

trabalhar uma estrutura científica do Direito, com destaque a Miguel Reale e Hans Kelsen.

O fato é que os conceitos em Direito são de grande importância e têm sua força na aplicação prática quotidiana. Por exemplo, um **primeiro** conceito que gostaria de tratar é o de Direito. Há vários conceitos de “Direito”¹², mas quase todos concordam com a mesma estrutura, ou seja, é “conforme a”. Mas é conforme ao quê? A filosofia do direito responde: ao reto, ao justo. Mas o que seria esse reto, esse justo? Qual é o critério desse comportamento justo? Com base em que estamos estabelecendo esse comportamento justo? Já percebemos aí uma questão conceitual no Direito que vai influenciar, sim, a prática.

Um **segundo** conceito de grande relevância no Direito é o de “Justiça”¹³. O que é a justiça? Percebe-se um visível desconforto por parte de um operador do Direito ao ser questionado sobre o que é justiça. Entra-se imediatamente na fragilidade das opiniões, dos relativismos. Cada um tem um entendimento pessoal do que seja justiça, e uma ciência como o Direito que pode, inclusive, nos tolher a liberdade não poderia, de forma alguma, estar apoiada em meras opiniões. Se todo o Direito se justifica pela organização social, mas também pela realização da justiça, como é possível que não tenha um critério firme, seguro, de justiça? Como definir justiça sem cair num mar de relativismos? Uma das propostas¹⁴ seria, diante de uma situação fática, ao se ter que estabelecer o que é justo, identificar os seguintes elementos: igualdade, proporcionalidade, mérito, capacidade e necessidade. Esta seria uma alternativa de metro para se chegar ao justo.

Outra forma de evidenciar a relatividade do entendimento de justiça são as ações afirmativas, as chamadas cotas, que para alguns é

12 A palavra “Direito” vem do latim “directum”, que significa *o que está conforme à regra*. Origina-se dos romanos antigos e é a soma das palavras *dis* (muito) + *rectum* (reto, justo, certo).

13 “Justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um aquilo que lhe pertence”. Ulpiano 142-212 d.C.

14 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito* / Paulo Nader – 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

uma forma de realizar a justiça material e, para outros, um mecanismo que provoca ainda mais injustiças e relativismos. O fato é que as concepções do que seja justiça não são exatas, vão variar bruscamente.

Há, ainda um **terceiro** conceito sobre o qual vale a pena refletir para demonstrar a ausência de critério seguro no Direito para conseguir definir suas próprias bases epistemológicas e axiológicas. Trata-se do conceito de “Ética”. Há uma proximidade entre os conceitos de ética e um **quarto** conceito, ainda, sobre o qual abordaremos, a “Moral”. Entretanto, ética é mais geral, moral é mais aplicada, específica. A ética é uma reflexão sobre a moral, é especulativa. A moral, por sua vez, é normativa, estabelece o certo e o errado. A ética é mais ampla, filosófica, tem uma dimensão universal, trata de princípios. Já a moral se refere aos nossos hábitos, costumes, vida cotidiana, a nossa dimensão particular, trata de condutas. Isso tem tudo a ver com o Direito que, de certa forma, vai regular a nossa moral, nosso modo de agir, e que será o *de acordo com a lei*.

Concluimos que somos positivistas, porém o positivismo (e muito menos o pós-positivismo) responde à maioria dos nossos anseios, pois nos falta um critério de natureza com autoridade verdadeiramente científica para tomarmos como metro do reto, do justo, do ético, do moral. Portanto, este recôndito ‘desprezo’ que se percebe algumas vezes por parte de pomposos acadêmicos em relação ao Direito Natural nada mais é, ao nosso ver, do que uma flagrante confissão de sua própria ignorância e limite intelectual acerca de algo tão retumbante: os direitos eternos postos pela natureza, pela vida em si, são muito maiores do que os direitos criados por nós, pequenos e transitórios homens.

Gostaria de comentar, brevemente, sobre algumas reflexões e resultados que obtive durante a realização dos meus estudos de Doutorado¹⁵ na Rússia. A ideia base da minha tese partiu do seguinte questionamento: como vamos estruturar o Direito como ciência se não

15 SILVA, Adriana dos Reis Emygdio da. Tese de Doutorado: O princípio da justiça na defesa dos direitos da personalidade na Rússia e no Brasil. *Russian State University for the Humanities*, Moscou 2014.

sabemos ao certo nem mesmo o que é a justiça? Ou seja, será mesmo que justiça é algo tão relativo? Foi muito interessante apresentar essa proposta na minha universidade russa, porque em nada do que você propõe a ser estudado seriamente, os russos te cercearão. Pelo contrário. O que me fez admirá-los ainda mais foi ter ouvido, por diversas vezes, dos acadêmicos russos, o seguinte: “não é porque não conhecemos um fenômeno que ele não existe. Vamos estudá-lo.” Essa postura de ‘humildade’ científica é exatamente do que, ao meu ver, o meio acadêmico brasileiro, infelizmente arrogante muitas vezes, tanto necessita. Ou seja, retomar a sabedoria socrática¹⁶ do “só sei que nada sei” e, assim, não limitar ao seu bel prazer e convicção pessoal quais temas seriam considerados ‘científicos’ o suficiente para serem investigados.

Sim, os russos são muito exigentes cientificamente, mas eles te dão liberdade. Em geral, não julgam *a priori* o tema de pesquisa que você deseja conduzir, não têm ideologias preferidas, pensadores de estimação, arrogância intelectual.

Durante os primeiros anos do meu doutorado, me dediquei a pesquisar todos os conceitos de justiça que já se tentou fazer na história do pensamento humano. Portanto, iniciei minha pesquisa colocando o conceito de “justiça” no foco de análise. Se o Direito como ciência se funda ou busca a justiça, deve minimamente saber o que ela seja. Ao contrário do que, superficialmente, poder-se-ia supor, não é um conceito garantido, que todos já sabem. Na verdade, cada um tem o seu. E nisso incluo também intelectuais, doutrinadores e juristas. Denuncio, então, que este é um problema no Direito citando Husserl¹⁷ que afirmava que o progresso de uma ciência era medido pela simples verificação: esta ciência está conseguindo atingir os fins a que se propôs?

Ora, toda ciência há de ter um critério. Qual seria, então, o critério do Direito? Parece que os estudiosos das ciências exatas têm

16 Sócrates 470-399 a.C.

17 “O verdadeiro progresso em uma ciência deve ser julgado segundo o grau de realização dos fins dessa ciência.” Edmund Husserl 1859-1938.

mais facilidade de identificar o critério das suas respectivas ciências do que nós, das ciências sociais e humanas. A exemplo disso, vale lembrar que, na Idade Moderna, estavam todas as disciplinas e saberes buscando se elevar ao patamar de “ciência” e o Direito lutou bastante para conseguir esse reconhecimento de ser chamado de “ciências jurídicas”, o que só veio pelas mãos e autoridade do positivismo, com especial menção a Hans Kelsen¹⁸ e a sua clássica obra “Teoria Pura do Direito”. Entretanto, o fato é que, se o Direito busca a justiça e toma por critério objetivo a lei, há que se verificar se isso, de fato, tem funcionado ou não. Como disse Husserl¹⁹, há, de fato, uma crise nas ciências e é pertinente que o Direito também reflita sobre ela para que evolua em benefício de todos. Há uma crise nos fundamentos do Direito e nos seus postulados iniciais.

Se a justiça é o critério do Direito para tantos pensadores que a colocam acima da lei, será que não existiria um princípio universal de justiça, ou um critério evidente para realizá-la? Um metro seguro, uma concepção racional, um critério para afirmarmos, de fato, a cientificidade do Direito? Aquilo que nós dizemos que é justo, é justo porque é justo mesmo, ou é justo porque é imposto? Até o momento, o direito positivo, quando indagado acerca de qual seria o seu critério de justiça, responde prontamente que é a lei. Afinal, a finalidade intrínseca de uma lei seria ser e fazer justiça.

Nos anos seguintes da pesquisa de doutorado, após evidenciada uma crise epistemológica no Direito, analisei as causas dessa imprecisão que reside justamente no fato de o Direito estar fundado em critérios convencionados (um grupo se reúne em determinado momento histórico e entra num acordo sobre quais serão os critérios e valores da vez) e não está fundado em um critério de natureza (evidente, eterno). Além disso, existe, ainda, uma passagem na aplicação do Direito que é realizada por uma pessoa que pode, consciente ou

18 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Editora: Martins Fontes, 2011.

19 HUSSERL, E. (2012). A Crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental. Uma Introdução à filosofia fenomenológica (Diogo Falcão, Trad.). Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. (Original publicado em 1954).

inconscientemente distorcer ou deturpar o critério. No momento em que o juiz interpreta e aplica a lei diante de um caso concreto, estaria ele imune às influências do seu inconsciente, dos estereótipos que carrega, sendo o juiz um ser humano como qualquer outro?

Essa é uma questão que a Ontopsicologia já trata com bastante autoridade e a sua aplicação ao Direito em muito contribuiria para um maior desenvolvimento das ciências jurídicas. O Direito afirma que o juiz deve ser imparcial e isso é dado como sendo verdade pouco questionada, haja vista a resistência em sequer se conceber a possibilidade de que, em algum momento na leitura e aplicação da lei, algo pessoal dele possa influenciá-lo na passagem de aplicação técnica da lei, da racionalidade jurídica.

Apesar de representar um certo tabu no Direito, o fato é que o julgador, como qualquer ser humano, tem os seus valores, tem as suas experiências emocionais, haverá um processo em sua própria cognição ao aplicar a lei ou buscar o justo e é plausível admitirmos que há, de fato, uma interferência pessoal, consciente ou não, na realização do Direito que passa, assim, a ser estar à mercê, em parte, da subjetividade do seu aplicador.

Esta reflexão se torna ainda mais relevante após o advento do Neoconstitucionalismo que trouxe uma reaproximação maior entre Direito e Moral, alegando colocar no centro a pessoa humana e abrindo espaço para importantes debates filosóficos sobre quais valores e princípios o Direito deve adotar para que esteja, de fato, construindo um edifício jurídico em favor do humano tal como posto pela natureza (e não baseado na ideologia ou opiniões da vez).

Sendo assim, durante a realização da minha pesquisa de doutoramento, foram feitos alguns questionamentos a juízes de dois países, Brasil e Rússia, sobre esses pontos. À pergunta sobre qual seria o critério do Direito como ciência, cerca de 70% respondeu que seria a lei, demonstrando uma esperada postura positivista. Por sua vez, há momentos em que aplicar estritamente a letra da lei acarretaria evidente injustiça prática, então, ao serem indagados sobre o que escolheriam se estivessem, flagrantemente, numa situação em ter que

optar entre ‘lei’ e ‘justiça’, 75% afirmou que escolheria a lei, ainda que lhe soasse injusta sua consequência em dado caso concreto. Ou seja, *dura lex sed lex*²⁰. Por fim, ao serem questionados sobre a possibilidade de sua subjetividade, consciente ou inconsciente, influenciar a sua aplicação técnica do Direito, o momento da tomada de decisão, 85% dos juízes afirmaram que a própria subjetividade não influencia sua interpretação da lei. Ainda, a pesquisa apontou que os temas mais sensíveis à uma interferência subjetiva do aplicador do Direito, no Brasil, seriam as situações que envolvem família e, na Rússia, seriam as que lidam com propriedade.

Um último questionamento feito aos entrevistados foi sobre qual seria a concepção mais próxima para que o Direito conseguisse, de fato, alcançar a justiça em sua prática: jusnaturalismo (colocando a justiça como centro) ou juspositivismo (colocando a lei como o centro). Em ambos os países, a resposta foi um juspositivismo convicto.

Como analisado, as reflexões da Filosofia do Direito até o momento, especificamente na questão do Direito Natural x Direito Positivo, percebe-se que, apesar de termos escolhido o positivismo por lhe considerar um critério mais objetivo (haja vista estar fundado na lei), as suas limitações e resultados insatisfatórios (uma vez que existe uma substancial percepção social de que a justiça muitas vezes não é realizada mesmo seguindo as leis) levam a um retorno às propostas do Direito Natural, oriundo da própria vida e, portanto, muito mais retumbante e objetivo do que nosso pequeno Direito suscetível a toda sorte de opiniões, ideologias e subjetivismos.

Aliás, o recente movimento do Pós-positivismo parece ser uma dessas tentativas de retomar o Direito Natural em certa medida, mas que, ao nosso ver, na verdade, sob a alegação de elevar o ser humano e a sua dignidade ao centro do Direito, nada mais fazem do que impor um próprio e particular entendimento do que seja bom para o ser humano, distorcendo princípios e valores conforme uma ideologia particular, claramente a progressista, ou chamada de esquerda. Atualmente,

20 “A lei é dura, mas é a lei”.

inclusive, tornou-se bastante comum, também no Direito, a chamada “corrupção da linguagem”²¹ que significa se utilizar de termos belos e elevados como “democracia”, “amor”, “inclusão”, “dignidade” para se fazer na prática exatamente o contrário, no mais nítido entendimento orwelliano²².

Ou seja, do binômio insuficiência do positivismo e retomada do naturalismo surgiu, ao nosso ver, a aberração do atual pós-positivismo que, ao invés de efetivamente buscar erigir um Direito nas bases da verdadeira natureza humana, utiliza-se, com despreparo e até cinismo, deste conceito como escusa para implantar uma lamentável juristocracia²³, por exemplo, na qual, por meio do Poder Judiciário²⁴, se retira arbitrariamente dos homens exatamente os direitos naturais eles que dizem defender. Essa distopia jurídica em curso certamente deverá ser enfrentada num futuro bastante próximo pelas mentes e operadores mais responsáveis e corajosos do Direito.

Retomando, então, de onde pararam os filósofos do Direito: sim, é preciso levar em consideração a natureza humana no Direito, mas como é essa natureza humana? Provavelmente, nós do Direito não temos os instrumentos para definir isso, não é nosso campo de estudo direto. Eis que se evidencia a necessidade e as vantagens da interdisciplinaridade. Há que se ter contato com o conhecimento verdadeiramente de valor obtido por outras ciências e pensadores. Há que se levar em conta, sobretudo, que muitas vezes, as grandes descobertas e avanços da ciência e do saber sobre o humano não são aquelas disponíveis nos currículos oficiais das universidades, sabidamente em atraso em relação à dinâmica real do conhecimento produzido pelo mundo e comprometida, possivelmente, em agradar determinados interesses políticos, econômicos e preferências por

21 CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Corrupção da linguagem e a propaganda comunista*. São Paulo: PHVox, 2022.

22 ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003.

23 BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o fim da democracia: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*. São Paulo: EDA, 2021.

24 PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. *Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça*. São Paulo: EDA, 2021.

certos autores, ideologias e visões. O preconceito que existe no mundo acadêmico em relação a autores e estudiosos que estejam fora dos “preferidos” e “eleitos” pelo sistema causa um imensurável prejuízo ao avanço da ciência no Brasil.

Neste contexto, a ciência ontopsicológica, fundada e desenvolvida pelo acadêmico italiano Antonio Meneghetti, há mais de cinquenta anos, apresenta estudos e descobertas que acrescentam em muito acerca do entendimento de como venha, de fato, a ser esta natureza humana²⁵ sobre a qual o Direito almeja se basear na sua construção e aplicação técnica. No livro *O critério ético do humano*, o autor fala especificamente dos operadores de Direito, por exemplo. Analisa-se que magistrados podem sim sofrer medo da castração popular, além de ceder aos próprios estereótipos ao interpretar e aplicar o Direito, ou seja, há fatores que podem comprometer a sua racionalidade jurídica.

O critério do Direito, como vimos, não é natural. É convencional. Seja tomando por base a lei, seja a justiça, os nossos critérios são frutos de acordos, convenções, mais objetivamente, de opiniões. Não tem sua base firme na natureza. O que construímos foi uma moral do sistema, uma moral sistêmica cuja vigência se restringe a uma determinada época e lugar. Além disso, quem faz as leis não são necessariamente os melhores e mais sábios²⁶, são apenas quem tem o poder, conferido ou não pelo povo.

Como, então, definir bem e mal no Direito? Atualmente, certo é o que está na lei e errado é o que vai contra ela. Entretanto, Meneghetti propõe que o critério racional para definir bem e mal deve ser *a estrutura psicobiológica do homem* conforme já projetado pela própria natureza. E a natureza não tem opiniões, tem projetos²⁷. Ou seja, é bom aquilo que aumenta ou favorece o meu ser. É mal aquilo que lesiona ou

25 MENEGHETTI, Antonio. *Il criterio etico dell'umano*. Roma: Psicologica Editrice, 2002.

26 Vale mencionar que Platão considerava que as leis deveriam ser feitas pelos mais sábios. para Platão (Aristocles) de Atenas (428 a.C a 347 d.C), também o governante deve ser o ideal de sábio. Dessa forma, o governo deveria ser exercido pelos melhores e mais sábios cidadãos da pólis.

27 Antonio Meneghetti 1936 – 2013.

diminui o meu ser. Observe que esse seria um denominador comum entre todas as culturas, entre todos os povos, pois o ser humano que vive no Brasil, sob seu aspecto de criatura, é exatamente o mesmo que vive do outro lado do mundo. Ambos obedecem à mesma ordem de natureza que os criou. No cenário atual, percebe-se que as relações jurídicas tem se tornado cada vez mais internacionais, extrapolando as fronteiras, o Direito está menos local. Isso nos coloca diante do desafio de lidar com diferentes culturas e harmonizar nossos sistemas jurídicos com os dos estrangeiros. Sendo assim, maior ainda se torna a dificuldade de aventar um entendimento sobre ser humano e até mesmo se incorre no risco de tentar colonizar outro povo a aceitar uma visão imposta. Portanto, o conhecimento acerca do homem é fundamental para o Direito se balizar tecnicamente na construção e aplicação de regras que verdadeiramente sejam humanistas.

Logo, como não é tarefa do Direito investigar a natureza humana, mas é sim conhecê-la e ser-lhe harmônica, mister se faz integrar à formação dos seus aplicadores e à sua base científica conhecimentos como os trazidos pela ciência ontopsicológica que descobriu, isolou, descreveu, entendeu e aplicou em várias áreas do saber o critério ôntico humano, tal como feito pela ordem que o criou.

Infelizmente, o Direito ainda desconhece instrumentos deste nível de racionalidade científica, uma vez que se dedica majoritariamente à dogmática jurídica e restringe os conteúdos ensinados nas faculdades àqueles preferidos por professores e ministérios da vez, deixando de fora uma infinidade de conhecimentos de vanguarda que em muito fariam evoluir o Direito como ciência.

O homem é uma inteligência formal que age. Antes de ser italiano, brasileiro, russo, o referencial deve ser como o homem é constituído por natureza, não apenas pela cultura. O fato é que não há como o Direito conquistar verdadeiramente o *status* de ciência se desconhece as três descobertas²⁸ elementares que foram feitas acerca do homem nas últimas décadas em centenas de eventos científicos ao redor do

28 Em Si ôntico, Campo Semântico e Monitor de Deflexão.

mundo e resultados desconcertantes apresentados nas pesquisas da Ontopsicologia. Do contrário, estará legislando e aplicando leis baseadas em opiniões e acordos, muitas vezes em violência direta à natureza humana e destruindo direitos naturais que acredita proteger. Sobretudo uma dessas descobertas deveria ser seriamente considerada pelo Direito: o Em Si ôntico.

Pessoalmente, além de ter obtido uma formação completa dentro do que é o sistema educacional e acadêmico oficial, com uma dezena de graduações, especialização, mestrado e doutorado, conhecendo de perto universidade pública, privada, nacional e estrangeira, posso afirmar que o conhecimento mais elevado que obtive não foi em nenhuma instituição de ensino formal, foi fora dele. Descobri que a verdadeira ciência, infelizmente, não é nem feita e nem ensinada na maior parte das universidades, frequentemente enclausuradas em seus preconceitos e limites, muitas delas instrumentalizando o sistema educacional formal para militância política ou para ganhar dinheiro formando o maior número de graduados possível num teatro velado no qual o aluno finge que aprende e as instituições fingem que ensinam.

Aqueles que desejam, de fato, ter acesso ao conhecimento científico em curso, atual, que está sendo produzido em tempo real, devem buscar ir além do que é ensinado nas universidades. Devem identificar eventos, congressos, estudos, aulas, pesquisadores preferencialmente não patrocinados ou dependentes de bolsas, estudiosos que não precisam do dinheiro de instituição alguma, pois frequentemente são os mais livres para pesquisar e revelar os resultados obtidos de seus estudos sem a necessidade de agradar a opinião de quem lhes banca economicamente.

Durante algumas décadas, tive a oportunidade assistir e participar de eventos científicos em vários países, lembrando que fiz mestrado e doutorado também no exterior²⁹ às minhas custas, sem bolsa de estudo, e foi muito interessante conhecer o trabalho de

²⁹ *Russian State University for the Humanities*, Moscou (Rússia).

colegas da área jurídica de tantos países que aplicaram, por exemplo, os conhecimentos acerca da natureza, trazidos pela Ontopsicologia ao Direito.

Saber que existe um critério de natureza no homem tem, de fato, uma retumbância para qualquer ciência séria, inclusive, para o Direito. Naturalmente, não se pretende cancelar a *doxa* jurídica, ou substituir direito positivo por direito natural. Não. O que se recomenda é inserir conhecimentos dessa natureza ali na parte de fundamentos do Direito, na Filosofia jurídica que parou naquele ponto que afirma ser necessário proteger os direitos naturais, a dignidade humana, os direitos humanos, mas não sabe ela mesma o que é “humano”. A partir daí, entraria a contribuição da ciência ontopsicológica fornecendo o conhecimento de como é feito o humano segundo a natureza e não segundo opiniões e culturas. Essa contribuição faria com que o Direito saísse do impasse em que se encontra e evoluísse, tendo por base para as suas leis positivas um referencial do que é bom e do que é mau para um ser humano, conheceria a própria ética da vida e buscaria harmonizá-la ao tipo de lei que cria, à forma como decide uma lide. Portanto, não um conhecimento que substitui o atual, mas sim que o amplia, o fundamenta em critérios mais firmes, o alinha com a natureza humana e não como opinamos que ela seja.

Em conclusão, bem e mal não existem em si, mas existe um critério ínsito em nossa natureza do que é bem e mal *para o homem*. A ética do homem deve ser retirada de sua natureza. Para isso, também os operadores devem ter esse conhecimento que em muito beneficiaria nossa formação jurídica. O homem é feito de determinado modo pela natureza. Há coisas que o matam e outras coisas que o preservam. Peguemos o exemplo de um veneno. Se o homem tomar um veneno letal, morrerá. Isso não depende da minha opinião, ou se acho justo ou não. Outro exemplo: se o homem saltar de um prédio de trinta andares, morrerá. Ele não voará, ainda que se reconheça como pássaro, ainda que acredite ter asas. Somos constituídos de acordo com determinadas leis de natureza. Um último exemplo: nós respiramos. Mas respirar é uma escolha nossa? Temos livre arbítrio para escolher respirar ou

não? Bom, se quisermos continuar aqui neste planeta, criaturas como nós devem respirar, concordando ou não. Somos criaturas. Fomos criados por algo. Não temos discricionariedade sobre isso. Esses exemplos simples são para mostrar que nossa opinião não importa para a natureza. É inteligente e recomendável que compreendamos como funciona essa nossa natureza e que ela não se preocupa minimamente com as nossas pomposas opiniões de acadêmicos. Não é verdade que temos liberdade sobre tudo. Nós já viemos com algumas coisas definidas. Somos um projeto da vida e uma parte deste projeto é inflexível, somos constituídos *psicobiologicamente* já de uma certa forma, regidos por leis que conhecemos pouquíssimo. Portanto, pesquisas que avancem nessa área, como é o caso da ciência ontopsicológica, devem ser conhecidas, aproveitadas, valorizadas.

Dessa forma, as leis que criarmos no direito positivo, as normas a que serão todos obrigados pela força coercitiva do Direito serão aliadas do crescimento, preservação e evolução do homem, dar-lhes-ão *liberdade para ser* e não serão um instrumento castrador e aniquilador da sua própria natureza, do seu potencial, da sua dignidade intrínseca, muitas vezes falsamente defendida por um Estado que a desconhece e a manipula. Portanto, há que se trazer esses conhecimentos interdisciplinares também para as ciências sociais.

CONCLUSÃO

Vale concluir lembrando a frase “O homem é a medida de todas as coisas”³⁰ e percebendo quantos segredos haviam por trás dessas simples palavras. Ali está a resposta de onde devemos tirar o critério das nossas ciências. Não é das nossas opiniões, das nossas religiões, das nossas políticas, das nossas culturas: é de dentro do homem. Este critério de natureza deve ser considerado também no momento legislativo, de fazer as leis positivas, no momento de fundamentar a

30 Protágoras 490 a.C – 415 a.C.

epistemologia do Direito e, inclusive, no momento de interpretá-lo e aplicá-lo.

De fato, o Direito pensa, primeiro, no coletivo. É feito, sobretudo, para o social. Mas não podemos esquecer que esse coletivo é formado de indivíduos. Coletivo, na verdade, é uma abstração. Concreto, real mesmo, é o indivíduo. Logo, é lógico que o Direito deva olhar para o indivíduo, compreender-lhe o funcionamento para se construir em seu benefício, não como sua mortalha. Do ponto de vista de sua constituição de natureza, trazendo já como critério mais prático, o Direito há que consentir ao homem, sobretudo: *iniciativa, responsabilidade e criatividade*. Esses elementos consentem um aumento do seu ser, por exemplo.

Cabe a nós, professores, pesquisadores, operadores do Direito, buscar agregar conhecimentos que possam fazer a ciência jurídica evoluir e um campo propício para aportar essa contribuição da ótica ontopsicológica seria na Filosofia do Direito, exatamente onde pararam os nossos estudos sobre o Direito Natural.

Nós, seres humanos, somos criaturas colocadas aqui por algo muito maior do que o Direito. Quanto mais nós conseguirmos entender sobre isso, mais vamos conseguir avançar nas várias áreas científicas e construir uma sociedade em favor do ser humano e seus direitos naturais e positivos. Essa ciência ontopsicológica que descobriu tanto sobre a natureza humana não nasceu para ser de uma ciência apenas. Inclusive, não é psicologia, como poderia erroneamente associar o termo. Ao Direito, fica a sugestão de integrar aos seus conhecimentos este que seria um *princípio autopoiético ôntico-humanístico*. “Autopoiético” porque é um princípio que se põe, não é posto por nós. Ou seja, saímos do mar de opiniões e relativismos no qual se encontram nossas ciências. “Ôntico” porque é como a natureza escreve, não é o imposto pela maioria. “Humanístico” porque é intrínseco a qualquer ser humano, esteja em qualquer país ou cultura.

Por fim, conhecimentos deste nível requer aplicadores, legisladores, julgadores e líderes nas várias áreas do Direito que realizem o que se chama de metanoia, que significa *mudar a mente*

para como se é. Então, não mudar por mudar, ou mudar substituindo uma ideologia por outra, uma ideia por outra, mas sim por como se é por natureza, pois só quem é íntimo ao ser pode saber o ser.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o fim da democracia: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*. São Paulo: EDA, 2021.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Corrupção da linguagem e a propaganda comunista*. São Paulo: PHVox, 2022.

FINNIS, J. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

HUSSERL, E. (2012). *A Crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental. Uma Introdução à filosofia fenomenológica* (Diogo Falcão, Trad.). Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. (Original publicado em 1954).

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Editora: Martins Fontes, 2011.

MENEGHETTI, Antonio. *Il criterio etico dell'umano*. Roma: Psicologica Editrice, 2002.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader – 36.a ed.* – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: IBEP, 2003.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. *Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça*. São Paulo: EDA, 2021.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Preliminares Históricas e Sistemáticas, São Paulo, Edição. Saraiva, 1968.

SILVA, Adriana dos Reis Emygdio da. Tese de Doutorado: O princípio da justiça na defesa dos direitos da personalidade na Rússia e no Brasil. *Russian State University for the Humanities*, Moscou 2014.

ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE – ASPECTOS DO DIREITO NA SOCIEDADE DE RISCO: PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA

*Cibelle Maria Andrade Martins R. de Melo*³¹

*Alexandre de Siqueira Campos Coelho*³²

1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais vivenciadas a partir da segunda metade do século XX adentraram o século XXI potencializadas, estremecendo os alicerces do Estado-nação, assim como todo o arcabouço jurídico criado para organizar essa estrutura. A crise do Estado de bem-estar social, trouxe à baila os paradoxos da modernidade, dentre os quais, o fato de que quanto mais o processo de modernização se aperfeiçoa, tanto mais riscos – ambientais, nucleares etc. – são criados como consequência de seu progresso.

Destarte, embora o século XX represente o auge das promessas da modernidade (BERNARDI, 2019, 13), também abriu caminho para a crise do projeto da modernidade, de tal maneira que hoje tendemos a não mais acreditar em “algo que era obvio nos séculos XIX e XX, ou seja, que futuro e progresso são equivalentes” (BERNARDI, 2019, 21).

A centralização do poder de decisão pelo Estado, o progresso, a ciência e a razão – característicos da modernidade – não conseguem mais atender aos anseios de uma sociedade complexa, caótica e em constante transformação pelo ritmo acelerado dos avanços técnico-científicos do processo de modernização. O que outrora tínhamos como certo, legítimo e estável, agora passa a ser questionado, desafiado e flexibilizado.

31 Bacharel em História pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. E-mail: cibelle@outlook.com

32 Professor no Centro Universitário Euro-Americano. E-mail: prof.alexandrecoelho@gmail.com

O direito, por conseguinte, é diretamente impactado pelas transformações ocorridas no corpo social, tanto em relação à elaboração das leis quanto ao próprio conteúdo destas. O monismo jurídico, por exemplo, caracterizado por um só direito emanado de um só lugar e impondo-se a todos, malgrado saibamos que o Estado moderno não conseguiu extirpar da sociedade o “direito do dia a dia”, ou seja, aquelas normas sociais que escapam à positivação, é nítido que manteve em grande medida o monopólio da lei e da coerção. Contudo, esta fórmula mostra-se cada vez mais incompatível com a realidade atual.

Embora participe do movimento da História e da reafirmação ou reformulação das crenças sociais, grande parte dos indivíduos não se dá conta que o faz. Todavia, uma vez que estamos sujeitos a um ordenamento jurídico que legitimamos tanto por meio da participação em sua elaboração quanto pela obediência, a consciência histórica sobre a construção de sentido da sociedade pode ser extraída na investigação do Direito enquanto fato social. Por esta razão, compreender a formação das instituições é analisar a sociedade e os valores que a legitimam.

Nesse sentido, tendo em vista que, além da face “organizadora” da sociedade, o direito também possui uma perspectiva de projeção de comportamentos desejáveis, buscando moldar o corpo social (FRIEDE, 2009), buscamos compreender em que medida as transformações advindas da crise do Estado moderno, na esteira da própria crise da Modernidade, impactam a função de previsibilidade do direito no Estado pós-moderno e o emergir de uma sociedade de risco. Por conseguinte, como o direito, por meio da relação expectativa/normatização/coerção, contribui para a ordem social, apesar das constantes mudanças vivenciadas nessa transição da modernidade para a pós-modernidade.

Em outras palavras, busca-se compreender de que forma a transição da modernidade para a pós-modernidade se reflete na esfera do direito, forçando-o a abrir-se ora a outros atores sociais, ora a novas questões que se colocam como consequências da modernidade.

Assim, por meio da comparação de alguns valores da modernidade, tentamos racionalizar a instabilidade gerada pelo aumento da complexidade social que culminou em uma nova fase da história humana, entendida por Giddens como *modernidade radicalizada*, uma vez que reflete a continuação do desenvolvimento do processo de modernização; como *pós-modernidade*, segundo Chevallier, haja vista as profundas mudanças no corpo social; como *modernidade reflexiva*, de acordo com Ulrich Beck, por tratar-se de um momento de reflexão dos valores da modernidade; ou ainda, *modernidade líquida*, expressão cunhada por Bauman, que reflete uma sociedade voltada para o instante, o efêmero, a fluidez.

2. DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE

O Estado, tal qual o entendemos hoje, é uma construção da modernidade. Mas o que é modernidade? Anthony Giddens define modernidade como um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em influência” (GIDDENS, 1991, 11).

Nesse sentido, o Estado-nação é uma construção da modernidade, de maneira que não encontramos em períodos anteriores esse sistema político (GIDDENS, 1991, 16). Todavia, a formação do Estado-moderno não se deu em um estalar de dedos, correspondeu sim a um processo que se iniciou no final do feudalismo e intensificou no desenrolar da modernidade.

O Estado é, portanto, um fenômeno recente, que prosperou com ajuda de um conjunto de mutações econômicas (o desenvolvimento das relações de mercado), sociais (a decomposição das estruturas feudais), políticas (a vontade de dominação dos príncipes), ideológicas (o individualismo, a secularização, o racionalismo): se as condições

propícias à edificação do Estado e, notadamente, a estabilização do mapa territorial da Europa, foram colocadas a partir do século XI, será necessário aguardar o surgimento do absolutismo para que as entidades estatais se criem, antes que o desenvolvimento do liberalismo venha definir a sua configuração e fixar os termos de suas relações com a sociedade. (CHEVALIER, 2009, 25)

Será o Iluminismo que, aproveitando-se das ideias do Renascimento, irá inaugurar a “idade da razão” (SOARES, 2000, 264). Destarte, sob a égide da primazia da Razão, centrado no Indivíduo e orientado para o Futuro e o Progresso, edificou-se um modelo de organização social do qual deveria emanar um único direito, uma única ordem.

Em síntese, a ideia de uma modernidade denota o triunfo de uma razão redentora, que se projeta nos diversos setores da atividade humana. Essa razão deflagra a secularização do conhecimento, conforme os arquétipos da física, geometria e matemática. Viabiliza a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializa, por meio do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permite ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa. Propicia, outrossim, a emergência do paradigma liberal-burguês nas esferas política e jurídica. (SOARES, 2000, 265)

Um dos pontos centrais da crítica dos iluministas baseava-se na relação entre a religião e o poder, de maneira que a questão da secularização é crucial para entender a modernidade e suas instituições: “a cisão religiosa originada na Reforma protestante tornou

necessário buscar em outra fonte o fundamento da obediência e dos direitos civis” (GRESPLAN, 2017, 36). Desse modo, abria-se caminho para que o indivíduo, por meio da Razão, tomasse para si o poder que antes estava nas mãos de Deus e passasse a planejar o seu próprio futuro rumo ao progresso.

O progresso – um dos pilares da modernidade – passa a ocupar o espaço deixado pela ausência de Deus, tornando-se um deus, criando assim “uma religião temporal da modernidade” (BECK, 2011, 315) que norteará o processo de modernização, deslocando a fé do divino para o secular.

“A ênfase no futuro atinge seu ponto máximo com o positivismo, quando a ciência social pensa que é capaz de prever o devir das ações humanas, seus conflitos e suas escolhas. O século XX acredita no futuro porque crê na ciência que prevê e na política que, decide e impõe.” (BERARDI, 2019, 94)

Paralelamente, encontra-se a criação de um arcabouço jurídico para legitimar e organizar essa nova estrutura. Desta forma, “o desenvolvimento jurídico inevitável para adaptar as instituições antigas às necessidades do presente criou novos conceitos, dentre os quais talvez o mais importante tenha sido o de ‘soberania’” (GRESPLAN, 2017, 26).

Nesse contexto, a noção de soberania, compreendida pela união da soberania interna – caracterizada pela imposição de um único poder – e da soberania externa – que representa o reconhecimento por parte de outros Estados aos limites territoriais e de poder do Estado que se impõe (BONAVIDES, 2000, 133-134) –, será fundamental para legitimar o projeto de poder da modernidade, corroborando com a secularização do Estado, ao dispensar a religião desta tarefa.

[...] características essenciais do modelo estatal são a tradução dos valores subjacentes à modernidade:

a institucionalização do poder, quer dizer, a inscrição das relações de dominação política no quadro geral e impessoal; a produção de um novo quadro de submissão, a ‘cidadania’ sendo concebida como uma ligação excludente, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes; o estabelecimento do monopólio da força, o Estado sendo entendido, dentro das ‘fronteiras’ delimitantes do campo de sua ‘soberania’, a única fonte do direito e a única habilitada a fazer uso dos meios de coerção; a consagração de um princípio fundamental de unidade, unidade de valores resultantes da pertinência à uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade, unidade do direito estatal, apresentando-se como uma totalidade coerente, uma ‘ordem’ estruturada, unidade do aparelho encarregado de colocar em operação o poderio do Estado. Por todos esses elementos, a construção do Estado aparece bastante indissociável de uma modernidade da qual ela é, por vezes, o reflexo e o vetor. (CHEVALLIER, 2009, 15)

O Estado moderno estabeleceu-se com base no monopólio da Lei – monismo –, tanto na sua elaboração quanto na sua aplicação, desse modo, o direito também é essencial na construção do modelo de Estado que entendemos como Estado-nação.

O conceito de *estado de direito* é a pedra angular para o entendimento da modernidade jurídica. [...] A ordem jurídica acaba por separar a esfera pública do setor privado, os atos de império dos atos de gestão, o interesse coletivo das aspirações individuais.

O *estado de direito* apresenta, como traços marcantes de sua conformação histórica, os princípios da soberania nacional, da independência dos poderes e da supremacia constitucional. [...] O estado submete-se ao primado da legalidade. A lei é concebida como uma

norma abstrata e genérica emanada do parlamento, segundo um processo previsto pela constituição. A carta magna, na acepção liberal, apresenta-se como uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada em regra num documento escrito, mediante o qual se estrutura o poder político e se asseguram os direitos fundamentais. (SOARES, 2000, 165-166)

Destarte, o Estado assumirá ao mesmo tempo as funções de instituição de direito, legitimada pela lei; fonte do direito, responsável pela sistematização do ordenamento jurídico; e o monopólio do poder de coerção.

Essa percepção de unidade pode ser mais ou menos adequada para uma fase em que teve de se impor, dentro do sistema jurídico, a positivação do direito mediante a doutrina das fontes do direito que remetessem ao Estado (político); ali, o sistema político ganhou um campo de atividade e o impôs contra estruturas estabelecidas – sobretudo corporativas – para que a política pudesse ser praticada como um processo contínuo de decisões coletivamente vinculantes. (LUHMANN, 2016, 559)

Por meio da positivação, o direito organiza as estruturas do Estado, concedendo-lhe as prerrogativas necessárias para o seu funcionamento. Visando a estruturação do Estado-nação, o processo de modernização desencadeará o processo de elaboração/seleção das leis. Nesse sentido, “a *positivação* consiste no processo de filtragem, mediante procedimentos decisórios, das valorações e expectativas comportamentais presentes na sociedade, que, assim, são convertidas em normas dotadas de validade jurídica” (SOARES, 2000, 266). Assim, o direito torna-se um instrumento à serviço do Estado e, por conseguinte, da modernidade.

No avançar da modernidade, a crise do Estado de bem-estar social – política desenvolvida no Ocidente após a 2ª Grande Guerra, visando proteger os cidadãos “(..) das humilhações sob todas as formas (medo de pobreza, exclusão e discriminação negativa, saúde deficiente, desemprego, falta de moradia, ignorância), que assombraram as gerações pré-guerra” (BAUMAN; BORDONI, 2016, não paginado) – um movimento criticando valores característicos da modernidade começa a emergir.

O palavra ‘pós-modernidade’ não nasceu como um conceito histórico, mas sim como um movimento artístico, o ‘pós-modernismo’ que começou nas primeiras décadas do século XX e ganhou maior notoriedade na segunda metade do século, impulsionado pelos horrores das Grandes Guerras. Contudo, somente na década de 1970 a expressão irá se popularizar, sobretudo com a arquitetura. A abordagem filosófica da ideia de pós-modernismo ocorreu apenas em 1979, com a publicação da obra *A condição pós-moderna* de Jean-François Lyotard (ANDERSON, 1999). Segundo Perry Anderson, “*A condição pós-moderna* foi o primeiro livro a tratar a pós-modernidade como uma mudança geral na condição humana” (ANDERSON, 1999, p. 29). Pós-modernidade, por sua vez, representa período histórico que passou a questionar os dogmas modernos, como a razão, o progresso, as grandes narrativas etc. (EAGLETON, 1998).

Nesse sentido, Anthony Giddens discorda do uso da expressão “pós-modernidade” por considerar que seu significado remete a uma “trajetória do desenvolvimento social”, tirando-nos da modernidade e conduzindo-nos a uma nova ordem social (GIDDENS, 1991). Leciona o sociólogo britânico que “em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes” (GIDDENS, 1991, 13).

Com a valorização da razão, a ciência poderá se desenvolver livremente em um ambiente desprendido de tradições e teologias. Por conseguinte, ao retirar Deus do “centro do universo” o futuro do homem passou a ser uma consequência das suas próprias escolhas.

Mas com duas Guerras Mundiais e, posteriormente, a crise do Estado de bem-estar social, a esperança no progresso pela ciência e, sobretudo, no futuro, começa a se esfacelar.

O século XX é o século da guerra, com um número de conflitos militares sérios envolvendo perdas substanciais de vidas, consideravelmente mais alto do que em qualquer um dos dois séculos precedentes. No presente século, até agora, mais de 100 milhões de pessoas foram mortas em guerras, uma proporção mais alta da população do mundo do que no século XIX, mesmo considerando-se o crescimento geral da população. Se um conflito militar ainda que limitado eclodisse, a perda de vidas seria estarrecedora, e um conflito total entre superpotências pode erradicar completamente a humanidade.

O mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura. A perda da crença no ‘progresso’, é claro, é um dos fatores que fundamentam a dissolução de ‘narrativas’ da história (GIDDENS, 1991, 20).

Na esteira da crise dos valores da modernidade, a ciência e a razão também começam a ser questionadas. A desmistificação da ciência ocorre quando a própria ciência passa a criticar-se. Como consequência dessa autocrítica chega-se à conclusão de que os “dogmas” criados pelo universo científico não só são instáveis como serão aferidos pela própria ciência (BECK, 2011). Destarte, “em sua evolução, a prática científica perdeu a verdade [...]. Ela passou nas últimas três décadas de uma atividade a serviço da verdade a uma atividade sem verdade, mas que precisa mais do que nunca fazer render socialmente a prebenda” (BECK, 2011, 249)

Malgrado razão e ciência não tenham perdido a importância, a forma absoluta como eram entendidas na modernidade já não se coaduna com o relativismo, os limites e o desencanto do progresso.

Os pressupostos epistemológicos da modernidade são solapados. Não mais prevalece a suposição de que o conhecimento é bom, objetivo e exato. O otimismo moderno no progresso científico é substituído pelo ceticismo no tocante à capacidade de a ciência resolver os grandes problemas mundiais, mormente os ecológicos. Não se aceita a crença na plena objetividade do conhecimento. O mundo não é um simples dado que está “lá fora” à espera de ser descoberto e conhecido. A aproximação entre o sujeito e o objeto é uma tendência presente em todas as modalidades de conhecimento científico. O trabalho do cientista, como o de qualquer ser humano, é condicionado pela história e pela cultura. A verdade brota de uma comunidade específica. Assim, o que quer que aceitemos como verdade, e até mesmo o modo como a vemos, depende da comunidade da qual participamos. Esse relativismo se estende para além de nossas percepções da verdade e atinge sua essência: não existe verdade absoluta e universal. A verdade é sempre relativa à comunidade da qual participamos. (SOARES, 2000, 273)

No campo do direito, a crítica da Escola Clássica de Frankfurt gira em torno da neutralidade da ciência. Segundo os críticos dessa corrente, por trás da universalidade, racionalidade e imparcialidade, havia uma ciência que a serviço de discursos políticos, ou seja, consideravam que a ciência era influenciada pela ideologia (HESPANHA, 2009).

Paralelamente, o direito será abalado por uma atividade legislativa cada vez mais direcionada a problemas pontuais, criando um excesso de leis casuísticas, que culminará em um direito claramente pragmático. Assim, a generalidade, a estabilidade e a sistematicidade

do direito são afetadas e, por conseguinte, a estabilidade e a segurança advindas da lei não têm o mesmo peso.

[...] enquanto o direito moderno fundou-se sobre um ‘modelo piramidal’, em que o Estado é a sede de toda a juridicidade (direito ‘jupiteriano’), um novo modelo tende a emergir, aquele de um ‘direito em rede’, no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos de inter-relação (direito ‘de Hermes’); aberto, flexível, lábil, o direito tende a transformar-se no produto aleatório de um conjunto de sistemas em interação. (CHEVALLIER, 2009, 124-125)

3. DIREITO COMO PREVISIBILIDADE E ESTABILIZAÇÃO SOCIAL

Embora tenhamos o hábito de associar o direito ao Estado, não podemos esquecer que o direito já existia antes da formação dos Estados-nacionais (EHRlich, 1986). Desta forma, sabe-se que a sociedade sempre buscou formas de regular a interação entre os indivíduos, ainda que essas normas sociais não passassem pelo processo da positivação.

Essa associação entre direito e Estado, pode ser explicada pela atuação do Estado como legislador, pela organização da justiça estar sob o controle do Estado, pelo fato de deter os instrumentos necessários para execução da lei e por ter centralizado sob seu domínio o poder de coação (EHRlich, 1986).

Dentre as características do direito, destacam-se a previsibilidade e a estabilização social, haja vista a lei estabelecer expectativas que mantém um certo grau de controle do comportamento dos membros da sociedade, diminuindo, assim, as incertezas. O caráter de generalização da lei permite a ideia de igualdade entre os indivíduos

que, somada a função de organização do corpo social, permite a manutenção da ordem, diminuindo, assim, a sensação de insegurança.

Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais (LUHMANN, 2016, 175).

Nesse contexto, o aumento da complexidade das relações humanas, intensificado com os avanços trazidos pela modernização, impõe ao direito e ao Estado a difícil tarefa de responder em tempo às contingências, sem, contudo, criar incertezas na sociedade, dada a volatilidade das circunstâncias que deram origem a lei.

Apesar de ser possível – e a História já nos mostrou que é – manter-se normas que não condizem com a realidade social, fato é que uma norma “descolada” da realidade social em que está inserida não se sustenta no longo prazo. Desta forma, para “surtir efeito”, esta expectativa precisa ser compartilhada pelo corpo social.

[...] essa capacidade da norma para criar previsibilidade, para estabilizar as expectativas, reforça, desde logo, a adesão comunitária aos seus comandos e depende da consonância destes com os sentimentos de justiça e de ordem mais generalizados na comunidade (HESPANHA, 2009, 203).

Nessa lógica, a generalidade produz um direito com maior durabilidade e a forma como as normas são criadas e interpretadas contribui para a credibilidade do sistema jurídico. “Como o senso comum pode não ser aceite por todos e, por isso a confiança pode ser traída, alguns sistemas estabelecem regras mais estritas de garantir as expectativas. É o caso do direito” (HESPANHA, 2009, 215). Nesse sentido,

o direito possui características que fazem dele mais “confiável” que outros sistemas: entre a expectativa e a conduta humana desenvolve-se uma certa estabilidade, assim, acredita-se na norma porque ela proporciona a segurança necessária para o viver em sociedade.

Em consonância, a segurança proporcionada pela estabilidade e previsibilidade do direito, é fruto também do uso repetido do próprio sistema de normas, isto porque o enquadramento da expectativa como uma norma jurídica se dá dentro de um sistema que a validará com base na forma de produção da norma.

Por outro lado, como resultado do ritmo acelerado nas transformações sociais originadas pelos avanços científico-tecnológicos, exige-se do Estado e do direito uma atuação mais célere frente às contingências do cotidiano. A consequência dessa ‘resposta rápida’ positivada pelo Estado culmina em uma proliferação desordenada de normas – inflação legislativa – que ao invés de criarem um ambiente de segurança, diminuindo as incertezas, acaba gerando ainda mais instabilidade e insegurança sociais. Assim, ao positivizar leis momentâneas, diminui-se a capacidade do direito de estabilizar as expectativas sociais, ao mesmo tempo em que um direito cada vez mais específico faz a norma cair em desuso tão logo cesse a situação que a engendrou.

Tendo em vista o incontestável aumento descontrolado das expectativas normativas (como costumes, exigências morais, hábitos, que, ao serem transgredidos, adquirem notoriedade), o direito tem função de estabilizar a expectativa normativa, e isso só pode resultar quando existe uma seleção das expectativas que vale proteger (LUHMANN, 2016, 182).

O direito poderá aumentar a sua complexidade, desde que isto não impeça que as decisões tomadas sejam consistentes, ou seja, desde que se trate os casos de forma coerente. Por exemplo, um direito casuístico, que tivesse em consideração e processasse

todas as variáveis de cada problema, não realizaria esta exigência, não constituiria uma garantia de expectativas fiáveis e estáveis. Daí que N. Luhmann relacione a crise do direito contemporâneo com o aproximar deste limite de eficiência: processos de estabilização dogmática muito lentos; criação, pelo próprio direito, sendo esta evolução tão rápida que escapa ao controle da dogmática, tendendo-se para a substituição da legitimação dogmática pela legitimação legal (ou política) (HESPANHA, 2009, 222-223).

Nesse cenário, corolário da democracia liberal, outros atores sociais emergem reivindicando maior participação nas decisões de Estado: ONGs, entidades de classe, empresários, entidades internacionais e cidadãos não se contentam mais com a centralização do poder de decisão na figura do Estado-nacional nem com uma democracia meramente representativa. Desse modo, fica claro que o equilíbrio das forças internas do Estado não é mais conduzido unilateralmente pelo poder estatal. Consequentemente, o direito estatal é forçado a adaptar-se a essas “vozes diferentes”, buscando compatibilizá-las com “interesses nacionais”.

A “diminuição” das distâncias, proporcionada pelo avanço tecnológico, tornou os países cada vez mais interdependentes. Na interação dos sistemas não só internos, mas também externos, o direito estatal está inserido em uma dinâmica de globalização, não apenas no tocante às questões econômicas, mas também quanto as consequências das intensas relações de convivência entre os Estados.

Embora a globalização não seja um fenômeno recente, no período das Grandes Navegações ganhou novos contornos e foi aprimorando-se no desenrolar da modernidade, assumindo papel central tanto na formação do Estado moderno quanto na crise de seus paradigmas.

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial,

que ligam localidade distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa (GIDDENS, 1991, 76).

A relação entre os Estados modernos e a soberania, essencial à modernidade, pode ser explicada por meio duas teorias: a primeira delas considera que os Estados soberanos se formam independentes uns dos outros, sub-rogando parte de sua soberania progressivamente com vistas à formação de um governo mundial. Por outro lado, a segunda teoria entende o modo de produção capitalista intrinsecamente relacionado com a intensificação da globalização, tornando-se difícil concebê-lo sem uma estrutura em escala mundial. Desse modo, a soberania dos Estados modernos é consolidada dentro da dinâmica globalizante do capitalismo, por meio do reconhecimento mútuo de fronteiras e, portanto, na interação entre os Estados soberanos, cujos processos de desenvolvimento desiguais resultarão em diferentes graus de autonomia e influência global (GIDDENS, 1991).

Desta feita, a intensificação do fenômeno da globalização desdobra-se em duas situações: de um lado a possibilidade de compartilhamento dos avanços técnico-científicos decorrentes da modernidade; de outro expõe claramente a discrepância do desenvolvimento entre os Estados soberanos, ao manter uma alta concentração de renda e tecnológica em determinados países em detrimento de outros.

Se os benefícios da modernização permanecem concentrados nos países mais industrializados, quando se trata das consequências ruins desse processo a lógica geralmente se inverte, ou seja, os países mais desenvolvidos e com maior concentração de riquezas são os menos afetados pelos efeitos secundários da modernidade.

Não obstante, o avançar da modernidade tem alterado o cenário internacional, de modo que quanto mais o processo de modernização é aprimorado, tanto mais consequências nefastas são

criadas, tornando-se cada vez mais difícil manter esses problemas circunscritos aos países menos desenvolvidos.

Nesse contexto, haja vista não ser possível furta-se das consequências negativas da modernização, impõe-se à toda comunidade mundial, a necessidade de uma regulação em escala global, uma vez que problemas globais exigem soluções globais. Desse modo, os Estados modernos veem-se obrigados a cooperar uns com os outros, tendo que fazer concessões em prol sobrevivência da humanidade.

[...]quanto mais a percepção do futuro da sociedade moderna adentra o horizonte da dependência da tomada de decisões, mais nitidamente pronunciada se torna a lacuna entre tomadores de decisões e partes envolvidas; assim, é preciso reconhecer mais nitidamente que os instrumentos jurídicos e financeiros de regulamentação designados para se lidar com os mais diferentes problemas já não são suficientes (LUHMANN, 2016, 189).

Assim, enquanto no cenário interno o Estado moderno precisa gerenciar as crises econômicas e os novos atores sociais que emergiram não raramente para atuar em áreas nas quais o Estado não conseguia ser eficaz (crise do Estado-providência), forçando-o a renunciar o monopólio das decisões e ceder lugar às novas lideranças que embora não hegemônicas, forcem mudanças em direções diferentes daquelas comumente definidas pelas classes dominantes internas. No cenário externo, vê-se forçado a aderir a acordos internacionais que muitas vezes contrariam interesses nacionais, criando assim um direito 'extraestatal' (CHEVALLIER, 2009).

Hoje em dia, dada a globalização e, ao mesmo tempo, a complexificação das esferas de regulação mesmo no interior destes Estados, a estabilização da vida social por meio do direito depende de consensos

muito vastos, ao mesmo tempo, muito finos e que ultrapassam quer as fronteiras internacionais, quer as esferas internas de acção (grupos profissionais, comunidades diferenciadas, esferas particulares do agir social), dos Estados nacionais. (HESPANHA, 2009, 223-224)

Alhures, apesar de aparentemente o direito internacional estar em consonância com a noção de soberania, haja vista ter sido moldado para respeitar a vontade soberana dos Estados que podem ou não ser signatários de acordos multilaterais, nas profundezas da globalização as desigualdades mundiais destacam-se e impõem forte pressão para a colaboração interestatal de tal maneira que os Estados soberanos menos desenvolvidos tornam-se “reféns” dessa “cooperação”.

[...]para além de sua soberania de princípio, os Estados são obrigados a adotar os acordos necessários ao seu desenvolvimento e a tecer liames de interdependência que não poderão romper unilateralmente; uma ordem jurídica internacional está inquestionavelmente constituída, a partir de um conjunto de fontes convencionais e não convencionais, e essa ordem tende a impor-se de maneira crescente sobre os Estados (CHEVALLIER, 2009, 148).

Tendo em vista que em um mundo globalizado, um problema local pode transformar-se rapidamente em um risco mundial, paralelamente a intensificação do processo de globalização, surge a necessidade de discutir-se em nível mundial os problemas decorrentes do sucesso da modernidade.

Os desafios atuais – alterações da engenharia genética e da genética humana, fluxos de informações dificilmente controláveis, colapsos do sistema financeiro, terrorismo, destruições ambientais –

minam os fundamentos definidos a nível nacional da lógica do risco (BECK 1988; 1999), uma vez que as sociedades industriais estão confrontadas, com a possibilidade, desde a segunda metade do século passado, completamente nova na História, de os seres humanos destruírem toda a vida neste planeta. (BECK, 2016, 63)

Nessa perspectiva, por meio da globalização não compartilhamos apenas “o lado bom” de cada sociedade, mas passamos a compartilhar também seus problemas: “emergem também outros tipos de rede, máfias (I. SOMMIER, 1998) ou redes terroristas (I. SOMMIER, 2000), que encarnam a outra face, a ‘face negra’ da globalização, aquela que defende a ‘política do caos’” (CHEVALLIER, 2009, 53).

4. SOCIEDADE DE RISCO

Alógica da acumulação de riqueza e socialização dos problemas da modernização é alterada com o aumento dos efeitos colaterais (riscos) que não podem ser limitados pelas fronteiras do desenvolvimento econômico. Questões ambientais, ameaça nuclear e terrorismo são exemplos de riscos de amplitude mundial, conseqüentemente esses efeitos colaterais da modernidade expõem o ‘outro lado’ do progresso.

O processo de industrialização por meio da ciência e da tecnologia transformou a natureza de tal forma que os pré-modernos jamais conseguiriam cogitar. “Nos setores industrializados do globo – e, crescentemente, por toda parte – os seres humanos vivem num *ambiente criado*, [...] é físico, mas não mais apenas natural” (GIDDENS, 1991,72).

Embora o risco e a insegurança sejam conseqüências naturais tanto do agir quanto do não agir dos indivíduos, com a modernidade a questão do risco é elevada a um novo patamar de importância. Nesse sentido, o risco adquiri novas proporções com o processo de modernização, apresentando-se tanto como um problema quanto como

fruto do êxito da própria modernidade. Esse paradoxo, resultante do progresso da modernidade, força os países da comunidade mundial a agirem conjuntamente para minimizar os efeitos secundários (riscos).

A diferença decisiva entre os riscos tradicionais e os modernos encontra-se num outro nível: os riscos derivados das tecnologias industriais e das tecnologias de larga escala resultam de decisões conscientes – decisões que são tomadas no âmbito de organizações privadas e/ou públicas, para alcançar vantagens económicas e aproveitar as oportunidades que daí advêm; em segundo lugar, estas decisões são tomadas com base num cálculo no qual os perigos são considerados o lado negativo do progresso (BECK, 2016, 60).

Nesse contexto, a comunidade mundial torna-se uma “sociedade de risco”, cujo desafio está em manter o processo de modernização ao mesmo tempo em que busca evitar, ou ao menos diminuir, os efeitos secundários desse processo.

Redes transnacionais de diversas origens – religiosas, ideológicas, financeiras, de proteção ambiental, criminosas – entram no cenário mundial (BECK, 2016), ora contribuindo para o debate sobre o controle dos riscos mundiais, ora amplificando a tensão entre Estados nacionais – à exceção das redes criminosas/terroristas que são, de modo geral, amplamente combatidas.

No gerenciamento dos riscos (antecipação imaginada de acontecimentos) nacionais e globais, o Estado-Nação possui papel central na prevenção dos efeitos colaterais da modernidade, haja vista a sua função “primordial” de garantir a segurança de seus cidadãos, “mesmo quando as instâncias competentes (ciência, exército, jurisprudência) não dispõem dos meios adequados (por exemplo, porque as suas possibilidades de resposta a riscos globais estão limitadas ao horizonte do Estado-nação)” (BECK, 2016, 34).

O conceito de risco está intimamente atrelado as relações de poder: quem define o que é risco? A definição passa pela cultura de cada Estado-nação, logo, em âmbito transnacional a *questão do risco* esbarra no *conceito de risco*.

As «relações de definição» também se baseiam no controlo sobre os «meios de definição», isto é, sobre as regras científicas e jurídicas. Também existem aqui «proprietários dos meios de definição», isto é, cientistas e juízes, e cidadãos «sem meios de definição», submetidos ao estatuto de dependência e de decisão de peritos e juízes que decidem, em nome de todos, que «definições do risco» concorrentes, assim como responsabilidades e direitos de compensação que delas decorrem serão ou não reconhecidos. (BECK, 2016, 73)

De fato, a palavra que melhor defina a análise de risco é “antecipação”. Destarte, políticas são adotadas, discursos são proferidos, direitos são cerceados, e tudo com base em probabilidades, ou seja, apenas antecipando problemas que podem ou não se concretizar. Assim, a encenação do ataque terrorista ao mesmo tempo em que auxilia no combate ao terror também serve para justificar o ataque aos direitos dos cidadãos.

Entretanto, no universo das possibilidades nem tudo são riscos, “a categoria do risco refere-se à realidade controversa da possibilidade, que tem de se distinguir, por um lado, da possibilidade puramente especulativa e, por outro, da catástrofe acontecida” (BECK, 2016, 31).

Por um lado, dadas as circunstâncias, torna-se difícil antecipar-se a alguns acontecimentos, como por exemplo o controle dos aeroportos nos EUA antes e depois dos atentados de 11/09/2001: antes dos atentados, era quase inimaginável que uma potência mundial como os EUA pudesse ser atacada da forma como foi, daí o presidente americano ter desconsiderado os alertas que recebeu sobre essa possibilidade. Contudo, uma vez que o ato “remoto” se tornou real,

toda a segurança dos aeroportos dos EUA e mesmo de outros países foi reformulada para “encarar” esse tipo de situação (BECK, 2016).

Por outro, trazer à tona essas encenações abre uma nova perspectiva, ou seja, o impensável foi pensado e agora está “em pauta” como uma possibilidade.

“Deste modo, a sociologia do risco, tal como a própria sociologia de risco, enfrenta um dilema: por um lado, têm de pensar o impensável, antecipando o ato; por outro, é possível que esta intenção de esclarecimento aponte novos caminhos par possíveis autores de atentados. Portanto, a análise do risco é arriscada porque pensar em perigos até à data impensáveis pode contribuir, involuntariamente, para lhes dar origem” (BECK, 2016, 41).

Portanto, as encenações, embora necessárias para análise dos riscos, podem se tornar armadilhas, gerando outros riscos. Porém, enquanto o processo de modernização não for revisado no sentido de buscar técnicas que evitem efeitos secundários, a prevenção de riscos permanecerá na agenda das políticas nacionais e internacionais.

[...] enquanto uma profunda e global revisão das formas do viver colectivo não se perfila no horizonte, a questão da prevenção do risco constitui hoje objetivo de muitas políticas públicas, centradas nas ideias de regulação, de sustentabilidade e de precaução” (HESPANHA, 2009, 208).

No livro *Metamorfose do Mundo* (2018), Ulrich Beck pondera que a solução para os entraves advindos das relações entre Estados soberanos na formação de consensos quanto ao gerenciamento dos riscos mundiais pode estar na cooperação entre as cidades desses Estados nacionais. Argumenta o autor que as cidades não estão presas

a questão da soberania e por isso podem relacionar-se mais livremente, unindo forças para minimizar a produção de riscos.

Desta forma, com base na tese sobre a interação entre cidades de diferentes países, concluímos que as políticas públicas mencionadas por António Manuel Hespanha seriam mais facilmente implementadas no âmbito local por meio de parcerias firmadas por essas cidades.

2. CONCLUSÃO

A modernidade foi responsável por transformações sociais sem precedentes. Em seu bojo construiu-se a ideia de Estado-nação cuja função seria catalisar os valores da modernidade, servindo ao mesmo tempo como reflexo e vetor. Ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses coletivos, o Estado moderno assenhorou-se do direito e da coerção, legitimando seu poderio ora pela lei (monopólio do “dizer o direito”) ora pela força (monopólio da violência).

O direito, dado seu caráter mais lento de elaboração, encontra dificuldades para responder em tempo às novas demandas sociais. Uma vez que o ritmo acelerado das mudanças na atualidade torna a lei rapidamente obsoleta, ou seja, tão logo cessem as circunstâncias que engendraram a necessidade de regulação, a norma perde sua razão de existir, tornando-se “letra morta”. Desta forma, um direito casuístico tem se mostrado incapaz de proporcionar segurança aos cidadãos, haja vista a necessidade de sedimentação do ordenamento jurídico para que este possa gerar a expectativa de previsibilidade dos comportamentos sociais. Consequentemente, a inflação legislativa resulta em um direito instantâneo, “líquido”, que não consegue criar um ambiente de estabilidade social.

O processo de modernização gerou/gera grandes avanços técnico-científicos que estimulam as transformações na sociedade, aumento a complexidade das relações sociais. Porém, esses mesmos avanços vêm acompanhados de efeitos secundários (riscos), assim, à medida que a modernidade colhe os frutos de seu progresso, também

é forçada a lidar com os riscos ambientais, sociais, nucleares etc. resultantes desse progresso.

Desta forma, a sociedade de risco mundial forma-se como consequência do sucesso da modernidade e, nesse sentido, podemos dizer que vivemos uma hipermodernidade, haja vista estarmos alicerçados nos pilares da Modernidade, porém de forma potencializada. Por outro lado, o questionamento dos valores da modernidade nos conduz a uma crise de paradigmas e, por esse ângulo, podemos considerar-nos saindo da modernidade, rumo ao desconhecido.

A globalização dos riscos resultantes da ação humana se intensificou com a diminuição das distâncias entre os Estados não se restringindo mais a problemas locais, tornando-se inevitavelmente riscos para toda população mundial. Desta forma, a problemática do risco tem exigido estratégias de enfrentamento que ultrapassam as fronteiras da soberania nacional, forçando a cooperação entre os Estados e a criação de um direito extraestatal.

Entretanto, dada as dificuldades para formar consensos em torno de tratados internacionais, uma das soluções levantadas foi a parceria entre cidades de diferentes países. Nesse sentido, em que pese a importância dessas parcerias, o excesso de autonomia das cidades parece remeter-nos a uma organização política nos moldes feudais. Assim, não compartilhamos com a ideia de gerenciamento/prevenção de riscos com foco em âmbito local, de modo diverso, entendemos ser essencial o fortalecimento do direito internacional.

Portanto, todas as transformações vivenciadas pela sociedade no decorrer da modernidade indubitavelmente repercutem no ordenamento jurídico, forçando reformulações em sua estrutura e desafiando os operadores do direito a adaptarem-se. O direito está inserido em uma nova realidade, repleta de incertezas e de indeterminações, logo, refletirá essas características em sua nova estrutura. Uma vez que a sociedade continua a exigir regras de conduta para manter-se, ao menos em tese, coesa, o direito precisa (re)formular seus dogmas para poder absorver as novas demandas sociais.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução: Marcus Penchel. ZAHAR, 1999 – Edição Kindle.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. ZAHAR, 2001 – Edição Kindle.

BAUMAN, Zygmunt e Bordoni, Carlo. **Estado de Crise**. Tradução: Renato Aguiar. ZAHAR, 2016 – Edição Kindle.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª Edição)

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Revisão Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2016.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão Técnica: Maria Claudia Coelho. ZAHAR, 2018 – Edição Kindle.

BERARDI, Franco. **Depois do Futuro**. Tradução Regina Silva. São Paulo: Editora Ubu, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª edição (revista e atualizada). São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Tradução: Elisabeth Barbosa. ZAHAR, 1998 – Edição Kindle.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução: René Ernani Gertz. Revisão: Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. (Cadernos da UNB).

FRIEDE, Reis. **Percepção Científica do Direito**. História, São Paulo, 28 (2): 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/09.pdf>. Acesso em 17/08/2020.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. 2ª edição, 4ª reimpressão. São Paulo: Editora Contexto, 2017.

HART, Jacques. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª edição, reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A soberania frente à globalização**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 1, p. 202-225, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/188>. Acesso em: 17/08/2020.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O projeto da modernidade e o direito**. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 147, p. 263-274, jul./set. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/623>. Acessado em 17/08/2020.

TRÁFICO DE PESSOAS: A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PROTOCOLO DE PALERMO NO COMBATE À EXPLORAÇÃO LABORAL

*Marcilene Reis de Almeida*³³

*Alexandre de Siqueira Campos Coelho*³⁴

O presente capítulo apresenta como tema o crime de tráfico de pessoas no Brasil com foco normas existentes de tráfico de pessoas e a exploração laboral. Levam-se em consideração o Protocolo de Palermo, um dos instrumentos de maior relevância no combate ao tráfico de pessoas e a evolução da legislação brasileira, que sofreu mudanças significativas pela Lei nº. 13.344, de 6 de outubro de 2016. Essa lei apresenta o tráfico de pessoas de forma mais abrangente, atingindo os diversos fins para qual o crime é praticado.

A escolha do tema de pesquisa deu-se pelo entender que o tráfico de pessoas é uma prática criminosa mundial e sem fronteiras, uma espécie de máfia altamente rentável, movimenta bilhões de dólares por ano em todo o mundo e atinge milhões de pessoas que são forçadas a trabalhos escravos e sexuais. Com a intensificação da mobilidade humana e a globalização, pode-se observar o crescente transporte de pessoas para todos os fins de exploração. A expressão “escravidão dos tempos modernos” tem sido utilizada para conceituar o crime de tráfico de pessoas, demonstrando que a violação dos direitos humanos sempre existiu e, no Brasil, até outubro de 2016, o tráfico de pessoas e o trabalho escravo eram previstos como tipos penais distintos pelo ordenamento jurídico.

Visto isso, acredita-se que, antes construir, reconstruir, transformar ou condenar, é preciso saber o que se enfrenta, se os instrumentos utilizados são eficazes para reduzir esse tipo de crime.

33 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Euro - Americano - UNIEURO /DF. e-mail: marcilener15@gmail.com

34 Professor no Centro Universitário Euro-Americano. E-mail: prof.alexandrecoelho@gmail.com

A partir dessa ideia, levanta-se a seguinte questão: De que forma o governo controla os padrões de imigração e emigração, a busca de provas do tráfico interno de pessoas e, também, como as agências nacionais reagem contra os diferentes tipos de tráfico?

Supõe-se que, em um contexto geral que a pobreza, a violência e a desigualdade social induzem não somente as vítimas, como também as suas famílias a enfrentarem os riscos da imigração ilegal e do tráfico como uma forma de subterfúgio da triste realidade e as promessas de uma vida melhor e a realização pessoal levam a vítima a confiar no aliciador, submetendo-se a situações degradantes, ferindo a própria dignidade.

Para organização da pesquisa, traçaram-se como objetivo geral abordar no âmbito brasileiro, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, nas diferentes tipificações de um crime de tamanha proporção, o governo brasileiro em parceria com atores e organizações da sociedade civil, está engajado na cooperação nacional e internacional contra o tráfico de pessoas.

Diante de um tema complexo e de extensa possibilidade de discussão, faz-se necessário que esclarecer a sociedade sobre o conceito de tráfico de pessoas para os diversos fins de exploração e apresentar um panorama das principais políticas, programas e projetos implantados pelas autoridades no país.

1. TRÁFICO DE PESSOAS

Conceituar tráfico de seres humanos não é uma tarefa fácil, pois durante muito tempo não havia um consenso internacional sobre o que seria essa atividade e na tentativa de apresentar a definição mais adequada, foram realizadas muitas discussões entre várias organizações governamentais e não governamentais devidos à dificuldade de diferenciar essa atividade e migração, prostituição, contrabando de imigrantes, entre outros.

Para melhor entender do que realmente se trata esse tema, faz-se necessária uma explanação sobre o conceito de tráfico nas diferentes

linhas de estudo a serem abordados neste trabalho, o que se fará a seguir.

Segundo o minidicionário “AURÉLIO” (FERREIRA, 2004, p.784) o vocábulo Tráfico “Vem do verbo traficar. O mesmo que: futrico, mercadejo tráfico” e Traficar é “Comerciar, negociar, mercadejar, trafegar. Realizar operações comerciais clandestinas e ilegais. Usar da própria influência para obter do poder público uma vantagem qualquer em favor de terceiro, mediante remuneração”.

Em que pese o conceito no dicionário de língua portuguesa da palavra “tráfico” seja uma forma ampla e sem que esteja diretamente relacionado à pessoa humana, remete à prática de atividade clandestina e ilegal, bem como à ideia de subjugar o outro por meio de exploração, para obter algum tipo de vantagem.

No Código Penal Brasileiro de 1940, no que tange ao tráfico de pessoas, as disposições encontravam-se nos artigos 231 e 231-A. Entretanto, os referidos artigos tratavam do tráfico exclusivamente para fins de exploração sexual seja no âmbito internacional como o primeiro ou no âmbito interno explicitado no segundo, como se pode observar na transcrição *in verbis*:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.
Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

A pena, que poderia chegar a oito anos de reclusão é aumentada em até quatro anos quando se trata de vítimas com menos de 18 anos, ou se o condenado possui, por lei, a obrigação de cuidar do adolescente; o emprego de violência e ameaças também endurece a punição.

Notadamente, a falta de um conceito que abrangesse toda forma de tráfico, para tornar eficaz a repressão e a punição da atividade.

Segundo Piscitelli (2004 apud EMANUELA, 2007), a exploração e o tráfico de pessoas não estão automaticamente vinculados à existência da indústria do sexo, mas são favorecidos pela falta de proteção dos trabalhadores nesse setor. Aqueles que traficam se beneficiam das migrações (internas ou internacionais) e dos trabalhos sexuais comerciais, o que favorece o exercício do poder de quem explora sobre esses trabalhadores.

Nesse sentido, o conceito de tráfico de pessoas ganhou força com o advento da Lei nº 13.344, de 2016, por seus artigos 13 e 16, e revogando expressamente os artigos 231 e 231-A, também do Código Penal, que anteriormente tratavam da matéria, de forma restrita., Acrescentou-se o artigo 149-A no Código Penal com “*nomen juris*” de “Tráfico de Pessoas”.

Em 2003, o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo³, traz no seu Artigo 3º alínea “a” o conceito de tráfico de pessoas:

Recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.

Essa definição, apresentada pelo Protocolo de Palermo é, amplamente, aceita por nosso ordenamento jurídico e trouxe importantes avanços nas discussões apresentadas anteriormente sobre o conceito de tráfico de pessoas. Inicialmente, vale destacar que o Protocolo faz referência ao tráfico de pessoas, e não mais apenas de mulheres. A mudança demonstra a ideia que se tem de que qualquer

pessoa pode ser traficada, independente de idade, raça, nacionalidade ou gênero, eis que os homens também podem ser traficados.

O tráfico de pessoas é um dos crimes mais repugnantes e assume dimensões transnacionais, é uma prática criminosa vem de longa data como podemos observar no tópico a seguir.

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE PESSOAS

O ‘tráfico de pessoas’ é um crime e pode ser considerado como uma forma da escravidão, com algumas peculiaridades para diferenciar os atos. Na época da escravidão, a pessoa era comercializada para a prática do trabalho servil. Enquanto no tráfico de pessoas, o objeto de troca acaba por ser a própria pessoa, que é vista e tratada como mercadoria, e o principal objetivo da atividade é o lucro dos traficantes.

Desde os tempos mais remotos, o ser humano sofre com alguma forma de exploração. O Código de Hamurabi⁴, de 1694 a.C., já fazia referência às formas de escravidão, fazendo uma relação entre os senhores e seus escravos.

Art. 15 - Se alguém furta pela porta da cidade um escravo ou uma escrava da Corte ou um escravo ou escrava de um liberto, deverá ser morto.

Art. 16 - Se alguém acolhe na sua casa, um escravo ou escrava fugidos da Corte ou de um liberto e depois da proclamação pública do mordomo, não o apresenta, o dono da casa deverá ser morto.

Art.17 - Se alguém apreende em campo aberto um escravo ou uma escrava fugida e os reconduz ao dono, o dono do escravo deverá dar-lhe dois ciclos.

Art.18 - Se esse escravo não nomeia seu senhor, deverá ser levado a palácio; feitas todas as indagações deverá ser reconduzido ao seu senhor.

Art.19 - Se ele retém esse escravo em sua casa e em seguida se descobre o escravo com ele, deverá ser morto.

Art.20 - Se o escravo foge àquele que o apreendeu, este deve jurar em nome de Deus ao dono do escravo e ir livre.

Em Atenas, na Grécia antiga, a população foi escravizada por povos estrangeiros, em virtude das guerras; o povo vencedor de uma batalha escravizava os povos inimigos capturados para depois oferecê-los em pontos comerciais.

Outra referência histórica do tráfico de pessoas é o tráfico negreiro, envolveu os europeus. Iniciou-se no século XV, quando os portugueses instalaram feitorias pelo litoral do continente africano e com o tempo, outras nações europeias começaram a envolver-se com essa atividade e não apenas os portugueses. Por mais de 300 anos, transportou milhões de negros para todo o mundo. De forma exploratória comercializando a pessoa, levando em consideração seu valor mercantil, e nunca sua dignidade. Grandes riquezas mundiais formaram-se a partir da prática do tráfico negreiro e do trabalho escravo.

No artigo Tráfico Nегreiro⁵, Silva escreve que no Brasil, a proibição do tráfico negreiro aconteceu por meio da Lei Eusébio de Queirós, aprovada no ano de 1850, e com ela o governo iniciou uma forte repressão ao tráfico. Após a aprovação da lei, cerca de 6900 escravos foram desembarcados no Brasil até 1856 e depois disso a atividade foi reduzida quase a zero.

Por volta de 1808, o tráfico negreiro, foi considerado ilegal pelos Ingleses e, passou a ser crime contra a humanidade.

O tema “tráfico” foi utilizado pela primeira vez, referindo-se à “troca de escravos brancos”, por volta de 1900. Nesse período da história, o tráfico era um movimento com propósitos morais em que as mulheres eram levadas a prostituição.

O resultado de tal fenômeno levou em 1904, à criação de um acordo internacional desenvolvido pela Liga das Nações, o primeiro documento internacional contra o tráfico, chamado de Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas,

assinado em Paris (GAATW⁶, 2006). No ano de 1910 foi assinada a Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas⁷. Em 1921, foi celebrada a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças⁸. Por fim, em 1933, foi firmada a Convenção Internacional à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, sendo este o último documento realizado pela Liga das Nações⁹.

Em 1949, adotou-se a Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem com o objetivo de coibir o tráfico, valorizando a dignidade e o valor da pessoa humana, como bens afetados pelo tráfico. A esse respeito Ela Wiecko escreveu que o tráfico de pessoas põe em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade e qualquer pessoa pode se tornar vítima, independentemente de sexo e idade.

A Aliança Global Contra Tráfico de Mulheres (GAATW) desde 1996 tem organizado treinamentos, para ativistas de anti-tráfico, sobre direitos humanos no contexto do tráfico. Observa-se que a falta de esclarecimentos sobre os tipos do tráfico de pessoas leva a entendê-los como se todos fossem para fins exploração sexual.

Por fim, no ano de 2000 foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial, Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo, promulgado no Brasil por meio do Decreto n.5.017 de 12 de março de 2004. Entretanto, apesar dos diversos avanços em relação aos documentos anteriores sobre tráfico de mulheres, o assunto ainda é alvo de grande discussão.

Segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2010), o tráfico de pessoas é a segunda atividade mais rentável e atrativa para o crime organizado. Ainda, aponta que essa transação ilegal atinge 2,5 milhões de pessoas, movimenta cerca de 32 bilhões de dólares por ano, e que 79% das vítimas são destinadas à prostituição, em seguida ao comércio de órgãos e à exploração de trabalho escravo em latifúndios, na pecuária, oficinas de costura e na

construção civil. Calcula-se que uma única vítima gere o lucro entre 13 e 30 mil, pois, de forma diversa dos entorpecentes e armamentos, uma mesma “mercadoria” pode ser vendida várias vezes ao longo da cadeia criminosa.

O tráfico internacional de seres humanos é uma prática que viola os direitos humanos, utilizado para alimentar redes internacionais de exploração sexual, tráfico de órgãos, adoção ilegal e trabalho forçado. Tal fenômeno está ligado à globalização, desigualdade social, questão ética e de gênero. (JESUS 2003, p.19).

A realidade do tráfico é compartilhada por diversos países pobres e em desenvolvimento, diante da exploração principalmente de pessoas das classes menos favorecidas e, reproduzindo o modelo capitalista de exploração humana, a que são submetidos os seus nacionais, entre países centrais e marginais, muitos daqueles países fornecedores também são destinatários. - O Brasil é apontado como um país com alto índice de pessoas traficadas. Se nas décadas do final do século XIX e do início do século XX era considerado local de destino, agora é tido como país de origem de pessoas vítimas de tráfico (UNOCD, 2010).

A exploração sexual continua sendo a principal finalidade do tráfico de pessoas, representando 59% dos casos detectados, enquanto o trabalho forçado equivale a 34% dos casos. Em nível global, o número de vítimas cresceu de um modo exorbitante em 2016, quando mais de 24 mil vítimas foram detectadas, o percentual de vítimas domésticas identificadas - vítimas de pessoas dentro de seu próprio país - dobrou de 27% em 2010 para 58% em 2016. O continente americano e algumas partes da Ásia reportaram o maior número de vítimas detectadas (UNOCD, 2019).

Vale frisar que o tráfico de pessoas pode se caracterizar como internacional, quando alguém é transferido de um Estado para outro, ou como interno, quando esse ilícito ocorre dentro de um mesmo Estado, de uma localidade para outra, que pode ser para outro município, estado membro ou região.

Os países mais ricos são mais propensos a serem áreas de destino de vítimas que são recrutadas de países de origem distantes, procurados geralmente por haver maior desenvolvimento econômico e cultural, é onde as vítimas do tráfico almejam conseguir emprego digno com excelente remuneração. Daí a necessidade de aumentar as respostas da cooperação internacional, através de legislações específicas, coordenação intensificada entre entidades da aplicação da lei e melhores serviços de proteção às vítimas. Por se tratar de um problema global, o tráfico de seres humanos que requer respostas de igual dimensão, para prevenir e controlar tanto a oferta quanto a demanda por serviços prestados pelas vítimas, por meio da ratificação de tratados e planos de enfrentamento a esse crime.

1.2. ELEMENTOS DO TRÁFICO DE PESSOAS

No artigo 3º do Protocolo de Palermo encontramos os três elementos constitutivos para que seja configurado o crime do tráfico de pessoas. São eles: Ato (o que é feito?); Meio (como é feito?) e Finalidade (para que é feito).

I) ATO: recrutar, transportar, transferir, alojar e acolher

II) MEIOS: uso da força, outras formas de coação, ameaça, rapto, cárcere privado, engano/fraude, abuso de autoridade, abuso de uma situação de vulnerabilidade, entrega ou aceitação de pagamento ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

III) FINALIDADE: exploração da prostituição, outras formas de exploração sexual, exploração do trabalho, serviços forçados, escravidão ou situações análogas à escravidão, servidão por dívidas, mendicância, extração de órgãos e tecidos humanos.

Para que se configure o crime de tráfico de pessoas, é fundamental que haja uma combinação de pelo menos um de cada dos três elementos constitutivos e não dos diferentes elementos. Apesar de o tráfico de pessoas e suas modalidades ser um fenômeno

desconhecido e incompreendido por boa parte da população, inclusive a brasileira, é necessária uma maior divulgação do assunto, pois a prevenção e conscientização da população sobre o tema é a melhor forma de combate desse fenômeno.

Conforme preconiza o Protocolo de Palermo, a exploração é o termo principal para definir e compreender o crime de tráfico de pessoas. O Artigo 3º, alínea “b” do Protocolo contra o Tráfico de Pessoas, determina que o consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas em relação à sua exploração é irrelevante, assim que for demonstrado terem sido usados artifícios como engano, coação, força ou outros meios ilícitos, o consentimento não pode ser usado como defesa para eximir alguém da responsabilidade penal do crime de tráfico.

De toda forma, torna-se claro que nenhuma pessoa pode consentir na sua exploração, porque, no caso dos adultos, ele não se traduz uma vontade séria, livre e esclarecida por ter eventualmente sido obtido mediante meios ilícitos; e, no caso das crianças, a vulnerabilidade e faixa etária torna o consentimento nulo.

2. MODALIDADES DE TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas é um crime e uma violação de direitos humanos que afeta mulheres, crianças, adolescentes, homens, travestis e transexuais todo o mundo. “Esse fenômeno adquiriu maior dimensão e complexidade, por estar interligado com outros tipos de atividades ilícitas graves tais como o tráfico de drogas, de armas, pedofilia, falsificação de documentos, lavagem de dinheiro corrupção e extorsão”. (MUNDIM: 2014, p. 11)

Conforme o art. 3º do Protocolo de Palermo¹⁰ a finalidade dessa atividade criminosa é sempre exploração, seja para exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Diante o exposto, observa-se que o assunto Tráfico de Pessoas” é deveras imenso e nos apresenta vários meios de exploração das pessoas humana, todos relevantes para estudo. No entanto nesse capítulo daremos ênfase ao tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado e servidão.

2.1 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE TRABALHO FORÇADO E SERVIDÃO

Trabalho forçado na definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente.”¹¹ Esse conceito, estabelecido em 1930, pretendeu abranger todas as situações de trabalho forçado experimentadas ao redor do mundo.

Essa modalidade de tráfico acontece também de forma global e atinge mulheres, crianças e homens, que saem do seu domicílio em busca de emprego e de uma forma de sustentar seus familiares. Muitas pessoas, frequentemente mulheres e crianças, são traficadas para trabalhar em condições onde são abusadas, tratadas como escravas por pouco ou nenhum dinheiro. Homens foram encontrados em condição análoga à escravidão, em fazendas, onde o pagamento dos salários era sob a forma de crédito em vendas dentro da propriedade e encontram permanentemente endividados.

O tráfico para exploração laboral ocorre com menor frequência do que a exploração para fins sexuais. São ainda menos numerosos os casos conhecidos de tráfico para trabalhos domésticos, que geralmente assumem a forma de exploração laboral intensa, englobando inclusive, jovens que vão para os grandes centros para estudar, trabalhando meio período na casa de família onde se hospedam, geralmente para cuidar de crianças.

O relatório da ONU (2019), revela que em 2016, quase 25 mil pessoas foram traficadas no planeta — 70% eram do sexo feminino, com

as meninas representando 20% de todas as vítimas em nível mundial. A exploração sexual continua sendo o principal objetivo do tráfico e responde por cerca de 59% do total dos casos. O trabalho forçado foi identificado em 34% das ocorrências. Ainda segundo o documento, mulheres e meninas representam 75% das pessoas traficadas para exploração sexual e 35% dos indivíduos que vão parar em situações de trabalho forçado.

Diante do aumento do desemprego, deparamos com pessoas vivendo em condições precárias e a busca por melhores condições de vida se torna uma tentativa de sobrevivência própria e de sua família.

2.2. TRABALHO EM CONDIÇÃO ANÁLOGA AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

O tráfico de pessoas é o indicador do quanto estamos longe de atingir o *ethos* ideal para viver em sociedade (VASCONCELOS, 2009). Traficar pessoas é, antes de tudo, a consubstanciação das denominações de objeto e pessoa. Negociar o envio de um ser humano aos cuidados de outro, interessado em tirar proveito, por meio da exploração ilícita dos recursos que o traficado possa oferecer, nada mais é do que a coisificação do homem, a conversão dele em mera mercadoria, fazendo-o adquirir a mesma finalidade de um objeto com fins pecuniários, qual seja, a do comércio.

O conceito de trabalho análogo à escravidão está previsto na legislação brasileira no Artigo 149 do Código Penal:

“reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.(BRASIL, 1940).

O tráfico interno de pessoas mostra-se muito intenso no Brasil. Segundo relatório do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 2020) o meio rural continua concentrando o maior número de registros, com 87% dos casos: produção de carvão vegetal (121); cultivo de café (106); criação de bovinos para corte (95); comércio varejista (79); cultivo de milho (67). O trabalho escravo urbano também fez 120 vítimas, a maior parte na confecção de roupas (35). Também houve registros na construção civil (18), em serviços domésticos (14), construção de rodovias (12) e serviços ambulantes (11).

O relatório aponta que Minas Gerais foi o estado com mais fiscalizações (45 ações) e onde foram encontrados mais trabalhadores em condição análoga à de escravo (468). São Paulo e Pará tiveram 25 ações fiscais, cada, sendo que em São Paulo foram resgatados 91 trabalhadores e no Pará, 66.

O maior flagrante em um único estabelecimento foi no Distrito Federal, onde 79 pessoas estavam trabalhando em condições degradantes para uma seita religiosa.

“Uma jovem de 18 anos, cujo nome não foi divulgado, era mantida em cárcere privado por uma líder religiosa. Foram quatro meses até ser resgatada pela Polícia Civil no núcleo rural do Gama, às margens da na DF-290, obrigada a fazer as tarefas domésticas da casa, sem direito a comunicação, acusada de estar com o demônio no corpo, forçada a estudar a Bíblia e tudo com o consentimento da mãe. Há cerca de duas semanas, conseguiu enviar uma mensagem a amigos que moram em Goiânia pedindo socorro e a partir daí que a denúncia chegou aos policiais da Delegacia de Polícia (DP), localizada no Gama. Segundo o delegado à frente das investigações, desde os 12 anos a moça vivia na Igreja Adventista Remanescente de Laodiceia, quando a mãe decidiu integrar o grupo. Ela não era a única mantida prisioneira. Outras duas jovens teriam vivido a mesma situação, mas foram resgatadas pelos pais e levadas embora da comunidade”¹².

Os trabalhadores libertados são, em sua maioria, migrantes internos ou externos, que deixaram suas casas para a região de expansão agropecuária ou para grandes centros urbanos, em busca de novas oportunidades ou atraídos por falsas promessas.

Dados da OIT, 2016 revelam que 95% dos trabalhadores libertados são homens, 83% têm entre 18 e 44 anos de idade e 33% são analfabetos. E dez municípios com maior número de casos de trabalho escravo do Brasil estão na Amazônia, sendo oito deles no Pará. Ademais, em 2013 a maioria dos casos ocorreu em ambiente urbano, principalmente em setores como a construção civil e o de confecções.

Segundo a OIT (2013) o trabalho doméstico representa o núcleo duro do déficit de Trabalho Decente no Brasil e no Mundo. E entre as situações favorecem para que esse trabalho seja invisível, é a situação do trabalho doméstico estar na esfera do emprego informal, porque nem sempre a pessoa é registrada ou não possui contrato para formalizá-lo, o que dificulta as administrações públicas conhecer a existência dessas pessoas e as suas condições de trabalho. Dificulta-se, portanto, no que se refere à matéria de direitos, no caso de querer exercê-los, ou querer denunciar algum tipo de abuso. Sem falar das situações ocultas ou, melhor dizendo, não visíveis no trabalho doméstico como aquele feito por meninas e jovens que se identificam como parentes, ou ajudantes no trabalho doméstico.

Vale frisar que a condição estrangeira, em uma situação irregular, constitui fator que contribui ainda mais para essa invisibilidade, além de colocá-los em uma situação de vulnerabilidade. Essa situação irregular da imigração determina que, às vezes, a pessoa deve permanecer na casa onde trabalha pelo medo de que, se sair, seja parado pela polícia, ou fique à mercê de abusos por aqueles que usam sem poder denunciá-los.

Mesmo diante dessas situações de desvalorização e servidão laboral, as mulheres continuam a ser, responsáveis pela economia do cuidado. A mercantilização das tarefas domésticas e de cuidado é um fenômeno não só cada vez mais global, sobretudo, no final do século XX, mas igualmente cada vez mais associado às mulheres migrantes,

que trabalha de *baby sisters* e muitas vezes assumem o papel de mães substitutas.

O tráfico de seres humanos está vinculado aos fluxos migratórios, pois sua configuração está relacionada à movimentação geográfica das vítimas seja dentro de ou entre fronteiras nacionais. Tanto o trabalhador nacional aliciado quanto o estrangeiro são vítimas de tráfico de pessoas para fins econômicos, encontram-se fora de sua casa, longe de seus familiares e, normalmente, sem suas referências mais próximas que lhe garantem proteção.

Segundo OIT (2015), muitos trabalhadores domésticos estão expostos a diversos abusos, incluindo a violação dos direitos humanos básicos, tais como a liberdade de circulação e o respeito pela privacidade. Também outras violações dos seus direitos relativos ao pagamento de salários, aos horários de trabalho, às condições de vida e à falta de proteção em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais são detectadas. A exploração de trabalhadoras (es) domésticas(os) pode ser, parcialmente, atribuída às lacunas na legislação nacional sobre trabalho e emprego e, muitas vezes, reflete a discriminação presente nas relações sociais e de gênero e de raça. Em 2015, 88,7% das (os) trabalhadoras (es) domésticas(os) entre 10 e 17 anos no Brasil eram meninas e 71% eram negras(os).

É indiscutível que os conceitos de trabalho escravo contemporâneo e de tráfico de pessoas, para fins de exploração laboral se intercomunicam, principalmente quando se aplicam ao trabalho do imigrante.

Em 31 de outubro de 2012 a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo - CONATRAE – diante dos obstáculos a serem superados pelo governo brasileiro no combate ao trabalho escravo de imigrantes, elaborou manual pretende auxiliar a atuação dos agentes públicos responsáveis pelas ações de prevenção e repressão do trabalho escravo de

imigrante. Esse manual elaborado conforme deliberação do Grupo Técnico de Trabalho e anseia promover a necessária interação institucional entre os vários órgãos estatais e a sociedade civil

organizada para assistência e acolhida aos trabalhadores imigrantes explorados e seus familiares. (MANUAL - Trabalho-Escravo_SDH, 2013).

Em que pese, os conceitos possam, historicamente, ter-se desenvolvido a partir de condições distintas, hoje o combate à prática de trabalho análogo ao de escravo, em especial envolvendo trabalhadores imigrantes, impõe a integração dessas definições, de forma a ampliar as garantias dos direitos dos imigrantes e o leque de condutas ilícitas puníveis.

É preciso ressaltar que tais fenômenos, embora relacionados, não são um só. A Instrução Normativa 91, no caput do seu artigo 6^o¹³ estabelece que as autoridades administrativas da inspeção do trabalho devem aplicar as mesmas condutas e agir para a garantia dos mesmos direitos tanto para ocorrências de trabalho escravo quanto de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho. Ainda esclarece que as autoridades competentes para tratar com questões que envolvam trabalho análogo ao de escravo não podem estabelecer diferenças entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, independentemente da situação migratória.

Ainda de acordo com a Instrução Normativa 91, as modalidades de redução de trabalhador a condição análoga à de escravos são as seguintes:

- I - A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;
- II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;
- III - A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;
- IV - A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- V - A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

VI - A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

É importante destacar que as situações de trabalho análogo ao de escravo no meio urbano, se verificam nas atividades empresariais, mas também no trabalho doméstico.

Eis é o relato de uma vítima de tráfico de pessoas, que narra a dura realidade enfrentada por muitas meninas, vítimas de tráfico humano na Amazônia¹⁴

“Eu tinha oito anos quando meus padrinhos apareceram na comunidade São José na Ilha da Paciência, no Solimões, interior do Amazonas. Meses depois eles voltaram à comunidade e pediram ao meu pai para eu ir com eles para Manaus. Eu chorei porque não queria ir, mas não teve jeito. Quando cheguei, a madrinha começou a me ensinar a arrumar as coisas da casa. Eu apanhava muito porque demorava a aprender os serviços. Mandaram-me dormir num quartinho no fundo, separado do resto da casa. Toda noite o padrinho ia ao meu quarto com o filho mais velho, de 15 anos. Ele ensinava ao menino como ele deveria fazer sexo comigo. Eu chorava porque doía muito. Tenho certeza de que a madrinha escutava, mas nunca veio ao meu socorro. Morei lá até os 16 anos. Durante esse tempo, engravidei cinco vezes. Sempre que a madrinha percebia, me dava remédio para abortar. Tudo ali mesmo, na casa”.

Segundo a TERESI, 2012, apud OIT 2009, as dificuldades de fiscalização das condições de trabalho e a relação altamente personalizada entre a trabalhadora doméstica e seus empregadores e empregadoras as colocam em situação especialmente vulnerável à exploração. Situações como o não pagamento de salários e perda da

liberdade de ir e vir podem atingir mulheres e meninas trabalhadoras domésticas.

Ademais, muitas vezes, as pessoas em situação de tráfico para esse fim, não se reconhece como vítima de tráfico e de trabalho doméstico forçado. A situação de vulnerabilidade é tamanha que, apesar de todos os abusos e dissabores vivenciados, elas sentem se agradecidas a seus exploradores por estarem em uma cidade grande.

Vale frisar que a relação entre empregador e empregado não é linear. Não há igualdade material entre as partes contratantes em contrato de trabalho, justamente em razão da hipossuficiência do trabalhador. Diante disso é muito difícil obter a suposta liberdade contratual de trabalhadores desamparados pelo Estado cujas opções se situam entre o desemprego, as privações, a miserabilidade, a fome e o trabalho em condições análogas às de escravo, conforme observamos na reportagem publicada pela Revista Veja-SP¹⁵,

“Uma idosa de 61 anos trabalhava como empregada doméstica em situação análoga à escravidão em uma casa no Alto de Pinheiros, bairro nobre da Zona Oeste de São Paulo, e foi resgatada pela equipe da Delegacia de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP). Ela não recebia salários desde 2011, não tinha férias nem 13º salário. A empregadora, Mariah Corazza Üstündag, 29, era gerente de marketing da Avon. O Ministério Público do Trabalho em São Paulo (MPT) solicitou o mandado de busca e apreensão e relatou que a idosa estava sendo vítima de agressão, maus-tratos, constrangimento, tortura psíquica, violência patrimonial e exploração do trabalho pelos empregadores. A inspeção foi motivada por denúncias de vizinhos pelo Disque 100”.

O caso demonstra como muitos trabalhadores são tratados como lixo e colocados em situações de escravidão sem o menor pudor, enquanto os empregadores saem praticamente impunes por isso, a

patroa foi liberada após pagar um pífio valor de R\$ 2.100,00. (dois mil e cem reais).

3. O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

O enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a prevenção e a repressão desse delito, bem como a atenção às suas vítimas.

O Brasil faz parte da rota criminal do tráfico internacional de pessoas por ser um país favorecido com baixo custo operacional, a existência de boas redes de comunicação, portos e aeroportos e a facilidade de ingresso sem a formalidade de visto consular, o Brasil é um local de trânsito e, de acordo com o Ministério Público Federal, muitas pessoas em situação de tráfico permanecem no País aguardando as condições ideais para prosseguirem viagem para o destino final - geralmente o continente europeu (MUNDIM, 2014).

Segundo Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial (PESTRAF) de 2002 e 2003 do Ministério da Justiça¹⁶, cerca de 75 mil mulheres e crianças brasileiras traficadas para a Europa, por se tratar de países historicamente desenvolvidos, com perspectivas de sobrevivência digna e/ou segura. Os dados ainda apontam a Espanha como o principal país de destino das rotas de tráfico internacional de mulheres e adolescentes.

No ano de 2004, o Brasil aderiu ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças¹⁷, conhecido como Protocolo de Palermo, o governo brasileiro iniciou em sua agenda política a articulação para a aprovação da Polícia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP).

Com o advento do Decreto 5.948/2006, delinearam-se as missões para serem exercidas pelo governo brasileiro, consolidando a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP).

A partir desse marco, o País conta com os planos de enfrentamento ao tráfico de pessoas:

- I PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS (PNETP) – 2008/2010¹⁸

O Plano foi dividido em três grandes áreas, seguindo o espírito e as diretrizes traçadas na Política Nacional:

- 1 - Eixo Estratégico 1 - Prevenção ao Tráfico de Pessoas
- 2 - Eixo Estratégico 2 - Atenção às Vítimas
- 3 - Eixo Estratégico 3 - Repressão ao Tráfico de Pessoas e Responsabilização de seus Autores.

- II PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS, DE 2013 A 2016¹⁹

O Plano em seus objetivos busca:

- 1 - Ampliar e aperfeiçoar a atuação de instâncias e órgãos envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas, na prevenção e repressão do crime, na responsabilização dos autores, na atenção às vítimas e na proteção de seus direitos;
- 2 - Fomentar e fortalecer a cooperação entre órgãos públicos, organizações da sociedade civil e organismos internacionais no Brasil e no exterior envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas;
- 3 - Reduzir as situações de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas, consideradas as identidades e especificidades dos grupos sociais;
- 4 - Capacitar profissionais, instituições e organizações envolvidas com o enfrentamento ao tráfico de pessoas;
- 5 - Produzir e disseminar informações sobre o tráfico de pessoas e as ações para seu enfrentamento; e
- 6 - Sensibilizar e mobilizar a sociedade para prevenir a ocorrência, os riscos e os impactos do tráfico de pessoas.

- III PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS - 2018²⁰

O Plano está distribuído nos seguintes eixos temáticos:

1 - Gestão da política: ampliar e aperfeiçoar a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no enfrentamento ao tráfico de pessoas, na prevenção e repressão do crime de tráfico de pessoas, na responsabilização de seus autores, na atenção a suas vítimas e na proteção dos direitos de suas vítimas;

2 - Gestão da informação: produzir e disseminar informações sobre o tráfico de pessoas e as ações para seu enfrentamento;

3 - Capacitação: capacitar profissionais, instituições e organizações envolvidas com o enfrentamento ao tráfico de pessoas;

4 - Responsabilização: fomentar e fortalecer a cooperação entre os órgãos públicos, as organizações da sociedade civil e os organismos internacionais no Brasil e no exterior envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas;

5 - Assistência à vítima: reduzir as situações de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas, consideradas as identidades e especificidades dos grupos sociais; e

6 - Prevenção e conscientização pública: sensibilizar e mobilizar a sociedade para prevenir a ocorrência, os riscos e os impactos do tráfico de pessoas.

Em maio de 2013 foi lançada no Brasil a Campanha Coração Azul²¹, coordenada pela UNODC. A campanha tem os seguintes objetivos:

a) A conscientização para lutar contra o tráfico de pessoas e seu impacto na sociedade.

b) Busca encorajar a participação em massa e servir de inspiração para medidas que ajudem a acabar com o tráfico de pessoas.

c) Permite que todas as pessoas demonstrem sua solidariedade com as vítimas do tráfico de pessoas, usando o Coração Azul²².

Durante a execução do II PNETP, houve a sanção da Lei nº 13.344/2016²³, que dispõe sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira. E nesse sentido reforçou o conceito de Tráfico de pessoas no Brasil, apesar disso, assim como em outras partes

do mundo, a subnotificação e a insuficiência de dados confiáveis permanecem um grande desafio para o enfrentamento ao problema.

Relatório da ONU aponta que o número de vítimas aumenta a cada ano, de forma globalizada, embora isso possa ser atribuído tanto ao aumento no volume de pessoas traficadas quanto à maior capacidade de identificar vítimas. (UNODC 2020).

4. O TRABALHO DOMÉSTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dados divulgados pela OIT (2018), apontam que existem cerca de sete milhões de trabalhadoras e trabalhadores domésticos no Brasil, mais do que em qualquer outro país do mundo. No entanto, até recentemente, esses trabalhadores estavam excluídos de certas proteções no âmbito das leis trabalhistas no país.

O Direito laboral não faz distinção entre o empregado que exerce serviço exclusivamente braçal e, por exemplo, aquele que faz serviço intelectual. A Constituição Federal²⁴, no art. 7º, inciso XXXII, menciona a proibição da distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual.

Nesse mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho²⁵ se pronuncia no art. 3º Parágrafo único: “Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

A Emenda Constitucional nº 72/2013²⁶, entretanto, ampliou o rol de direitos do empregado doméstico, previstos nos incisos do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desse modo a partir da EC 72/2013 alguns direitos passaram a ser assegurados a esse tipo de empregado independentemente de qualquer previsão infraconstitucional.

Em 2017, o Brasil ratificou a Convenção nº 189 sobre as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos, dessa forma, o Brasil passa a ser o 25º Estado Membro da OIT e o 14º Estado membro da região das Américas a ratificar a Convenção.

O Brasil ratificou um total de 82 Convenções da OIT em vigor. Das Convenções fundamentais da OIT, o Brasil ratificou todas exceto a Convenção 87 sobre liberdade sindical.

Em que pese, no Brasil haja legislação pertinente ao combate do tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado/ servidão, no que tange o trabalho forçado doméstico a subnotificação de casos e a pouca fiscalização, são alguns dos obstáculos ao combate do crime.

Ademais, há vários fatores de vulnerabilidade da vítima do crime, seja, financeira ou emocionalmente. Em muitos casos, a pessoa traficada não percebe sua real condição. Por vezes, chega a acreditar que seu empregador / explorador, esteja lhe fazendo um favor concedendo-lhe um pouco de comida e um cantinho para morar, esse é um dos fatores que auxilia no aumento da subnotificação do crime.

5. PLANO NACIONAL DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

O trabalho escravo, seja doméstico, urbano ou rural, cerceia a liberdade, um direito essencial à existência do homem, bem como ‘coisifica’ o indivíduo e destrói a dignidade que lhe é inerente como pessoa.

Em 28 de janeiro de 2002, foi formada uma comissão especial do CDDPH (Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana), com base na Resolução 05/2002, que formulou o I Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo²⁷. O plano estabeleceu estratégias de atuação operacional integrada em relação às ações preventivas e repressivas dos órgãos do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público, da sociedade civil com vistas a erradicar o trabalho escravo

Em 2008, como meta do 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, por decisão unânime dos membros da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae) foi fundado O “Escravo, nem pensar!”, um programa educacional da Organização Não Governamental (ONG) Repórter Brasil, para capacitação de

professores e lideranças populares, e da implantação de agências locais do Sistema Nacional de Emprego (Sine) nos municípios onde há mais aliciamento de mão de obra. É o único programa nacional dedicado à prevenção do trabalho escravo.²⁸

O eixo de ações do II PNETE²⁹ possui um caráter mais abrangente e estratégico, focado na priorização da erradicação do trabalho escravo contemporâneo por parte do Estado brasileiro e em uma atuação operacional mais integrada entre os seus diversos órgãos – tanto do Executivo, quanto do Legislativo e do Judiciário – e deles com a sociedade civil.

Segundo a OIT, 2003, cálculos da Comissão Pastoral da Terra (CPT), existem no Brasil 25 mil pessoas submetidas às condições análogas ao trabalho escravo. Os dados constituem uma realidade de grave violação aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas é uma atividade realizada desde a antiguidade, de dimensão global e viola os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma prática criminosa que movimenta milhões de dólares por ano; superada, em valores monetários, apenas pela venda de armas. Trata-se de uma atividade ilícita, de difícil combate, pois os dados não são exatos, e sim estimados.

Em que pese, na perspectiva internacional não há limitação quanto aos sujeitos protegidos e à condenação de todas as formas de exploração, a diferença que se estabelece é o consentimento. O consentimento exclui o tráfico, porém, perde a relevância se obtido por meio de ameaça, coerção, fraude, abuso de autoridade, ou de situação de vulnerabilidade, bem como mediante a oferta de vantagens de quem tenha autoridade sobre outrem.

Respeitar o semelhante é um dever natural, a abordagem de direitos humanos, em relação ao tráfico, significa colocar as vítimas no centro das políticas de combate a esse crime, prioriza-se, assim, a proteção dos direitos individuais. Ao adotar tal abordagem, a pessoa

traficada para trabalho sexual, ou outra forma de trabalho forçado se torna irrelevante, porque os direitos da vítima são protegidos independentemente do motivo pelo qual foram traficados.

Embora o Brasil tenha ratificado o Protocolo de Palermo e mudanças significativas tenham acontecido no ordenamento jurídico brasileiro, a dificuldade do Brasil em lidar com essa questão ainda é grande. Ao se analisarem situações como a desproporção entre as penas aplicadas e a gravidade do crime, fica a certeza de que ainda há muito a se fazer para o enfrentamento efetivo ao tráfico de pessoas, porém, é preciso reconhecer a imprescindibilidade das mudanças até então promovidas. No compromisso assumido pelo Brasil, na órbita internacional, o tráfico de pessoas era reprimido, criminalmente, pelo ordenamento jurídico nacional apenas na modalidade de exploração sexual, por meio de crimes hospedados no próprio Código Penal nos artigos 231 e 231-A.

Esse cenário mudou com a edição da Lei 13.344/16, de modo que o Brasil estabelece mecanismos de prevenção e repressão do tráfico de pessoas, passando a punir outras formas de exploração como a remoção de órgãos, o trabalho escravo, a servidão e a adoção ilegal. Isso representa inegável avanço no combate ao tráfico de pessoas, respeitando-se o disposto no artigo 3º Protocolo de Palermo.

A criminalização existente é diferenciada quanto ao bem jurídico tutelado nas diferentes modalidades do crime, os verbos usados para descrever a conduta em cada hipótese de tráfico são diferentes, nem sempre abrangendo o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento e a recolha de pessoas. No tráfico internacional de pessoas, para fins de prostituição, é a moralidade pública; no recrutamento fraudulento de trabalhadores, a organização do trabalho; no tráfico de crianças e adolescentes, é a família ou os direitos da criança e do adolescente; na introdução clandestina de estrangeiro ou na fraude para promover a entrada no território nacional, é a fé pública ou a administração pública.

Embora muitos avanços sejam notados no combate ao tráfico de seres humanos, principalmente no que diz respeito à desmistificação

da culpa das vítimas, e a desvinculação do tráfico apenas para a exploração sexual da mulher, englobando o gênero de seres humanos e outras finalidades de exploração, ainda são muito poucas condenações por tráfico de pessoas em todo o mundo.

Observa-se que para o Brasil se pôr em sintonia com o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, necessita rever sua legislação penal de forma a definir um tipo básico para o tráfico de pessoas e os tipos derivados tais como imigração ilegal, conforme a finalidade da exploração, e não conforme os sujeitos passivos.

O trabalho doméstico forçado/ escravo, por exemplo, cerceia a liberdade, um direito essencial à existência do homem, bem como ‘coisifica’ o indivíduo e destrói a dignidade que lhe é inerente como pessoa.

Um dos maiores obstáculos ao combate a este tipo de crime reside numa questão cultural: as pessoas em condição análoga à escravidão, seja em trabalho doméstico ou serviço forçado em fazendas e carvoarias não entendem a injustiça a que estão expostas. Devido a condição de vulnerabilidade financeira, acreditam que estão recebendo ajuda de seus aliciadores. Ademais, são poucos os mecanismos de fiscalização.

Por fim, vale destacar que os PNETP e o PNETE são parte do avanço de uma consciência pública acerca da importância de um combate decidido às práticas similares ao tráfico de pessoas e da escravidão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Gonzaga, CAMPITELLI Nathaly **Vade Mecum humanístico**/ Roque. - 4ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2014 p. 176- 187.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes**: Secretaria de Direitos Humanos – SDH - Brasília, 2013. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/10/MANUAL-Trabalho-Escravo_SDH-VERS%C3%83O-PARA-IMPRESS%C3%83O-REVISADO.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo** / Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2003. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_227535/lang-pt/index.htm. Acesso em: 20 jul. 2020

CAMPOS, Bárbara Pinowsca Cardoso, (coord.) **Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas**. / Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: SNJ, 2008.

CASTILHO, Ela Wilco V. **Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo** Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAZETTA, Ubiratan. **A escravidão ainda resiste. Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea.** Brasília: OIT, 2007.

CIDÁLIA, Sant'Ana. **Política Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** 2008. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/2008cartilhapnep-5.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

FONSECA, Maria Hemília; CINTRÃO⁴¹, Conrado Ferri. **Trabalho doméstico como forma análoga de trabalho escravo. Formas contemporâneas de trabalho escravo,** p. 93.

JESUS, Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

MATSUURA, Mirtis. **3º Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.** 04 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/julho/publicado-o-3o-plano-nacional-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas>. Acesso em: 05 mar. 2020.

MENDES, Filipe Pinheiro. O tráfico de pessoas e a exploração da força de trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3453, 14 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23236>. Acesso em: 4 set. 2020.

MORAES, Georgia. **Legislação brasileira facilita tráfico de pessoas para trabalho doméstico.** 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/532794-legislacao-brasileira-facilita-trafico-de-pessoas-para-trabalho-domestico-dizem-especialistas/>. Acesso em: 09 de abr. 2020.

MUNDIM, Marília. **Diálogos da cidadania: tráfico de pessoas, conhecer para se proteger.** Maio de 2014. Disponível em: [cartilha_tráfico_pessoas_miolo_final_080914.indd](#). Acesso em: 15 abr. 2020.

TERESI Verônica Maria, 2012, apud OIT 2009. **Guia de Referência para rede de enfrentamento de Tráfico de Pessoas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, 2012 p.59.

OIT. Escritório no Brasil. **Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, n. 189**, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/publication/wcms_169517.pdf. Acesso em: 03 maio 2020.

OIT, Inspeção do trabalho e outros mecanismos de controlo da conformidade 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/industries-and-sectors/lang--en/index.htm>. Acesso em: 03 maio 2020.

PISCITELLI, Apud Emanuela, **Tráfico De Seres Humanos No Brasil: Aspectos Sociojurídicos – O Caso do Ceará** op.cit.

SILVA, Enzo Carlos Figuerêdo da. ALMEIDA, Carolina dos Reis de. **Análise das principais modalidades de trabalho forçado e das formas de abordagem do problema pela legislação nacional e internacional**. Dezembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34979/analise-das-principais-modalidades-de-trabalho-forcado-e-das-formas-de-abordagem-do-problema-pela-legislacao-nacional-e-internacional>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SILVEIRA, Maria Lucia da e Neuza Tito (Org.) **Trabalho Doméstico e de Cuidados: Por outro paradigma de sustentabilidade da vida humana / organização**. São Paulo: Sempre viva Feminista, 2008.

SIQUEIRA Priscila, **Tráfico de pessoas - Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** São Paulo: Ideia & letras. 2013. p. 53.

TERUEL, Rodrigo. **Escravo nem pensar**. Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/nossas-acoas/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

UNITED, Nations. **Human Rights**. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/human-rights/index.html>. Acesso em: 23 abr. 2020.

UNODC. **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime**. Nova campanha contra o tráfico de pessoa incentiva a denúncia. Disponível em: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/frontpage/2010/02/09-nova-campanha-contra-o-trafico-de-pessoas-incentiva-adenuncia.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UNTOC. **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime**. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VASCONCELOS, Karina Nogueira (Org.). **TRÁFICO DE PESSOAS: Pesquisa e diagnóstico do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e de trabalho no Estado de Pernambuco**. Editora e realizadora principal: Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. Recife, agosto 2009.

WASHINGTON DC, USA. **Human Rights and Trafficking in Persons: A Handbook**. Campanha para Migração de Trabalhadoras Domésticas, Instituto de Estudos Políticos, p. 22.

. Damásio E. de, apud Balbino, Vanessa Alves Nery. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**.

. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

. **Global Report on Trafficking in Persons 2014** (United Nations publication, Sales No. E.14.V.10)

. **Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal.** Disponível em: 2009_UNODC_TIP_Manual_PT_-_wide_use.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes.** Secretaria de Direitos Humanos – SDH - Brasília, 2013, p. 14

. Presidência da República. Secretaria Nacional de Justiça. **II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** / Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: MJ, 2013.

. **Tráfico de Pessoas** - Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/Trafico_de_Pessoas/trafico_div/trafico%20. Acesso em: 20 mar. 2020.

. **Trabalho doméstico.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

O DIREITO DE ABORTO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE RIGHT TO ABORTION IN THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

*Dalbertom Caselato Junior*³⁵

Resumo: O presente artigo trata a respeito do ato de abortamento até o primeiro trimestre da gestação na perspectiva dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 relativos aos direitos das mulheres. Em que pese a criminalização do ato de aborto conforme os artigos 124 a 126 do Código Penal, deve-se sopesar se tal norma penal sobre a interrupção voluntária da gravidez viola direitos fundamentais da mulher, tais como o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Para tanto, será estudado no presente artigo a decisão em sede de *Habeas Corpus* (HC) nº. 124.306/RJ, tendo como objeto de análise o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a doutrina nacional e internacional a respeito do tema.

Palavras-chave: Aborto. Direitos fundamentais. *Habeas Corpus* 124.306/RJ, Supremo Tribunal Federal (STF).

Abstract: This article deals with the abortion act up to the first trimester of pregnancy in the perspective of the fundamental rights provided for in the Brazilian federal Constitution of 1988 regarding the rights of women. In spite of the criminalization of the act of abortion according to articles 124 to 126 of the Brazilian Criminal Code, it must be considered if such criminalization on the voluntary termination

³⁵ Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília CEUB (2020). Professor do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Euro-americano (UNIEURO-DF). Professor do programa de pós-graduação em Ciências Policiais da Escola Superior de Polícia Civil do DF (ESPC/DF). Membro colaborador do grupo de pesquisa de Política Criminal do CEUB-DF (desde 2018). Policial Civil do Distrito Federal (PCDF).

of pregnancy violates the fundamental rights of women, such as the principle of proportionality and the dignity of the human person. For this purpose, the decision in Habeas Corpus (HC) 124.306/RJ will be studied in the present essay, with the purpose of analysis of the vote of Mr. Luís Roberto Barroso of the Brazilian federal Supreme Court (STF), as well as national and international doctrine on this topic.

Keywords: Abortion. Fundamental rights. *Habeas Corpus* 124.306/RJ, Supreme Court of Brazil (STF).

Resumen: Este artículo aborda el acto del aborto hasta el primer trimestre del embarazo desde la perspectiva de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal de 1988 con respecto a los derechos de las mujeres. A pesar de la criminalización del acto de aborto según los artículos 124 a 126 del Código Penal, debe sopesarse si dicha norma penal sobre la interrupción voluntaria del embarazo viola los derechos fundamentales de las mujeres, como el principio de proporcionalidad y la dignidad de la persona humana. Para ello, la decisión en Habeas Corpus (HC) n.º. 124.306 / RJ, teniendo como objeto de análisis el voto de opinión del Ministro Luís Roberto Barroso del Tribunal Federal Supremo (STF), así como la doctrina nacional e internacional sobre el tema.

Palabras-clave: Aborto. Derechos fundamentales. Habeas Corpus 124.306 / RJ, Tribunal Supremo Federal (STF).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aborto significa matar deliberadamente um embrião humano em formação, constituindo-se em uma prática na qual ocorre a opção pela morte de uma vida, que se pretende humana, mas que ainda está em processo de formação básica.

Tal discussão vem sendo condenada e defendida há milênios, todavia, tanto no Brasil como nos Estados Unidos e países da Europa a discussão sobre sua interrupção voluntária por parte da mulher ganhou relevância de adeptos contra e a favor da prática: uma corrente

denunciando o crime de Aborto conforme parâmetros fixados nos artigos 124 (crime de auto aborto) e 126 (crime de consentimento ilegal para que terceiro lhe provoque o aborto) do Código Penal (CP), ao passo que outra corrente doutrinária propõe uma interpretação conforme a Carta Magna no que concerne ao direito da mulher de decidir sobre a gestação até o primeiro trimestre (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

A questão em voga é sobretudo uma questão social: o impacto sobre as mulheres sem condições financeiras é brutal. Como descumprimento de um direito social constitucional, não há acesso adequado destas mulheres a clínicas e hospitais especializados na presente prática abortiva, e as mesmas acabam por buscar meios alternativos e clandestinos de realizar o aborto, frequentemente com resultados irreversíveis como sequelas por lesões corporais decorrentes da má prática médica as quais frequentemente acarretam óbitos.

Ademais, a criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação se constitui em medida inadequada, haja vista gerar custos sociais – como mortes e mutilações – superiores aos benefícios; é, portanto, uma questão sobretudo de saúde pública.

Deve-se, portanto, a sociedade separar as questões ideológicas e religiosas – seguindo a condição de laicidade do Estado brasileiro – e enfrentar o presente tema no sentido de buscar meios e soluções que atendam aos direitos fundamentais garantidos às mulheres, evitando-se assim o sofrimento desnecessário causado por práticas abortivas clandestinas.

Buscando desenvolver a presente discussão, objetivar-se-á, preliminarmente, apresentar um panorama sobre a discussão da possibilidade da prática abortiva como fato atípico do ponto de vista criminal em países europeus e nos Estados Unidos, evidenciando que a discussão não é nova e que em muitas dessas sociedades, em que pese o acirramento das discussões sobre o tema, o direito de escolha por parte da mulher vem sendo observado como consectário lógico da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, analisar-se-á o caso brasileiro e os argumentos favoráveis e contrários à questão. Em um método lógico-dedutivo, o presente artigo buscará por intermédio da pesquisa doutrinária nacional e internacional, apresentar os pontos de convergência e divergência acerca do tema, na medida em que serão resgatados importantes julgados sobre a possível atipicidade da conduta de abortamento nos parâmetros apresentados.

Por conseguinte, pretender-se-á estabelecer uma posição, ainda que preliminar, sobre se a sociedade brasileira está preparada para a aceitação da idéia do abortamento como direito de escolha, em estrita observância aos direitos fundamentais da mulher previstos na Carta Magna.

1. A DISCUSSÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA VISÃO EUROPÉIA E NORTE-AMERICANA

No que concerne ao campo da discussão da legalização do aborto, a divisão e acirramento entre grupos divide a nação européia e norte-americana e desafia a interpretação das normas constitucionais sobre o tema.

Na Alemanha, com a reunificação do lado socialista oriental e capitalista ocidental, a divisão sobre a prática do aborto legal se intensificou; do lado oriental, era uma prática legal e costumeira; do lado ocidental, um crime contra a vida e veementemente rechaçado pela população cristã. Após um período de reunificação, o parlamento alemão decidiu, sob protestos e recursos judiciais da parte contrária, que o aborto seria permitido a qualquer mulher, por sua livre escolha, até o terceiro mês de gestação, apesar dos protestos de patente inconstitucionalidade do lado contrário. Em países como a Polônia, Itália e Espanha, foram aprovadas leis permitindo o aborto, sob forte condenação da Igreja Católica.

A Grã-Bretanha liberou a prática abortiva desde 1967 e desde então grupos “pró-vida” financiados pela Igreja Católica travam ferrenha oposição. No caso irlandês, após a detenção de uma jovem

de 14 anos que pretendia viajar a Inglaterra para realizar o aborto, grandes protestos a favor e contra o aborto se intensificaram naquele país, forçando a Suprema Corte Irlandesa a decidir sobre a questão, proibindo o aborto no país mas permitindo que as mulheres viajassem para o exterior para realizar a prática abortiva, com direito a ampla divulgação pelos meios de comunicação (DWORKIN, 2003, p. 03).

Em Washington, houve um famoso caso – *Roe versus Wade* (UNITED STATES SUPREME COURT, 1973), onde a Suprema Corte declarou, por sete votos a dois, que a legislação do estado do Texas que criminalizava a prática do aborto – exceto para salvar a vida da mãe – era inconstitucional, e foi adiante decidindo que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez seria uma lei inconstitucional.

Tal decisão judicial da Corte teve aplicação geral e nacional para quase todos os 50 estados norte-americanos, modificando radicalmente a legislação sobre o tema. Deste modo, grupos pró-vida, com auxílio poderoso da Igreja, passaram a atuar politicamente no sentido de o Congresso realizar uma emenda constitucional para considerar como “pessoa humana” o feto e, em razão desta natureza humana, serem integralmente protegidos, posto ser inconcebível pensar – segundo uma valoração religiosa – que não se estaria com aquela decisão autorizando um assassinato em massa de crianças inocentes ainda em gestação (DWORKIN, 2003, p. 07).

Tamanha a influência da decisão no caso *Roe v. Wade* que os grupos pró-vida, mesmo não logrando êxito em realizar a emenda constitucional, continuaram a exercer larga campanha publicitária a ponto de influir nas campanhas às eleições presidenciais de 1992, tal como descreve DWORKIN:

“A campanha fracassou, mas os grupos “pró-vida” também lutaram em muitas outras frentes. Fizeram uma guerra de relações públicas, distribuindo filmes e fotos ultra-sônicas de fetos em avançado estado de desenvolvimento e que pareciam bebês e que, ao ser

aguilhoados, mexiam-se de um modo que sugeria que sentiam dor. Organizaram protestos passivos, comícios e manifestações, como os violentos e assustadores tumultos em Wichita, Kansas, 1991, que tinham por finalidade impedir que as pacientes entrassem nas clínicas de aborto. E exortaram seus membros a votar somente em políticos dedicados à mudança da lei, para que o aborto voltasse à ilegalidade.” (DWORKIN, 2003, p. 08)

Os pré-candidatos foram confrontados sobre a intenção, caso se tornassem Presidente, de nomear novos juizes da Suprema Corte que eram a favor da vida e da família e contra práticas abortivas; porém, os novos juizes ainda mantiveram a decisão em referência até os dias presentes. Alguns especialistas entendem que, caso a decisão *Roe* seja revogada algum dia, abriria espaço para que cada federação norte-americana dispusesse a seu modo sobre a questão do abortamento. Desta forma, estados onde o movimento feminista³⁶ fosse maior, tenderia a um abrandamento do ato de abortamento, ao passo em que nos Estados com forte influência da Igreja, o aborto continuaria a ser crime, excepcionando-se os casos legais já previstos.

DWORKIN explica que a discussão norte-americana resta muito prejudicada no que concerne à extrema polarização das opiniões de grupos pró e anti-aborto, conforme se extrai:

“[...] a questão gira em torno da resposta que se dá a uma pergunta polarizadora: será o feto uma criança indefesa ainda não nascida, com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção? Se a resposta for positiva, permitir o aborto equivale à permitir um assassinato, e abortar é pior que abandonar à morte um bebê indesejável.

36 Os movimentos feministas são mais poderosos nos Estados Unidos do que em qualquer outra parte do mundo. Para um relato do desenvolvimento da preocupação feminista com o aborto, ver Rosalind Pollack Petchesky, *Abortion and Woman's choice*, ed. rev. Boston: Northeastern University Press, 1990.

Se for negativa, os que se dizem “pró-vida” podem ser vistas de duas perspectivas distintas: ou estão incorrendo em um erro terrível ou são sádicos, puritanos fanáticos, ávidos não por salvar vidas, mas por castigar mulheres por aquilo que consideram pecado sexual. [...] Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis.” (DWORKIN, 2003, p. 11)

Nos Estados Unidos, enquanto o grupo pró-vida acredita ser o feto um sujeito moral, uma criança ainda não nascida mas já concebida, o grupo pró-aborto entende ser o feto recém-concebido um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas um código genético e que, nesse caso, “é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango” (DWORKIN, 2003, p. 12).

DWORKIN busca uma melhor compreensão entre as diferentes motivações dos grupos anti-aborto nos EUA classificando-os, respectivamente, como grupos de objeções derivativas e independentes. Em apertada síntese, a primeira entende que a vida humana começa no momento da concepção e que o feto é uma pessoa a partir desse momento e que o aborto, portanto, é um assassinato, um homicídio à santidade da vida humana, tendo o governo uma responsabilidade derivativa de proteção ao feto.

No caso dos grupos de objeções independentes, a questão gira mais em torno de como respeitar a vida humana como um valor intrínseco e inato, sagrado em si mesmo desde o início da vida biológica em qualquer estágio de formação; nesses casos, o aborto é errado pois desconsidera o valor intrínseco da vida; não há qualquer direito ou interesse particular nessa forma de pensar e por isso o governo teria uma responsabilidade independente de protegê-lo.

Há argumentos científicos usados por grupos pró-aborto que acirram a polarização de ideias nos Estados Unidos: o feto não tem consciência sobre dor, pois não tem sistema nervoso suficientemente desenvolvido para que evidenciasse interesse a ser contrariado, salvo

avançada gravidez, uma vez que seu cérebro não está suficientemente desenvolvido. Há estudos de que tal recepção nervosa à dor ocorre a partir da 2ª metade da gestação, por volta do 7º mês. Da 22ª a 23ª semana de gestação, há conexão entre o tálamo e o feto, para o qual fluem os receptores periféricos e seu neocórtex ainda em desenvolvimento.

Por volta da 25ª semana, é possível que as fibras talâmicas realizem sinapses com os neurônios corticais, o que, segundo especialistas, são percebíveis por intermédio da realização de eletroencefalograma. No 7º mês (30ª semana), abre-se a possibilidade do feto possuir um substrato neural sensível a dor, período em que os fetos prematuros nascidos tornam-se viáveis mediante o recurso de um intenso suporte vital (DWORKIN, 2003, p. 22).

Desta forma, segundo o especialista Clifford Grobstein, um limite provisório que se situe por volta da 20ª semana deve constituir uma margem razoável de segurança para uma definição de vida com viabilidade (GROBSTEIN, 1988, p. 55 e 130).

Ademais, há o alerta de que a retórica pública – como por exemplo associar o aborto a palavras como “homicídio” e “assassinato” – podem turvar a forma de compreensão de como o tema deve ser abordado e entendido, e não se deixar levar pelo forte conteúdo emocional contido na retórica, que revelam fortes emoções e não se constituem em um claro caminho para o entendimento (DWORKIN, 2003, p. 30).

Portanto, a respeito da questão do aborto, traça-se duas controvérsias básicas: o feto tem ou não duas propriedades moralmente relevantes: interesse em continuar vivo e direito a que seja protegido esses interesses? O aborto é às vezes moralmente errado não por ser condenável ou injusto a alguém, mas pelo fato de negar ou profanar a santidade ou a inviolabilidade da vida humana?

Inicia-se a discussão sobre a primeira questão concluindo que a discussão sobre o aborto tem mais um enfoque sobre o valor intrínseco da vida humana do que o direito e interesse do feto como um “sujeito moral em formação”, um direito “sagrado” a vida, sendo que sagrado não visto em uma concepção meramente teísta.

Sobre a segunda questão, fica claro que o ponto de vista se baseia em regra constitucional norte-americana segundo a qual “a liberdade de escolha no caso do aborto é uma implicação necessária da liberdade religiosa assegurada pela Primeira Emenda e que, portanto, por esse motivo – e também por outros – as mulheres têm direito a essa liberdade” (DWORKIN, 2003, p. 32).

Registre-se que alguns países europeus – ao reconhecerem a mínima eficácia do uso da criminalização do aborto como forma de coibir esta prática delituosa – instituíram outros instrumentos com maior eficácia à proteção dos direitos do feto e concomitantemente menos lesivas aos direitos da mulher.

Uma política que se mostra eficaz e alternativa contra a criminalização é tornar um irrelevante penal a prática abortiva em seu estado inicial, o qual consiste nos três primeiros meses de gestação, desde que cumpridas algumas questões procedimentais:

- a. Na Alemanha: com a reforma penal de 1995, o Tribunal Penal Alemão (88 BVerfGE 203), estabeleceu que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias (*Bundesverfassungsgericht/BVerfG*, 1995);
- b. Portugal: conforme a lei nº 16/2007, que altera o artigo 142 do Código Penal Português, estabelece não ser punível – dentre outras hipóteses, a interrupção de gravidez efetuada por médico ou sob sua direção em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, com consentimento da mulher grávida, na hipótese da alínea “e” quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 (dez) semanas de gravidez (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2007);
- c. França: desde a promulgação da Lei *Veil* em 1975, o aborto é descriminalizado na França. A Lei *Veil* estipula a suspensão de penalizações legais quando a interrupção voluntária de gravidez é praticada antes da décima semana, por um médico, num estabelecimento público ou privado que satisfaça condições preconizadas pelo Código de Saúde

- Pública; com a vigência da lei nº 2001-588/2001 que alterou o Código de Saúde Pública francês, aumentando o prazo legal de 10 para 12 semanas o limite de período de gestação do qual o abortamento não constituiria crime, bem como passou a inexigir a autorização dos pais ou responsáveis para as gestantes menores de idade (DOS SANTOS, 2019);
- d. Bélgica: o Código Penal de 1867 sofreu profunda reforma em 1990, dentre as quais a parcial despenalização do crime de aborto, sendo permitido a gestante realizá-lo, com acompanhamento médico adequado, até a 12^a semana de gestação (EURONEWS, 2019);
 - e. Irlanda: vale registrar que, em recente referendo ocorrido em 26 de maio de 2019, os irlandeses votaram pela não aplicação da 8^a Emenda da Constituição que proíbe o aborto, permitindo que o parlamento deste país aprove uma legislação futura mais liberal sobre o tema; frise-se que o Governo irlandês defende que as mulheres sejam autorizadas a interromper a gravidez nas primeiras 12 semanas, com assistência médica e devendo respeitar um período prévio de 3 dias de reflexão (DIÁRIO DE NOTÍCIAS, 2019);

Note-se que a legislação sobre o aborto e sua legalização continua a ser tema que avança em todo o planeta, conforme aduzido:

“Além dos limites gizados pela EU, a legalização do aborto no espaço normativo continua avançando no mundo todo: na Austrália, o aborto é admitido, embora dependa de autorização médica; no Canadá e na China, é legal em todos os aspectos; na Coreia do Norte, admite-se o aborto necessário; no Egito, quando a mulher padece de certas doenças, como câncer ou diabetes; na Índia, a interrupção da gestação é autorizada quando há risco de vida e para a saúde física e mental da mulher, quando a gravidez não é desejada, por estupro ou outros crimes sexuais e, ainda, em razão da situação econômica

da gestante, mas não é permitido por simples solicitação; em Israel, permite-se o aborto diante de risco psicológico ou físico para a mulher, nos casos de malformação fetal e, também, o humanitário; no Japão, o aborto é legal até 20 semanas de gestação em casos de malformação fetal, enfermidade mental ou retardamento mental da mulher ou de seu cônjuge, risco de vida para a mulher, estupro e incesto; no México, são admitidos os abortos necessários e sentimentais; e, na Rússia, o aborto é legal e gratuito até 12 semanas de gravidez (Lei sobre a proteção da saúde dos cidadãos: até 12 semanas, a pedido da mulher; até 22 semanas, por razões sociais - invalidez do marido, caso a mãe ou o pai esteja preso, em desemprego, nos casos de divórcio durante a gestação, falta de habitação, mulher refugiada, mães solteiras com mais de três filhos ou com meios de subsistência inferior ao mínimo legal; malformação fetal e estupro - “violação”).” (TORRES, 2011).

Registre-se que, no caso do Canadá, houve, conforme expõe BARROSO, o reconhecimento por parte da Suprema Corte, em 1988, acerca do direito fundamental ao aborto, invalidando dispositivo do Código Penal que criminalizava o procedimento. Mais do que o uso da terminologia “contramajoritária”, a atividade jurisdicional promovida por aquele órgão judiciário foi de caráter representativo, visto que pesquisas de opinião no país indicavam que mais de 75% da população entendia o aborto como um direito de escolha da mulher (BARROSO, 2017, p. 36).

Recentemente, a Câmara dos deputados da Argentina aprovou por 129 votos a favor contra 125 e 1 abstenção o projeto de lei que legaliza o ato de aborto até a 14ª semana de gestação, seguindo o projeto para a apreciação do Senado Federal, mais conservador. Neste país, atualmente o aborto é ilegal, exceto para casos de estupro, risco para a saúde da gestante ou malformação fetal. Com a aprovação na Câmara e apoio de movimentos feministas argentinos, o principal

argumento dos apoiadores do projeto de lei entendem o aborto como um problema de saúde pública, visto que a criminalização impõe uma carga discriminatória sobre mulheres que as forcem a buscar métodos clandestinos, incorrendo em risco de morte (EL PAÍS, 2019).

Nesse sentido, percebe-se uma inclinação dos principais governos ocidentais para a possibilidade de se entender legal o aborto em casos de gestação do feto ainda em formação incompleta (em média até a 12^a semana). Ressalte-se que no Brasil houve um certo atraso na discussão do tema até a publicação do voto-vista do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC nº 124.306/RJ, a seguir analisado.

2. O ATO DE ABORTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER NO CASO BRASILEIRO (HC 124.306/RJ E ADPF 442/DF)

Preliminarmente ao estudo da decisão em sede de HC 124.306/RJ e da ADPF 442/DF, tecer-se-á comentários, em apertada síntese, acerca de dois julgamentos igualmente relevantes com relação a discussão sobre o início da vida, os quais, na opinião sustentada no presente artigo, são balizadoras do presente entendimento firmado à respeito do direito fundamental da mulher ao ato de aborto.

São estes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 3510/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010), tendo como relator o Ministro do STF Carlos Ayres Britto, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54/DF, relator Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, casos dos quais obtiveram relevante repercussão pública (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007).

No que concerne à ADIn 3510, teve como objeto de discussão acerca da aferição quanto à inconstitucionalidade dos preceitos legais contidos no artigo 5º da lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a qual permite a utilização em pesquisas científicas das células-tronco obtidas por intermédio de embriões humanos congelados, fertilizados

in vitro, e ainda não implantados no útero, em razão de possuírem pouca viabilidade para o desenvolvimento em feto.

Estes embriões – ao invés de serem descartados ao lixo como se comumente se observava – poderiam ser utilizados em pesquisas e terapias com vistas a buscar a cura ou o tratamento de diversas doenças como a esclerose múltipla e lateral amiotrófica, reuopatias, doenças no neurônio motor, distrofias musculares, paraplegia ou tetraplegia, dentre outras.

Segundo o entendimento da Procuradoria-Geral da República, a ADIn 3510 deveria ser votada pela absoluta procedência em razão da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.305/2005³⁷, haja vista violar o direito à vida, posto a vida ter início – segundo a adoção de uma teoria concepcionista – com a fecundação no óvulo pelo espermatozoide.

Por conseguinte, o óvulo ou embrião humano fecundado era pessoa natural e dispunha de todos os direitos desde sua concepção; portanto, utilizar estes embriões *in vitro* seria um atentado contra a vida e a dignidade da pessoa humana. Sem embargo das respeitadas arguições do procurador-geral, a ADIn 3510 foi julgada pela absoluta improcedência, mantendo-se constitucional os preceitos contidos no artigo 5º da citada lei, conforme trecho do voto do ministro-relator, que se extrai:

“[...] as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a

37 Presidência da República. Lei nº 11.105/2005, artigo 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final da metamorfose. O prefixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo que se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos de “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social, quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte (ADIn 3510, p. 172-190)” (MELLO, 2015, p. 102).

Destarte, o voto do relator da presente ação, acompanhado de forma unânime pelos demais Ministros acerca da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, pautou-se pelo entendimento da adoção da teoria natalista, pela qual o embrião humano fecundado somente passa a ser um “feto”, ganhando a denominação de “nascituro” a partir do processo de nidação, qual seja a enervação do óvulo na parede do endométrio do útero, ao qual, a partir dali, passa a ter alguns direitos básicos como vida e alimentos, e os demais direitos condicionados ao nascimento com vida, a partir da qual adquire personalidade civil de direito, daí podendo ser conceituado como pessoa humana. A seguir, algumas considerações do relator acerca da matéria, em artigo escrito por ocasião da comemoração dos vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil:

[...] o que se tem no art.5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano *in vitro* [...] células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes [...] Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil” [...] Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”) [...] cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. [...] Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: **vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte**” (BRITTO, 2019, p. 564).

E prossegue com o raciocínio, tecendo considerações sobre o início da vida, segundo o entendimento constitucional, conforme se extrai:

“Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo*

em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual. E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea *b* do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos[...]individuais” (inciso III do art. 85 e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula-pétrea (inciso IV do §4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo *residentes* no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “Placa de petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita aceção de “nascidos”, conforme as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas *a* e *b* do inciso II do mesmo art. 12).” (BRITTO, 2019, p. 567).

No que concerne ao ato de aborto como conduta delituosa, o relator deixa claro a respeito do bem jurídico a ser tutelado, em contraposição ao estado em que se encontra o embrião *in vitro*, abaixo versado:

“Além, é claro, da normal penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940),

com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo *gestante* para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir. [...] Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. [...] O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda sim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger.” (BRITTO, 2019, p. 570).

E conclui o relator do voto a respeito da inviabilidade de desenvolvimento do embrião *in vitro*, pois ausente o aparato feminino a oferecer-lhe condições de desenvolver-se até a fase humana, extrauterina. Deste modo, o embrião *in vitro* é insuscetível de progressão reprodutiva enquanto não houver a inserção deste óvulo no *húmus* ou ambiência orgânica do corpo feminino, estancando o óvulo congelado em sua própria linha de partida genética. Sequer alcança a fase de nidação que o tornaria, segundo o ordenamento jurídico vigente, um nascituro expectador de direitos.

Daí um destino nobre e indubitavelmente mais efetivo para os embriões que serão descartados ao lixo, a salvar vidas e buscar a cura de doenças degenerativas, dentre outras. Nesta esteira, pode-se afirmar que o embrião *in vitro* ainda não possui atividade cerebral, nem sequer em formação. Falta-lhe todas as possibilidades de adquirir as terminações nervosas junto ao útero que se constituem em um

anúncio biológico de um cérebro humano em gestação (BRITTO, 2019: 584).

Imperioso se faz reforçar que, caso o embrião *in vitro* fosse considerado vida humana em razão de ser já concebido, seria obrigação da genitora a submissão ao processo de nidação de todos os óvulos aproveitáveis, pois estes teriam indiscutível direito à vida, colocando a mulher em nítido tratamento desumano ou degradante, em contraposição ao que preceitua o artigo 5º, incisos III e o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

Acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54), o relator Ministro Marco Aurélio de Mello, seguido pela maioria dos seus pares, decidiram pela atipicidade penal do ato de abortamento de gestação de fetos acometidos pela anencefalia, observando, portanto, o direito fundamental da mulher a escolha de levar a gestação até o final ou realizar a antecipação terapêutica do parto.

O caso chegou a Corte Constitucional em 2004 por meio de uma ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), o qual alegava o risco à saúde da mulher em manter uma gestação de feto anencéfalo, requerendo que tal ato de abortamento fosse um direito de escolha da mulher, de modo que a antecipação terapêutica do parto fosse considerado um ato legal. Antes da decisão neste caso, as mulheres necessitavam de uma autorização judicial para a realização do aborto, devendo-se demonstrar o perigo de vida que estavam submetidas ao serem obrigadas a levar a gestação deste feto até o parto.

A anencefalia é uma má formação do tubo neural que ocorre entre a vigésima primeira (21^a) a vigésima sexta (26^a) semana de gestação. Os defeitos do tubo neural (NTDs, de *neural tube defects*) são decorrentes do fato de o tubo neural não se formar completamente (ou seja, não se estrutura como um verdadeiro tubo, que ocorre entre 25 e 27 dias após a concepção). Se o tubo neural não se forma completamente na região cefálica, então a maior parte do encéfalo

deixa de se formar, e o defeito é denominado anencefalia, uma mal formação congênita.

Se a estruturação como um verdadeiro tubo não se concretiza em algum lugar da região cervical, então o defeito é denominado espinha bífida. O local mais frequente de ocorrência da espinha bífida é a região lombossacral, o que sugere que o processo de estruturação do tubo nessa área pode ser mais suscetível a fatores genéticos e/ou ambientais. A anencefalia é um defeito letal; a maior parte desses casos é diagnosticada ainda no pré-natal por meio de exame de ultrassonografia (SADLER & LANGMAN, 2010: 64).

Após a realização de audiência pública solicitada a pedido do relator Ministro Marco Aurélio de Mello, entidades e especialistas contra e a favor do aborto de feto anencéfalo expuseram suas opiniões das quais se resumem em dois tópicos a seguir:

- a. A anencefalia é um defeito congênito fatal. Obrigar a gestante a manter a gestação é considerada uma medida inconstitucional, posto conferir a mulher um tratamento cruel, degradante, constituindo tortura física e psicológica (artigo 5º, inciso III da Constituição Federal) e viola o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Carta Magna).
- b. Permitir o aborto de feto, mesmo que anencéfalo, viola o direito fundamental à vida do feto, medida inconstitucional que se constitui em crime de aborto, tanto para a mulher (artigo 124 do Código Penal) como para quem realiza o aborto com consentimento daquela (artigo 126 do Código Penal) (MELLO, 2015: 129).

A par destes argumentos e considerando a posição de Estado laico que o Brasil se encontra, foram ouvidas – em audiência pública convocada – as posições de entidades religiosas acerca do polêmico tema, as quais defendiam que a vida tivesse continuidade até a morte natural do ser humano. Porém, em decisão da maioria dos Ministros, os seguintes pontos foram observados para tornar fato atípico a conduta de abortamento de feto anencéfalo:

- a. A anencefalia é um caso fatal, e o feto é considerado pela medicina um natimorto, posto não haver atividade cerebral suficiente para lhe conferir vida viável. No que atine à vida biológica, tal feto, se nascido, corresponderá a um indivíduo que nasce com batimento cardíaco e respiração, mas que falecerá em pouco tempo, devido a sua malformação (MELLO, 2015: 141);
- b. Em razão de afetar sensivelmente a saúde física e psicológica da mulher, é conferido a esta o direito de escolha sobre prosseguir com a gestação ou realizar a antecipação terapêutica do parto, em atenção aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, privacidade e intimidade, bem como ao direito a autonomia sexual e reprodutiva;
- c. Deve-se observar a igualdade de gênero entre homens e mulheres, bem como constatar a desproporcionalidade entre a vida da mulher e do feto anencéfalo; destarte, não se confere absoluto direito à vida de um feto que não terá potencialidade viável de vida extrauterina;
- d. Praticamente metade dos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheciam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto (MELLO, 2015: 110).

Merece destaque, ademais, o posicionamento contrário do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski acerca do tema, dos quais as argumentações seguem abaixo aduzidas:

“O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o legislador, de modo explícito, não afastaria a punibilidade da interrupção da gravidez, em caso de anencefalia; bem como que o Congresso Nacional poderia ter alterado a legislação para contemplar a hipótese, e não o fizera. [...] Defendeu que o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorreria com as demais cortes constitucionais a seu ver, só poderia exercer o papel de *legislador negativo*, retirando as

normas incompatíveis com a Constituição do mundo jurídico. Não caberia ao Tribunal atual como *legislador positivo* e elaborar norma abstrata autorizadora do aborto, o que configuraria usurpação da competência do Congresso Nacional” (MELLO, 2015, p. 142 e 143).

Data máxima vênia, conforme entendimento do relator e da maioria dos ministros, o presente caso não seria de atuação exclusiva do Poder Legislativo, pois tal omissão legislativa em matéria de direitos fundamentais não poderia ficar à mercê da conveniência e oportunidade da atuação por parte dos parlamentares, segundo seu interesse e momento político. Nesse sentido, ressalte-se o entendimento do advogado da CNTS à época e atual Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, o qual, citando Ronald Dworkin, defende uma atuação proativa dos magistrados em temas de direitos fundamentais, maximizando a interpretação do conteúdo das normas constitucionais e um verdadeiro ativismo judicial legítimo, conforme se extrai:

“[...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). [...] Em tese, portanto, o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo. Quando se trate de proteger grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade. [...] Já vai ficando distante o tempo em que se podia aceitar, sem maior questionamento, a crença de Hans Kelsen de que o juiz constitucional funcionaria como um “legislador negativo”. O Juiz contemporâneo, não apenas nos países da common

law, mas também na tradição de direito civil, é, com frequência, coparticipante do processo de criação do direito. Não se trata de uma opção filosófica ou metodológica, mas de uma imposição da realidade da vida.” (BARROSO, 2017, p. 13 e 14).

E justamente nesta linha de pensamento contemporâneo que se apresenta o voto-vista do Ministro BARROSO por ocasião do julgamento do HC 124.306/RJ, o qual, em que pese uma decisão contramajoritária, tem um importante papel representativo e iluminista; primeiro, pois, sobrepõe sua interpretação da Constituição sobre a omissão de agentes políticos investidos no mandato legislativo legitimamente eleitos; segundo, pois, a decisão em referência mostra seu papel representativo quando atende as demandas sociais que não foram observadas pelas instâncias políticas ao regular a matéria segundo os instrumentos normativos postos à disposição pela Carta Magna; terceiro, ademais, pois há um papel iluminista, na medida em que a decisão ora em comento se constitui em um avanço social inegável, visto não deixar nas mãos de interesses políticos os direitos fundamentais das mulheres que desejam exercer seu direito de escolha (BARROSO, 2017, pp. 30 e 31; 37 e 38).

Em um breve resumo, o HC 124.306/RJ foi impetrado com pedido de concessão de medida liminar em face do acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que não conheceu do HC 290.341/RJ, onde os pacientes, que mantinham uma clínica de aborto, foram detidos em flagrante delito em 14 de março de 2013 em decorrência da prática, em tese, dos delitos de aborto com o consentimento da gestante (artigo 126 do CP) e formação de quadrilha ou bando (artigo 288 do CP) em concurso material por quatro vezes. O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu em 21 de março de 2013 a liberdade provisória aos pacientes; todavia, em 25 de fevereiro de 2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do RJ para decretar a prisão preventiva dos pacientes, fundamentada na garantia da ordem

pública e assegurar a devida aplicação da lei penal. Desta decisão, foi impetrado o HC 290.341/RJ ao STJ, contudo não conhecido por aquela Corte, em que pese ter analisado o mérito e reconhecido a legalidade da prisão cautelar.

Em novo HC 124.306/RJ, os pacientes arguíram ao STF o descabimento acerca dos fundamentos motivadores da prisão preventiva, posto serem primários com bons antecedentes, terem ofício e residência fixa no distrito da culpa e entenderem desproporcional a custódia cautelar, visto que o regime de cumprimento das penas, objeto da ação, em caso de condenação, era o regime aberto, posto serem infrações de médio potencial ofensivo e que comumente são aplicadas penas restritivas de direitos ou no máximo o cumprimento de pena naquele regime; e, por fim, demonstraram que não houve qualquer tentativa de furtar-se a aplicação da lei penal, não havendo notícia de fuga.

O relator da ação, Ministro Marco Aurélio de Mello, em 08 de dezembro de 2014, deferiu a medida cautelar pleiteada no HC 126.304/RJ em benefício de dois pacientes, estendendo os efeitos aos demais em 27 de junho de 2015. No julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista antecipada dos autos para uma análise mais detalhada do caso.

Preliminarmente ao mérito, o Ministro confirmou o entendimento do relator no sentido de que estariam ausentes os requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, posto a conduta dos pacientes, durante a instrução processual, não ter oferecido qualquer risco ao processo. Desta forma, segundo a orientação jurisprudencial de julgados anteriores (*habeas Corpus* 109.449/GO, relator Ministro Marco Aurélio de Mello e *Habeas Corpus* 115.623/SP, relatora Ministra Rosa Weber), foi decretada a ilegalidade da prisão cautelar por falta de demonstração empiricamente motivada dos requisitos legais contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)³⁸.

38 Presidência da República. *Decreto-lei n.º. 3.689/1941 (Código de Processo Penal)*. Artigo 312: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da

A partir desse ponto, BARROSO foi além e – em um verdadeiro controle incidental de constitucionalidade – aproveitou a oportunidade do caso concreto para uma discussão ainda maior no que concerne a pretensa inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, em uma autêntica decisão de cunho progressista-iluminista (MELLO, 2015, p. 57).

Introduz o Ministro arguindo que, para haver compatibilidade com as normas constitucionais, “a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constituía exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e reação estatal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Argui-se, ademais, que os artigos 124 e 126 do CP tem como bem jurídico a ser tutelado a vida intrauterina do feto; todavia, em casos de interrupção da gestação até o primeiro trimestre, viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não guardar observância ao princípio da proporcionalidade³⁹:

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. Parágrafo único. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

39 Vale um importante registro: BARROSO deixa claro em seu voto que, em que pese a afirmação acerca da inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, tal entendimento não quer dizer que deva se defender uma livre disseminação do procedimento. Ao contrário, o objetivo é que ele seja algo raro e seguro as mulheres, as quais, para evitar a criminalização, se aventuram em clínicas clandestinas de aborto, colocando em risco a própria vida. O Ministro reforça que é dever do Estado e exigência da sociedade cobrar melhores ofertas no que concerne à educação sexual, distribuição e conscientização sobre o uso de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje prosseguir com a gestação mas que se encontra em situação socialmente periclitante.

“[...] é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza [...] A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1998, art. 1º, III). [...] Em segundo lugar, a criminalização afeta a *integridade física e psíquica* da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1998, art. 5º, *caput* e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá suas transformações, riscos e consequências da gestação. [...] A criminalização viola, também, os direitos *sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se* e *quando* deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. [...] Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca de sua manutenção ou não.[...] Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso à médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público

de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro [...] O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada [...] Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

No que concerne a observância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, realiza-se um teste dos preceitos contidos no caso concreto para aferição acerca da violação destes princípios. Alerta, com razão, que o Código Penal data de 1940 e os artigos 124 e 126 permanecem com a redação original.

Como prova prática desta defasagem, dá como exemplo a já estudada ADPF 54, a qual descriminalizou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, arguindo que a redação dos mesmos artigos do CP devem ser revistos à luz dos novos valores constitucionais advindos da Carta Magna de 1988, não deixando de levar em conta a transformação consuetudinária pela qual a sociedade brasileira vive.

Destarte, observa-se que a criminalização do aborto nos casos de gestação até o primeiro trimestre não se mostra eficaz e adequada, haja vista aumentar os casos de abortos ilegais e complicações de saúde das mulheres que buscam clandestinamente realizar tal procedimento, quando não morrem. Reforce-se que tal criminalização somente se constitui em uma “reprovação simbólica” da conduta.

Segundo o professor José Luis Díez Ripollés, o Direito Penal Simbólico deve ser reconhecido como um “uso patológico dos efeitos expressivo-integradores da sanção penal”, que não se sustenta ao longo do tempo, tendo em vista que promovem a desqualificação

e a desconsideração dos efeitos da pena, da atual política criminal. (RIPPOLÉS, 2002, p. 409-447).

Assim, conclui-se que tal criminalização não se mostra uma medida repressiva eficaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a vida do feto. No que atine a necessidade, verifica-se que existe meio alternativo à criminalização que tutele igualmente o direito à vida do nascituro, com menor restrição aos direitos das mulheres.

Desta forma, demonstra que em vários países a descriminalização do aborto no primeiro trimestre é adotada, com regras procedimentais que permitam à gestante a tomada de decisão após uma adequada reflexão. Ademais, observa-se que políticas públicas de assistência social à gestante pode-se constituir em um meio mais adequado e necessário para se evitar o ato de abortamento, bem como programas de planejamento familiar e de acesso à informação sobre métodos contraceptivos e educação sexual.

Em um último teste, afere-se a proporcionalidade em sentido estrito; desta forma, constata-se que tal criminalização gera custos sociais (mortes e problemas de saúde pública) superiores aos benefícios de se manter a repressão penal.

Portanto, a decisão em sede de HC 124.206/RJ foi no sentido de conceder a ordem de ofício para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendidas aos corréus – bem como concluiu que é necessário conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do CP para excluir do seu âmbito de incidência – como já o faz no caso de aborto de feto anencéfalo – a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, promovendo a derrogação dos dispositivos apontados no CP que colidam com esta hipótese factual.

Registre-se, ainda, que o tema em questão é objeto de discussão no STF por intermédio da ADPF 442, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o qual tem por objetivo aferir a receptividade constitucional dos artigos 124 e 126 do CP. A presente ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) o qual sustenta que tais normas penais

viola direitos fundamentais como o direito à vida, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

A pretensão é a exclusão do âmbito de incidência destes artigos penais acerca da interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas 12 primeiras semanas, de modo a garantir os direitos previstos acima às mulheres sem necessidade de qualquer permissão específica do Estado e garantir, ademais, aos profissionais de saúde a realização do procedimento de modo legal.

Em pedido liminar, a relatora da ação negou que a norma penal fosse afastada a todos os casos semelhantes, deixando a discussão para a análise de mérito. Atualmente, a presente ação está aguardando a realização de audiência pública convocada pela relatora da ação para uma melhor discussão da matéria, haja vista seu nítido desacordo moral razoável (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que, nos principais países democráticos e desenvolvidos do mundo, o tema da interrupção da gestação em sua fase inicial não vem sendo tratado como conduta criminal. Importante frisar que esses países entendem que o direito fundamental da mulher de escolha sobre manter ou não a gestação inicial guarda consonância com a dignidade da pessoa humana e supera a proteção da vida intrauterina do feto ainda em formação.

Portanto, com vistas a evitar conferir uma proteção insuficiente tanto ao direito das mulheres e a vida do nascituro, praticamente todos os países que enfrentaram o presente tema reconheceram a constitucionalidade da interrupção da gestação inicial até o primeiro trimestre de gestação, conforme estudos científicos que reconhecem que, neste período, ainda não há formação do córtex cerebral, não havendo o desenvolvimento de sentimentos, racionalidade, sensação de dor e potencialidade de vida extrauterina.

Nesse sentido, a ADIn 3510/DF e ADPF 54/DF trouxeram importante base de pensamento para a decisão no HC 126.304/RJ, na medida em que definiram que o embrião *in vitro* depende inteiramente do aparato humano feminino para promover seu desenvolvimento visando a vida extrauterina, sem a qual se constitui em mero objeto de direitos, ao passo que, na ADPF 54, firmou-se o entendimento de que o feto anencéfalo, por ausência de meios de pleno desenvolvimento do funcionamento regular da atividade cerebral, não possui condições de desenvolver vida extrauterina viável, sendo considerado um *natimorto*.

Portanto, a par de valorações religiosas ou ideológicas, e em decorrência da laicidade do Estado prevista pela Constituição Federal, deve-se adotar o entendimento maximizado das normas constitucionais acerca do tema, conferindo aos dispositivos infralegais contidos nos artigos 124 e 126 do CP uma interpretação conforme a descriminalizar a interrupção da gestação efetivada no primeiro trimestre.

A decisão prevista no HC 126.304/RJ traduz-se em uma interpretação sistêmica dos dispositivos legais em face da Constituição e está de acordo com o reconhecimento dos direitos fundamentais conferidos a mulher no que atine ao seu direito de escolha.

Vale registrar que a presente decisão em HC, em que pese não ter sido objeto de uma decisão do pleno do STF com efeitos *erga omnes* e vinculantes de uma decisão em controle de constitucionalidade por via de ação direta, traz novamente ao palco das discussões jurídico-políticas o tema do direito do aborto, necessitando, por conseguinte, de uma discussão séria por parte dos parlamentares brasileiros; no caso da judicialização da questão e o julgamento por um órgão colegiado, a ADPF 442 – ainda pendente de julgamento pelo pleno da Suprema Corte Brasileira até o presente momento da publicação deste artigo – será relevante para a continuação da discussão jurídica e aprofundamento do tema no que concerne a necessidade de prover políticas públicas eficientes às mulheres, especialmente àquelas em situação de alta vulnerabilidade social.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, jornal *El país*. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2019/06/14/argentina/1528953336_217393.html>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Artigo: *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. *As células-tronco embrionárias e sua formação constitucional*. In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

Direção-Geral da Política de Justiça da República Portuguesa. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-lei/lei-16-2007/downloadFile/file/L_16_2007.pdf?nocache=1180531826.85>. Acesso em: 19 jun. 2022.

DOS SANTOS, Beatriz Carneiro. *Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a07n7.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DWORKIN, Ronald. *DOMÍNIO DA VIDA. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes, 2003.

GROBSTEIN, Clifford. *Science and the Unborn*. Nova York: Basic Books, 1988.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Editora Forense, 2015.

SADLER, T.W. LANGMAN. *Embriologia Médica*. 11ª Edição. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2010.

Suprema Corte do Canadá, *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3510/DF*, relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, publicado no DJ em 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=A-C&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF*, relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgamento em 27/04/2005, publicado no DJ em 31/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anelo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442/DF*, rel. Min. Rosa Weber. Interposto em 08/03/2017, em julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 109.449/GO*, relator Ministro Marco Aurélio de Mello e *Habeas Corpus 115.623/SP*, relatora Ministra Rosa Weber. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=150466534&tipoApp=.pdf>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=152652087&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus (HC) 124.306/RJ*, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, rel. para o acórdão Min. Luís Roberto

Barroso. Julgamento em 09/08/2016, publicado no Diário de Justiça (DJ) em 17/03/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

Presidência da República. *Decreto-lei nº. 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Artigo 312*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

Presidência da República. *Lei nº 11.105/2005, artigo 5º*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

RIPPOLÉS, Jose Luis Díez. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XXXV, (enero – abr.) p. 409-447. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Distrito Federal, México. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/427/42710303.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Artigo: *Aborto. Legislação comparada*. Revista Epos vol.2 nº2, Rio de Janeiro, 2011, ISSN 2178-700X. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005>. Acesso em 22 jun. 2022.

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht/BVerfG). Disponível em:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/10/rs19981027_1bvr230696.html>. Acesso em 19 jun. 2022.

United States Supreme Court. Roe v. Wade case, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em <http://landmarkcases.org/en/landmark/cases/roe_v_wade#Tab=Overview>. Acesso em: 19 jun. 2022.

EFEITOS PATRIMONIAIS DA RELAÇÃO ENTRE AMANTES

Heitor Vinicius Bento Pessoa⁴⁰

INTRODUÇÃO

A relação de afeto íntima, que é sensível, tem que ser discutida juridicamente não é tarefa fácil. O significado do termo “família” sempre sofreu mutações e, certamente, continuará sofrendo.

A família brasileira sofreu forte influência de outras civilizações. As relações extraconjugais com perpetuação e solidez tem sido discutida no meio jurídico. O termo “concubinato” não é novidade na antiguidade.

O tema não é novidade na seara jurídica, mas, tribunais locais tem, algumas vezes, surpreendido em suas decisões, principalmente, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. A temática ganha relevo em razão da recente decisão do STF, em sede de repercussão geral, que discutiu uniões paralelas e concomitantes.

Na busca de estudar os efeitos patrimoniais da relação entre amantes, foi levantado diversas decisões de Tribunais do país, trazendo decisões divergentes. Os efeitos patrimoniais detectados serão abordados, inclusive, quando a decisão apresentada é vista como isolada.

I - DIREITO DE FAMÍLIA

I. A – A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO E CANÔNICO

A família brasileira sofreu influências do Direito Romano e Canônico. Em Roma, a família consistia num conjunto de pessoas sob a “*patria potestas*” do ascendente comum vivo, que fosse mais

⁴⁰ Especialização na área Cível. Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência. Professor Universitário e Advogado.

velho. Logo, independia da consanguinidade. O comandante da família exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, bem como sobre sua esposa e dos demais descendentes (WALD, 2000: p. 9).

A família, naquela época, era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Em princípio, havia um patrimônio administrado pelo comandante da família, notoriamente conhecido como “*pater*”. Posteriormente, numa fase mais evoluída, surgiu patrimônios individuais, administrados, estes, por pessoas que estavam em posição hierarquia inferior ao “*pater*”. (WALD, 2000: p. 9).

A justiça familiar é entendida, porque, o “*pater familias*” administrava o que era justo, dentro dos limites da casa. Vale ressaltar, inclusive, que na primeira fase do direito romano extrai-se uma unidade política da família, pois, o Senado consistia na reunião dos chefes de famílias, conhecidos como “*patres conscripti*” (WALD, 2000: p. 10).

O “*pater*” era uma pessoa, absolutamente, independente, pois era chefe de seus descendentes. Estes sujeitavam-se a uma autoridade alheia, no caso, do comandante da família (WALD, 2000: p. 10).

A mulher tinha duas opções ao casar. Podia continuar sob a autoridade paterna ou sujeitar-se a autoridade marital, neste caso, entrando para a família do marido. Foi o que consignou como casamento “*com manus*” ou “*sem manus*”. Não era admitido, todavia, que uma mesma pessoa pertencesse a duas famílias, ao mesmo tempo, sendo inviável sujeitar-se a duas autoridades. A evolução da família romana foi no sentido de limitar, cada vez mais, a autoridade do “*pater*”, comandante da família, dando maior autonomia a mulher a aos filhos. (WALD, 2000: p. 10).

O “*pater*”, portanto, perdeu vários direitos, dentre eles: administrar vencimento dos subordinados, vencimento de funcionários civis, doações feitas pelo pai, doações e legados feito por filhos a terceiros, etc (WALD, 2000: p. 10).

Como reflexo da perda da autoridade do comandante da família, viu-se o casamento “*com manus*” ser substituído, cada vez mais, pelo

casamento “*sem manus*”. Com a passagem do casamento “*com manus*” para o casamento “*sem manus*”, observou a realização progressiva da mulher romana. A mulher que havia se casado continuava sobre a autoridade do seu ascendente e, não tendo mais antepassados vivos a tutela era outorgada a um agnado⁴¹. No fim da república romana, a tutela, desempenha um papel, apenas, formal, pois, perdeu totalmente sua importância. Com as lei de Augusto, ficam as mulheres liberadas da tutela, desde que tenha mais de três filhos. Na época de Adriano, a mulher não necessitava mais de assistência para exercer atos jurídicos (WALD, 2000: p. 11-12).

Na época imperial constatou-se uma completa autonomia da mulher. A mulher participava da vida social e política, não se satisfazendo com suas obrigações familiares. Com isso, o feminismo levou a mulher a vida esportiva. Este período é constatado como a dissolução da família romana. Os adultérios e os divórcios se multiplicam. (WALD, 2000: p. 12).

A ideia romana de casamento era diferente daquela existente nos dias atuais. A afeição pelo companheiro era um elemento que devia existir além do momento do casamento, devendo perdurar no cotidiano. Assim, a ausência da convivência somada com o desaparecimento do afeto eram, por si só, motivos para a dissolução do casamento. (WALD, 2000: p. 12).

Nota-se que desde o Direito Romano a família vem sofrendo mutações. Inclusive, ainda nos dias atuais, este instituto sofre constantes mudanças e, certamente, continuará sofrendo reflexos, haja vista sua complexidade em uma sociedade globalizada.

No Direito Canônico, houve uma certa oposição ao divórcio, de sorte que foi considerado um instituto contrário à família e aos interesses dos filhos. (WALD, 2000: p. 12).

Arnoldo Wald, com sua maestria, discorre:

41 Agnação vincula a pessoa que esta sujeita ao mesmo “*pater*”, ainda que não fossem consanguíneos (WALD, 2000: p. 10).

Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: *quo Deus conjunxit homo non separet*.

Tanto no Velho como no Novo Testamento encontramos a ideia de que o marido e a mulher constituem uma só carne (Gênesis 2, 24 e Evangelho de São Mateus 19,6).

Numa primeira fase, no próprio seio da igreja, a indissolubilidade do casamento não foi aceita de modo pacífico. É o próprio Evangelho de São Mateus que admite o divórcio no caso de adultério da mulher, enquanto os textos de São Marcos e São Lucas negam a possibilidade de dissolver o vínculo, qualquer que seja o motivo alegado (comparar Evangelho de São Mateus 19,7-9 e 5,31-32 com São Marcos 10,11-12 e São Lucas 16-18).

Diante da divergência dos textos, a doutrina canônica se firmou no sentido de interpretar o divórcio referido por São Mateus como sendo a separação de corpos, sem direito de convolar novas núpcias.

Após longa hesitação dos Concílios, somente no século XI é que a indissolubilidade se tornou geralmente acatada (WALD, 2000: p. 12-13).

Insta salientar que, na Idade Média, as relações de família se regem, basicamente, pelo Direito Canônico. No século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. Na doutrina canônica, observou-se que o matrimônio fora concebido como sacramento. Não era possível a indissolubilidade do vínculo matrimonial. O divórcio era discutido, apenas, quando uma das partes na relação fosse infiel. (WALD, 2000: p. 13).

Vale mencionar a diferença do casamento na concepção católica e na concepção medieval. Na concepção católica, o matrimônio dependia, apenas, do consenso entre as partes. Já na sociedade medieval, era necessário, além do consenso dos nubentes, um assentimento das famílias a que pertenciam, pois, havia uma

repercussão política e econômica reconhecida no casamento da sociedade medieval. (WALD, 2000: p. 13).

Em razão da indissolubilidade do casamento na doutrina canônica, houve a necessidade de estabelecer um sistema de impedimentos para a celebração do casamento, estabelecendo formalidades, causas de nulidade e anulabilidade. O direito canônico estabeleceu algumas causas para impedir o casamento, tais como: idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior, dolo para receber o consentimento matrimonial, coação, erro quanto a pessoa do outro cônjuge, parentesco. (WALD, 2000: p. 14).

No direito canônico, apesar de ser impedido o divórcio, em circunstâncias excepcionais era permitido a separação de corpos. Vale ressaltar que a separação de corpos se difere do divórcio no direito canônico, de sorte que o vínculo entre as partes encontrava-se intacto (WALD, 2000: p. 14).

No direito canônico, a separação depende de uma autorização específica, outorgada pelo Bispo, sendo admitida em casos específicos como no de adultério, tentativa de homicídio, etc. Somente muito tempo depois, no século XIV, foi admitida a separação no caso de acordo entre os cônjuges. São efeitos da separação no direito canônico a extinção do dever de coabitação, subsistindo, todavia, entre os separados, os deveres de fornecer alimentos, bem como o dever de fidelidade recíproca. (WOLD, 2000: p. 15).

O problema consistia no conflito entre os tribunais civis e religiosos. Para os protestantes a competência para dispor sobre esses atos deveria ser do Estado, não devendo atribuir caráter sagrado ao casamento. Como reação, os meios católicos, reafirmava um caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência da igreja para dispor de tais regras, formalidades, etc. (WALD, 2000: p. 16).

No passar nos anos o poder civil legislou moderadamente sobre o direito de família e a competência das autoridades eclesiásticas foi perdendo, pouco a pouco, pelas autoridades civis. Isto, porque, a autoridade civil era o órgão competente para recorrer-se das decisões eclesiásticas. Atualmente, o direito canônico tem resquícios no Direito

de Família e, o casamento religioso, não deixou de ser observado. Entretanto, o casamento civil tem peso exagerado nas relações afetivas. (WALD, 2000: p. 16-17).

I. B – EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Brasil foi colônia de Portugal por muitos anos e, com isso, trouxe características que merecem ser observadas. Uma análise do instituto no Brasil com pequenos apontamentos de Portugal faz-se necessária para uma melhor compreensão.

No direito português havia três espécies de casamento: um realizado sobre as autoridades eclesiásticas; outro chamado marido conhecido; por fim o casamento a consciência ou à morganheira. O segundo, marido conhecido, era aquele em que havia uma certa publicidade, porém, não havia intervenção da autoridade religiosa, caracterizando, pela coabitação e tratamento mútuo, com atributos de marido e mulher. O terceiro, consciência ou a morganheira, sequer havia publicidade, apesar das partes viverem maritalmente. Este casamento era repudiado pelas leis da época (WALD, 2000: p. 17).

Nota-se, apenas para ressaltar a temática do trabalho que o casamento à morganheira é um sinal de que as partes, em meados de 1500, ainda em Portugal, já verificavam o costume de pessoas viverem como marido e mulher às escuras. Neste liame, poderíamos dizer que foi um norte para uma relação de amante ou concubinato que será destrinchado de maneira analítica no estudo.

Sem perder o norte da evolução do direito de família no ordenamento jurídico, cabe frisar que, nas lições de Arnaldo Wald o seguinte:

As Ordenações Filipinas, no Liv. IV, Tit. 46, §§ 1º e 2º, referem-se ao casamento “por palavra de presente à porta da Igreja ou por licença do prelado fora dela,

havendo cópula carnal” (46§1º), e àquele em que os cônjuges são tidos “em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente” (46§2º).

Admitia-se, assim, ao lado do casamento religioso na forma do Concílio Tridentino, o denominado casamento de marido conhecido, que lembrava um pouco a tradição romana do *usus*, em que o casamento se provava pela *affectio maritalis*, pela pública fama de marido e mulher e pelo decurso do tempo.

Discutiu-se o conflito existente entre as Ordenações Filipinas e as disposições do Concílio Tridentino, considerando alguns dos comentadores das Filipinas que, diante dos textos do direito eclesiástico, não mais podia prevalecer o chamado casamento com marido conhecido. (WALD, 2000: p. 18).

A legislação Filipina, optou por manter a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Fazia uma distinção entre o casamento consensual e o carnal. No primeiro admitia a anulação em certos casos. No Brasil, adveio uma lei de 20-10-1823, o qual, manteve em vigor a legislação portuguesa, até que fosse organizado um novo código e não fossem aquelas disposições revogadas ou alteradas. (WALD, 2000: p. 18-19).

Em meados do século XIX surgiu uma legislação exclusivamente brasileira. Foi a lei 1.144 de 11 de setembro de 1861, dando efeitos civis ao casamento religioso realizado pelos não católicos, desde que fossem registrados. (WALD, 2000: p. 20).

A partir de 1930 adentraram diversas leis: Decreto lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941, dispunha sobre a proteção das famílias; decreto lei nº 9.701 de 3 de setembro de 1946, dispondo sobre a guarda de filhos menores; decreto lei nº 7.485, de 23 de abril de 1945, dispondo sobre a prova do casamento par afins previdenciários. (WALD, 2000: p. 22).

É possível observar a evolução constante do direito de família, desde a idade média até os dias atuais, cabendo observar que, devido

a complexidade do instituto, a sociedade vem tentando encontrar caminhos para agradar a sociedade, trazendo uma proteção viável e efetiva.

É necessário a abordagem, pois, ao adentrar na temática específica do estudo, observou-se que os amantes não têm, a priori, uma lei próprio, mesmo o direito de família tendo evoluído, cada vez mais. Seja por entender que o amante não faz parte da família ou seja por entender uma relação não aprovada pela sociedade. Vale observar, porém, que a figura do amante foi influenciada pela sociedade medieval e, inclusive, pelo ordenamento jurídico.

Ainda que pareça estranho a afirmação, basta dizer que, caso existisse uma norma que permitisse o casamento com mais de uma pessoa, certamente o casamento monogâmico não seria a única figura de casamento existente e, sendo assim, a figura do amante perderia, em parte, seu sentido. São por estas razões que é de extrema importância entender a evolução do direito de família e dos diversos ordenamentos jurídicos que tratam a matéria.

Nesta linha de raciocínio, vale observar que a Constituição de 1988 trouxe um capítulo destacado tratando “da família, da criança, do adolescente e do idoso”. O direito de família vem ganhando proteção constitucional na chamada Constituição Cidadã. A Constituição Federal de 1988, atualmente em vigor, trouxe a gratuidade do casamento e os efeitos do casamento religioso. (WALD, 2000: p. 24).

A união estável, na vigência da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida como entidade familiar, devendo a lei, portanto, facilitar a conversão da união em casamento. (WALD, 2000: p. 24).

A evolução é constante no Direito de Família, diferente de outros institutos localizados no Código Civil, tal como o Direito das Obrigações. Restou evidente a evolução, pois, o próprio Código Civil de 2002, que tinha uma pretensão de modernismo, ficou omissos em alguns institutos devido à demora na tramitação para ser aprovado. Trata-se de uma temática em constante mudança.

I. C – FAMÍLIA BRASILEIRA

A família sofreu várias mudanças, desde sua função, natureza e composição, principalmente no decorrer do século XX (LÔBO, 2008: p. 1).

O doutrinador Paulo Lobo argumenta:

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas várias manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. (LÔBO, 2008: p. 1).

Neste liame, fundada em bases aparentemente frágeis, a proteção familiar passou a ter proteção do Estado, constituindo direito público subjetivo, oponível ao Estado e a Sociedade. A proteção do Estado ante a família é, atualmente, princípio universal aceito e adotado em diversos países, independente de sistema político ou ideológico. (LÔBO, 2008: p. 1).

Neste liame, torna-se importante mencionar o trecho do doutrinador Paulo Lôbo:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família, estabelecendo o art. 16.3: “A família

é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões evidentes: a) família não é so aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua. (LÔBO, 2008: p. 1-2).

Nota-se que a família brasileira nada mais é do que uma evolução de toda sociedade mundial, de sorte que a influência da sociedade moderna na família brasileira é a mesma influência na maioria dos países. Restou evidente na Declaração Universal, supramencionada, as conclusões, importantíssimas, extraídas pelo doutrinador. Isto, porque, ao dizer que a família não é, apenas, aquela constituída pelo casamento, certamente, evidencia a evolução da sociedade que, atualmente, se difere daquela da Idade Média. No momento que a Organização das Nações Unidas intervém na família, de maneira genérica, nota-se a preocupação mundial com este instituto, podendo, excepcionalmente, buscar fundamento e amparo em atos internacionais para resguardar direito que, em um primeiro momento, era exclusividade do país em que residia o litigante.

A família atual encontra sua identificação na solidariedade, com fulcro no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. O fundamento da afetividade, após um individualismo exacerbado, dos últimos séculos, parece estar em decadência. (LOBÔ, 2008: p. 2).

Insta salientar que a função econômica, extremamente presente nas sociedades passadas, vem perdendo força na família atual, principalmente a brasileira, pois, a família deixou de ser uma unidade produtiva ou um seguro contra a velhice, de sorte que a incumbência foi passada para a previdência social. A redução do número médio de filhos, bem como a emancipação econômica, social e jurídica feminina foram fatores que contribuíram para essa nova visão de família, que excluiu a função econômica. A doutrina estrangeira, também,

alerta para esta perda, pois a sociedade passou a visualizar consumo como parte de uma cadeia da sociedade conjugal de trabalhadores, ao contrário da sociedade agrária, que visualizava um ganha pão conjunto. (BATTES, 2000 apud LOBÔ, 2008: p. 3).

O estado liberal, consistente naquela em que a influência estatal é pequena fora caracterizado pela limitação do poder político e não intervenção no poder econômico. Frisava uma liberdade dos cidadãos que deveriam ser vistos de maneira igualitária. A família, porém, permanecia sem a observância do princípio da igualdade, pois os interesses patrimoniais poderiam ser prejudicados. Isto no século XIX. (LÔBO, 2008: p. 4).

No século XX, ainda sob a forma doutrinária do estado liberal, havia uma forte intervenção na família. A Constituição Federal de 1988 tratou em limitar o poder do Estado, de sorte que não poderia permitir que a família fosse impunemente violada pelo Estado. (LOBÔ, 2008: p. 4-5).

Insta salientar que, excepcionalmente, o Estado poderá intervir na família. Nas lições de Paulo Lobô, vale transcrever o seguinte trecho:

Há situações, entretanto, que são subtraídas da decisão exclusiva da família, quando entra em jogo o interesse social ou público. Nesses casos, o aumento das funções do Estado é imprescindível. Como exemplos, têm-se:

- a. É social a obra de higiene, de profilaxia, de educação, de preparação profissional, militar e cívica;
- b. É de interesse social que as crianças sejam alfabetizadas e tenham educação básica, obrigatoriamente.
- c. É de interesse público a política populacional do Estado, cabendo a este estimular a prole mais ou menos numerosa. O planejamento familiar é livre, pela Constituição, mas o Estado não está impedido de realizar um planejamento global;

- d. É de interesse social que se vede aos pais a fixação do sexo dos filhos e idosos e que o abandono familiar seja púnico;
- e. É de interesse público que seja eliminada a repressão e a violência dentro da família. (LOBÔ, 2008: p. 5)

O modelo igualitário da família, presente na Constituição Federal de 1988, não havia no antigo código civil, pois era considerado autoritário e arbitrário. A solidariedade, consenso e respeito à dignidade da pessoa humana é um novo paradigma presente na Carta de 1988. Tem amparo, inclusive, nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988 (LÔBO, 2008: p. 5).

Segundo Paulo Lôbo, utilizando índices do IBGE, observe a evolução:

Comparando-se com a década de 80, apurou-se que (censo demográfico de 2000):

- a. A média de membros por família caiu de 4,7 para 3,4;
- b. O padrão de casal com filhos (família nuclear), com os pais casados ou convivendo em união estável caiu de 60% para 55%
- c. Em contrapartida, o percentual de entidades monoparentais compostas por mulheres e seus filhos ampliou de 22% para 26%
- d. Os celibatários (solteiros ou remanescentes de entidades familiares) subiram de 7,3% para 8,6%;
- e. O decréscimo da taxa de natalidade por mãe é notável, passando de 2,7 filhos para 2,3 (entre os extremos: 1,9 no Rio de Janeiro e 3,4 no Amazonas); note-se que durante a década de 70 havia 5,8 filhos em média, por mãe;
- f. Os mais velhos estão vivendo mais, demandando atenção das famílias, com as mulheres chegando a viver em média 72,3 anos e os homens 64,6 anos;

- g. A população é mais feminina, havendo 96,6 homens para cada grupo de 100 mulheres (LOBÔ, 2008: p. 11).

Conforme os dados do IBGE apresentados de maneira clara pelo doutrinador Paulo Lobô é fácil observar a evolução e as características de uma nova família brasileira. É nesta perspectiva que a evolução do ordenamento jurídico tenta encontrar amparo. Inviável a defesa de um instituto que ficou ultrapassado. Inclusive, por esta razão, o Direito de Família é um dos ramos do direito que mais sofre alterações.

Cabe frisar que a efetividade, convivência e solidariedade são funções básicas da família na nossa época. As funções política, econômica e religiosa não mais existem. A família, na sociedade moderna, sofreu pela urbanização acelerada do século XX. É neste diapasão que a família deixou de ser base do Estado. As demandas, na atualidade, consistem muitas vezes na não intervenção estatal na vida privada. (LÔBO, 2008: p. 15).

Nesta esteira arremata, Paulo Lôbo:

Liberdade, Justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo, são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito. (LOBÔ, 2008: p. 16).

Destarte que a família brasileira tem um perfil moderno, porém, esta característica também é encontrada em muitos países. Não podemos dizer que a família brasileira é diferente do resto dos países. Ao contrário, ela seguiu e continua seguindo os nortes da humanidade. A globalização, alavancada pela internet, fez com que

o Brasil tornasse mais uma sociedade moderna, dentre as diversas existentes no planeta.

I. D – CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de direito de família reveste-se de grande complexidade, pois, tem significação psicológica, jurídica e social. Neste liame é complicado estabelecer um único conceito de família.

Rodrigo da Cunha Pereira discorre:

A partir do momento em que a família deixou de ser núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela. (CUNHA PEREIRA, 2002 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: p. 39)

O autor traz um concepção de representação social que, em outras palavras poderíamos dizer que consiste a opinião de um grupo sobre determinado fato, acontecimento, etc. Razão pela qual, evidentemente, reconhece a opinião da coletividade para definir, de fato, o que é família.

Caio Mário da Silva Pereira argumenta:

Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de 'relações sociais reconhecidas e portanto institucionais'. Dentro deste conceito, a família 'não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica. (SILVA PEREIRA, 2001 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: p. 39).

Neste diapasão chega-se a conclusão de que é inviável apresentar um único conceito de família, tipificando categorias e modelos das relações socioafetivas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: p. 39).

É necessário entender que a família, hoje, é um meio para encontrar a felicidade, consistente na realização pessoal do indivíduo, independentemente da existência de formas familiares sem amor. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: p. 39)

Existe, todavia, um elemento que deve ser respeitado na conceituação de família, consistente num elemento teleológico. A finalidade, portanto, deve proporcionar uma relação emocional e afetiva que viabilize a relação da família como comunidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: p. 39).

Portanto, necessário uma visualização do instituto em diversos ramos e concepções, buscando uma finalidade ao instituto, analisando seu momento histórico e suas características peculiares.

I. E – FAMÍLIAS PLURAIS

A palavra “família”, ainda traz uma visão tradicional de modelo, consistente em um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com vários filhos ao seu redor. Todavia, estamos acostumados com famílias que distanciam-se do perfil tradicional. A presença de famílias recompostas, homoafetivas e monoparentais fez com que a sociedade reconhecesse sua pluralização. (DIAS, 2007: p. 38).

Nesta linha, observa-se uma completa modificação na concepção de família. É importante a análise. Será que a relação entre amantes poderia ser considerado uma espécie de família, caso um dos cônjuges tivesse ciência da relação extraconjugal do outro? O tema é polêmico. Ao analisar o direito do amante em uma sociedade tão complexa e moderna como a que vivemos. Uma análise do direito de família, ainda que em linhas gerais, é necessário para aprofundarmos o instituto do Direito de Família e as definições de concubinato e união estável.

II – UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

II. A – NOÇÕES GERAIS À CERCA DA UNIÃO ESTÁVEL

Antigamente, a união entre homem e mulher que não fosse materializada era considerada, simplesmente, concubinato. Esta palavra tinha forte carga negativa, derivada da palavra “concubere”, significava “dividir o leito”, “dormir com” ou, ainda, mulher “teúda” ou “manteúda”: tida e mantida por um homem. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 423-424).

Evidentemente, extrai-se uma carga de preconceito de toda uma época. Não significa, porém, que atualmente não exista. A questão é que a escala de preconceito é infinitamente menor. O direito brasileiro modificou aquele conceito tido outrora, consagrando a expressão companheira e união estável, para caracterizar a união informal com o objetivo de constituir família, ao invés da expressão “concubinato”. Hoje em dia, a expressão “concubinato” é eminentemente técnica, designada para definir uma relação entre amantes. Tem fundamento no artigo 1.727 do Código Civil. (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2014: p. 424).

O artigo 1727 do Código Civil dispõe que *“as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato”*. É nesta perspectiva que se observa uma mutação no conceito de concubinato. Anteriormente, concubinato era visualizado como união estável. Nos dias atuais, na perspectiva do artigo 1.727, o concubinato tem sido visualizado como uma relação entre amantes, chamada por alguns de concubinato adúlterino.

Ao traçar uma diferença entre união estável e concubinato, aquela não pode ser vista como uma mera eventualidade na relação e, por esta razão, tem efeitos de casamento em termos de reconhecimento jurídico. Tem expressão constitucional no artigo 226§3º da Constituição Federal de 1988 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 424).

Nesta linha de raciocínio, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam:

Nesse contexto, feitas tais considerações e salientadas importantes diferenças, podemos conceituar união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.

Sistematizando nosso conceito, podem ser apontados os seguintes elementos caracterizadores essenciais da união estável na sociedade brasileira contemporânea:

- a. Publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina;
- b. Continuidade (vivência contínua), no sentido de animus de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável de um namoro;
- c. Estabilidade (convivência duradoura), o que diferencia uma união estável de uma ficada;
- d. Objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2014: p. 425).

Segundo Paulo Lôbo, conceituando união estável, leciona:

A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (more uxório). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade de família própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto

jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia. (LÔBO, 2008: p. 148).

Vale ressaltar que a união estável é conceituada na Constituição como uma relação entre homem e mulher, porém, esse conceito foi alargado, principalmente quando observado as relações homoafetivas. Interessante ressaltar que o casamento, consistente em uma entidade familiar essencialmente formal e geradora de estado civil, em que a diversidade de sexos é um pressuposto existencial, a união estável não tem esta solenidade. Portanto, o caráter informal da união estável, extraído de uma simples união de fato, não se condicionaria ao ditame da diversidade sexual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 426).

Por derradeiro, são vários elementos, de configuração real, que distinguem uma mera relação de namorados de uma união estável. É neste diapasão que encontramos a configuração de união estável, sem observar a vontade ou intenção das partes envolvidas. É certo que esta configuração é dificultosa. Principalmente, porque, os namorados nem sempre percebem que sua relação, antes de namoro, transformou-se em união estável. Muitas vezes as relações pessoais evoluíram e os integrantes da relação já adotam deveres de entidade familiar, tais como: respeito, lealdade, assistência material e moral. É interessante observar que a convivência sobre o mesmo teto não é imprescindível para configurar-se união estável. Não é exigido, sequer, tempo mínimo de convivência, demonstrando a flexibilidade de seus requisitos. (LÔBO, 2008: p. 155).

O direito estrangeiro, também, tratou deste instituto (união estável). Na Alemanha, por exemplo, a união entre pessoas de sexo diferente convivem com aquelas formadas pelo mesmo sexo. Na França, a disciplina da matéria é feita pela lei e, ainda, pela jurisprudência. A Corte constitucional daquele país disciplinou a matéria, estendendo reconhecimento jurídico a casais do mesmo sexo, em decisão de 9 de novembro de 1999. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 427-428).

Destarte que o instituto é importantíssimo para estudarmos o concubinato, principalmente, porque, o concubinato era sinônimo de

união estável, antigamente. Razão pela qual é impossível adentrar na temática sem, antes, estudarmos o instituto da União Estável.

II. B – REJEIÇÃO, TOLERÂNCIA, ACEITAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A **Rejeição**, entendida neste aspecto como ausência de tutela, foi observada até o início do século XX, de sorte que não havia tratamento normativo. Ao contrário, a constituição da família fora dos cânones do matrimônio era destinatária de uma grande repulsa social. A união não era considerada como uma família, sendo entendida como uma relação ilícita, associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida. No antigo Código Civil, quando o diploma normativo dispunha da união estável, tinha o condão de repeli-lo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 412).

Posteriormente, veio uma certa **tolerância** quanto a este tipo de relação. A tutela, ainda chamada na época de concubinato, passou a ter uma tolerância como fato da vida. Foi na tutela previdenciária que a união estável começou a ser reconhecida para a produção de alguns efeitos (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2014: p. 414).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Com efeito, estabeleceu a Lei n. 4297. De 23 de dezembro de 1963 (publicada no Diário Oficial da União de 14-1-1964), em seu art. 3º:

Art. 3º. Se falecer o ex-combatente segurado de instituto de aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, aposentado ou não, será concedida, ao conjunto de seus dependentes, pensão mensal, reversível, de valor total igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e na seguinte ordem de preferência:

- a. Metade à viúva, e a outra metade repartidamente, aos filhos de qualquer condição, se varões – enquanto menores não emancipados, interditados

- ou inválidos – se mulheres, enquanto solteiras, incluindo-se o filho póstumo;
- b. Não deixando viúva, terão direito à pensão integral os filhos menores na letra a deste artigo;
 - c. Se não houver filhos caberá a pensão integral a viúva;
 - d. à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito;
 - e. se não deixar viúva, companheira, nem filho, caberá a pensão à mãe viúva, solteira, ou desquitada, que estivesse sob a dependência econômica do segurado;
 - f. se nas condições da letra anterior deixar pai ou mãe que vivessem às suas expensas, estando aquele inválido ou valetudinário, a pensão lhe será concedida, ou a ambos, repartidamente;
 - g. os irmãos, desde que estivessem sob a dependência econômica do contribuinte e, se varões, enquanto menores não emancipados, interditos ou totalmente inválidos e, se mulheres quando solteiras, viúvas ou desquitadas;
 - h. em qualquer época as filhas viúvas, casadas ou desquitadas, reconhecidamente privadas de recursos para sua manutenção, serão equiparadas aos filhos ou filhas indicados na letra a deste artigo e com eles concorrentes a pensão;
 - i. o desquite somente prejudicará o direito à pensão quando a sentença for condenatória ao cônjuge beneficiário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 414).

Nota-se o início da tolerância desta relação de companheirismo, configurada como união estável, na legislação vigente, mormente o Código Civil de 2002, com ampla aceitação jurisprudencial.

A **Aceitação**, da União Estável, como fato social é notória em nosso país. Vale ressaltar, todavia, que o reconhecimento da união estável é um fato jurídico, tutelado pelo nosso ordenamento jurídico,

mas, inicialmente adveio de uma construção jurisprudencial. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 417).

Inicialmente, foi entendido que a dissolução daquela união estável, sem qualquer pagamento, consistia em enriquecimento sem causa, em face do homem em relação a mulher, haja vista que esta teria cuidado do lar como esposa. A indenização por serviços prestados, durante muito tempo, foi a solução como o único instrumento material reconhecido pela companheira. Essa construção foi a única encontrada, outrora, haja a vista a recusa de positivar o direito de alimentos. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 417).

Posteriormente, com a evolução jurisprudencial, foi admitido uma existência de sociedade de fato entre esses companheiros e, com isso, a companheira deixou de ser mera prestadora de serviços, assumindo posição de sócio na relação. Isso, portanto, fez com que o companheiro tivesse direito a parcela do patrimônio comum, na proporção do que houvesse contribuído. Um grande marco foi a súmula de 3 de abril de 1964, do Supremo Tribunal Federal, número 380, estabelecendo, o seguinte: *“comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 417).

Em razão da data da súmula (1964), o concubinato era sinônimo de união estável, ao contrário do entendimento perfilhado nos dias atuais, principalmente pela entrada em vigor do Código Civil de 2002. A união estável foi se modernizando e ganhando força no ordenamento jurídico até os dias atuais. Há proteção expressa na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e nas decisões da Suprema Corte.

A **valorização** do instituto da união estável, veio com a Constituição Federal de 1988, colocando fim ao pensamento conservador que rejeitava esta união como modalidade de família. (GAGLIANO; PAMPLONA FIHO, 2014: p. 418).

O artigo 226 da Constituição Federal dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Houve uma longa trajetória para que a união estável tivesse o reconhecimento de entidade familiar. Foram popularizadas várias expressões, nas mais variadas fases: concubinato, união livre, união de fato, união consensual, união estável. Hoje a expressão que restou consagrada é, apenas, união estável, que, de fato, tem uma expressão menos pejorativa. (GAGLIANO; PAMPLONA FIHO, 2014: p. 420).

O constituinte equiparou a união estável ao casamento. Não deve ser entendido, todavia, a existência de hierarquia entre os institutos. Inclusive, afigurar-se-ia contraditório um tratamento com algum tipo de vantagem para o cônjuge, simplesmente pelo amparo do matrimônio. (GAGLIANO; PAMPLONA FIHO, 2014: p. 4121).

Atualmente, o companheiro tem proteção constitucional e infraconstitucional e, com isso, a valorização deste instituto (união estável), certamente, é observado de maneira salutar.

II. C – EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável não deve ser confundida com o casamento, porém, gera um quase casamento na análise de seus efeitos. (CAHALI apud DIAS, 2007: p. 166).

Segundo Maria Berenice Dias:

No casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (CC 1.658 a 1688). Por meio de pacto antenupcial, podem optar entre um dos regimes previamente definidos na lei ou estabelecer o que

melhor lhes aprovar, desde que não haja afronta a disposição absoluta de lei (CC 1.655). Na união estável, os conviventes, tem a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666).

Há outra diferença que faz a união estável mais vantajosa do que o casamento, ao menos quando um, ou ambos, tem mais de 60 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (CC 1641 II), que impõe o regime da separação obrigatória de bens. Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos (DIAS, 2007: p. 166)

Aquele que encontra-se em união estável, de fato, e adquire um bem, em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato deste patrimônio estar na propriedade de um não afasta, jamais, a titularidade do outro, ressaltando, todavia, as exceções legais, consistente na incomunicabilidade, como: bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. (DIAS, 2007: p. 167).

A ação que busca evitar ou desfazer, eventual, enriquecimento ilícito denomina-se “*actio in rem verso*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 447).

Em sua obra, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, definindo os requisitos da ação supramencionada, argumentam:

Para o seu cabimento, cinco requisitos simultâneos devem se conjugar:

- a. enriquecimento do réu: a ideia de enriquecimento envolve não somente o aspecto pecuniário de acréscimo patrimonial mas também qualquer outra vantagem, como, por exemplo, a omissão

- de despesas. Ex.: o companheiro deixou de ter despesa com a contratação de empregada doméstica por conta dos serviços prestados pela sua companheira;
- b. empobrecimento do autor: é a outra face da moeda, em relação ao requisito anterior. Pode ser tanto a diminuição afetiva do patrimônio quanto o que razoavelmente se deixou de ganhar;
 - c. relação de causalidade: deverá haver nexo de causalidade entre os dois fatos de empobrecimento e enriquecimento. Caso, no encontro de contas, verifique-se discrepância de valores entre o que se ganhou e o que se perdeu, a indenização deve-se restringir ao limite de tal correspondência, sob pena de causar novo enriquecimento indevido;
 - d. inexistência de causa jurídica para o enriquecimento: a inexistência de causa a justificar o pagamento é o requisito mais importante dessa ação, um vez que, nos negócios jurídicos em geral, a existência de lucros ou prejuízos faz parte do jogo. No caso, não há causa jurídica ou razão para o indevido enriquecimento do companheiro;
 - e. inexistência de ação específica: não caberá, todavia, a denominanda *actio in rem verso* (cuja principal espécie é a ação de repetição do indébito, concebida para o pagamento indevido), se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido (art. 886, CC-02). (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2014: p. 447-448).

Neste liame, a doutrina já traz requisitos, sempre amparado no ordenamento jurídico, para proteger a figura do companheiro(a), de sorte que a situação é comum nos dias atuais. Podemos observar que o companheiro tem vários direitos patrimoniais. A Constituição Federal de 1988 deu um status valorativo gigantesco para a figura da união estável e, a partir deste momento, as leis infraconstitucionais,

principalmente o Código Civil de 2002, tratou a figura do companheiro em vários dispositivos. Fato notório, inclusive, porque o Código Civil de 2002 dispõe, ainda que de maneira tímida, do direito sucessório do companheiro(a).⁴²

II. D – DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS DE UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

A união livre, que fora elevado a condição de entidade familiar, denominada união estável, fez com que o concubinato adúltero, posteriormente conhecido apenas como concubinato, fosse conhecido como um tipo excludente e sem um estatuto legal próprio, ao contrário da união estável. É possível diferenciar o concubinato da união estável, apenas, verificando a existência ou inexistência de impedimento para se casar. (LÔBO, 2008: p. 164).

Não se deve confundir a união estável com o concubinato. A união estável é uma entidade familiar. O concubinato constitui uma mera sociedade de fato. A união estável pode ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, seja judicialmente ou extrajudicialmente. O concubinato é definido entre pessoas casadas não separadas, podendo, ainda, ser observado, quando, há impedimento matrimonial decorrente de crime ou parentesco. Na união estável as partes que se relacionam são definidas como companheiro ou conviventes. Já no concubinato as partes são chamadas de concubinos. (TARTUCE, 2013: p. 1169).

Vale ressaltar, outrossim, que na união estável existe direito a meação patrimonial, bem como aos direitos sucessórios. No concubinato não existe meação, alimentos ou direitos sucessório,

42 O artigo 1.790 do Código Civil trazia regras sucessórias para o companheiro(a). O STF declarou o artigo inconstitucional, não com o intuito de retirar o direito sucessório do companheiro, mas no intuito de trazer uma “equiparação sucessório” entre o cônjuge e o companheiro. Isto porque, o regime sucessório do cônjuge era mais benéfico que o do companheiro. (STF. Plenário. RE 646721/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso e RE 878694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 10/5/2017 (Repercussão Geral - Tema 809) (Info 864).

devendo, porém, ser observado à súmula 380 do STF, consagrando um direito ao patrimônio adquirido pelo esforço comum. (TARTUCE, 2013: p. 1170).

Interessante observar que, antigamente, essa expressão “concubinato” era utilizada, na verdade, para definir união estável. O doutrinador Álvaro Villaça Azevedo utilizava “concubinato puro”. Atualmente, o termo não é recomendável para definir entidade familiar, sendo solar, como exposto acima, que o companheiro ou convivente não deve ser confundido com a concubina. (TARTUCE, 2013: p. 1170).

É típico o exemplo, utilizado, de um homem casado que mantém uma amante. Nesta situação hipotética, pela literatura da norma, é impossível reconhecer uma entidade familiar da relação. (TARTUCE, 2013: p. 1170).

Em que pese os argumentos em sentido oposto, alguns doutrinadores querem levar a concubina ao status de companheira.

Maria Berenice Dias discorre:

A palavra concubinato carrega consigo o estigma de relacionamento alvo de preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral. Pela primeira vez, este vocábulo consta de um texto legislativo (CC1727), com a preocupação de diferenciar o concubino da união estável. Mas não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e família paralela, chamada doutrinariamente de concubinato adulterino, mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Simplesmente, parece dizer – mas não diz – que as relações paralelas não constituem união estável. Pelo jeito a pretensão é deixar as uniões “espúrias” fora de qualquer reconhecimento e a descoberta de direitos. Não é feita qualquer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita analogia com as sociedades de fato. Nitidamente punitiva a

postura da lei, pois condena à indivisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros (DIAS, 2009 apud TARTUCE, 2013: p. 1179-1171).

Vale consignar que na jurisprudência, de maneira minoritária, até existe algumas decisões dando direito ao concubino, o qual, trata o concubino da mesma forma que a companheira. (TARTUCE, 2013: p. 1171).

Nesta linha observe os seguintes julgados:

“Apelação. União Estável Concomitante ao casamento. Possibilidade. Divisão de bens de bem. Triação. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes dele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento concomitante à União Estável em três partes. Triação. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento por maioria”. (TJRS, Acórdão 70024804015, Guaíba, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 13.08.2009, DJERS 04.09.2009, p. 49)

“Apelação Cível. União estável. Relacionamento Paralelo ao casamento. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser reconhecida a sua existência, paralela ao casamento, com a consequente partilha de bens. Precedentes. Apelação parcialmemnte provida, por maioria” (TJRS, Acórdão 70021968433, Canoas, 8ª Câmara Cível, Rel.

Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.12.2007, DOERS 07.01.2008, p. 35).

“Apelação. União dúplice. União Estável. Possibilidade. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujos em período concomitante ao casamento de ‘papel’. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujos. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de união. Deram provimento, por maioria, vencidos o des. Relator.” (TJRS, Apelação Cível 70019387455, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 24.05.2007).

Os julgados acima, apesarem de reconhecer duas uniões concomitantemente, chamada de triação, consiste em entendimento minoritário, localizado, principalmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Então, não deve ser entendido como entendimento unanime ou uma tendência.⁴³

Uma primeira ponderação acerca da problemática é que se a união paralela durar muitos anos, com o conhecimento do outro cônjuge, parece ser dedutível que o outro cônjuge aceitava a relação paralela. Logo, o fato mereceria outro tratamento, haja vista que houve a aceitação da união ou comodismo. (TARTUCE, 2013: p. 1172).

Uma segunda ponderação seria a separação de fato da esposa, independente de residir no mesmo teto. A separação de fato estaria configurada na quebra do afeto e da comunhão, com fulcro no artigo 1511 do CC. Esta “quebra” poderia ser provada pela cessação de relações sexuais ou tratamento de marido e mulher. Isto seria uma hipótese

43 Recentemente (2020). O STF reforça a impossibilidade de reconhecimento de uniões simultâneas: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.” STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 529) (Info 1003)

em que o concubino estaria levado a condição de companheiro. (TARTUCE, 2013: p. 1172).

Interessante observar, outrossim, a situação envolvendo uniões estáveis plúrimas ou paralelas, existente quando alguém vive vários relacionamentos, consistente em união estável, ao mesmo tempo. (TARTUCE, 2013: p. 1174).

Neste sentido surge três correntes:

1ª Corrente – Afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa corrente é encabeçada por Maria Helena Diniz. Para essa corrente os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos.

2ª Corrente – O primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do cônjuge. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa corrente é liderada por Euclides de Oliveira e Rolf Madaleno. A essa corrente se filia, inclusive em obra escrito com José Fernando Simão. Anote-se que essa solução já foi adotada pela jurisprudência estadual, em dois julgados que merece destaque (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005 e TJRS, processo 70008648768, 02.06.2004, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, origem Lajeado).

3ª Corrente – Todos os relacionamentos constituem uniões estáveis, pela valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família, corrente encabeçada por Maria Berenice Dias. (TARTUCE, 2013: P. 1174) .

O entendimento que tem prevalecido é a primeira corrente. O STJ repudiou a ideia de uniões plúrimas ou paralelas. É o que se extrai do Recurso Especial 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes

Direito, 3ª turma, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 271. O entendimento prevalente aplica o princípio da monogamia à união estável. (TARTUCE, 2013: p. 1174).

No informativo 435 do STJ foi publicada a recente decisão:

Família. Uniões estáveis simultâneas. Pensão. In casu, o de cujos foi casado com a recorrida e, ao separar-se consensualmente dela, iniciou um relacionamento afetivo com a recorrente, o qual durou de 1994 até o óbito dele em 2003. Sucede que, com a decretação do divórcio em 1999, a recorrida e o falecido voltaram a se relacionar, e esse novo relacionamento também durou até sua morte. Diante disso, as duas buscaram, mediante ação judicial, o reconhecimento de união estável, conseqüentemente, o direito à pensão do falecido. O juiz de primeiro grau, entendendo haver elementos inconfundíveis caracterizadores de união estável existente entre o de cujos e as demandantes, julgou ambos os pedidos procedentes, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas e, por conseguinte, determinou o pagamento de pensão em favor de ambas na proporção de 50% para cada uma. Na apelação interposta pela ora recorrente, a sentença foi mantida. Assim, a questão está em saber, sob a perspectiva do Direito de Família, se há viabilidade jurídica a amparar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Nesta instância especial, ao apreciar o REsp, inicialmente e observou que a análise dos requisitos insitos a união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. Desse modo, entendeu-se que, no caso, a despeito do reconhecimento, na dicção do acórdão recorrido, da união estável entre o falecido e sua ex-mulher em concomitância com união estável preexistente por ele mantida com a recorrente, é

certo que o casamento válido entre os ex-cônjuges já fora dissolvido pelo divórcio nos termos do art. 1.571 § 1º do CC/2002, rompendo-se, definitivamente, os laços matrimoniais outrora existentes. Destarte, a continuidade da relação sob a roupagem de união estável não se enquadra nos modos da norma civil vigente (art. 1.724 do CC/2002), porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. Ressaltou-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir, no âmbito do Direito de Família, relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar do fato de que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Assinalou-se que, na espécie, a relação mantida entre o falecido e a recorrida (ex-esposa), despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, caso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existam no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Assentou-se, também, que ignorar os desdobramentos familiares em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos justapõem-se, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá a recorrida fazer prova, em processo diverso, repita-se, de eventual esforço comum. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu provimento ao recurso, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre o falecido e a recorrente e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente dela, companheira

do falecido.” (STJ, REsp 1.157.273-RN, Rel. Min. Nancy Andright, j. 18.05.2010).

Destarte que, pelos argumentos supramencionados, restou-se notável que o entendimento que reconhece uniões paralelas é minoritário e isolado de alguns tribunais do país. O entendimento prevalente consiste em evitar o reconhecimento de diversas uniões concomitantemente, afim de preservar a monogamia, consagrada no ordenamento jurídico.

II. E – RELAÇÃO JURÍDICA DE CONCUBINATO E DIREITOS DA(O) AMANTE

Necessário se faz analisar se há relação juridicamente tutelável entre a pessoa, casada ou em união estável, com o seu amante. Vale frisar que a análise dependerá do caso concreto, pois caso o participante da relação (concubino) desconheça a situação do seu parceiro, em respeito ao princípio da boa-fé aplicada ao Direito de Família, a proteção jurídica deve ser reconhecida afim de preservar uma justiça equânime. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 466).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O cidadão, casado na cidade do Salvador, viaja mensalmente a Curitiba, por razão profissional. Lá, encanta-se por uma linda paranaense, esconde a sua aliança (e a sua condição matrimonial) e conhece a sua família, passando a conviver com ela, de forma pública e constante, todas as vezes em que está no Sul. Como sabemos, a configuração da união estável não exige coabitação, prole ou período mínimo de tempo. Com isso, nada impede que, abusando do estado de inocência de sua companheira, o serelepe baiano culmine por constituir uma realidade paralela sussumível, em nosso sentir, às regras da união estável.

Teríamos, pois, uma situação de união estável putativa, semelhante à que se dá com o casamento (GAGALINO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 466).

Na linha de raciocínio, observando a situação acima descrita, surgem discussões, mas, a lição de Rolf Madaleno merece observação:

Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu companheiro, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como, uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do de cujos, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda herança, se concorrer com outros parentes. (MADALENO, 2008 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 467). .

Os entendimentos supramencionados não podem ser confundidos com aquela situação em que o(a) amante tem ciência do impedimento oficial para a união de ambos. Nesta situação, a tentativa de apresentar uma resposta única para a solução parece ser precipitada. A princípio, uma união paralela, motivada, apenas, por uma química sexual, não poderia em princípio conduzir a uma tutela jurídica, mas o tema é complexo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 467).

Muitas vezes, esse paralelismo se prolonga no tempo, criando raízes de convivência sólida, razão pela qual, desconhecê-lo é negar

a própria realidade. Em algumas circunstâncias, esse vínculo é tão profundo que o amante passa a colaborar na formação do patrimônio de seu parceiro, que é casado, no decorrer da união extraconjugal. Configurada essa hipótese é necessário utilizar o bom senso para uma real inteligência jurídica, indagando se seria justo a amante não ser indenizada ou ser impossibilitada discutir parte do patrimônio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 468).

A jurisprudência, com inclinação majoritária, tem se posicionado de maneira diversa, sendo contrária a viabilidade de conhecimento de uniões concomitantes. Neste sentido, confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

União Estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei n. 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fosse marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso Especial conhecido e provido (STJ. REsp 789.293 RJ, relator. Ministro: Menezes Direito, DJ 20/03/2006).

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020, Repercussão Geral – Tema 529, Info 1003)

Em que pese a jurisprudência majoritária posicionar-se pela inviabilidade do reconhecimento de uniões concomitantes, existem

decisões reconhecendo direito à indenização em benefício do amante. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

Em decisão da 4ª Turma, do ano de 2003, o ministro Aldir Passarinho Junior, relator de um recurso (REsp 303.604), destacou que é pacífica a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de o morto ser casado. No caso em análise, foi identificada a existência de dupla vida em comum, com a mulher legítima e a concubina, por 36 anos. O relacionamento constituiria uma sociedade de fato. O tribunal de justiça de São Paulo considerou incabível indenização a concubina. Mas para o ministro relator, é coerente o pagamento de pensão, que foi estabelecido em meio salário mínimo mensal, no período de duração do relacionamento. Disponível no sitio [HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 468).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou no mesmo sentido:

Namorar homem casado pode render indenização devida pelo período do relacionamento. Durante 12 anos, a concubina dividiu o parceiro com a sua mulher oficial. Separado da mulher, o parceiro passou a ter com a ex-concubina uma relação estável. Na separação, 5 anos depois, ela entrou com pedido de indenização. Foi atendido por ter provado que no período do concubinato ajudou o homem a ampliar seu patrimônio. A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fixou indenização de R\$ 10 mil. Para o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, relator da matéria, deve haver a possibilidade

do concubino ganhar indenização pela vida em comum. Não se trata de monetarizar a relação afetiva, mas cumprir o dever de solidariedade, evitando o enriquecimento indevido de um sobre o outro, à custa da entrega de um dos parceiros, justificou. O casal viveu junto de 1975 a 1987, enquanto o parceiro foi casado com outra pessoa. Depois, mantiveram união estável de 1987 a 1992. Com o fim da união, ela ajuizou ação pedindo indenização pelo período em que ele manteve outro casamento. A mulher alegou que trabalhou durante doze anos, para auxiliar o parceiro no aumento de seu patrimônio e, por isso, reivindicou a indenização por ser viços prestados. O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis entendeu que a mulher deveria ser indenizada por ter investido dinheiro na relação. Participaram do julgamento os desembargadores Luis Felipe Brasil Santos e Maria Berenice Dias. Disponível em [HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 469).

Nesta linha, como demonstrado no decorrer deste tópico, o direito obrigacional e a responsabilidade civil ganha relevância e o entendimento caminha na linha de uma sociedade de fato ou empresarial. Alguns doutrinadores, inclusive, acreditam na possibilidade de aplicar-se regras do Direito de Família nas relações entre concubinos.

Nesta linha, vejamos as considerações de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Firmada, pois, a tutela do Direito Obrigacional, indagamos se seria possível irmos mais além, para se admitir a proteção do próprio Direito de Família. Não negamos essa possibilidade em situações excepcionais, devidamente justificadas. Acentuamos essa nota de “especialidade”, pois, não sendo assim, criaríamos uma ambiência propícia à

atuação de golpistas e aproveitadores, simuladores de relações de afeto.

É acentuadamente simplista, e até socialmente desaconselhável, afirmar-se que em toda e qualquer situação a(o) amante concorrerá com a(o) esposa(o) ou com a(o) companheira(o).

Não.

Para que possamos admitir a incidência das regras familiaristas em favor da(o) amante, deve estar suficientemente comprovada, ao longo do tempo, uma relação socioafetiva constante, duradoura, traduzindo, inegavelmente, uma paralela constituição de núcleo familiar.

Tempo, afeto e aparência de união estável – admitindo-se a óbvia mitigação do aspecto da publicidade – são características que, em nosso sentir, embora não absolutas de per si, devem conduzir o interprete a aceitar, excepcionalmente, a aplicação das regras do direito de família, a exemplo da pensão alimentícia ou do regime de bens.

Nessa quadra, registre-se que, no que diz respeito ao regime de bens, a interpretação deva ser restrita ao patrimônio amealhado pelos concubinos, o que deve ser objeto de prova específica, não devendo militar a presunção de que todo o patrimônio posterior à constituição da relação foi obtido com a força de trabalho da(o) convubina(o). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 469)..

Em que pese opiniões em sentido contrário, parece haver uma dificuldade em reconhecer as regras do Direito de Família para a(o) amante. Talvez o temor de abrir um precedente, gerando uma insegurança jurídica, faz com que a discussão ainda seja tímida. Certamente, não podemos dizer que alguém que tenha mantido uma união extraconjugal com pessoa casada deva ser privado de quaisquer direitos. O problema, em verdade, consiste em abrir uma discussão interminável, multiplicando a quantidade de processos no judiciário.

É fácil perceber que muitas vezes o concubino merece a proteção do Direito de Família, mas, em nosso direito, é difícil julgamentos casuísticos com base exclusivamente no caso concreto. Ainda que os julgamentos, por óbvio, sejam baseados no caso concreto, existem regras genéricas para facilitar o caminho do julgador. No caso da união extraconjugal com pessoa casada, as regras existentes são para dificultar o caminho do amante. Neste liame, torna-se difícil um julgamento contrário as normas do ordenamento jurídico, utilizando apenas o senso de justiça do julgador. Ora, não podemos negar que o risco é alto. A abertura de precedentes seria inevitável.

Parece-nos, então, que os julgadores têm agido com cautela neste tipo de análise. Temos que reconhecer a inexistência de previsão legal no sentido de reconhecer direitos ao amante. A possibilidade, ainda que em tese, do cônjuge do amante, sem saber da traição, ser prejudicado causa insegurança jurídica na sociedade. Uma análise baseada, exclusivamente, no senso de justiça do julgador gera insegurança jurídica na sociedade. Logo, não se trata, apenas, de uma análise de caso concreto. Há reflexos na sociedade.

Não tem vida fácil o amante, segundo os entendimentos de Tribunais do nosso país. Na linha da instigante polêmica, ousamos afirmar, observando a jurisprudência das nossas cortes, que existe uma tendência em restringir os direitos da concubina. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014: p. 471).

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se neste sentido:

Companheira e concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável a união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público – Mulher – concubina – Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado

pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

Decisão. Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto Relator; Vencido o ministro Carlos Ayres Britto, Presidente. 1ª Turma, 10-2-2009 (RE 590779/ES, rel. Min Marco Aurélio. Julgado em 10-2-2009, Dje 27-3-2009, 1ª Turma)..

Em suma, podemos reconhecer que o concubino já conseguiu alguns direitos nas cortes do país, de forma tímida e restrita. Os julgados, acima, detectaram a viabilidade de indenização, em alguns casos. O reconhecimento de uniões concomitantes não tem sido admitido pelos Tribunais⁴⁴, apesar de existir decisões isoladas em sentido contrário.⁴⁵ Os Tribunais têm dificultado o reconhecimento de direitos em benefício do amante.

44 A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020, Repercussão Geral - Tema 529 - Info 1003)

45 UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. 1. Tendo o relacionamento entretido entre a autora e o de cujos se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta inquestionável a affectio maritalis. 2. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o falecido companheiro, mas ficando comprovado que ele mantinha concomitantemente união estável com outra mulher, em outra cidade, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, pois ficou bem demonstrado que ela não sabia do relacionamento paralelo do varão com a outra mulher. 3. Comprovada a união estável, tem a autora direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, devendo a questão sucessória ser apreciada nos autos do inventário do companheiro, pois ela, em tese, deverá participar da sucessão relativamente aos bens para cuja aquisição tiver concorrido. Inteligência do art. 1.725 do CCB. Recurso Desprovido. (TJRS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70072235328. Relator Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves. Fevereiro de 2017).

III – DIREITOS PATRIMONIAIS DO CONCUBINATO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal já possuía decisão, desde de 2009, com entendimento pelo impossibilidade de reconhecimento de uniões concomitantes.⁴⁶ O tema foi enfrentado no dia 21/12/20, novamente. Dessa vez em sede de repercussão geral, que reafirmou o posicionamento já conhecido. Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE *UNIÕES ESTÁVEIS* CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas *uniões estáveis* paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de *união estável*, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher,

46 *COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (STF. RE 397762 / BA – BAHIA. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 03/06/2008. Publicação: 12/09/2008. Órgão julgador: Primeira Turma)*

impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda *união estável*, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira *união estável*, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da *união estável*, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da *união estável*, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de *união estável* é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra *união* paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de casamento ou de *união estável* de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes,

julgado em 18/12/2020, Repercussão Geral, Órgão:
Tribunal Pleno – Tema 529)

Em razão do recente julgado, dessa vez em sede de repercussão geral, põe fim a questionamentos no judiciário brasileiro acerca da possibilidade ou não de reconhecimentos de uniões paralelas e concomitantes. Em que pese haver decisões isoladas em sentido contrário, com a recente decisão, em sede de repercussão geral, restará aos Tribunais se curvarem a decisão da Suprema Corte.

Assim, os direitos patrimoniais do amante ficam prejudicados em razão da inviabilidade de reconhecimento de união estável com o amante quando preexistente casamento ou união estável de um dos conviventes. No julgado, acima, notou-se, por consequência, inviabilidade da concessão de pensão por morte para o amante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo realizado observou-se que o concubinato é uma questão presente na sociedade brasileira, sendo necessário enfrentar as suas consequências em vários aspectos.

A união estável gera efeitos patrimoniais. Existe tipificação legal dando efeitos que, até então, somente o casamento possuía. A união estável tem efeito de um casamento. Por outro lado, a relação de concubinato não deve ser confundida com união estável, pois nesta há uma impossibilidade de conversão da relação em casamento, haja vista a preexistência de casamento ou união estável de um dos convivente.

Os Tribunais de maneira majoritária tem negado proteção da relação entre amantes, negando equiparação para fins patrimoniais. Vale ressaltar, todavia, que em alguns julgados foi detectado a concessão de indenização, ainda que de maneira tímida e limitada.

A amante saiu do anonimato e vem buscando direitos na sociedade. Alguns tribunais têm posicionamento, minoritário, para reconhecer a relação como entidade familiar, atestando a possibilidade

de duas uniões paralelas e concomitantes. Todavia, as decisões não têm se sustentado nas cortes mais altas.

O Supremo Tribunal Federal possui posicionamento firme em não estender o instituto ao Direito de Família. Recentemente o tema foi apreciado em sede de repercussão geral, gerando a seguinte tese: *“A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”*⁴⁷

Assim, nota-se a dificuldade de reconhecimento dos direitos do amante. A vedação de reconhecimento de uniões paralelas e concomitantes, com a recente decisão do STF, põe fim a uma discussão antiga, que vinha causando insegurança jurídica na sociedade. Ainda que exista a concessão de indenização para o amante em alguns casos, as decisões são isoladas e com muitas peculiaridades no caso concreto, sendo difícil enxergar como uma tendência nos Tribunais.

47 STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020, Repercussão Geral, Órgão: Tribunal Pleno – Tema 529.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 2002** / Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel / Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. 2ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013

BRASIL. **Constituição Federal de 1988** / Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel / Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. 2ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

CAHALI, Youssef Said; CAHALI, Francisco José. **Coleção Doutrinas Essenciais: Família e Sucessões**, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

----- . **Coleção Doutrinas Essenciais: Família e Sucessões**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias D. Direito das famílias. Disponível em: Minha Biblioteca, (8ª edição). Editora Saraiva, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil**, volume 5: direito de família. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIERA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**: organizadas por assunto anotadas e comentadas. 7ª Ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: direito de família. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 1^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORÃES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20^a Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3^a Ed. São Paulo: Método, 2013.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OPEN BANKING: UMA ANÁLISE DO CONSENTIMENTO DENTRO DO MODELO BRASILEIRO, À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Leonardo Gomes de Aquino ⁴⁸

Jéssika Carvalho Torres Magalhães⁴⁹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar os principais pontos acerca da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no que concerne ao consentimento previsto na norma. Bem como, de que forma esse ponto da legislação foi aplicado nos dispositivos infralegais que regulam o sistema financeiro aberto (*Open Banking*). Com o objetivo final de apontar quais seriam os limites e funções traçados pelo consentimento dentro do modelo brasileiro de *Open Banking*.

Abstract: This article aims to present a study about the Brazilian General Personal Data Protection Law (in Portuguese, LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados), more specifically about consent as defined by said Law. In addition, we will also investigate how the concept of consent was applied to infralegal devices that regulate the financial

48 Orientador do texto. Advogado. Mestre em Direito. Graduação em Direito - FADOM - Faculdades Integradas do Oeste de Minas (2000) e mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2005). Atualmente é autônomo - ArSiriano Advogados, professor da Escola Superior de Advocacia do Distrito Federal, professor do Centro Universitário de Brasília e horista do Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: sociedade, direito empresarial, comercial, empresa e arbitragem. Colunista na Coluna "Descortinando o Direito Empresarial" no Jornal Estado de Direito, ISSN 2446-6301, contribuindo na popularização do direito como instrumento de cidadania e protagonismo social. Autor de diversos livros entre eles podemos citar: Teoria geral dos contratos, editora Expert. Contrato de Franquia. Editora Expert. Propriedade industrial. Editora D'Plácido. Direito empresarial. Teoria da empresa e direito societário. Editora Kiron. Email: Leonardogomesdeaquino@gmail.com

49 Graduada em Gestão Pública e graduanda em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), com especialização em Direito Digital pela Universidade Paulista (UNIP). Já atuou na redução a termo no Núcleo de Atendimento ao Jurisdicionado do TJDF. Interessa-se por Direito Digital, Direito Tributário, Direito Eleitoral, e-mail: jessikacarvalhotorres@gmail.com.

system (Open Banking). Our final objective is to recognize limits and functions established concerning consent in the Brazilian Open Banking model.

Palavras-chave: Open banking. LGPD. Consentimento. Proteção de dados. APIS. Portabilidade. Interoperabilidade. Proteção de dados pessoais.

1. INTRODUÇÃO

As transformações decorrentes da modernização dos sistemas de armazenamento e de processamento de dados têm como característica um intenso fluxo de informações e novas tecnologias, o que permite a utilização de dados pessoais em uma escala nunca experimentada. Assim, de maneira dinâmica a era digital possibilita o surgimento de dados pessoais, a coleta, utilização e o descarte diretamente por meio eletrônico. O que não seria diferente no mercado financeiro, que vem acompanhando as diversas inovações e disponibilizando uma variedade de produtos e serviços 100% digitais. Isto tem motivado os bancos tradicionais a atualizar e modernizar suas estruturas, com o objetivo de manter uma boa posição no mercado.⁵⁰ Nesse contexto surge o *Open Banking*⁵¹, que conforme o art. 2º, I, da Resolução conjunta nº 1 de 4 maio de 2020 é o “compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas”⁵². Em síntese esse sistema financeiro aberto consiste na união da imposição normativa e mais especificamente regulatória setorial pela qual as instituições financeiras devem permitir a portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais.⁵³ Esses três conceitos podem ser vistos como pilares do sistema, funcionando como alicerces

50 FORTUNATO, Viviane Prisila. **Open banking: uma análise do modelo brasileiro, à luz da lei geral de proteção de dados. 2020.** p. 2.

51 Open Banking: sistema financeiro aberto.

52 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**, de 4 maio de 2020.

53 TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open banking: trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais no âmbito do sistema financeiro.** 2021. 1159-1189 f. REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 7 (2021), Nº 3.

para o perfeito funcionamento do *Open Banking*, e estão diretamente ligados a questão do consentimento, que é regulamentado na LGPD, bem como nas normas infralegais que regem o sistema. Logo, surge o tema “Open Banking: uma análise do consentimento dentro do modelo brasileiro, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados”.

A proposta de pesquisa é analisar o papel do consentimento, onde e como está regulamentado, quais as funções e limites desenhados dentro do modelo brasileiro de Open Banking. Para isto será necessária uma breve abordagem a respeito da implementação do sistema no país de forma a compreender bem seus três pilares.

No Brasil a instalação do sistema financeiro aberto contou com 4 fases.⁵⁴ E o funcionamento do sistema acontece por meio de APIs (*Application Programming Interfaces*)⁵⁵, que são sistemas que possibilitam o compartilhamento padronizado de dados e serviços, por parte das instituições participantes autorizadas pelo Banco Central do Brasil.⁵⁶ Para o perfeito funcionamento do sistema há a necessidade de integração do trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais com o consentimento previsto no art. 7º, inciso I, da LGPD que dispõe que, “o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular [...]”.⁵⁷

O órgão regulador (BACEN)⁵⁸, fica encarregado de descrever um modelo de consentimento a ser adotado que esteja em harmonia com a legislação, porém que seja simples, seguro e completo. O novo sistema bancário vem com a proposta de ampliar as possibilidades para seus usuários, aumentando a concorrência, dando maior liberdade ao indivíduo, e quebrando o monopólio das instituições bancárias,

54 OPEN BANKING. Open banking Brasil, 2021. Fases de implementação.

55 *Application programming interfaces*: conjunto de instruções e padrões de programação que permitem que duas ou mais plataformas se comuniquem.

56 OPEN BANKING. **Open banking Brasil, 2021. Tire suas dúvidas. O que é open banking?** Disponível em: < <https://openbankingbrasil.org.br/conheca>>. Acesso em: 27 de abril de 2021

57 BRASIL, **Lei Nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018.

58 BACEN: Banco Central do Brasil

pois em consonância com a LGPD⁵⁹ coloca o titular dos dados como protagonista, uma vez que ele é dono de seus dados financeiros, podendo fornecer o consentimento e retirar a qualquer momento, sendo os dados transmitidos para quem for permitido por meio de um sistema interoperável, que por sua vez é regulado com base na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e esta é responsável por tutelar o consentimento. Assim, é possível visualizar que o consentimento tem papel importantíssimo dentro do novo modelo bancário brasileiro. E para responder à pergunta: à luz da LGPD, em que medida o consentimento interfere na dinâmica do sistema financeiro aberto? será mostrado como o consentimento está inserido no Open Banking, quais funções e efeitos dentro do sistema.

Desse modo em uma pesquisa dedutiva será apresentada a estrutura do Open Banking, o consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e nas normas infralegais reguladas pelo BACEN, assim com as funções e limites desenhadas por ele dentro sistema financeiro aberto.

2. A ESTRUTURA DO OPEN BANKING

O surgimento e a implementação de novas tecnologias ocasionaram o crescimento exponencial do fluxo de dados. O que acabou tornando a comercialização deles um procedimento natural, dando espaço para que as empresas contratem os chamados *data brokers*⁶⁰ com o objetivo de adquirir maior números de dados possíveis. A comercialização dos dados em questão por vezes se dá de maneira irregular, sem que o titular das informações saiba a forma como suas informações foram adquiridas e repassadas para tais instituições. Tal dinâmica encontra justificativa no poder que a detenção de determinados tipos de informações pode acarretar para que as têm. Afinal, em uma era permeada pelo intenso fluxo de informações, é

59 LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

60 Data brokers: são indivíduos ou empresas que empresa que coletam, armazenam, processam e compilam dados de consumidores e os cedem para variados fins.

perfeitamente possível dizer que o poder informacional de uma empresa é diretamente proporcional a quantidade de dados que ela consegue armazenar e processar.⁶¹

A dinâmica não seria diferente no setor bancário, onde a corrida por captação de clientes é cada vez maior. E objetivando quebrar algumas práticas que limitavam o poder de decisão do cliente algumas normas vêm sendo editadas. A exemplo disto temos a resolução 3.401, de 6 de setembro de 2006, e a 4.649, de 28 de março de 2018, do Conselho Monetário Nacional (CMN)⁶², que tratam expressamente da possibilidade de o cliente autorizar a disponibilização de informações cadastrais para outras instituições financeiras, proibindo a limitação ou detenção do acesso a diferentes tipos de operações bancárias, respectivamente.

Nesse contexto surge o sistema financeiro aberto (*Open Banking*), conceito que teve origem na Europa, com o objetivo de promover na União Europeia um sistema de serviços e pagamentos únicos. Permitindo a livre circulação de pessoas e bens, serviços e capitais, e revogando algumas normas, o que veio a aliviar eventuais conflitos entre os Estados-membros.

No Brasil a proposta vai um pouco além, expandindo as categorias informacionais que as instituições devem compartilhar com outros *players*⁶³. Logo, o comunicado BCB 33.455, de 24 de abril de 2019, estabeleceu requisitos essenciais que vão além da identificação de dados, produtos e serviços, incluindo padrões de interoperabilidade para os participantes.⁶⁴

Isto posto, a seguir será abordado um pouco a respeito dos três pontos que servem como base para o funcionamento do sistema financeiro aberto, são eles: portabilidade, interoperabilidade e proteção de dados pessoais.

61 SOUTO, Gabriel Araújo. **A Cessão de Dados Financeiros Como um Novo Modelo de Negócios através do Open Banking**. 2020. 13-32 f. REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL. V. 14 n.2 (2020).

62 CMN: Conselho Monetário Nacional

63 Players: empresas que concorrem em um determinado mercado

64 SOUTO, Gabriel Araújo

2.1 PORTABILIDADE

Como dito anteriormente, a portabilidade é um dos pilares que sustenta o funcionamento do sistema financeiro aberto. E ao se falar de *Open Banking* ela se dá através da permissão de compartilhamento das informações com outro prestador de serviços, sendo que tal permissão é fornecida pelo titular dos dados. A portabilidade tratada aqui difere da portabilidade de serviços, pois o que será transmitido serão as informações do cliente, tal qual prevê o inciso V do artigo 18 da lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) a seguir:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

Como disposto, em relação aos dados tratados, a qualquer momento e mediante requisição o titular dos dados pode obter do controlador: a portabilidade dos dados para outro prestador de serviços ou produto, com requisição expressa, conforme regulamenta a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁶⁵, prestando atenção aos segredos industriais e comerciais.

Aqui o ponto que difere de outras formas de portabilidade, é que não há a necessidade de exclusão do vínculo inicial. Uma vez que não existe a transferência absoluta dos dados para outro prestador de serviços, apenas o compartilhamento dos dados necessários ao serviço contratado por parte do solicitante.

O que torna perfeitamente possível que mesmo após a transmissão dos dados, estes continuem a ser tratados por distintos

⁶⁵ ANPD: Autoridade Nacional de Proteção de Dados

prestadores. Desse modo, falando em *Open Banking* como não há uma transferência em sua totalidade, mas sim um compartilhamento de informações a respeito do cliente, existe a possibilidade de um tratamento simultâneo dos dados em questão.⁶⁶

2.2 INTEROPERABILIDADE

A interoperabilidade permite que o sistema funcione em conjunto. Assim é necessário que haja o compartilhamento das diferentes infraestruturas (“sistemas internos”) de cada instituição. O objetivo aqui é que os sistemas participantes do *Open Banking* funcionem em harmonia, propiciando a transmissão de dados de forma segura, efetiva e tempestiva. Logo a interoperabilidade pode ser vista como um grande ecossistema, que por meio das APIs facilita a interação entre os atores, podendo ser eles agente internos do sistema financeiro ou usuários externos.

Esse sistema funciona por meio de interfaces dedicadas, possibilitando a concretização das etapas descritas na Resolução Conjunta nº1 em seu art. 8º, que discorre a respeito da solicitação de compartilhamento. Assim, os incisos I, II, III e IV tratam que as etapas do consentimento, autenticação e confirmação descritas no caput do mesmo diploma devem ser realizadas de forma segura, ágil, precisa e convenientemente por meio de canais específicos que são abordados no art. 23 da mesma resolução, como vemos a seguir:

Art. 23. As instituições participantes devem disponibilizar interfaces dedicadas ao compartilhamento de dados e serviços de que trata esta Resolução Conjunta, padronizadas de acordo com os padrões estabelecidos pela convenção de que trata o art. 44.

66 THOMAZELLI, Patrícia; VIOLA, Mario. **Portabilidade de Dados, Interoperabilidade e Open Banking**. 2021. Disponível em: < <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/02/Portabilidade-Interoperabilidade-OpenBanking.pdf> >. Acesso em 31.10.2021

Além disto devem ser realizadas exclusivamente por meio de canais eletrônicos. Se dando de maneira sucessiva e sem interrupções. A dispor de tempo em conformidade com seus objetivos e níveis de complexidade, conforme preceitua o artigo 8º:

Art. 8º A solicitação de compartilhamento de dados de cadastro e de transações e de serviços de que trata o art. 5º, incisos I, alíneas “c” e “d”, e inciso II, alínea “a”, compreende as etapas do consentimento, autenticação e confirmação.

Parágrafo único. As etapas de que trata o caput devem:

I - ser efetuadas com segurança, agilidade, precisão e conveniência, por meio da interface dedicada de que trata o art. 23;

II - ser realizadas exclusivamente por canais eletrônicos;

III - ocorrer de forma sucessiva e ininterrupta; e

IV - ter duração compatível com os seus objetivos e nível de complexidade.

Assim, fica evidente que as regras a respeito dos sistemas interoperáveis devem ser seguidas, ainda que envolvam sistemas de instituições diferentes. A Resolução Conjunta nº. 1 não define ou especifica um modelo de interoperabilidade, apenas estabelece que os participantes tenham interfaces padronizadas, conforme pode ser observado na redação de seu art. 44, inciso I, alínea “a” e seguintes, como vemos:

Art. 44. As instituições participantes devem celebrar convenção, com observância das disposições desta Resolução Conjunta, sobre aspectos relativos:

I - aos padrões tecnológicos e aos procedimentos operacionais, que abrangem, no mínimo:

a) a implementação de interfaces dedicadas de que trata o art. 23, inclusive:

[...]

Logo a conclusão acerca dos padrões de interoperabilidade é que, a regulamentação que envolve o *Open Banking* deixa o setor definir os padrões a serem utilizados na forma de compartilhamento.⁶⁷

2.3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Embora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais seja algo bem recente, o tema relacionado a “proteção de dados” é algo que já havia sido abordado mesmo antes da LGPD, e algumas legislações trazem em linhas gerais certa preocupação com o assunto, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Decreto do Comércio Eletrônico, Marco Civil da Internet, Lei de Acesso à Informação, entre outros.⁶⁸

O Destaque para a LGPD é que ela vem para assegurar a autodeterminação, inclusive informativa do titular dos dados. Dessa forma, a Resolução Conjunta nº. 1 em harmonia com a legislação é clara ao estabelecer que as instituições participantes do sistema devem atuar de forma ética, responsável, seguindo os princípios da transparência, segurança, privacidade de dados e de informações a respeito dos serviços prestados, prezando pela qualidade dos dados, realizando tratamento não discriminatório, agindo de forma recíproca e prezando pela interoperabilidade.⁶⁹ Conforme o art. 4º da Resolução Conjunta:

Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º, para fins do cumprimento dos objetivos de que trata o art. 3º, devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, com observância da legislação e

67 THOMAZELLI, Patrícia; VIOLA, Mario

68 SOUZA, Giovanni Luan Marciel de; MALINOWSKI, Karine Aguiar; VALASKI, Luis Henrique. **Análise Econômica dos Dados: Uma abordagem Conceitual, Regional e Global**. 2020, 182-218 f. REVISTA ESA OAB-PR, VOLUME 2.

69 TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth

regulamentação em vigor, bem como dos seguintes princípios:

I-transparência;

II-segurança e privacidade de dados e de informações sobre serviços compartilhados no âmbito desta Resolução Conjunta;

III-qualidade dos dados;

IV-tratamento não discriminatório;

V-reciprocidade; e

VI-interoperabilidade.

Nesse contexto, é importante garantir a proteção dos dados pessoais em questão, uma vez que somente assim será possível assegurar um ambiente em que os titulares gozem plenamente de autodeterminação.

Com isto é perfeitamente possível enxergar que os pilares que compõe o sistema financeiro aberto, portabilidade, interoperabilidade e proteção de dados pessoais se completam dentro do sistema, bem como todos em certo nível interagem com o consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e nas normas infralegais que regulam o sistema.⁷⁰

3. O CONSENTIMENTO PREVISTO NA LGPD

3.1 O CONTEXTO DA LGPD

Diante da recessão vivenciada pela economia brasileira, durante o período de 2013-2016, vista como a maior recessão da história e em meio ao maior colapso político já vivenciado. O então Presidente da República, Michel Temer, vem com um discurso reformista prometendo adotar novas medidas econômicas.⁷¹

⁷⁰ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth

⁷¹ GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo Silva. **O consentimento como elemento fundamental para a conformidade do open banking com a Lei Geral de Proteção de dados**. 2020. 280-296 f. REVISTA ESA OAB- PR, VOLUME 2.

E em maio de 2017, com objetivo de melhorar a economia brasileira, houve a aproximação do país com a OCDE (organização para cooperação e desenvolvimento econômico). O que foi parte de uma estratégia do Governo brasileiro em busca de recriar alicerces para um desenvolvimento econômico sustentável, que entre outros objetivos almejava, preservação do meio ambiente e inclusão social, assim como a busca de políticas que proporcionem um melhor ambiente de negócios e qualificação da população inserida no sistema, otimizando os gastos do poder público de maneira que se tronem menos onerosos, gerando tecnologia e inovação de maneira lucrativa, que venha a assegurar um bom posicionamento na competitividade industrial, e um acelerado e maior dinamismo do Brasil junto a economia internacional.⁷²

E nessa busca por adequação aos padrões da OCDE o país teve que introduzir diversos instrumentos legais, visando uniformizar as condutas, de maneira que atendesse aos padrões e normas internacionais, logo o Brasil aprovou em 14 de agosto de 2018, a lei nº13.709/2018, que dispõe a respeito da regulação geral de proteção de dados pessoais, a qual entrou em vigor dia 15 de agosto de 2020⁷³

3.2 A LGPD

A questão de tratamento de dados já estava prevista em alguns dispositivos normativos a exemplo do Marco Civil da Internet – lei 12.965/2014, cujo foco é estabelecer diretrizes para o uso da rede mundial de computadores, resguardando proteção aos dados e sua transmissão pela internet. Porém, houve a necessidade de uma regulamentação mais específica a respeito do tema, então surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – lei nº13.709/2018, que é dividida em 10 Capítulos, contendo 65 artigos. Ela foi Inspirada no *General Data Protection Resolution*, que é a regulamentação da União

72GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo Silva.

73GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo Silva.

européia a respeito do tema, a LGPD passa a dispor sobre proteção e tratamento de dados pessoais, inclusive em meios digitais, por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, com o objetivo de zelar pelos direitos fundamentais de privacidade e liberdade, bem como o desenvolvimento livre da personalidade da pessoa natural.⁷⁴ Comparativamente ela é menor do que sua referência europeia (GDPR), que conta com 99 artigos dispostos por 11 Capítulos.⁷⁵ A Lei Geral de Proteção de Dados trata-se de uma norma principiológica, como vemos a seguir em seu art. 6º:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

- I-finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II-adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III-necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV-livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V-qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados,

74 COSTA, Julia; CASTRO, Bruno. **Análise crítica da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – LEI 13.709/2018**. Disponível em: <Análise crítica da LEI GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS (LGPD) – LEI Nº 13.709/2018 | por Julia Costa e Bruno Castro – Abi-Ackel (abiackeladvogados.com.br)> Acesso em: 01.11.2021

75 PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção De Dados Pessoais: Comentários à Lei nº. 13.709/2018 (LGPD)**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Editora Saraiva, 2021.

de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI-transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII-segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII-prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX-não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X-responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Assim, traz como fundamentos o respeito a privacidade; liberdade de expressão; a autodeterminação informativa; liberdade de informação, de comunicação, e opinião; inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem; desenvolvimento tecnológico, econômico e a inovação; os direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania por parte das pessoas naturais.⁷⁶

Por outro lado, a Lei Geral de Proteção de Dados coloca o consentimento como um dos principais elementos, sendo ele a primeira possibilidade, em meio a outras, que permite o tratamento

76 GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo Silva. **O consentimento como elemento fundamental para a conformidade do open banking com a Lei Geral de Proteção de dados**. 2020. 280-296 f. REVISTA ESA OAB- PR, VOLUME 2.

dos dados pessoais, porém não a única,⁷⁷ como disposto no art. 7º a seguir transcrito:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I-mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
II-para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
III-pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
IV-para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
V-quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
VI-para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
VII-para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
VIII-para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
(Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
IX-quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
X-para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

77 GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo

Logo é possível observar que a redação do Capítulo II, mais especificamente na primeira seção, ao abordar o tratamento de dados pessoais, houve a preocupação em listar as possibilidades apontando os requisitos necessários ao tratamento.

3.3 O CONSENTIMENTO NA LGPD

A aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, traz algumas hipóteses legais para que ocorra o tratamento de dados pessoais, e dentre as hipóteses listadas em seus incisos o fornecimento de consentimento por parte do titular é a primeira delas.

Assim resta evidente que para um perfeito funcionamento do modelo brasileiro de *Open Banking*, é essencial que o sistema esteja em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, uma vez que a dinâmica do sistema financeiro aberto gira em torno do tratamento dos dados pessoais de seus clientes, logo é primordial que haja adequação no diz respeito ao consentimento fornecido pelo titular, assim como está estabelecido no artigo 7º inciso I da LGPD⁷⁸, que determina que o tratamento de dados pessoais somente seja realizado diante das hipóteses em que: “ o consentimento seja fornecido pelo titular; e outros nove incisos que tratam de outras possibilidades legais para o tratamento dos dados pessoais.”

Assim, o principal ponto de partida para que empresas e consumidores venham a se beneficiar do sistema financeiro aberto é o consentimento. Motivo que demanda maior atenção para a questão por parte do órgão responsável por regular as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (ANPD)⁷⁹. Almejando construir um modelo de consentimento simples, contudo completo e seguro, evitando quaisquer tipos de fraudes.⁸⁰

78 GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo

79 ANPD: Autoridade Nacional de Proteção de Dados

80 GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo

Ainda dentro do contexto da LGPD há a definição do conceito de consentimento, que conforme o artigo 5º, inciso XII é: a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.”⁸¹

Ademais, a norma prevê que, o consentimento deve ser fornecido de maneira escrita ou por outro meio que demonstre a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular está de acordo com o tratamento de seus dados pessoais com uma determinada finalidade, conforme expresso no artigo 8º, com destaque para seu §1º que determina que nos casos em que o consentimento seja fornecido por escrito, deverá haver uma cláusula destacada das demais, como podemos visualizar a seguir:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

Controlador: pessoa jurídica ou física (de direito público ou privado) que toma decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Ainda dentro do mesmo artigo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estabelece que, é proibido o tratamento de dados pessoais quando existir vício de consentimento, e que cabe ao controlador⁸² o ônus de provar que o consentimento foi obtido em conformidade com a legislação.⁸³Tais previsões estão expressas nos §§ 3º e 2º, que seguem:

81 BRASIL, **Lei Nº 13.709**, de 1 de agosto de 2018

82 Controlador: pessoa jurídica ou física (de direito público ou privado) que toma decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

83 GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

Já o parágrafo 4º trata que: “O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.”

A LGPD também determina que o consentimento pode ser fornecido e revogado a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular, por meio de procedimento gratuito e de forma facilitada, e que todos os tratamentos feitos sob a vigência de consentimento anterior são validos enquanto não houver solicitação para eliminação, é o se observa em seu artigo 8º, §5º:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

Desta forma, nos termos do artigo 18 inciso VI caput, o titular poderá obter do controlador, em relação a seus dados por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição, a eliminação dos dados

pessoais tratados com consentimento anterior, excluindo as previsões do artigo 16 do mesmo dispositivo, como podemos ver:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

Logo a eliminação dos dados pessoais ocorrerá após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, permanecendo autorizado a conservação nas hipóteses dos incisos de I a IV do mesmo diploma. Estabelecendo assim que será permitida a permanência nas seguintes hipóteses: para cumprimento por parte do controlador de obrigação legal ou regulatória; para o estudo por órgão de pesquisa, sempre que possível garantindo o anonimato dos dados pessoais; para transferência a terceiro, sempre respeitando os requisitos para tratamento disciplinados na LGPD; e para o uso exclusivo do controlador, desde que os dados permaneçam anônimos e sendo proibido o acesso por terceiro. Nos termos do artigo 16:

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I-cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II-estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III-transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV-uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Por fim, a norma discorre que a eventual dispensa na exigência de consentimento, não desobriga os agentes de tratamento a realizar outras obrigações previstas na Lei, em especial as de observância dos princípios gerais e de garantia do titular, é o que vem no 6º e último parágrafo do artigo 8º:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular

Importante destacar que quando diz respeito a alteração na finalidade do tratamento dos dados coletados, é obrigatório que o titular seja informado imediatamente, tal qual o art. 9º:

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I-finalidade específica do tratamento;

II-forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III-identificação do controlador;

IV-informações de contato do controlador;

V-informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI-responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

§ 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

§ 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

O que destaca a questão da transparência de informações do tratamento de dados, informando as características referentes ao acesso livre à informação. Figurando como elementos essenciais, a exposição clara e o fácil acesso quanto ao objetivo do tratamento, bem como sua forma, duração, e as informações referentes aos agentes que fazem o tratamento. Assegurando a gratuidade nas consultas a essas informações.⁸⁴

84PINHEIRO, Patricia Peck.

4.1 O CONSENTIMENTO NA REGULAMENTAÇÃO DO OPEN BANKING

4.1 A RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1 DE 04/05/2020

A norma editada pelo BCB e pelo CMN, busca padronizar a maneira de compartilhamento de dados e serviços fornecidos pelas instituições financeiras, de pagamento e outras que têm o funcionamento autorizado pelo Banco Central do Brasil. Consonante a isto segundo os termos estabelecidos no art. 6º da Resolução Conjunta, são integrantes do *Open Banking*: de maneira obrigatória, as instituições pertencentes aos Segmentos 1 (S1) e 2 (S2) relacionadas na Resolução nº4.553/2017:

Art. 2º, §1º O S1 é composto pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de câmbio e caixas econômicas que:

I - tenham porte igual ou superior a 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB); ou Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017 Página 2 de 5

II - exerçam atividade internacional relevante, independentemente do porte da instituição.

§ 2º O S2 é composto:

I - pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de câmbio e caixas econômicas, de porte inferior a 10% (dez por cento) e igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB; e

II - pelas demais instituições de porte igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB.

Podendo participar de forma voluntária as outras instituições financeiras, de pagamento e demais que são autorizadas a funcionar segundo o Banco Central do Brasil.

Enquanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais traz 10 possibilidades para o tratamento dos dados pessoais, ao se falar do

sistema financeiro aberto, as instituições que o integram apenas poderão compartilhar tais informações mediante o consentimento fornecido pelo cliente, e este é a primeira etapa no processo de compartilhamento de dados previsto pela Resolução Conjunta, que conta com mais outras duas: autenticação e confirmação.⁸⁵

4.2 O CONSENTIMENTO NA RESOLUÇÃO CONJUNTA 1º

O normativo define consentimento como sendo: “manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços para finalidades determinadas”, conforme seu art. 2º, inciso VIII.⁸⁶

A Resolução Conjunta apresenta a forma que as atividades devem ser conduzidas, e lista os princípios a serem seguidos pelas instituições participantes, como vemos em seu art.4º:

Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º, para fins do cumprimento dos objetivos de que trata o art. 3º, devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, com observância da legislação e regulamentação em vigor, bem como dos seguintes princípios:

I-transparência;

II-segurança e privacidade de dados e de informações sobre serviços compartilhados no âmbito desta Resolução Conjunta;

III-qualidade dos dados;

IV-tratamento não discriminatório;

V-reciprocidade; e VI - interoperabilidade.

85FORTUNATO, Viviane Prisila.

86BRASIL. Resolução conjunta nº 1

Entende-se que a coleta por meio eletrônico está relacionada ao princípio da interoperabilidade, já tratado anteriormente, presente no art. 4º da Resolução Conjunta e “que diz respeito à capacidade de dois ou mais sistemas se comunicarem se forma eficaz, garantindo a integridade dos dados”.⁸⁷ Com o objetivo de tornar o processo fluído e automático, é necessária a adoção desse processo de comunicação, que possibilita continuidade no fluxo informacional entre as instituições integrantes. E para isto é imprescindível a concessão prévia de consentimento pelo cliente.⁸⁸

Tratando que o consentimento deve seguir algumas determinações: sendo a solicitação realizada por meio de linguagem adequada, objetiva e clara; com referência a finalidades já determinadas; com prazo de vigência em conformidade com as finalidades que já formam determinadas anteriormente, respeitando a limitação de doze meses; de acordo com o caso, deve trazer de maneira discriminar a instituição detentora ou transmissora da conta; detalhar os serviços e dados que serão compartilhados, observando a possibilidade de agrupamento tratada no art.11, como disposto abaixo:⁸⁹

Art. 11. Os dados objeto de compartilhamento podem ser apresentados ao cliente de forma agrupada, com base em critérios a serem estabelecidos na convenção de que trata o art. 44. Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, o agrupamento de dados deve: I - ser identificado de forma clara, objetiva e adequada; II - possibilitar a discriminação dos dados pelo cliente em nível granular; e III - guardar relação com os dados representados em nível granular

87INSTITUTO BRASILEIRO DE COACHING. **Entenda o conceito de interoperabilidade entre sistemas e sua utilidade para uma empresa.** Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/entenda-o-conceito-de-interoperabilidade-entre-sistemas-e-sua-utilidade-para-uma-empresa/>>. Acesso em 20.11.2021.

88FORTUNATO, Viviane Prisila.

89BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**

Devendo acrescentar a identificação do cliente; e só podendo o consentimento ser recolhido após a entrada em vigor da referida Resolução Conjunta, respeitando os prazos contidos no art.55. Com isto observamos que a norma apresenta determinações relativas à forma, finalidade, prazo e identificação da instituição, cliente e dados armazenados referentes a aquisição do consentimento conforme o art.10, §1º, incisos I a VII a seguir:

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

§ 1º O consentimento mencionado no caput deve:
I-ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada;

II-referir-se a finalidades determinadas;

III-ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses;

IV-discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso;

V-discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 11;

VI-incluir a identificação do cliente; e

VII-ser obtido após a data de entrada em vigor desta Resolução Conjunta, com observância dos prazos estabelecidos no art. 55.

Ademais em casos de alterações nas possibilidades previstas nos incisos II, III, IV e V é necessária a obtenção de um novo consentimento do cliente conforme preceitua o §2º do mesmo artigo:⁹⁰

90 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

[...]

§ 2º A alteração das condições de que tratam os incisos II a V do § 1º requer a obtenção de novo consentimento do cliente.

Já as vedações à obtenção do consentimento estão discriminadas no §3º do mesmo dispositivo, trazendo que é proibido a obtenção por meio de contrato de adesão; por formulário com opção de aceite previamente preenchida; e de maneira presumida, sem que o cliente se manifeste de forma ativa.⁹¹

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

[...]

§ 3º É vedado obter o consentimento do cliente:

I-por meio de contrato de adesão;

II-por meio de formulário com opção de aceite previamente preenchida; ou

III-de forma presumida, sem manifestação ativa pelo cliente.

Outras vedações referentes a prestação de informações, contratos de parcerias e transações de pagamento sucessivas são apresentadas nos §§ 4º, 5º e 6º.⁹²

91 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**

92 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

[...]

§ 4º É vedada a prestação de informação para a instituição transmissora de dados sobre as finalidades de que trata o § 1º, inciso II.

§ 5º A vedação de que trata o § 4º não se aplica aos contratos de parceria de que trata o art. 36 ou a outros casos previstos na legislação ou regulamentação em vigor.

§ 6º No caso de transações de pagamento sucessivas, o cliente, a seu critério, poderá definir prazo superior ao estabelecido no § 1º, inciso III, podendo condicionar o prazo de validade do consentimento ao encerramento das referidas transações.

O normativo define em seu art. 2º, inciso IV instituição receptora de dados como, “instituição participante que apresenta solicitação de compartilhamento à instituição transmissora de dados para recepção dos dados”⁹³ e trata no mesmo artigo, inciso VI, que a iniciadora de transação de pagamentos é a “instituição participante que presta serviço de iniciação de transação de pagamento sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço”⁹⁴

Segundo a Resolução Conjunta, além da obtenção de consentimento, cabe no que se refere a responsabilidade de coleta do consentimento à instituição receptora de dados ou iniciadora de transações de pagamentos identificar o cliente, conforme o caput do art.10:

93 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1.**

94 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1.**

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

Por último há a previsão de, a qualquer momento, o titular dos dados pode revogar o consentimento fornecido. Possibilidade que deve ser garantida por todas as instituições participantes envolvidas no compartilhamento de dados ou serviços, por meio de procedimento seguro, ágil, conveniente e preciso. Devendo a possibilidade de revogação ser oferecida pelo mesmo canal em que foi concedida, se ainda existir. E Vedando que a instituição transmissora de dados ou detentora de conta proponha ao cliente a revogação, a menos que haja por alguma suspeita justificada de fraude. Conforme o art. 15:

Art. 15. As instituições participantes envolvidas no compartilhamento de dados ou serviços devem assegurar a possibilidade da revogação do respectivo consentimento, a qualquer tempo, mediante solicitação do cliente, por meio de procedimento seguro, ágil, preciso e conveniente, observado o disposto na legislação e regulamentação em vigor.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, as instituições devem disponibilizar ao cliente a opção da revogação de consentimento ao menos pelo mesmo canal de atendimento no qual foi concedido, caso ainda existente.

§ 2º É vedado à instituição transmissora de dados ou detentora de conta propor ao cliente a revogação de consentimento, exceto em caso de suspeita justificada de fraude.

5. AS FUNÇÕES E LIMITES DO CONSENTIMENTO

Ao falar de LGPD é interessante mencionar que, a princípio o consentimento era a única base legal que possibilitava o tratamento de dados pessoais. As mudanças vieram com as consultas públicas realizadas nos anos de 2010 e 2015. E assim o consentimento não só deixou de ser a única base legal, como foi posicionado topograficamente sem que isto implique em uma hierarquia maior em relação as demais bases legais elencadas nos incisos de art.7º.⁹⁵

A necessidade de consentimento com relação a coleta de dados, sobretudo no ambiente virtual, ganhou importância devido a sensibilidade e vulnerabilidade que informações pessoais foram adquirindo com o desenvolvimento tecnológico. Logo, torna-se primordial assegurar a privacidade e liberdade das pessoas e usuários, o que deve ser feito por meio da ciência de que devem consentir o uso de seus dados, bem como tenham direito de saber qual o objetivo da coleta e acesso ao seu conteúdo, a qualquer tempo.⁹⁶

Nesse sentido temos que o consentimento tem como principal função trazer o titular dos dados para o protagonismo das relações que envolvam o tratamento de seus dados pessoais. Contudo, as empresas devem gozar de liberdade para utilizar os dados de forma transparente e ética em troca de um acesso ou serviço prestado, pois o desenvolvimento econômico também deve ser assegurado para esses sujeitos.⁹⁷

Importante recapitular que é responsabilidade da empresa que realiza o tratamento dos dados demonstrar que possuía o consentimento do usuário ou que estava enquadrada nas possibilidades de exceções. Pois o legislador, em atenção ao cenário brasileiro de preocupação com

95 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P.131

96 PINHEIRO, Patricia Peck. P. 33

97 PINHEIRO, Patricia Peck. P. 33

segurança, cuidou para que a norma trouxesse garantias de exceções ao consentimento, a exemplo da questão de proteção ao crédito.⁹⁸

Assim temos que a autodeterminação informativa é uma das bases que fundamenta a LGPD e que também está inserida como principal premissa no *Open Banking*: pois os dados são propriedade do cliente e não das instituições financeiras. Contudo, os dados tutelados na LGPD são mais restritos do que os colocados na regulação do *Open Banking*. Pois a legislação tutela apenas os dados de pessoas naturais.⁹⁹ O que é possível observar no seu art. 5 incisos I e V, que de segue:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I-dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
[...]
V-titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

Já a regulação do sistema financeiro aberto apresenta a possibilidade de dados de pessoas jurídicas serem processados pelo sistema, ao dispor que cliente pode ser, qualquer pessoa jurídica ou natural, de acordo com o art.2º, inciso II:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Resolução Conjunta, considera-se:
II-cliente: qualquer pessoa natural ou jurídica, exceto as instituições de que trata o art. 1º, que mantém relacionamento destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira com as instituições de que trata esta Resolução Conjunta, inclusive para a realização de transação de pagamento;

98 PINHEIRO, Patricia Peck. P. 33

99 FORTUNATO, Viviane Prisila. P.24

Ressaltado que são excluídas as instituições de que trata o art.1º, a seguir transcrito:

Art. 1º Esta Resolução Conjunta dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking) por parte de instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Assim, as instituições que mantêm relacionamento para à prestação de serviços ou operações financeiras com instituições que são abordadas na Resolução conjunta, incluído aquelas voltadas para transações de pagamento¹⁰⁰, não são qualificadas como cliente para fins de tratamento de dados pelo sistema.

A resolução ainda limita meio, forma, prazo e finalidade para a aquisição do consentimento, mostrando isto expressamente no seu art. 10:

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

§ 1º O consentimento mencionado no caput deve:

- I-ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada;
- II-referir-se a finalidades determinadas;
- III-ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses;
- IV-discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso;
- V-discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 11;

100 BRASIL. **Resolução conjunta nº 1.**

VI-incluir a identificação do cliente; e
VII-ser obtido após a data de entrada em vigor desta Resolução Conjunta, com observância dos prazos estabelecidos no art. 55

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe informações acerca do consentimento aplicado ao sistema financeiro aberto (*Open Banking*), que é regido pela resolução conjunta nº1. Apresentando uma análise diante do consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Assim, diante de todo o exposto, é possível observar que a norma regulamentadora e a LGPD trazem abordagens distintas ao tratar de consentimento. O que pode ser atribuído ao fato de que o consentimento previsto em cada uma delas é diverso. Pois a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais se refere especificamente ao tratamento dos dados pessoais. Já a Resolução Conjunta nº1 diz respeito ao compartilhamento dos dados do cliente dentro do sistema financeiro aberto, e cliente pode ser pessoa jurídica, como demonstrado ao longo dessa pesquisa.

Nesse sentido a LGPD coloca o titular dos dados como o principal agente no que diz respeito a sua coleta e acesso. Mas traz outras 9 possibilidades de tratamento dos dados além do consentimento, que são os cenários de exceção previstos na norma. Já a Resolução Conjunta que trata do *Open Banking*, traz o consentimento como única chance para o compartilhamento dos dados dentro do sistema financeiro aberto, sendo fornecido apenas por meio eletrônico e com possibilidade de ser retirado a qualquer momento pelo mesmo meio, o que está em perfeita consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Logo é possível observar que a LGPD e a Resolução Conjunta nº1 por tratarem de diferentes objetos quando falam em consentimento, trazem diferenças relevantes. Entre elas que a resolução conjunta nº1

permite o compartilhamento de informações referentes a pessoas jurídicas como demonstrado na pesquisa, o que não é permitido no tratamento de dados regulado pela LGPD, pois a Lei trata exclusivamente de dados pessoais.

Assim, a norma infralegal aponta a forma de recolher o consentir, o meio, finalidade, prazos de vigência, detalhes acerca do cliente, instituições e serviços que serão prestados. Todos em conformidade com o que dispõe a legislação de proteção de dados pessoais. Pois embora tratem de objetos diferentes ao dispor sobre o consentimento, ainda existe a possibilidade de estar diante de dados pessoais, o que faz necessária a aplicação da LGPD.

Diante de todo o exposto fica claro que uma das principais funções atribuídas ao consentimento no contexto *Open Banking*, sem dúvidas, e garantir a autodeterminação do cliente. O que amplia suas opções, gerando a possibilidade de um mercado financeiro mais competitivo, em que as taxas sejam mais justas e atrativas para os usuários. Porém sempre respeitando a legislação vigente.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL, **Lei Nº 13.709**, de 1 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29.10.2021

BRASIL. **Resolução conjunta nº 1**, de 4 maio de 2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055>> Acesso em 29.10.2021

BRASIL. **Resolução nº 3401**, de 6 setembro de 2006. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2006/pdf/res_3401_v2_p.pdf> Acesso em > 31.10.2021.

BRASIL. **Resolução nº 4.553**, de 30 de janeiro de 2017. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50335/Res_4553_v1_O.pdf> Acesso em 05.11.2021

BRASIL. **Resolução nº 4.649**, de 28 de março de 2018. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/8581149/do1-2018-04-02-resolucao-n-4-649-de-28-de-marco-de-2018-8581145> Acesso em 31.10.2021

BRASIL. **Comunicado nº33.455**, de 24 de abril de 2019. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n%C2%BA-33.455-de-24-de-abril-de-2019-85378506>> Acessado em 31.10.2021

COSTA, Julia; CASTRO, Bruno. **Análise crítica da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – LEI 13.709/2018**. Disponível em: <Análise crítica da LEI GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS

(LGPD) – LEI Nº 13.709/2018 | por Julia Costa e Bruno Castro – Abi-Ackel (abiackeladvogados.com.br)> Acesso em: 01.11.2021

FORTUNATO, Viviane Prisila. **Open banking: uma análise do modelo brasileiro, à luz da lei geral de proteção de dados.** 2020. 42 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2020.

GALERANI, Helaine Euglides; CARVALHO, Albadilo Silva. **O consentimento como elemento fundamental para a conformidade do open banking com a Lei Geral de Proteção de dados.** 2020. 280-296 f. REVISTA ESA OAB- PR, VOLUME 2.

INSTITUTO BRASILEIRO DE COACHING. **Entenda o conceito de interoperabilidade entre sistemas e sua utilidade para uma empresa.** Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/entenda-o-conceito-de-interoperabilidade-entre-sistemas-e-sua-utilidade-para-uma-empresa/>>. Acesso em 20.11.2021.

OPEN BANKING. **Open banking Brasil, 2021. Fases de implementação.** Disponível em: < <https://openbankingbrasil.org.br/conheca> > Acesso em: 28 de abril de 2021.

OPEN BANKING. **Open banking Brasil, 2021. Tire suas dúvidas. O que é open banking?** Disponível em: < <https://openbankingbrasil.org.br/conheca> >. Acesso em: 27 de abril de 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção De Dados Pessoais: Comentários à Lei nº. 13.709/2018 (LGPD).** Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Editora Saraiva, 2021.

SOUTO, Gabriel Araújo. **A Cessão de Dados Financeiros Como um Novo Modelo de Negócios através do Open Banking.** 2020. 13-32 f. REVISTA DA PROCURADORIA- GERAL DO BANCO CENTRAL. V. 14 n.2 (2020).

SOUZA, Giovanni Luan Marciel de; MALINOWSKI, Karine Aguiar; VALASKI, Luis Henrique. **Análise Econômica dos Dados: Uma abordagem Conceitual, Regional e Global**. 2020, 182-218 f. REVISTA ESA OAB-PR, VOLUME 2.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open banking: trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais no âmbito do sistema financeiro**. 2021. 1159-1189 f. REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 7 (2021), Nº 3.

THOMAZELLI, Patrícia; VIOLA, Mario. **Portabilidade de Dados, Interoperabilidade e Open Banking**. 2021. Disponível em: < <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/02/Portabilidade-Interoperabilidade-OpenBanking.pdf> >. Acesso em 31.10.2021

A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS DAS TESTEMUNHAS NO SISTEMA DE VALORAÇÃO DE PROVAS

*Amanda De Castro Cergilio*¹⁰¹

*Marcelo Pereira Cruvinel*¹⁰²

RESUMO: A existência de falsas memórias no curso do processo penal vem ganhando notoriedade nos últimos tempos, isso porque a incidência de tais memórias viciadas vêm trazendo uma série de erros judiciais quando alinhadas ao sistema de valoração de provas, logo, em virtude disso o presente estudo visa demonstrar quais são os sistemas processuais existentes, apontando qual deles é adotado e qual melhor se adequa a realidade processual brasileira, além disso, o trabalho terá como escopo detalhar a produção de provas sob a perspectiva do Código de Processo Penal com enfoque principal no reconhecimento pessoal e nas declarações prestadas em juízo, perfazendo a posteriori explicações sobre elementos importantes no que diz respeito as falsas memórias das testemunhas, exteriorizando desde os seus conceitos básicos até a sua chegada e influência no processo penal, ademais, se tem um detalhamento minucioso quanto a cada sistema de valoração de provas, chegando por fim aos casos cuja as falsas memórias em consonância a alta valoração de provas testemunhais foram cruciais para ocasionar a condenações de inocentes.

Palavras-Chaves: Falsas Memórias. Sistemas. Testemunhas. Processo Penal.

101 Advogada Criminalista. Pós-graduanda em Processo Penal aplicado à Advocacia Criminal.

102 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo terá como tema as falsas memórias das testemunhas e o sistema de valoração de provas no âmbito do Direito Processual Penal, frente aos diversos casos nos quais há condenações pautadas na existência de provas testemunhais eivadas de falsas memórias, que são valoradas à maior em relação as demais provas constantes nos processos.

O depoimento das testemunhas no processo penal é elemento de prova utilizada para o fim de convencer o julgador da causa acerca da culpa ou inocência do acusado, e neste sentido o depoimento de testemunhas que estão sob a influência de falsas memórias podem gerar graves consequências tanto para o acusado quanto para a sociedade.

Frente ao exposto, o ponto a ser pesquisado será a influência das falsas memórias das testemunhas na persecução penal, e buscará responder ao seguinte questionamento: As falsas memórias das testemunhas podem levar inocentes a serem condenados sem a incidência de outros elementos de prova nos autos do processo, com fundamento somente na alta valoração conferida a prova testemunhal?

Há um crescente aumento nos casos em que pessoas inocentes são condenadas em processos criminais devido as provas testemunhais prestadas por pessoas que se encontravam sob a influência das falsas memórias.

Conforme se pode extrair de casos noticiados, as falsas memórias das testemunhas podem sim levar inocentes a serem condenados mesmo quando não estejam presentes no processo outras provas que atestem a culpa do acusado, isso porque existe no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de valoração da prova que permite o livre convencimento motivado do juiz, o que abre margem para condenações dessa espécie.

No cerne dos objetivos, este estudo irá analisar como as falsas memórias das testemunhas podem prejudicar os acusados em processos judiciais bem como observar a valoração conferida a prova

testemunhal no âmbito do processo penal, bem como buscará discutir os sistemas processuais, discutir como a prova testemunhal é produzida de acordo com a previsão do código de processo penal, visualizar o procedimento do reconhecimento pessoal e as declarações prestadas em juízo, definir o conceito de falsas memórias, identificar como são formadas as falsas memórias das testemunhas, observar os sistemas de valoração da prova e o valor conferido a prova testemunhal, e investigar os impactos que a condenação eivada da incidência de falsa memória e valorada de forma superior em detrimento de outras provas podem causar aos acusados e a sociedade.

1.A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

De forma inicial, para que se consiga ter uma visão mais ampla no tocante ao tema discutido é necessário fazer uma explanação acerca da evolução do sistema processual penal brasileiro, isso porque tal sistemática se relaciona com a produção da prova testemunhal e o sistema de valoração da prova adotado no país.

Conforme disserta RANGEL (2021, p. 78), o sistema processual penal pode ser definido como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

É importante destacar que no decorrer das décadas com o aprimoramento e evolução dos estudos referentes ao processo penal podemos vislumbrar o avanço na aplicação de diferentes sistemáticas, sendo estes sistemas denominados de inquisitivo, acusatório e misto.

Neste interim, se buscará um apontamento na explanação de cada um dos sistemas mencionados para o fim de que seja possível chegar a uma conclusão acerca de qual sistema se adequa mais a realidade processual atual existente no país.

1.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO

Tal sistema tem seu nome baseado na santa inquisição. Etimologicamente a palavra inquisição significa: “Antigo tribunal eclesiástico instituído para investigar e punir crimes contra a fé católica” (AURÉLIO, 2010, p. 428). Alguns doutrinadores mencionam a finalidade para qual tal tribunal eclesiástico fora criado, vejamos:

No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (JUNIOR, 2021, p.15)

A assertiva retro encontra respaldo no Judiciário, conforme ementa que ora se colaciona:

PROCESSO CIVIL. REVELIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. POSSIBILIDADE. LIMITES. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL. CPC, ARTS. 322, 319, 320 E 330. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. RECURSO DESACOLHIDO. I - A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito ou mesmo concluir pela

improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia. II - A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual “a questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado” (Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 5, p. 15). III - Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a sua intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia. IV - A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial. V - Sem o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial (STJ - REsp: 211851 SP 1999/0038107-6, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 10/08/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.09.1999 p. 71 REVFOR vol. 352 p. 303 RSTJ vol. 124 p. 419)

A origem do sistema inquisitório é fundada em meados dos séculos XVI, XVII e XVIII, época na qual vigorava a monarquia, pode se dizer que “o cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares” (RANGEL, 2021, p.78).

Adotado em praticamente todos os países da Europa, neste sistema o juiz era que detinha as funções de acusar e punir o cidadão que havia praticado a conduta delituosa, em tal período não havia

divisão no tocante a tais obrigações, de modo que competia ao Estado-Juiz as funções de investigação, acusação, defesa e julgamento.

Além de todas essas funções estarem concentradas nas mãos do juiz, é importante destacar que no sistema inquisitório geralmente os processos possuíam caráter sigiloso, não eram permitidos os institutos do contraditório e a ampla defesa e o sistema de apreciação de provas adotado era o sistema da prova legal também denominado de prova tarifada, que em palavras mais simplórias significa que as provas a serem produzidas já possuíam uma valoração estipulada de forma antecedente.

Em que pese tal sistema não seja empregado no âmbito do direito brasileiro, podemos vislumbrar a sua influência no período atual por intermédio do próprio Código de Processo Penal, que teve a sua criação e formulação parcialmente inspirada no Código Rocco, vigente aos tempos em que a Itália enfrentava a era fascista (BRITO, 2021).

Ademais, também há indícios da sistemática discutida nos inquéritos policiais, uma vez que tal procedimento administrativo adota determinadas características do sistema inquisitivo, como por exemplo o sigilo e a ausência de contraditório e ampla defesa.

Assim, depreende-se que o sistema inquisitório remonta basicamente um período de perseguição, nos quais os acusados sequer eram vistos como sujeitos de direito, sem possuir garantias que lhes permitissem provar a sua inocência ou explicar as circunstâncias em que os atos considerados criminosos eram cometidos, tal sistema evidentemente acarreta em prejuízos à quem é vitimado pelo processo penal, razão pelo qual em uma sociedade evoluída não deveria se quer haver resquícios do sistema discutido.

1.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Inicialmente é primordial destacar que o sistema acusatório tem um viés absolutamente oposto ao sistema inquisitório.

Considerado o sistema processual penal mais democrático, o sistema acusatório surge na Grécia Antiga, de acordo com LOPES JR. (2021, p. 70) “A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direto do povo no exercício da acusação e como julgador”.

Tal sistema dispõe em seu bojo a finalidade de cada uma das partes envolvidas no processo penal, ou seja, menciona a função de cada indivíduo e faz uma limitação a respeito de até quais pontos a parte pode atuar na ação penal. Neste sentido, a doutrina dispõe acerca de características importantes inerentes a esse sistema:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal a liberdade do réu é a regra (NUCCI, 2021, p. 40)

Neste liame, em decorrência desse sistema há a existência das garantias conferidas pela Constituição Federal, tais como o contraditório e a ampla defesa, a legalidade, a inadmissibilidade das provas ilícitas bem como outras garantias semelhantes.

Com a publicação da lei 13.964/2019 (pacote anticrime), o Código de Processo Penal sofreu algumas alterações de elevada importância, entre tais mudanças se tem a incidência do artigo 3º - A dispondo que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Diante desses ditames, apesar de haver uma certa insegurança jurídica sobre a vigência de tal diploma legal ante ao fato de que a alteração em análise encontra-se suspensa para julgamento no

Supremo Tribunal Federal, restou sanada a dúvida acerca de qual sistema processual seria adotado de fato no país, neste interim, frente a nova disposição foi levantada uma questão a respeito da revogação de artigos incompatíveis com o sistema acusatório, tendo a doutrina feito ponderações a esse respeito:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantir a imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, ou, como existia no sistema brasileiro até a reforma de 2019, em que se permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público. Portanto, são absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório e estão tacitamente revogados (no todo ou em parte, conforme o caso), entre outros, os arts. 156, 385, 209, 242, etc. (JUNIOR, 2021, p.15)

Em observância a tais pensamentos doutrinários, se pode vislumbrar que de fato no sistema acusatório há uma separação latente de funções, narra RANGEL (2021, p. 81) que “Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da CRFB), pois

a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”.

Inobstante a tudo o que já foi apresentado sobre o sistema acusatório, se faz mister mencionar que os Tribunais Superiores do país possuem o entendimento jurisprudencial no sentido de que este sistema verdadeiramente prevalece no ordenamento jurídico pátrio em detrimento dos outros independentemente da suspensão do artigo 3º A do Código de Processo Penal, por esta razão observaremos a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012. Agravo regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador. (RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020)

Ementa: CONSTITUCIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL ACUSATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO E PRIVATIVIDADE DA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (CF, ART. 129, I). INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO REGIMENTAL QUE POSSIBILITA ARQUIVAMENTO

DE INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADO SEM VISTA DOS AUTOS AO PARQUET. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA. 1. O sistema acusatório

consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a “atividade de supervisão judicial” (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013). 2. Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão.

3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. (ADI 4693, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 29- 10-2018 PUBLIC 30-10-2018)

Apesar do que fora demonstrado no que concerne ao sistema acusatório, não se pode dizer que o direito brasileiro adota tal sistemática de forma pura e exclusiva, apesar da legislação, da doutrina e da jurisprudência estarem visivelmente demonstrando acolher o sistema processual acusatório, conforme mencionado no tópico anterior o boletim de ocorrência é um procedimento puramente inquisitório, e embora não haja obrigatoriedade para a sua produção, por vezes a ocorrência é quem oferece suporte para o início da persecução penal.

Neste sentido, em que pese esse seja o sistema adotado, depreende-se que o sistema acusat6rio n6o reflete de forma perfeita a sistem6tica processual brasileira.

1.3 O SISTEMA MISTO

O sistema misto historicamente se inicia posteriormente ao fim do per6odo conhecido como Revolu76o Francesa e com o advento do C6digo Napole6nico. O destaque deste sistema processual se d6 em decorr6ncia da uni6o de caracter6sticas de ambos os sistemas j6 amplamente expostos nesse cap6tulo, tendo, portanto, um car6ter bif6sico, uma vez que alguns atos necess6rios para os processos seriam em partes pautados na matriz do sistema inquisit6rio e outros na matriz do sistema acusat6rio.

De forma geral, a principal caracter6stica desse sistema processual 6 que ele re6ne as principais caracter6sticas dos sistemas inquisit6rio e acusat6rio, oferecendo assim mais flexibilidade ao processo. No que se refere 6s atribuic6es dos magistrados, 6 poss6vel afirmar que eles t6m um papel mais ativo, sendo respons6veis tanto pela investiga76o quanto pela aplica76o da lei. Al6m disso, a parte interessada no processo tem mais direitos garantidos, especialmente o direito de defesa e o direito de interrogar testemunhas. (JUNIOR, 2021, p. 29)

A doutrina faz alus6o a algumas informa76es importantes concernentes ao sistema ora tratado, mencionando fatos hist6ricos a seu respeito e salientando acerca de sua origem, influ6ncias e finalidades:

Surgido ap6s a Revolu76o Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divis6o do processo em duas grandes fases: a instru76o preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predomin6ncia do sistema acusat6rio. Num primeiro est6gio, h6

procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2021, p. 40) O sistema misto tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público. (RANGEL 2021, p. 82)

O ponto chave no que diz respeito a esse sistema é de fato a sua separação em fases, onde na primeira delas haveria por exemplo uma investigação visando a obtenção de elementos de prova capazes de embasar a necessidade de um processo para elucidar os fatos, por sua vez na segunda fase haveria uma liberdade para que o acusado impugnasse a conduta a ele imputada, observando os direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tendo como exemplo típico o contraditório e a ampla defesa.

Doutrinariamente falando, JUNIOR. (2021, p. 16) cita que:

A divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto.

Acerca da divisão de fases propriamente ditas, a doutrina faz tal separação da forma que se segue:

1^a) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente; 2^a) judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público. (RANGEL, 2021, p. 82)

Frente aos apontamentos demonstrados o sistema misto, assim como o sistema acusatório, tem em seu bojo uma divisão de funções, ou seja, o julgador, o acusador e o defensor não estão concentrados na mesma pessoa, de modo que pode ser considerado democrático.

Vislumbra-se assim que o sistema misto, em que pese não seja reconhecido como tal, é em verdade o sistema mais aproximado e condizente com a realidade processual brasileira, isso porque a forma como o processo penal no país é instruído se amolda a essa realidade ante ao fato de existirem atos inquisitivos, tais como os atos regidos pelo sistema acusatório, de modo que mesmo o sistema acusatório sendo reconhecido como o sistema vigente no território brasileiro não houve a abolição do sistema inquisitivo apesar do mesmo ser arcaico e atentatório aos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal da República.

2. A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E AS FALSAS MEMÓRIAS DAS TESTEMUNHAS

No que tange a produção da prova testemunhal, é de mister importância demonstrar como essas são produzidas a fim de que se chegue a uma conclusão em relação ao quanto este elemento pode gerar a incidência de falsas memórias nas testemunhas.

Para fins de conhecimento, NUCCI (2021 p. 439) narra acerca da origem da palavra prova e dispõe que “O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”.

De forma cabal se depreende que prova no âmbito judicial é o elemento utilizado com vistas a averiguar as circunstâncias em que ocorreram os fatos, a apurar quem seriam as partes envolvidas na ocorrência da prática delituosa e construir uma base forte capaz de justificar as razões pelas quais o indivíduo merece ou não ser punido pela conduta prevista em lei.

Alguns doutrinadores como KAGUEIAMA, (2021 p. 38) destacam que “as provas são elementos fundamentais à reconstrução histórica dos fatos colocados a julgamento, a partir da qual se pretende verificar a ocorrência do crime e a sua autoria”. Pacelli (2021, p. 270) complementa a definição:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Neste liame, denota-se que a prova é de fato algo imprescindível para dar suporte aos processos.

Ocorre que em algumas provas, à exemplo dessas a prova testemunhal e o reconhecimento pessoal, tem a sua colheita em circunstâncias em que não se pode por outra forma constatar a veracidade dos fatos alegados pelo declarante, isso porque tais provas decorrem de maneira exclusiva das percepções das testemunhas acerca do episódio presenciado.

Nesses casos, é importante que a testemunha seja realmente confiável, bem como que as suas percepções sejam informadas de forma adequada, pois a juíza ou o juiz, para decidir sobre a veracidade dos fatos, deverá avaliar de maneira criteriosa a prova testemunhal. A avaliação criteriosa de uma prova testemunhal envolve alguns aspectos, como a capacidade de percepção da testemunha, a veracidade dos fatos narrados, o ângulo de visão do qual a testemunha presenciou os fatos, a consistência temporal das informações fornecidas, a possibilidade de testemunhar a causa dos fatos, entre outros.

Tais provas, portanto, restam dúbias e questionáveis, não em decorrência das percepções pessoais da testemunha, mas sim porque a pessoa que presenciou o acontecimento pode estar sendo influenciada por falsas memórias, o que faz com que a prova colhida reste prejudicada.

Com vias a averiguar tais circunstâncias, passa-se analisar sobre como são produzidas as provas com fulcro no Código de Processo Penal, sobre como são feitos o reconhecimento pessoal e as declarações prestadas em juízo, conjugando todos esses fatores aos conceitos de falsas memórias, ao processo de formação de tais memórias e a influência da produção de provas para a criação das falsas memórias das testemunhas.

2.1 O PROCESSO DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM CONSONÂNCIA AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal traz em seu título VII, capítulo I uma série de disposições gerais acerca das provas, ditando os pilares

necessários quanto a tal elemento, dispendo a respeito do sistema de valoração de provas adotado, fixando a quem incumbe o ônus da prova e dissertando acerca das circunstâncias que maculam a prova fazendo com que surja a necessidade de sua extração do processo.

O primeiro ponto que merece atenção é de fato a valoração da prova, tal assunto será abordado no próximo capítulo de forma mais aprofundada, no entanto, se faz prudente destacar inicialmente que a lei expressamente em seu artigo 155 aduz que a decisão a ser proferida pelo magistrado deve ser pautada em sua convicção derivada da livre apreciação da prova produzida.

Narra NUCCI (2021, p. 451) que tal diploma legal mencionado vem:

Significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Tal trecho exposto no Código de Processo Penal de forma sintética impõe limites sobre até que ponto o juiz pode decidir pautado em suas próprias convicções, narrando uma obrigatoriedade acerca da necessidade de estarem presentes nos autos do processo provas que evidenciem a precisão de absolvição ou condenação da parte, sendo, portanto, uma disposição importante para nortear o julgador a respeito da prova.

Por sua vez, o Código de Processo Penal em seu artigo 156 versa sobre o ônus da prova e especifica que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Observando tal exposição, uma vez que grande parte dos crimes são processados mediante ações penais públicas incondicionadas, incumbe ao Ministério Público o ônus da prova, nos termos do artigo 129, inciso I da Constituição Federal. Acerca de tal ônus a doutrina disserta que:

Ônus da prova, em outro enfoque, é uma “posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”.²²

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta (NUCCI, 2021, p. 447)

Portanto, resta demonstrado de forma cristalina e incontroversa que no âmbito do Direito Processual Penal o cometimento e a autoria do fato ilícito devem ser provados por partedo acusador, que em regra será o ministério público, entretanto, também em dadas situações poderá ser o ofendido.

Por fim, nas disposições iniciais que versam sobre a prova dentro do Código de Processo Penal, temos o artigo 157, exteriorizando que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Por expressão do artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal, as provas cuja sua obtenção derivam das provas ilícitas também devem ser desentranhadas do processo.

Para que se faça entender o motivo pelo qual tais provas não devem estar presentes na ação penal, impende salientar que as provas ilícitas ou também conhecidas como provas ilegais podem ser definidas como:

Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos. (NUCCI, 2021, p. 443)

Ou seja, são provas que foram produzidas em desacordo com o que foi determinado por nossa legislação, de modo que a existência de ilicitude durante a colheita de prova faz com que tal elemento reste maculado, afetando a prova propriamente dita e as que foram originadas a partir dela, razão pela qual a Constituição Federal determina a inadmissibilidade deste conteúdo em seu artigo 5º, inciso LVI.

Tal disposição é de suma importância para o ordenamento jurídico, isso porque o diploma legal discutido é um dos meios garantidores para que o processo penal não seja eivado de vícios, fazendo com que a ação penal seja mais democrática e justa, uma vez que a pretensão

do estado em punir os acusados em processo judicial não pode se valer da desobediência de imposições legais para alcançar os seus objetivos.

Pode-se depreender que, em conformidade ao que impõe o Código de Processo Penal, em que pese tais disposições sejam apresentadas de forma básica, tais artigos são de suma importância no que tange a forma na qual o processo judicial deve ser conduzido.

2.2 O RECONHECIMENTO PESSOAL

Inicialmente, cumpre destacar que o reconhecimento pessoal é um dos meios de provas permitidos no ordenamento jurídico

brasileiro, disciplinado pelo Código de Processo Penal em seus artigos 226 e seguintes, que tem a função de salientar a forma pela qual tal provadeve ser produzida.

O Código de Processo Penal dispõe sobre o reconhecimento de coisa, nos mesmos artigos em conjunto ao reconhecimento de pessoas. No entanto, será analisado somente sobre o que diz respeito ao reconhecimento pessoal, isso porque o reconhecimento a ser discutido possui maior relevância para a finalidade da presente monografia.

Doutrinariamente, encontra-se alguns conceitos que definem o que seria reconhecimento:

O reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer. (JUNIOR, 2021, p.215)

Por sua vez, NUCCI (2021, p. 548) define reconhecimento como: “o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa”.

O reconhecimento é uma importante ferramenta para a investigação policial e é usado como meio de obtenção de dados para solucionar crimes. É importante lembrar que o reconhecimento é uma das etapas da investigação policial, pois não é o único meio de obter provas ou elementos de prova que possam servir para elucidar um crime.

O reconhecimento pode ser feito por meio de uma fotografia ou outra forma de identificação visual, como reconhecimento facial ou reconhecimento de voz. O reconhecimento pode também ser realizado por meio de uma prova de impressões digitais, impressões de DNA ou impressões de um objeto específico.

Superados os conceitos, verifica-se a forma como a lei determina que seja feito o reconhecimento:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

- I. a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
- II. a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
- III. se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
- IV. do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. (Brasil, 1941)

Preliminarmente, o artigo citado em seu inciso I disserta sobre a necessidade de que a pessoa que fará o reconhecimento promova a descrição da pessoa a ser reconhecida, essa disposição tem a sua finalidade voltada para testar a falibilidade da memória do declarante, pode se dizer que:

Inicialmente, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida (art. 226, I, CPP). Essa providência é importante para que o processo fragmentário da memória se torne conhecido, vale dizer, para que o juiz perceba se o reconhecedor tem

a mínima fixidez (guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar) para proceder ao ato. Se descrever uma pessoa de dois metros de altura, não pode, em seguida, reconhecer como autor do crime um anão. É a lei da lógica aplicada ao processo de reconhecimento, sempre envolto nas naturais falhas de percepção de todo ser humano. (NUCCI, 2021, p. 548)

A disposição tem a sua importância aliada ao fato de que este procedimento é uma forma pela qual se visa evitar um reconhecimento errôneo que possa surgir ante a uma falha da memória ou frente ao surgimento das ditas falsas memórias, todavia, em que pese esse artigo da lei seja uma forma de filtrar lembranças que não estão em consonância com a realidade, ainda sim o dispositivo não é capaz de deter de forma absoluta as recordações evadidas de vícios da memória.

Por sua vez, o inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal preconiza que no momento do reconhecimento pessoal, o suspeito deverá ser colocado junto a pessoas que possuam características semelhantes as suas.

O procedimento previsto é considerado um meio para se verificar se a testemunha ou mesmo a própria vítima tem capacidade e discernimento suficiente para reconhecer sem dificuldades a pessoa que de fato praticou o crime. Objetivamente e de acordo com a doutrina, podemos narrar que o procedimento a ser adotado no reconhecimento pessoal tem como objetivo:

Se valer do processo de comparação para buscar no fundo da consciência a imagem efetiva daquele que viu cometer algo relevante para o processo. Seja ele testemunha, seja vítima, precisa estabelecer um padrão de confronto para extrair a identificação certa ou, então, colocar-se em profunda dúvida, sendo incapaz de proceder ao reconhecimento. O ideal, pois, é colocar pessoas semelhantes para serem

apresentadas em conjunto ao reconhecedor. (NUCCI, 2021, p. 549)

Tal dispositivo dispõe acerca de uma forma utilizada para que o reconhecimento não seja eivado de falibilidade, de modo que caso estejam presentes ao lado do acusado pessoas com características físicas semelhantes a este e mesmo assim a testemunha o reconheça, se teria em tese uma prova mais robusta.

Cumpra mencionar ainda, que é imprescindível que durante o reconhecimento se tenha mais pessoas próximas ao suspeito, tendo em vista que caso assim não fosse, não se trataria de reconhecimento pessoal, e sim um testemunho, acerca de tal questão NUCCI (2021 p.548) expressa que “Não se deve proceder ao reconhecimento individualizado, ou seja, somente entre reconhecedor e reconhecendo. Se assim for feito, como já mencionado, não se trata de reconhecimento, mas de mero testemunho.”

Logo, denota-se que o inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal busca estabelecer o grau ao qual a vítima ou as testemunhas tenham de capacidade para determinar se a pessoa suspeita foi quem de fato praticou o teve participação no crime.

No que toca ao inciso III, do artigo 226, do Código de Processo Penal, a lei confere proteção ao reconhecedor nos casos em que haja desconfiança de que esse tenha receio em dizer a verdade quando estiver frente a frente com o reconhecido, de modo que a disposição legal assegura que nestes casos serão tomadas providências para que as partes não se encontrem.

Neste certame, destaca NUCCI (2021 p. 548) se a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento recear, de algum modo, sofrer algum tipo de intimidação ou influência, deve-se providenciar o isolamento entre quem vai reconhecer e a pessoa a ser reconhecida.”

Tal inciso tem o seu crédito fundado no resguardo da liberdade do reconhecedor, posto que uma parte tão fundamental para o processo de reconhecimento não pode sofrer coações que o façam ocultar a verdade diante do receio de que lhe ocorra algum mal.

Por fim, o inciso IV, do artigo 226, do Código de Processo Penal salienta acerca da lavratura do auto de reconhecimento, que deverá ser assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas, no tocante a tal inciso, a doutrina específica que:

Na derradeira etapa, lavra-se auto pormenorizado, que é o registro, por escrito, de tudo quanto ocorrer no processo de reconhecimento (art. 226, IV, CPP). Devem ser anotadas as reações do reconhecedor e todas as suas manifestações, de modo a se poder analisar qual o processo mental utilizado para chegar à conclusão de que o reconhecendo é – ou não – a pessoa procurada. (NUCCI, 2021, p.550)

Assim, o trecho do Código de Processo Penal delimita mais um procedimento no âmbito do reconhecimento pessoal ao qual se busca confirmar a veracidade do reconhecimento realizado.

Não obstante, ao analisar as disposições legais consoantes ao reconhecimento pessoal, não se pode deixar de mencionar o artigo 228 do Código de Processo Penal, uma vez que tal dispositivo determina que nos casos em que houver vários reconhecedores, as provas deverão ser produzidas separadamente, de forma a evitar a comunicação entre tais pessoas.

Doutrinariamente, pode-se dizer que:

É inadmissível, pois não se pode aceitar que várias pessoas, ao mesmo tempo, umas influenciando as outras, o que seria natural diante da situação gerada, possam reconhecer pessoas ou coisas. O processo é individualizado, cada qual tendo a sua oportunidade de se manifestar livremente a respeito da pessoa ou da coisa a ser reconhecida. Torna-se importante, ainda, que a autoridade providencie a incomunicabilidade daquele que já participou da diligência com o que ainda vai empreendê-la, de modo

a livrar a prova de qualquer mácula. A infringência ao disposto neste artigo torna inviável a aceitação da prova como reconhecimento, podendo-se dar a ela, no entanto, o valor que o juiz achar conveniente. (NUCCI, 2021, p.553)

Diante do exposto, torna-se evidente que caso os reconhecedores ficassem no mesmo ambiente durante a realização das provas, todos eles poderiam ser afetados em decorrência dos pontos de vistas uns dos outros, o que acarretaria em numerosos problemas e na inviabilidade da prova, posto que o reconhecimento não gozaria de credibilidade, de modo que a separação é medida necessária.

Com vias a destacar a importância dos diplomas legais ora esmiuçados, os tribunais superiores têm entendido pela nulidade dos procedimentos realizados em desacordo com o que estabelece o artigo 226 do Código de Processo Penal, observemos o que aduz a jurisprudência:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior inicialmente entendia que “a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se

amparouem outras provas colhidas sob o crivo do contraditório.

2. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que “o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
3. (AgRg no HC 695.063/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,
4. julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022).
HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. EFEITO EXTENSIVO.
1. No julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, decidiu a Sexta Turma, revendo anterior interpretação, no sentido de que se “determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários”.
2. Na hipótese, o reconhecimento pessoal do imputado, ora paciente, não obedeceu aos

ditames do precedente mencionado (HC 598.886/SC) e, mais grave ainda, da própria norma processual em causa (art. 226 - CPP), porquanto apenas uma das vítimas reconheceu os agentes, sem a apresentação de pessoas semelhantes e sem a indicação de justificativa plausível acerca de impossibilidade de realização do ato nos termos estabelecidos na norma legal.

3. Como observado no HC 598.886/SC, “[à] vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo”.
4. A dicção do acórdão: “Consigne-se que, a relevância absoluta das formas já não vige no direito como preceito geral, tendo sido substituída pelo princípio da instrumentalidade. Em outras palavras, assim como o direito processual existe para servir de instrumento, é meio de realização do direito material, a forma estabelecida para um ato serve para que ele alcance o respectivo escopo, é meio para garantir-lhe a eficácia.” não está alinhada com a atual exegese do STJ para o art. 226 - CPP.
5. Habeas corpus concedido. Reconhecimento da nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento pessoal. Absolvição do paciente (art. 386, VII - CPP), com efeitos extensivos ao corrêu (art. 580 - CPP).
6. Expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos.

(HC 682.986/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022).

Frente a tudo o que fora destacado, depreende-se que o legislador buscou uma forma de conferir maior segurança ao procedimento de reconhecimento pessoal, no entanto, mesmo com tantas formalidades, a letra fria da lei por si só ainda não é suficiente para evitar um reconhecimento equivocado, posto que para tal prova exige-se além da observância a determinação legal, a capacidade do reconhecedor em lembrar-se das características do acusado, ou seja, há uma dependência também quanto à memória.

Portanto, é necessário que sejam estabelecidos métodos apropriados para que o reconhecimento pessoal possa ser feito de forma segura e eficaz, para que não ocorram possíveis erros que possam comprometer a segurança de todos os envolvidos.

2.3 AS DECLARAÇÕES PRESTADAS EM JUÍZO

No que diz respeito as declarações prestadas em juízo, serão abordadas essencialmente as declarações das testemunhas no transcorrer da instrução processual, uma vez que se trata de uma das provas de maior importância para o processo, posto que nessa fase as testemunhas declaram tudo o que sabem acerca do fato, de modo que tais relatos influenciam o convencimento do julgador.

Preliminarmente, é cogente destacar que para RANGEL (2021, p. 465), “A prova testemunhal é aquela feita por afirmação pessoal oral e, em alguns casos, expressamente previstos em lei”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a prova testemunhal é considerada de grande valia para a fundamentação de decisões que absolvem ou condenam os acusados, nas palavras de JUNIOR (2021, p. 207):

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que

tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas.

Em virtude da grande importância da prova testemunhal, temos a disposição prevista no artigo 342 do Código Penal, que criminaliza o falso testemunho, impondo pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa aos que praticam tal conduta.

As declarações prestadas em juízo, vistas da perspectiva da prova devem ser idôneas, razão pela qual as testemunhas, aqui referidas como declarantes devem se comprometer a falar a verdade, doutrinariamente pode se dizer que:

A norma processual penal menciona que a testemunha fará a promessa de dizer a verdade, sob palavra de honra, isto é, comprometer-se-á a narrar, sinceramente, o que sabe sobre os fatos relevantes indagados pelo juiz. Trata-se do compromisso de dizer a verdade ou do juramento.

O magistrado, antes do depoimento, deve compromissar a testemunha, tornando claro o seu dever de dizer somente a verdade, sob pena de ser processada por falso testemunho. Trata-se de formalidade legal, que demonstra à pessoa a ser ouvida, o dever jurídico a ela imposto: dizer a verdade a qualquer custo. (NUCCI, 2021, p. 520)

Sob a luz de tal viés, temos o artigo 203, do Código Penal dispendo que:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das

partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. (BRASIL, 1941)

Em alguns casos, quando fica constatado que o declarante possui interesse na absolvição ou condenação do acusado, a parte é escutada em juízo como informante, ou seja, sem o compromisso de legal de declarar os fatos da forma como estes verdadeiramente ocorreram, de acordo com o que dispõe a doutrina o informante pode ser definido como:

A pessoa que informa ou fornece um parecer acerca de algo, sem qualquer vínculo com a imparcialidade e com a obrigação de dizer a verdade. Por isso, o informante não presta compromisso, razão pela qual não deve ser considerado uma testemunha, ainda que a disciplina sobre a sua inquirição esteja sendo tratada no capítulo pertinente às testemunhas. Aliás, se alguém merece a qualificação de testemunha imprópria é o informante. (NUCCI, 2021 p. 518)

Assim sendo, em que pese as declarações do informante tenham o seu valor, a sua valoração probatória resta inferior a valoração decorrente da prova testemunhal, tendo em vista que a figura do informante pode se valer ou não da verdade.

Acerca da colheita da prova testemunhal, se faz mister salientar também que a legislação exterioriza procedimentos para que a testemunha não seja influenciada pelas percepções de outras pessoas, vejamos:

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (BRASIL, 1941)

Dessa forma, extrai-se que assim como no procedimento do reconhecimento de pessoas, o Código de Processo Penal preconiza uma maneira de evitar a contaminação das memórias das testemunhas ao prestarem declarações em juízo, tal método também é um procedimento de grande relevância, visto que se trata de um meio pelo qual a prova testemunhal será colhida com menor influência no tocante aos pensamentos de outrem, abstraindo somente as percepções da testemunha propriamente dita.

Não obstante, durante a colheita da prova testemunhal, conforme se pode extrair do artigo 217 do Código de Processo Penal, nos casos em que a testemunha ou a vítima puderem se sentir atemorizadas, humilhadas ou constrangidas pela presença do réu durante as suas declarações, ao ponto de que não se possa chegar a verdade do depoimento, a sua tomada se dará mediante vídeo conferência, e na impossibilidade de adoção de tal método, a parte acusada deve ser retirada da sala onde a inquirição está ocorrendo, devendo se manter no local somente seu defensor.

Isso posto, é congruente salientar que os dispositivos legais supracitados têm o condão de fazer com que as declarações da testemunha não sofram intervenção dos ideais de outras pessoas, de modo que as suas percepções possam ser apuradas separadamente, sendo possível se fazer encontrar a verdade real.

Ainda frente a existência de tais disposições legais destacadas, não se pode dizer que a prova testemunhal é blindada da ingerência de outras pessoas, isso porque apesar da legislação impor um procedimento visando inibir tais influências não há garantias que isso de fato ocorra, razão pela qual mesmo sendo uma das provas mais importantes no âmbito processual penal a prova em questão não deve ser considerada segura ao ponto de por si só ser capaz de embasar

decisões, principalmente no tocante a decisões prejudiciais aos acusados.

Portanto, é necessário que sejam tomadas mais medidas para assegurar que a prova testemunhal não seja corrompida ou influenciada por outras fontes, para que os direitos processuais dos acusados sejam corretamente protegidos.

2.4 CONCEITOS DE FALSAS MEMÓRIAS

Impende destacar inicialmente que conforme destacam NELFELD, BRUST e STEIN(2011, p. 20), o conceito de falsas memórias tem sua origem em meados dos séculos XIX e XX decorrentes de pesquisas realizadas sobre o assunto em países europeus.

É sabido que a incidência de falsas memórias no âmbito de um processo é algo que pode ocasionar em preocupações e grandes prejuízos, isso porque as provas testemunhais produzidas diante do crivo de memórias inverídicas podem influenciar o convencimento do julgador acerca da ação penal, fazendo com que o magistrado venha a libertar um culpado ou pior, condenar um inocente.

Diante disso, é pertinente externalizar que as falsas memórias nada mais são do que lembranças de situações irreais ou que estão sendo narradas de forma distorcida. Formalmentese narra que “falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunho.” (ÁVILA, 2015).

Para Izquierdo (2011), a memória é um processo ativo de processamento de informações que envolve a aprendizagem, a organização e a recuperação de informações. Ele enfatiza que a memória é mais do que apenas a armazenagem de informações, pois exige que as informações sejam organizadas, interpretadas e aplicadas a novas situações. Portanto, a memória envolve o processamento cognitivo de informações, o que significa que o que é lembrado depende de como a informação é processada.

Não obstante, consagra KAGUEIAMA (2021, p. 112) que “As falsas memórias consistem no fenômeno de se lembrar de eventos que, em realidade, nunca ocorreram, ou que ocorreram apenas parcialmente da forma como se recorda”.

Em verdade, a incidência de falsas memórias muitas vezes é confundida com a incidência da mentira, o que não deve ocorrer, ante ao fato de que a falsa memória decorre do subconsciente do agente, enquanto a mentira decorre da sua vontade. Menciona JÚNIOR (2021, p. 204) que:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Portanto, depreende-se que as falsas memórias são recordações de situações inexistentes ou lembranças de situações que de fato ocorreram, mas em desacordo com a realidade, ainda restou esclarecido que a falsa memória não decorre de uma intenção que a testemunha tenha de mentir, mas sim de fatores intrínsecos da parte.

2.5 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS FALSA MEMÓRIAS

Com vias a aprofundarmos nos estudos concernentes as falsas memórias, devemos exteriorizar como se dá o processo de formação das falsas memórias.

Neste seguimento, impende aludir que de acordo com KAGUEIMA (2021 p.111) “As falsas memórias são formadas entre o período da codificação da memória até o momento da evocação da lembrança”.

Ou seja, tal processo tem seu início no momento em que o ser humano passa a organizar as suas lembranças e se estende até o período em que a pessoa traz à tona tais memórias.

Para sintetizar como são formadas as falsas memórias, passaremos a analisar um estudo acerca das memórias inverídicas:

Em uma de suas pesquisas, Loftus, Miller e Burns (1978) apresentaram uma sequência de slides para um grupo de participantes, na qual foi ilustrado um acidente de carro, ocorrido pelo avanço inapropriado de um veículo em uma intersecção sinalizada por uma placa “parada obrigatória”. No período de retenção da informação visualizada, o entrevistador, por meio de alguns questionamentos, introduziu à metade dos participantes uma falsa informação sobre o evento, sugerindo que a placa de trânsito presente na cena seria a de “dê a preferência”. Após um tempo, questionados sobre qual a placa visualizada na imagem, muitos dos participantes, expostos à falsa informação, afirmaram recordar-se da falsa placa sugerida (“dê a preferência”), em detrimento da placa realmente existente nos slides (“parada obrigatória”) (KAGUEIMA 2021 p. 111, apud LOFTUS, MILLER e BURNS 1978)

Logo, subintende-se que a existência de uma sugestão no decorrer do processo de formação da memória pode levar o indivíduo a criar em seu subconsciente uma lembrança que não condiz com a verdade, nesse sentido KAGUEIMA (2021, p. 111, apud LOFTUS 1978) salienta que “as sugestões podem levar à formação de falsas memórias detalhadas e vívidas, tais quais as memórias de eventos realmente experimentados”.

Diante disso, pode se constatar que o processo de formação das falsas memórias das testemunhas pode se dar em decorrência da sugestionabilidade da parte de outrem sobre a pessoa que detém as memórias.

Inobstante, as falsas memórias em dadas vezes podem se dar de forma espontânea, que ocorre quando o agente detentor da memória sofre de alguma espécie de distorção, ou tirando uma conclusão precipitada acerca de um fato ou interpretando o ocorrido de forma equivocada.

Além disso, as falsas memórias também podem ser induzidas, ou seja, criadas artificialmente ou alteradas pelo uso de métodos específicos, como a hipnose, as sugestões ou outras técnicas de influência. Tais métodos podem estar ligados ao tratamento de algumas doenças, que envolvem a modificação da memória, bem como ao estudo da memória humana. No entanto, tais modificações da memória ainda são motivo de debate entre os especialistas, uma vez que podem gerar dúvidas acerca da veracidade dos dados obtidos.

Nas palavras de KAGUEIMA (2021, p. 113):

As falsas memórias podem ser formadas sem que haja qualquer interferência ou sugestão externa: são resultados de distorções mnemônicas exclusivamente endógenas, ocorridas por consequência de inferências, interpretações ou confusões feitas pelo próprio indivíduo. Por essa razão, são chamadas de falsas memórias espontâneas, endógenas ou autossugeridas.

Neste seguimento, se pode inferir que além do surgimento das falsas memórias provenientes da sugestão, temos o processo de formação de tais lembranças inverídicas derivadas do próprio indivíduo.

Em que pese ambas as espécies de falsas memórias sejam altamente perigosas no que concerne aos processos judiciais, pode se constatar que a falsa memória sugerida pode ser mais prejudicial, posto que os interessados na ação penal podem se valer de tal falibilidade da mente ainda que inconscientemente para implementar tais lembranças na mente das testemunhas.

2.6 A INFLUÊNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVAS PARA A CRIAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Conforme restou apurado no tópico anterior, a sugestão acerca da ocorrência de um determinado fato tem como uma de suas consequências a formação de falsas memórias.

No decurso da instrução processual, as testemunhas por vezes são submetidas a realizar o reconhecimento pessoal e a prestar esclarecimentos acerca dos fatos por elas presenciados com a finalidade de se produzir provas.

Ocorre que por vezes a forma como as provas foram produzidas são determinantes para a criação de falsas memórias, especialmente no que diz respeito ao momento da inquirição das testemunhas.

Quando são feitas perguntas tendenciosas à testemunha, perguntas nas quais o questionador de forma sutil atribui à resposta que se deseja receber, se define a influência da produção de provas para a criação das falsas memórias, estudos narram que:

Dependendo da abordagem da entrevista, a qualidade da prova pode ser comprometida – e a memória, enviesada. Fazer perguntas como “o carro era vermelho, não era?”, por exemplo, tem um impacto muito maior do que “o que você pode me dizer sobre o carro?” Ou ainda “qual era a cor do carro?”. (SUPER INTERESSANTE, 2021)

Em decorrência disso, se vislumbra que a forma pela qual se indaga as testemunhas reflete na incidência de falsas memórias, de modo que

Após a percepção do evento até quando a testemunha é questionada pelas autoridades ou pelas partes, sugestões externas e autossugestões do próprio indivíduo podem atuarem sua memória, alterando

seu conteúdo e afastando-a da realidade percebida.
(KAGUEIMA 2021 p. 112)

A memória é dinâmica e pode ser alterada por diversos fatores, tais como o contexto em que o evento ocorreu, as crenças e a expectativa da testemunha, a influência de outras pessoas, a passagem do tempo, o uso de drogas ou álcool, entre outros. Por isso, é importante que a testemunha seja questionada o quanto antes possível para que seu relato seja o mais preciso possível.

De forma mais sintética, em resumo pode se dizer que os questionamentos realizados ocasionam a alteração das memórias das testemunhas, interna ou externamente devido as sugestões apresentadas no decorrer da instrução processual.

Neste interim, pode se destacar que durante a instrução processual, principalmente no que tange ao momento da colheita da prova testemunhal é necessário que não sejam formuladas perguntas sugestivas, posto que frente aos questionamentos tendenciosos a própria produção de provas tem o condão de influenciar a criação das falsas memórias.

Sob o mesmo viés, no momento do reconhecimento pessoal não se pode induzir o reconhecedor acerca das características do acusado, posto que tal ato em um instante crucial como o momento do reconhecimento pode ocasionar em um desastre à ação penal uma vez que caso o procedimento seja formalizado nas circunstâncias apresentadas, se tem um ofuscamento da busca pela verdade no processo penal, prejudicando, portanto, o curso do processo.

3. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA E OS PREJUÍZOS CAUSADOS AOS ACUSADOS EM PROCESSOS FUNDADOS EM PROVAS PRODUZIDAS A PARTIR DAS FALSAS MEMÓRIAS DAS TESTEMUNHAS

No âmbito do Processo Penal existem três sistemas de valoração da prova que merecem atenção, quais sejam o sistema da prova legal, o sistema da íntima convicção do juiz e o sistema do livre convencimento motivado, doutrinariamente (RANGEL, 2021, p. 504) salienta que “o sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”.

Inobstante, RANGEL continua aduzindo que:

A verdade processual que tanto se busca em um processo tem o seu ponto culminante na avaliação das provas feita pelo juiz, pois é exatamente o processo intelectual realizado com o escopo de se atingir essa verdade produzida pelas provas que se assenta em um determinado sistema. (RANGEL, 2021, p. 504)

Logo, se pode interpretar que a existência dos sistemas de valoração da prova também faz parte de um meio que tem como objetivo alcançar a verdade processual mediante a avaliação das provas constantes na ação penal por intermédio do magistrado investido de poder para tanto.

Os sistemas de valoração da prova têm a sua importância fundada no fato de que a forma como a prova é valorada por vezes pode causar prejuízos aos acusados, especialmente em processos em que as provas estão afetadas de vício em decorrência das falsas memórias das testemunhas.

Ao estabelecer um sistema padronizado de valoração da prova, é possível reduzir ou mesmo eliminar a influência do juiz sobre a avaliação dos fatos, garantindo que a sentença seja baseada na lei e nos fatos, e não na opinião do juiz. Além disso, o sistema de valoração

de prova também pode ser útil para identificar provas falsas e limitar ou proibir o uso de tais provas em uma audiência. Esses sistemas também podem ajudar a garantir que qualquer sentença seja justa e adequada para todos os envolvidos e que os direitos do acusado sejam cumpridos.

Neste sentido, se faz apropriado esmiuçar cada um dos sistemas de valoração de provas, narrando todas as suas especificidades e ressaltando qual sistema o ordenamento jurídico pátrio adota atualmente.

Concomitantemente, para o fim de que se possa entender quais seriam as consequências do sistema de valoração da prova, serão demonstrados os prejuízos causados em decorrência do alto valor conferido aos testemunhos de pessoas que foram vitimadas pela criação de falsas memórias, expondo casos reais que ensejaram em grandes impactos aos acusados, a sociedade e o ordenamento jurídico.

3.1 SISTEMA DA PROVA LEGAL

O sistema da prova legal, também conhecido como sistema da prova tarifada ou da verdade legal é caracterizado pelo ato de conferir de forma antecedente mediante lei um valor as provas a serem produzidas durante a persecução penal, alguns doutrinadores apresentam definições do que seria tal sistema:

Sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado: a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância (CAPEZ, 2021, p. 157)

sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou, ainda, chamado de prova tarifada,

significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a Lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto (RANGEL, 2021 p. 507)

prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar (NUCCI, 2021, p.452)

Conforme fora mencionado, o sistema da prova legal é um sistema que limita a atuação do magistrado no que concerne a valoração da prova, visto que na incidência de tal sistema incumbiria a legislação penal determinar o nível de valoração de cada prova existente, impossibilitando que o juiz de direito atribuisse a sua opinião sobre o caso, fazendo com que tal autoridade somente detivesse a obrigação de observar os ditames legais ao julgar as demandas a ele submetidas. É um sistema processual que se fundamenta no princípio da legalidade, que impõe ao juiz o acatamento de regras preestabelecidas. A lei determina quais são as provas admissíveis, sua força probatória e como devem ser produzidas, conferindo-lhes um determinado valor e impedindo que o juiz as interprete de forma distinta. Assim, o juiz não tem margem para flexibilizar ou alterar esse valor atribuído às provas, sendo obrigado a decidir de acordo com o que a lei determina.

Aduz a doutrina, nas palavras de RANGEL (2021, p. 507) que:

Em verdade, o sistema das regras legais é a desconfiança que o legislador tem do juiz. Estabelece-se, assim, a certeza moral do legislador. Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece como meio de prova prioritário

Durante o período em que tal sistema vigorou no ordenamento jurídico pátrio, a confissão do acusado era considerada a prova de maior valor, sendo conhecida primordialmente como a rainha das provas, de modo que ainda que outras partes envolvidas no processo narrassem uma história diferente da contada pelo acusado, prevalecia a sua confissão em detrimento de outras provas presentes no processo, neste sentido:

O legislador, por exemplo, no sistema das provas legais, estabelecia que a prova obtida através da confissão do acusado era a rainha das provas e, portanto, não adiantavam três testemunhas dizerem, de forma categórica, que o acusado não estava presente no local do fato. A confissão valia mais que a prova testemunhal (RANGEL, 2021, p. 507)

O sistema de valoração de provas supracitado deixou de ser adotado quando se percebeu que a limitação imposta aos magistrados de somente se aterem as disposições legais acabavam por prejudicar a busca pela verdade real, narra RANGEL (2021, p. 508) que:

Passado o tempo, descobriu-se que esse sistema coarctava o juiz na busca da verdade processual, não o deixando decidir contra aquilo que estava nítido ser errado. Pois, se o réu, por exemplo, confessasse a prática do crime, mas prova testemunhal idônea demonstrasse que aquela confissão era para proteger determinada pessoa, o juiz não poderia fazer a não ser confessada a infração, condenar o réu. Ou seja, o sistema da certeza legal acabava por impedir que a verdade processual viesse à tona ou, se viesse, ficasse distorcida.

Em que pese tal sistema de valoração da prova já não esteja mais em vigência, o Código de Processo Penal ainda possui em seu

bojo algumas disposições que possuem semelhanças com o sistema supracitado, entre elas o artigo 158 que impõe a necessidade da realização de exame de corpo de delito no tocante aos crimes que deixam vestígios.

Nesta linha, se vislumbra a legislação impondo que a prova acerca de crimes que deixam vestígios só pode se dar com a existência de tal laudo sob pena de nulidade, esta previsão tal como uma legislação nascida sob a égide do sistema da prova legal confere uma espécie de valor a prova.

A luz do que fora exposto, acerca dos vestígios do sistema da prova legal no direito processual penal atual, a doutrina delimita que:

O sistema da prova tarifada que estamos analisando tem resquícios no atual CPP, pois, em seu art. 158 c/c art. 564, III, b, a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. Ou seja, para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver exame de corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo. (RANGEL, 2021, p. 508)

Diante de todo o exposto, pode se extrair que em que pese o sistema da prova legal seguisse os ditames da lei para determinar quais provas seriam mais ou menos relevantes para o processo, tal sistema não seria suficiente para conseguir alcançar a verdade processual, ou seja, não haveria a possibilidade de compreender como a situação definida como fato criminoso ocorreu.

Ainda que a prova legal tenha se mostrado como uma forma de possibilitar a obtenção de provas a favor da acusação, ela não se mostrou como sendo a mais adequada para fazer justiça, pois acabou por ignorar a presunção de inocência do acusado, além de não oferecer ao mesmo defesa efetiva. Ainda que a prova legal tenha se mostrado como uma forma de possibilitar a obtenção de provas a favor da acusação, ela não se mostrou como sendo a mais adequada

para fazer justiça, pois acabou por ignorar a presunção de inocência do acusado, além de não oferecer ao mesmo defesa efetiva.

Sendo assim, ainda que existam vestígios da prova legal no ordenamento jurídico brasileiro a medida tomada para que esse sistema deixasse de ser adotado se mostrou como sendo a atitude adequada a ser tomada, uma vez que o processo tem como finalidade descobrir se há necessidade de punição ou não ao agente acusado, qualquer situação que inviabilize tal propósito não deve compor o âmbito processual penal do país.

3.2 SISTEMA DA INTIMA CONVICÇÃO DO JUÍZ

No tocante ao sistema da intima convicção do juiz, o julgador tem o poder de julgar o processo livremente de acordo com as suas concepções pessoais acerca do caso concreto, não estando o magistrado obrigado a observar as provas colhidas no decorrer da instrução processual, nas palavras de MESSA, (2017, p. 587) “o juiz tem ilimitada liberdade para decidir; não é vinculado às provas produzidas”.

Por sua vez, NUCCI (2021, p. 452) salienta que “é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões”.

Outros doutrinadores trazem as seguintes conceituações acerca do sistema de apreciação de provas em discussão:

Trata-se do sistema que confere ao julgador total liberdade na formação de seu convencimento, dispensando-se qualquer motivação sobre as razões que o levaram a esta ou àquela decisão, sendo irrelevante a circunstância de encontrar-se ou não a prova nos autos. (AVENA, 2021, p. 478)

A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não

havendo critérios balizadores para o julgamento (CAPEZ, 2021, p. 157)

Nesse sistema, o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima. (RANGEL, 2021, p. 505)

A vantagem desse sistema é que o juiz pode tomar decisões com base em sua experiência e consciência, o que lhe permite tomar decisões justas baseadas em seus próprios valores e princípios, e não em padrões impostos por outras autoridades. Isso garante que o juiz não está limitado a seguir determinadas regras e lhe dá o poder de decidir de acordo com sua própria moral. Além disso, esse sistema permite que a decisão seja baseada nas provas dos autos do processo, permitindo que o juiz faça uma avaliação mais aprofundada do caso.

Em virtude disso, depreende-se que o magistrado na vigência de tal sistema não possui a obrigação de prestar esclarecimentos acerca das razões que o levaram a decidir daquela forma.

Atualmente no Brasil, geralmente tal sistema de valoração de provas não é adotado, tendo em vista que em um Estado democrático de direito não pode permitir que haja em seu ordenamento jurídico decisões que não sejam fundamentadas, pois caso assim fosse tal conduta violaria inúmeros princípios existentes na ordem constitucional.

Ocorre que no tocante ao tribunal do júri, se tem uma exceção quanto a aplicação de tal sistema de valoração de provas, isso porque os jurados em plenário ao decidirem pela absolvição ou condenação dos acusados, não estão obrigados a fundamentar suas decisões.

Senso assim, pode se dizer que:

O sistema da íntima convicção, hodiernamente, está previsto no Tribunal do Júri, pois os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto, ou seja, a cédula “sim” ou acédula “não” (art. 486 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008), depositada pelos jurados na urna, além de ser secreta, não necessita ser motivada, razão pela qual o legislador estabeleceu o recurso de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (cf. art. 593, III, d, do CPP). (RANGEL, 2021, p. 505)

Neste sentido, existe também entendimento jurisprudencial assegurando que no que toca ao tribunal do júri, o sistema de apreciação de provas utilizado é o da íntima convicção do juiz:

HABEAS CORPUS” – TRIBUNAL DO JÚRI – QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO (CPP, ART. 483, III, C/C O RESPECTIVO § 2º) – POSSIBILIDADE DE OS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELOS JURADOS EXTRAPOLAREM OS PRÓPRIOS LIMITES DA RAZÃO JURÍDICA – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE DO JUÍZO ABSOLUTÓRIO, PELO CONSELHO DE SENTENÇA, FUNDADO EM RAZÕES DE CLEMÊNCIA, DE EQUIDADE OU DE CARÁTER HUMANITÁRIO – SISTEMA DE ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE RESPEITO AO SIGILO DAS VOTAÇÕES – INTERPOSIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO RECURSO DE APELAÇÃO PREVISTO NO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA “D”, DO CPP – DESCABIMENTO – RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DOS JURADOS – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA (HC 117.076/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 143.595-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 185.068-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 982.162/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – RHC 168.796-MC/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN) –

“HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. – A previsão normativa do quesitogênérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo

§ 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente meta jurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. Magistério doutrinário e jurisprudencial. (HC 178856, Relator (a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020)

Diante do exposto, extrai-se que tal sistema apesar de não ser mais adotado no Brasil, de forma excepcional se faz presente no tribunal do júri, o que pode significar um retrocesso na ordem jurídica nacional, isso porque existente a incidência da intima convicção, se tem um julgamento pautado nos sentimentos dos jurados o que por vezes pode ocasionar prejuízos aos acusados.

Os detentores do direito de julgar a lide existente no âmbito do júri popular não possuem capacidade técnica para analisar as provas colhidas durante a marcha processual, de modo que a presença do sistema da intima convicção proporciona inclusive violações ao devido processo legal, vez que as condenações e absolvições devem ser firmadas a partir de provas contundentes.

3.3 O SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Ante ao fato de que o sistema da prova legal e o sistema da intima convicção não atendiam o ordenamento jurídico com a presteza necessária, houve a superveniência do sistemado livre convencimento motivado que se destaca por unir as características de ambos os sistemas tratados anteriormente.

Pode-se dizer que no sistema ora tratado o juiz imprime os seus sentimentos acerca do caso pautado nas provas que foram colhidas no decurso da ação penal, de modo que a sua decisão final é fundamentada em dois pilares de grande valia, quais sejam a sua percepção pessoal e as provas encontradas sob o crivo do contraditório.

Sob o prisma da doutrina, se pode dizer que:

A adoção do sistema do livre convencimento é expressão da vontade do legislador, que dá ao juiz liberdade de agir de acordo com as provas que se encontram nos autos, pois, se não estão nos autos, não existem no mundo (RANGEL, 2021, p. 509)
é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação

fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2021, p.425)

O livre convencimento é um dos princípios fundamentais do Direito brasileiro. Por esse princípio, o juiz é responsável por avaliar os elementos de prova colocados aos autos para formar sua convicção, e assim tomar sua decisão. Esse princípio é importante para a valorização da autonomia dos juízes, pois os mesmos não estão presos a um rígido sistema de regras e, assim, podem formar sua própria convicção a partir dos elementos de prova disponíveis. Além disso, o livre convencimento reforça o devido processo legal, pois o juiz pode analisar a questão sob vários ângulos e chegar a uma decisão mais justa e equilibrada para os litigantes.

O sistema do livre convencimento motivado possui algumas especificidades, de modo que traz em seu bojo algumas características perfeitamente expostas pela doutrina, de modo que MESSA (2017, p.588) verbaliza que:

No Brasil, a regra é a adoção do sistema da persuasão racional, que possui as seguintes características: a) livre-apreciação da prova; b) o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos (o que não está nos autos não está no mundo); c) não há critério legal de prefixação de valores probatórios; d) o juiz deve fundamentar sua decisão; e) não pode fundamentar sua decisão com base na prova colhida de forma exclusiva na fase investigatória, salvo provas cautelares não repetíveis e antecipadas; f) o rol dos meios de prova é exemplificativo.

Importante frisar que a adoção de tal sistema no Brasil vem fundamentada no Código de Processo Penal:

Art.155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil, 1941)

Deste modo, se pode entender que apesar de ser possível que o juiz da causa exponha as suas conclusões acerca do processo no momento da sentença, o julgador deverá fundamentar todas as circunstâncias que o levaram a chegar à decisão tomada, pois assim impõe a lei, nos termos do artigo supracitado.

Ainda sim se faz necessário destacar a origem do sistema do livre convencimento motivado, com a finalidade de que se tenha uma contextualização acerca das razões pelas quais a sistemática é de fato o melhor modelo no tocante a valoração da prova.

Neste sentido, RANGEL (2021, p. 510) traz o contexto histórico referente ao sistema ora analisado:

Na época, a França era um país absolutista. O Rei Luís XVI governava com poderes absolutos, controlando a economia, a justiça, a política e até mesmo a religião dos súditos. Não havia democracia, pois os trabalhadores não podiam votar, nem mesmo dar opiniões na forma de governo. Os opositoristas eram presos na Bastilha (prisão política da monarquia) ou condenados à guilhotina.

Muito bem. Com a Queda da Bastilha (A Bastilha foi construída em 1370 e tornou-se uma prisão durante o reinado de Carlos VI. No entanto, foi durante a Regência do Cardeal Richelieu, no século XVII, que se tornou uma prisão para nobres ou letrados, adversários políticos do regime e aqueles que se

opunham ao governo, ou mesmo à religião oficial), marcando o início da Revolução Francesa, e a derrubada dessa estrutura desigual de poder social, os revolucionários necessitavam controlar os atos dos juízes que permaneciam no exercício do cargo e, para tanto, a motivação das decisões, dando-lhes transparência, foi a forma de se estabelecer um controle popular sobre a administração da justiça. Logo, sentença sem motivação é sentença oculta aos olhos do povo. Portanto, há uma função política na motivação, ou seja, justificação da decisão judicial perante a sociedade.

Neste seguimento, em observância a circunstâncias em que nasceu tal sistema de valoração, se pode depreender que o sistema do livre convencimento motivado visa a proteção da população, de modo que reste claro para o acusado e para a sociedade a motivação da decisão proferida.

É pertinente evidenciar que a adoção desse sistema demonstra que o Direito Processual Penal brasileiro de fato tem um viés democrático, isso porque ao fundamentar as decisões o magistrado apresenta um dos principais pilares da democracia, qual seja, a transparência.

Neste interim, além da doutrina e da legislação definirem que esse sistema é consagrado como sendo adotado na ordem jurídica brasileira, o Supremo Tribunal Federal possui vasta jurisprudência confirmando a sua vigência no que diz respeito ao Processo Penal pátrio, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. IMPUTAÇÃO DA INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 1. Decidir de

forma diversa do que assentado nas instâncias antecedentes demandaria afastar a idoneidade dos peritos que produziram o laudo de exame de constatação e concluir pela insuficiência das demais provas que o corroboraram, o que demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus. 2. Não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente. Sistema do livre convencimento motivado. 3. Ordem denegada.

(HC 116153, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 131, § 2º, DO REGIMENTO INTERNO DO STF. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF QUE ORIENTA A MATÉRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA DO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO QUE OBEDECEU AO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU DA PERSUASÃO RACIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A atual redação

do art. 131, § 2º, do Regimento Interno do STF veda a possibilidade de sustentação oral perante o Colegiado nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. Aliás, o § 2º do art. 21-B do Regimento apenas disciplina o funcionamento da sustentação oral nos casos em que ela for cabível. É o que também consta do art. 5º-A da Resolução 669/2020-STF. Precedentes. II – O acórdão recorrido alinha-se perfeitamente à jurisprudência desta Suprema Corte, firme no sentido de que o magistrado julga a causa de acordo com a sua

convicção a respeito das provas produzidas legalmente no processo, em decisão devidamente fundamentada, resguardando ao acusado o exercício pleno do direito de defesa, o que atende o contraditório e o devido processo legal. Precedentes. III – É imprópria a alegação de que o Tribunal de Justiça local deveria ter absolvido o acusado, diante do parecer favorável do Procurador-Geral de Justiça que se manifestou pelo provimento da apelação defensiva. “Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no acervo probatório constante dos autos” (vide HC 185.835 AgR/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes). IV

– Para chegar-se à conclusão contrária ao que decidido pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus (RHC 143.055 AgR/PR, de minha relatoria). V – Não se pode substituir o processo de conhecimento pela via excepcional do habeas corpus, o qual se presta, precipuamente, para afastar a manifesta violência ou coação ilegal ao direito de locomoção (vide HC 85.636/PI, de relatoria do Ministro Carlos Velloso; HC 85.953/RS e HC 86.249/SP, de relatoria do Ministro Ayres Britto; HC 86.731/PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; RHC 86.534/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau; e HC 86.042/RS, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa). VI – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 198751 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

EMENTA Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vigora em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova.

4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido.

(RHC 91691, Relator(a): MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-05 PP-01035 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 350-366)

Frente ao apresentado acerca do livre convencimento motivado, se pode dizer que tal sistema é realmente o que melhor se encaixa no

âmbito jurídico brasileiro, não somente por ser o mais democrático, mas também ser um ponto de equilíbrio entre os dois sistemas apresentados anteriormente, no qual deve se dar atenção para as provas que foram apresentadas bem como o juiz pode expor a sua convicção desde que ele motive as razões que o levaram a tomar tal medida.

3.4 O VALOR PROBATÓRIO CONFERIDO A PROVA TESTEMUNHAL

Se sabe que o Código de Processo Penal não estabelece previamente um valor para as provas produzidas durante a instrução processual, tendo em vista que não é adotado no Brasil o sistema da prova legal.

No entanto, a prova testemunhal é considerada um dos meios de prova mais importantes, frente ao fato de que na prova mencionada as testemunhas que presenciaram o fato criminoso ou tiveram notícia dele tem a oportunidade de relatar em juízo tudo o que sabem.

Por essas razões, em que pese não exista hierarquia entre as provas, por vezes o magistrado pode valorar mais a prova testemunhal em detrimento de outras, posto que geralmente as testemunhas ao serem inquiridas narram o acontecimento com riquezas de detalhes, de modo tão incisivo que acabam convencendo o julgador de que o narrado é a verdade absoluta.

Tal narração é capaz de fazer com que a prova testemunhal seja considerada mais relevante, de modo que a sua valoração dentro do sistema do livre convencimento motivado seja elevada, vez que constante nos autos do processo a prova testemunhal por si só é capaz de causar a condenação do acusado.

Ocorre, no entanto, que frequentemente as testemunhas encontram-se envolvidas de falsas memórias, fator não constatado de forma fácil no decorrer da ação penal, logo, a alta valoração conferida a prova testemunhal torna-se um problema ainda maior.

O artigo 167 do Código de Processo Penal, em discordância do que vem explicito no artigo 158 da mesma lei consagra que “Não sendo

possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

A referida disposição legal ora transcrita, por seu próprio conteúdo expõe claramente a importância que a lei confere a prova testemunhal, de modo que frente a possibilidade de se substituir uma prova robusta e técnica como o exame de corpo de delito pela palavra de alguém que presenciou o fato, há ainda que indiretamente um valor probatório maior tal prova.

Neste sentido, existe a plena aplicação de tal dispositivo aos casos em concreto,

PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. TIPICIDADE.

Conjunto probatório que confirma a autoria e a materialidade do crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas e pelo rompimento de obstáculo, na forma consumada.

Qualificadora do art. 155, § 4º, I, do Código Penal comprovada pela prova oral. O artigo 167 do Código de Processo Penal dispõe que a prova testemunhal pode suprir a falta do exame pericial. Isso porque, diante do princípio do livre convencimento motivado, pode o Juiz formar sua convicção sobre a existência ou não do rompimento de obstáculo com base na prova testemunhal, que possui o mesmo valor da prova pericial, vez que não existe hierarquia entre elementos probatórios. Pena-base bem dosada. Redução da pena, após compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Se o condenado respondeu à instrução processual preso, a prolação de sentença penal condenatória constitui maior razão para mantê-lo segregado, quando permanecem os fundamentos da prisão cautelar, como no caso. Apelo parcialmente provido. (Acórdão 841569, 20140110192347APR, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Relator Designado: MARIO

MACHADO, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª
TURMACRIMINAL, data de julgamento: 4/12/2014,
publicado no DJE: 20/1/2015. Pág.: 350)

Inobstante, além do dispositivo legal existente e a jurisprudência correspondente, se tem um entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal, mas que vem se perpetuando com o tempo, tal posicionamento da corte superior confere ao testemunho dos agentes de polícia um maior valor frente ao cargo exercido:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR POLICIAIS - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão

penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293)

Logo, frente ao exaustivamente exposto, se pode afirmar com convicção que a prova testemunhal ainda que dentro dos limites impostos pelo sistema do livre convencimento motivado, tem uma valoração à maior. A doutrina disserta acerca de como seria necessário encarar a prova testemunhal no âmbito do Processo Penal para o fim de que não se valore de forma acentuada a prova circunstanciada nas falsas memórias:

O juiz, ao examinar a prova testemunhal, não deve tomar a sua credibilidade como garantida, tampouco deve considerar, de antemão, que o seu resultado corresponde, com exatidão, aos fatos ocorridos na realidade. Deve-se adotar a corrente epistemológica não presuntivista do testemunho, ou seja, encarar a prova testemunhal com desconfiança epistemológica, exigindo, para a sua aceitação, não apenas a ausência de provas em contrário, como também a existência de provas positivas em seu favor.

Para a análise da existência de provas negativas, a pesarem contra a veracidade do depoimento, deve o juiz investigar, na valoração da prova testemunhal, se a testemunha esteve sujeita (ainda que potencialmente), ao longo do processo de formação de sua memória, aos fatores involuntários de contaminação da prova. (KAGUEIAMA, 2021, P. 290)

Nesse sentido, o juiz deverá analisar se o depoimento da testemunha foi influenciado por elementos que possam ter induzido o testemunho falso, como por exemplo, alguma pressão sofrida por parte da parte interessada. Além disso, outros fatores que devem ser considerados são a idade da testemunha, sua educação, experiência, memória, motivação, intenção, interferência de terceiros, tempo decorrido entre o fato e o depoimento, entre outros. No caso de existirem fatores que possam ter prejudicado a veracidade do depoimento, serão consideradas provas negativas à veracidade do depoimento, e o juiz deverá decidir, diante do conjunto probatório, qual é a verdade do caso.

Igualmente, outros doutrinadores versam acerca de tal assunto:

é essencial que o magistrado tome as cautelas devidas para interpretar e valorar um depoimento, conferindo-lhe ou não credibilidade, crendo tratar-se de uma narração verdadeira ou falsa, enfim, analisando-o com precisão. Pode dar-se a situação do fato-objeto do testemunho não ser memorável, razão pela qual a pessoa que o presenciou, no contexto da memória naturalmente seletiva que possui o ser humano, afaste-o, relegando-o a um segundo plano. (NUCCI, 2005)

Em consonância a narração do valor probatório no tocante a prova testemunhal, se pode chegar à conclusão de que essa prova especificamente tem um peso maior para os magistrados quando os

mesmos vão proferir decisões importantes no curso do processo, seja por disposição legal conforme o artigo 167 do Código de Processo Penal, seja pelo entendimento dos tribunais.

Em discordância a tal constatação, em verdade tal valoração da prova testemunhal não deveria em hipótese alguma ser adotada à maior em detrimento das outras, uma vez que o sistema da prova legal se mostra ultrapassado e não mais vigente, de igual modo a alta valoração da prova exposta pode macular todo o processo penal, visto que ao se levar somente tal prova em consideração existem grandes possibilidades de que sobrevenha uma sentença descabida.

3.5 OS PREJUÍZOS CAUSADOS AOS ACUSADOS E A SOCIEDADE EM DECORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS DAS TESTEMUNHAS ALINHADAS AO SISTEMA DE VALORAÇÃO DE PROVAS

Diante da alta valoração conferida a prova testemunhal, principalmente no que toca a testemunha vitimada pela incidência das falsas memórias, no decorrer dos anos a sociedade vem presenciando inúmeros casos nos quais tal memória falível foi determinante para o fim de se condenar os acusados em processos judiciais no âmbito penal.

Segue um caso recente amplamente divulgado pela mídia, no qual o acusado foi condenado a quase 80 anos de prisão, chegando a ficar encarcerado pelo período de 03 anos até que se conseguiu comprovar sua inocência:

Há quase três anos, Lucas Moreira de Souza, de 26 anos, passa os dias no Complexo Penitenciário da Papuda, no Distrito Federal. Em 20 de dezembro de 2017, ele foi preso por suposto envolvimento em uma série de assaltos. Desde então, vem tentando provar a inocência.

Nesta semana, um momento de alívio. A Justiça do Distrito Federal reverteu a condenação contra ele,

que havia sido sentenciado a quase 80 anos de prisão, por crimes que não cometeu.

No dia em que Lucas foi preso, ladrões roubaram um carro e cometeram uma série de assaltos, em Ceilândia. Em seguida, foram para o Recanto das Emas, onde deram continuidade à sequência criminosa.

No mesmo dia, o jovem, à época com 24 anos, estava na casa de uma tia, também em Ceilândia. Ele diz que acordou pela manhã, tomou café e, em seguida foi para a rua, onde costumava soltar pipa. Nesse momento, foi abordado por policiais civis e apontado como um dos suspeitos dos crimes. Desde então, o jovem não deixou o sistema carcerário da capital.

Após a prisão do jovem, policiais civis convocaram vítimas de crimes semelhantes e uma delas apontou Lucas como suspeito, mesmo sem ele apresentar as características descritas por ela.

O longo processo para provar a inocência do rapaz começou há cerca de dois anos. Um policial civil procurou a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) e pediu ajuda aos defensores. Ele, que acompanhou as investigações de perto, não acreditava que o jovem era culpado pelos crimes.

Um grupo de quatro defensores participou da defesa de Lucas: Antônia Carneiro, Fernando Calmon, Daniel de Oliveira e Jonas Monteiro. Ao G1, Antônia conta que a única prova apresentada contra o então suspeito era um reconhecimento impreciso feito por testemunhas. (G1, 2020)

Indubitavelmente se denota que o mero testemunho valorado de forma exacerbada foi capaz de ocasionar ao acusado uma condenação injusta referente a um crime que a parte sequer cometeu, fazendo com que o réu ficasse privado de sua liberdade por anos em decorrência de uma falsa memória que teve origem na mente daquele que o reconheceu como sendo o autor dos crimes ora praticados.

No caso a seguir, tem-se uma especificidade acerca da condenação do acusado decorrente de falsas memórias:

Um inocente cumprindo pena de 18 anos de reclusão por estupro contra duas enteadas menores de idade. Essa é parte recente da vida do agricultor Genário Cândido Diniz, de 47 anos, que ganhou liberdade no dia 25 de setembro, mas só esteve livre de fato dois dias depois, após ficar dois anos preso na Cadeia Pública de Santa Luzia, na região de Patos, a mais de 300 km de João Pessoa (PB). Acostumado a trabalhar desde cedo, a vida de Genário mudou em 2017, quando ele foi condenado em decisão monocrática por estupro contra as enteadas, na época com 9 e 12 anos. O suposto crime foi denunciado pelas meninas e a mãe delas, que mantinha um relacionamento amoroso com Genário. Na denúncia formal, o Ministério Público da Paraíba (MPPB), levando em consideração o depoimento das vítimas e da mãe delas, relatou que os supostos abusos ocorreram entre 2015 e 2016 em uma casa onde a família morava, no município de Junco do Seridó. Levado à Justiça, Genário foi julgado culpado e começou a cumprir pena em agosto de 2017 na Cadeia Pública de Santa Luzia, ficando em uma ala dedicada a presos por crimes sexuais. Durante o período na prisão, sofreu por um crime que não cometeu e guardava esperança de voltar à liberdade. “As provas que o juiz usou para condenar Genário foram apenas os depoimentos das menores. Não houve exames de conjunção, nada. Entramos com recurso, passamos dois anos de agonia tentando mostrar à Justiça que um homem inocente estava condenado e apelamos em recurso”, afirmou o advogado de Genário, João Martins. No recurso, a defesa conseguiu provar que a mãe induziu as filhas a mentir e acusar Genário de estupro. Tudo teria sido motivado por uma “disputa” pela casa onde eles moravam, que havia sido deixada

pelo pai das garotas para elas. (PORTAL CORREIO, 2019)

No caso acima exposto, a mãe das crianças foi a responsável por induzir as falsas memórias em suas filhas, lembranças implantadas que foram testemunhadas e altamente valoradas, utilizadas para o fim de se condenar o acusado, sem o apoio de outras provas contundentes.

Seja em decorrência da criação ou indução as falsas memórias, nos casos narrados em ambas as condenações de pessoas evidentemente inocentes vislumbra-se um prejuízo enorme tanto aos acusados quanto à sociedade.

No que diz respeito aos acusados, o prejuízo decorre do cerceamento de sua liberdade, o desgaste psicológico sofrido no período em que o indivíduo permaneceu encarcerado, a macula imputada ao seu nome, a ofensa a sua honra e o estigma de ser considerado um agente criminoso, ainda que inocentado posteriormente.

Quanto a sociedade, a condenação pautada em uma prova testemunhal viciada por uma falsa memória altamente valorada, o prejuízo decorre da não confiabilidade no poder judiciário uma vez que a justiça acaba se apresentando como o oposto do que deveria ser, fazendo com que o povo tenha a impressão de que pode ser condenado de forma injusta a qualquer momento frente a não observância dos magistrados em relação a outras provas que poderiam solucionar tais casos, conforme ocorreu evidentemente nos casos reais mencionados.

Em que pese ainda não existam soluções neurológicas que sejam capazes de detectar e filtrar as falsas memórias no curso do processo judicial, para o fim de que esse fator da mente humana não tenha o poder de ocasionar uma condenação indevida, é necessário que os juízes ao promoverem o julgamento dos acusados não visualizem a prova testemunhal como a mais importante, mantendo a sua valoração no mesmo patamar de outras provas que eventualmente tenha sido colhidas no decorrer da instrução processual.

Também é importante que os magistrados não embasem os seus decretos condenatórios somente em tais provas derivadas das testemunhas, observando sempre outros elementos que por vezes serão determinantes para evitar condenações do tipo supracitado, conferindo mais segurança aqueles que sofrem as mazelas do processo penal e a sociedade que busca primordialmente por justiça e soluções congruentes aos casos em que seus pares figurem em ações penais na condição de indiciados.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, restou constatado que ainda que a realidade processual brasileira se amolde mais perfeitamente ao sistema misto, o sistema processual adotado no país é o sistema acusatório no qual é evidente a separação de funções entre o juiz, promotor e defensor, onde os acusados em processo judicial possuem o direito ao contraditório e a ampla defesa, podendo os réus apresentar provas que comprovem a sua inocência.

Houve a demonstração de como provas de suma importância para o processo penal são produzidas no âmbito da letra da lei constante no Código de Processo Penal, tendo sido apontadas as especificidades do reconhecimento pessoal e das declarações prestadas em juízo por parte das testemunhas.

Ademais, se apresentou o conceito de falsas memórias, como se dá a sua formação seja pela própria pessoa ou pela indução de outrem, também se detalhou sobre a influência da produção de provas para a criação de falsas memórias das testemunhas onde ficou constatado que a indução por parte de quem deseja produzir a prova seja de forma consciente ou inconsciente pode fazer com que as falsas memórias surjam.

Ainda houve uma explanação sobre os sistemas de valoração da prova, onde se aduziu sobre o seu surgimento, as suas características e as razões pelas quais atualmente está vigente no país o sistema do livre convencimento motivado, aquele sistema no qual o magistrado deve

julgar o processo em consonância com as suas percepções pessoais acerca doselementos de provas existentes nos autos do processo desde que de forma fundamentada.

Inobstante, se tratou acerca do valor conferido a prova testemunhal onde foi esclarecido que apesar das provas no ordenamento jurídico brasileiro não possuem um valor previamente estabelecido, a palavra das testemunhas acabam por ter um valor especial para os magistrados, posto que tais testemunhos em tese são capazes de revelar as circunstâncias em que o fato criminoso foi realizado bem como quem seriam os seus autores, salientou-se inclusive que a jurisprudência confere a algumas testemunhas uma presunção de veracidade como nos casos em que os depoentes são agentes da lei, de modo que restou veemente provadoque ainda que não seja adotado o sistema da prova legal, a prova testemunhal de fato tem um valor à maior em relação as demais provas produzidas no curso da ação penal.

Por último, foram expostos casos recentes nos quais pessoas inocentes foram condenadas em razão das falsas memórias das testemunhas alinhadas ao sistema de valoração de provas, casos nos quais o magistrado pautado apenas nas declarações de testemunhas influenciadas por memórias inverídicas apontaram as partes como sendo os causadores dos males que lhe ocorreram, valorou a prova exacerbadamente sem observar outros provas que poderiam ter mudado o resultado de tais processos, evitando assim erros judiciários dessa espécie.

De modo que também se fez uma ponderação no tocante aos prejuízos que essa espécie de erro pode ocasionar aos acusados e a sociedade, sendo que os acusados sofrem a perda indevida de sua liberdade e a sociedade é prejudicada sob a perspectiva da baixa confiabilidade do poder judiciário em questões de tal natureza.

Portanto, as falsas memórias das testemunhas podem sim levar inocentes a serem condenados sem a incidência de outros elementos de prova nos autos do processo, com fundamento somente na alta valoração conferida a prova testemunhal.

Tal comprovação se deu em virtude do que o próprio sistema de valoração de provas adotado no Brasil estabelece, bem como nas recentes condenações amplamente noticiadas na mídia, condenações essas que demonstram o perigo da alta valoração da prova testemunhal em observância às demais provas presentes no processo.

Se faz cogente que não se dê uma valoração tão alta a uma prova sem que se tenha outros elementos capazes de demonstrar a veracidade do narrado pela testemunha.

Enquanto não sobrevier uma tecnologia capaz de conseguir identificar nos seres humanos a presença de falsas memórias, o ideal é que os magistrados ao julgarem a ação penal busquem observar todo o arcabouço probatório, posto que essa pequena atitude terá o condão de reduzir a existência de tais erros no ordenamento jurídico.

Em síntese, ainda que constatados os prejuízos que as falsas memórias podem causar no processo penal, são necessários mais estudos para que se chegue a uma solução definitiva para filtrar as lembranças falíveis da seara processual, seja com vistas à criação de um novo sistema de valoração de provas que reduza o livre convencimento do magistrado ainda que motivado ou que confira às declarações das testemunhas o mesmo valor conferido às declarações dos informantes.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ÁVILA, Gustavo. **Psicologia do Testemunho: as falsas memórias no Processo Penal**. Justificando. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/#:~:text=Falsas%20mem%C3%B3rias%20consistem%20em%20recorda%C3%A7%C3%B5es,tamb%C3%A9m%20pode%20desencadear%20esse%20processo>. Acesso em 10 de abr. 2022

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989/1303.htm. Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr. 2022

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**, 8. ed. – Curitiba: Positivo, 2010.

GALVÃO, Walder. **Jovem de 26 anos é absolvido após ficar quase 03 anos preso por crimes que não cometeu, no DF**. G1, Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/21/>

jovem-de-27-anos-e-absolvido-apos-ficar-quase-3-anos-presos-por-crimes-que-nao-cometeu-no-df.ghml. Acesso em 18 de mai. 2022

IZQUIERDO, Iván. Memória. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593020/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590005/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

KAGUEIAMA, PAULA T. **Prova Testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273372/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

MESSA, Ana F. **Curso de Direito Processual Penal**, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211264/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993627/>. Acesso em: 14 mar. 2022

NUCCI, Guilherme, **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. Migalhas, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14901/a-credibilidade-da-prova-testemunhal-no-processo-penal> Acesso em 15 de mai. 2022

PORTAL CORREIO, **Condenado por estupro na PB é inocentado após 2 anos preso**. Disponível em: <https://portalcorreio.com.br/condenado-por-estupro-na-pb-e-inocentado-apos-dois-anos-presos/> Acesso em 18 de mai. 2022

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

STEIN, Lilian M. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Grupo A, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536321530/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

O ERRO JUDICIÁRIO NA CONDENAÇÃO DE INOCENTES E SEUS REFLEXOS PREJUDICIAIS

*Letícia Carvalho Alves*¹⁰³

*Marcelo Pereira Cruvinel*¹⁰⁴

RESUMO: O presente estudo versa sobre as causas e consequências do erro judiciário no âmbito criminal que resultam no encarceramento ilegal de inocentes, bem como a responsabilização do Estado frente a prisão indevida, decorrente de seus atos jurisdicionais, que serão estudados sob seu aspecto objetivo e subjetivo. O primeiro capítulo discute os aspectos gerais da prisão, suas características, espécies e o princípio da presunção da inocência. O segundo questiona os erros do Poder Judiciário, instrumentos utilizados para impugnar a decretação da medida cautelar, falhas no reconhecimento pessoal, bem como casos concretos que comprovam a condenação de inocentes. O terceiro capítulo aborda a responsabilidade civil estatal, seus elementos e a relação de causalidade entre a ação praticada pelo agente e o dano sofrido pelo ofendido, a ser analisado sob a sua culpabilidade ou dolo, além do direito ao pleito indenizatório. A partir de tais considerações, trará uma análise em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, para evitar tais erros, aplicando cautelosamente a técnica da ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade, além da interpretação sistemática e teleológica, exigindo-se o adequado exame do caso concreto para apuração da conduta do indivíduo.

Palavras-chave: Prisão indevida. Inocente. Responsabilidade Civil. Erro Judiciário.

103 Advogada Criminalista. Pós-graduanda em Processo Penal.

104 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

O presente tema buscará analisar as principais causas do erro judiciário no âmbito criminal ao condenar inocentes, diante da insuficiência e fragilidade probatória, ausência de assistência jurídica, violação de direitos, e os limites do direito de punir, os quais geram a prisão indevida e consequente condenação, autorizando posteriormente a reparação civil do Estado.

Desse modo, o estudo seguirá a linha legal inerente as previsões constantes no Direito Penal, Direito Processual Penal, Constitucional, Direitos Humanos e Direito Civil, tendo como finalidade resguardar os preceitos mais importantes do indivíduo, estes chamados de bens jurídicos penais, dos quais se destacam os direitos básicos, como a liberdade, integridade física e moral, a vida e o direito de defesa.

Justifica-se a presente pesquisa em virtude da restrição da liberdade causada, ao confundir o inocente com um criminoso, pois ao ser submetido a tal situação são geradas consequências e traumas que jamais serão esquecidos, e por isso há necessidade de reparação pelo dano sofrido, logo, merece relevância e destaque no ordenamento jurídico.

Não obstante, a justificativa social da pesquisa será mostrar que o erro judiciário vem fomentada de nulidades, promovendo uma série de prejuízos, e sendo assim, muitos fatores contribuem para a condenação de uma pessoa inocente após um julgamento em definitivo, decorrente da má aplicação da lei resultante do não cumprimento dos critérios de interpretação dos verdadeiros fatos, que acabam passando despercebidos.

Desta maneira, o presente estudo buscará responder ao seguinte questionamento: quais as causas e os motivos que acarretam e influenciam no erro judiciário e os reflexos prejudiciais causado as vítimas sujeitas a punições injustas, bem como os elementos jurídicos que justificam o pleito da indenização?

Assim, será necessário mencionar os principais motivos determinantes de erros judiciais, sendo elas: as falsas acusações,

reconhecimento incorreto do autor do crime nos depoimentos prestados em delegacia, perícias inconsistentes, insuficiência probatória, abusos por parte de funcionários do Estado e confissões que por muita das vezes são obtidas por meio de coação e tortura, que são deixadas de serem analisadas.

Diante disso, a liberdade é um direito garantido, intrínseco ao indivíduo, o qual já nasce com o próprio homem, e quando ocorre tais erros que resultam em uma prisão injusta, retira o bem mais precioso da vida humana, qual seja, sua liberdade.

Além disso, o estudo aqui a ser apresentado terá como objetivo geral analisar as principais causas que acarretam no erro judiciário e os reflexos prejudiciais causadas as vítimas sujeitas a condenações injustas, bem como os elementos jurídicos que justificam o ônus indenizatório e o entendimento jurisprudencial acerca da indevida restrição à liberdade.

Como objetivos específicos, se pretende incentivar a busca pela reflexão crítica, sendo crucial para o meio jurídico o conhecimento sobre os cuidados a serem observados e aplicados durante todo o trâmite processual, desde a instauração de inquérito até posterior decisão, alertando para questão dos principais motivos ensejadores de erros judiciários que geram o encarceramento ilegal e a condenação de um inocente, fornecendo, conseqüentemente, um sistema com as garantias penais e constitucionais as quais deverão ser respeitadas.

1 ASPECTOS GERAIS DA PRISÃO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO E NATUREZA DO *JUS PUNIENDI*

Inicialmente, para melhor entendimento do tema, conceitua-se o *Jus puniendi* como o dever/direito de punir do Estado, interligada com a expressão castigar, frente a população. O instituto da legislação penal tem como finalidade proporcionar a proteção e garantia aos valores dos bens jurídicos tutelados, como aqueles previstos na Constituição

Federal, em seu artigo 5º, dentre os quais podemos destacar o direito à vida, à liberdade, à integridade física e ao patrimônio. (OLIVEIRA, 2017)

Durante o final do século XVIII e no início do século XIX havia uma norma que exigia que qualquer pessoa que violasse a lei vigente era punido com um castigo severo, como forma de penalização. De acordo com a obra “Vigiar e Punir” (FUCALT, 1999, p. 8), em seu primeiro capítulo denominado como suplício público, relata que a punição se dava com torturas diversas como chumbo derretido, queimada com fogo de enxofre, óleo fervente, piche em fogo, cera derretida e várias outras práticas cruéis.

Durante o século XV a vítima era classificada como titular desse direito de punir, pois na época ainda vigorava a regra da lei de talião (olho por olho, dente por dente), fenômeno caracterizado pelo nome de Vingança Privada, entendida nos dias atuais como autotutela, aquela estabelecida como o exercício das próprias razões, forma de solução dos conflitos. Assim, de acordo com o entendimento de SILVA (1996, p. 36): “Talião foi um antigo sistema de penas pelo qual o autor de um delito deveria sofrer castigo igual ao dano por ele causado”.

Do mesmo modo, segundo interpretação de Válder Kenji Ishida, compreende sobre a desnecessidade da ocorrência da ofensa ao bem jurídico penal para que ocorra o *jus puniendo* (2018, p. 18):

Não é necessário que a ofensa ao bem jurídico penal ocorra concretamente para nascer o *jus puniendo* porque este é anterior à própria ocorrência do fato criminoso. Quer dizer, antes do fato criminoso, já existe o direito subjetivo à punição, que está em nível abstrato. Mais correto dizer que, no momento em que o ilícito penal ocorre, nasce a pretensão, que não se confunde, portanto, com o direito de punir.

Assim, a ofensa ao bem jurídico penal é necessária para que a pretensão de punição seja efetivada. Isso porque, sem a ofensa ao

bem jurídico, não haverá motivo para a punição, e é o elemento que determina a existência do delito, sendo assim necessária para que o Estado possa exercer o seu direito de punir.

A natureza do *jus puniendi* visa encontrar a base para as suas restrições, e a principal tarefa de todas as normas é estabelecer o cumprimento, onde surge o direito de penalização. Dessa forma, de acordo com o autor Fernando Capez:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus perseguendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*. (CAPEZ, 2011, p. 45)

Com base nisso, segundo Frederico Marques (1997, p. 23-24), o direito de punir é “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável”.

Nesse ponto, também assevera o professor Ishida (2018, p. 31):

Portanto: A ideia principal entre pena e liberdade é o seu conflito: a imposição de pena impõe restrição ao direito de liberdade porque o indivíduo não poderá agir de acordo com a sua determinação. Para exercer o *jus puniendi*, deverá o estado respeitar o direito subjetivo de liberdade.

Isto posto, o presente estudo reflete sobre a realidade atual, sobre como o Estado exerce seu direito de punir e suas características, visto que atualmente se percebe que o Estado perde sua credibilidade

perante a sociedade no que diz respeito aos serviços públicos de segurança e investigação.

Isto posto, passado esse breve contexto inicial, surge um novo direito subjetivo com a lei penal brasileira, do qual eliminou punições como a tortura, e incluiu a aplicação de normas estabelecidas pelo não cumprimento, sendo o meio necessário e indispensável de proteger a sociedade, com o objetivo de impedir o infrator a continuar a causar danos individuais ou coletivos. Igualmente, surge também como principal limitador do direito de punir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no artigo 1º, inciso III da atual Carta.

Além disso, a atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada, pois diante de um Estado social e democrático de Direito é inadmissível uma atuação escorada em restrições e na busca de vingança pessoal, evitando assim o uso arbitrário da força, visto que esse tipo de conduta era popularmente conhecida décadas atrás, pelo famoso “olho por olho, dente por dente”, criado pelo Código de Hamurabi, Lei de Talião, em meados de 1772 a.C, em que praticavam crimes sem pudor. (MARTOLY, 2021)

Neste sentido, conforme entendimento de Bitencourt (2009, p. 10), no âmbito jurídico-penal do Estado, certos princípios e critérios normativos limitam o poder punitivo, quais sejam, tipicidade, princípio da legalidade, antijuridicidade, excludentes de ilicitude, culpabilidade, inexigibilidade de conduta, finalidade, proporcionalidade da pena e princípio da intervenção mínima.

É importante que haja uma educação voltada para a conscientização dos direitos dos bens tutelados e a criminalização de atos que visem a sua violação. A educação deve ser orientada para a formação de uma cultura de respeito aos direitos, a fim de que as pessoas entendam e saibam como devem agir para evitar a violação desses direitos.

Com base nisso, há que pontuar o objetivo do Estado de proteger os referidos bens tutelados, a fim de criminalizar certas condutas destinadas a coibir ou, conforme o caso, punir os transgressores. Contudo, esse direito de punir deve ser repensado, respeitando os

limites impostos, durante o momento de ditar normas, bem como na forma de exigir seu cumprimento, para que haja uma forma justa de punir o indivíduo, observando os princípios fundamentais a ele inerentes, como o da dignidade da pessoa humana.

1.2 CONCEITOS DE PRISÃO

A priori, buscando conceituar sobre a prisão, é de notório conhecimento que esta é entendida como meio de cerceamento de liberdade ou locomoção do indivíduo. Sendo assim, no entendimento do doutrinador Fernando Capez:

Prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito. A prisão é um “castigo” imposto pelo Estado ao condenado pela prática de infração penal, para que este possa se reabilitar visando restabelecer a ordem jurídica violada. (CAPEZ, 2009, p. 251)

Igualmente, a prisão vem regulamentado na Constituição Federal, prevista no artigo 5º, inciso LXI, a qual disciplina que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito, ou quando for o caso de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, excetuada na hipótese de transgressão ou crimes militares, regulados por lei. Logo, com base no trecho previsto em lei, é importante frisar a importância do cabimento da prisão, devendo ser atendida e observada pela autoridade, para que não incorra na violação do princípio da presunção da inocência, este que é intrínseco ao artigo retromencionado.

No mesmo sentido, reforçando o entendimento constitucional, o artigo 283 do Código de Processo Penal, expressa em seu caput a impossibilidade da prisão, somente no caso de flagrante delito, não

podendo aplicar a prisão antes de uma sentença penal condenatória, em respeito ao princípio da não culpabilidade.

Para tanto, de acordo com a lição do professor Néstor Távora (2016, p. 109) elucida:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena ou, ainda, ocorrer no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual.

Ainda, conforme pontua Nucci (2004, p. 562), doutrinador clássico, elucida que “a prisão trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.”

Destarte, a título de exemplificação, após passado o caráter conceitual de prisão, dentro do âmbito jurídico, existe várias espécies de prisão, tais como prisão-pena, prisão sem pena, prisão civil, prisão administrativa, prisão disciplinar, e prisão para averiguação, estas utilizadas no atualmente na legislação brasileira (LUIZ, 2016). No caso, merece destaque o entendimento sobre a prisão preventiva, sendo aquela imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, voltada ao indivíduo que se presume inocente, utilizada como medida cautelar para garantia da ordem pública.

Desse modo, para que haja decretação de tal prisão, qual seja, a prisão preventiva, esta se faz necessária indícios suficientes de autoria e materialidade, para que possa assegurar a aplicação da lei penal, conforme bem delimita o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, de acordo com a doutrina de Aury Lopes Jr (2011, p. 121):

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir

o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

As medidas cautelares têm como objetivo preservar ou proteger os direitos fundamentais envolvidos na causa, garantindo um processo justo, eficaz e imparcial. Contudo, elas não se destinam a prejudicar ou condenar o réu, mas sim a assegurar o direito à ampla defesa, o que deve ser preservado ao longo de todo o processo.

Portanto, por si só, entende-se que a prisão sendo aquela como a privação/restrição do direito de liberdade de locomoção da pessoa, para que haja sua determinação, há que ser observado pela autoridade judiciária como última “ratio”, medida excepcional, para garantia da ordem pública quando o indivíduo ofereça risco a sociedade, ou quando cabível em lei, bem como presente os motivos suficientes que justifiquem o encarceramento prisional, para que não ocorra uma antecipação de pena errônea, violando os requisitos legais.

2. O ENCARCERAMENTO ILEGAL SOB A PERSPECTIVA DO ERRO JUDICIÁRIO E SEUS INSTRUMENTOS DE IMPUGNAÇÃO

2.1 PRINCIPAIS CAUSAS DO ERRO JUDICIÁRIO

Preliminarmente, o erro judiciário decorre de qualquer ato ilegítimo, injusto, abusivo ou infundado, dentre outros sinônimos aplicáveis, dos quais os atos praticados são derivados pelo Poder Judiciário, resultando numa ideia falsa acerca de um caso concreto, estendendo-se a todas as áreas do direito. No entanto, o erro não decorre unicamente na hora de condenar uma pessoa inocente, ela começa na forma de tratamento sobre o acusado, atingindo seus valores morais e sociais, provocando sensação de injustiça.

Nos ensinamentos de Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 122);

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim, ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos.

A análise das prováveis causas de situações em que geram o erro judiciário não deve ser pautado em um julgamento de valor, mas sim de elementos objetivos, com provas concretas, pois caso contrário, o simples descontentamento com uma decisão proferida de forma errônea não é suficiente para tratar como erros do judiciário, e isso não aumentará a suficiência do sistema jurídico, acabando por atingir os valores morais intrínsecos ao ser humano, onde deveria ser observado o princípio da presunção da inocência, vigente no Estado democrático de direito.

Para evitar isso, a decisão proferida de maneira incorreta pode ser factual ou legal, de natureza processual ou material, no momento da sua condução durante todo o trâmite processual, bem como no momento do julgamento. Assim, considerando que os fatos devem necessariamente serem suportados por evidências retratadas em sede de Inquérito Policial e em juízo, devem ser pautadas na busca da verdade real, sendo esse, antes de tudo, o principal pilar durante a trajetória de uma investigação, com objetivo de impedir as provas ilícitas no processo penal. (MARQUES, 2017)

Assim, faz-se necessário mencionar os principais motivos de conhecimento notório, que determinam erros judiciais, tendo como exemplo: as falsas acusações, reconhecimento incorreto do autor do crime nos depoimentos prestados em delegacia, perícias inconsistentes, insuficiência probatória, abusos por parte de funcionários do Estado e confissões que por muita das vezes são obtidas por meio de coação e tortura, que são deixadas de serem analisadas. Desse modo, a falta de

dados oficiais sobre as prisões por falhas revela que essas vítimas do sistema carcerário acabam se tornando invisíveis.

Levando isso em conta, as criminalistas Maíra Fernandes e Dora Cavalcanti durante o 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais, promovido em São Paulo pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim, 2018) afirmam que as principais causas de erros judiciais são falsas acusações, reconhecimento errado do autor do crime, perícias imprecisas, insuficiência probatória que são deixadas de serem analisadas, abusos de agentes estatais e confissões forçadas, muitas vezes obtidas mediante tortura. (RODAS, 2018)

Ao retirar trechos das falas da Criminalista Maíra Fernandes, ex-Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, diz que:

Nunca vi um reconhecimento de autor ser feito de acordo com os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal. A regra do inciso II é especialmente desrespeitada, apontou. O dispositivo estabelece que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”. Em muitos casos que chegavam a mim no Conselho Penitenciário, o reconhecimento era feito da seguinte forma: pegavam o sujeito preso — com cara de preso, sem banho, abatido — e colocavam do lado dele funcionários do cartório, todos arrumados, com roupas sociais. É claro que a vítima sempre reconhecia o sujeito [como autor do crime], contou a advogada. (RODAS, 2018)

Por esse lado, o erro judiciário pode desenvolver das seguintes formas (DIAS, 2004, p. 188);

a) dolo do agente público julgador (juiz), provocando o erro judiciário de forma consciente, com o objetivo de prejudicar alguém, partes ou terceiros; b) culpa do juiz, nas situações em que há imperícia (despreparo técnico) ou negligência (desatenção ou desídia), ou ambas, quando o juiz desconhece o direito a ser aplicado ao caso concreto em julgamento, interpretando-o mal, ou ainda, ao proferir decisão no processo sem qualquer sustentação nas fontes normativas do ordenamento jurídico; c) dolo ou culpa dos agentes auxiliares dos órgãos jurisdicionais, como a autoridade policial, o escrivão, o oficial de justiça e o avaliador, quando apresentam no processo, em razão de atos dos seus ofícios, certidões, laudos ou informes errôneos ou falsos, induzindo o juiz ao cometimento de erros.

Igualmente, Hentz (1995, p. 29-39), entende que o erro judiciário decorre no momento que magistrado declara o direito a um caso concreto, sob uma falsa percepção dos fatos, relatando em sua obra as principais causas do erro:

As principais causas do erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro decorrente de culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; g) erro judiciário decorrente de aplicação da lei.

O erro judiciário vem fomentado de nulidades, promovendo uma série de prejuízos e, sendo assim, muitos fatores contribuem para a condenação de uma pessoa inocente após um julgamento em definitivo, decorrente da má aplicação da lei resultante do não cumprimento dos critérios de interpretação dos verdadeiros fatos, que acabam passando despercebidos.

Todavia, a liberdade é um direito indisponível, o qual já nasce com o próprio homem, e quando ocorre tais erros que resultam em uma prisão injusta, retira o bem mais precioso da vida humana, qual seja, sua liberdade, este tutelado pelas legislações bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a nossa Constituição Federal de 1988, uma vez que este último surge como a garantia de um direito fundamental para toda a sociedade. (Canal Ciências Criminais, 2016)

Outrossim, para evitar tais erros, faz-se imprescindível aplicar cautelosamente a técnica da ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade, além da interpretação sistemática e teleológica, exigindo-se o adequado exame do caso concreto para apuração de dolo ou culpa do indivíduo, preservando pela sua inocência.

No direito penal, podem existir erros em todas as fases do procedimento, desde a recepção da denúncia até ao julgamento final de um processo. Posto isso, qualquer cidadão pode se tornar vítima da (in)justiça, mas a história mostra que a grande maioria dos casos é de pessoas mais vulneráveis.

Levando em consideração essa probabilidade citada, há a tendência de ocorrer mais entre os pobres e negros, pessoas carentes e sem escolaridade, que sequer têm condições mínimas de arcar com advogados e despesas processuais para que analisem minuciosamente o seu caso, sendo necessário o auxílio de advogados públicos, o que ainda é muito sucateado no Brasil, pois ficam a cargo inúmeros processos para poucas pessoas, além do processo ficar tramitando por anos na Justiça, o que certamente gera em um prejuízo. (JANONE, 2021).

No entendimento Aury Lopes Jr (2017, p. 26) o respeito que há que ser garantido ao indivíduo, não o tratando com indiferença e nem podendo ser interpretado como forma de gerar impunidade:

há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um

caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forme rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Cita-se a título de exemplo que, no momento da realização do boletim de ocorrência, a vítima é questionada sobre as características pessoais do indivíduo, e apenas descreve as características da cor, cabelo, estereótipo de “bandido”, tatuagens, tendo uma margem de erro imensurável. Em sede de investigação, esse ponto é considerado uma prova absoluta, e as autoridades fecham os olhos para outras possibilidades, causando por consequência essa imensa margem de erro.

Assim, a injustiça é um fenômeno mundial, no qual se tem uma força policial com uma estrutura pouco confiável e investigações desatualizadas e baseadas em depoimentos que dificilmente são técnicas.

A desigualdade social e econômica é um dos principais responsáveis pela injustiça, pois impede que algumas pessoas tenham acesso à justiça, já que não possuem meios financeiros para contratar advogados e outros profissionais que possam ajudá-las. É preciso haver uma mudança na forma como as leis são interpretadas, para que haja mais justiça e igualdade. É necessário que as leis sejam interpretadas de forma justa e que as autoridades sejam mais responsáveis na aplicação da justiça. Além disso, é preciso aumentar a transparência das investigações, com o uso de tecnologias e processos de investigação mais modernos, que possam garantir o devido processo legal.

Nesse contexto, para os cristãos, um dos exemplos mais antigos de erro judiciário gerando a prisão ilegal foi o julgamento de Jesus Cristo, no ano de 200 d.C, pelos romanos, com base em evidências falsas e ilegítimas, por meio de litígio parcial e intervenção econômica.

Desse modo, na prática, ser preso sem ter cometido se quer algum delito é um dano injusto e grave, contra o qual todo integrante

da sociedade deve insurgir. Logo, de acordo com as estatísticas (PONTE, 2019) algumas pessoas têm maior probabilidade de serem detidas sem motivo razoável com base em sua aparência, raça, cor ou origem social.

Segundo CARNELUTTI (2020, p. 46);

A utilidade desta literatura sob o aspecto da civilização, está no ter difundido a impressão, para não dizer a experiência, da dificuldade de procura, por causa da fabilidade das provas. O risco é errar o caminho. E o dano é grave, quando se erra a estrada, também se erra a história que é feita só nos livros.

No mesmo ponto de vista do autor CARNELUTTI (2020, p. 66);

As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde primeiro era obscuro. E se não servem? Então, diz a lei, o juiz absolve por insuficiência de provas; o que isto quer dizer? Não que o acusado seja culpado, mas tampouco inocente; quando é inocente, o juiz declara que não cometeu o fato ou que o fato não constitui delito.

Posto isso, muitos são os fatores que indicam que o sistema prisional enfrenta uma crise e acabará por ocorrer violações dos direitos humanos, colocando o Estado na frente do “réu”, que de forma evidente mostra o descaso estatal em face daqueles que estão sob sua tutela, o que muitas vezes é bem recebido pelo público, exatamente por acreditarem que aqueles que violam as leis, devem ser considerados os piores e cruéis, para que “aprendam” a não cometer crimes.

Em síntese, o tema justifica-se diante do resultado da observação do aumento cada vez mais crescente de erros judiciários no Brasil, considerando que a prisão ilegal é um ato que ameaça a liberdade do cidadão, e que nos levam a pensar e questionar sobre a confiança

no sistema judiciário e da segurança pública, mostrando a fragilidade dos processos, além da existência do clamor público, que preza pelo encarceramento como meio de resolução e salvação da criminalidade, para que pessoas inocentes cumpram uma pena sem o cometimento de qualquer crime.

2.2 PRISÃO ILEGAL E SEUS REFLEXOS PREJUDICIAIS

A prisão ilegal é apresentada como qualquer ação promovida pelo Estado e praticada em um processo criminal que prive uma pessoa de sua liberdade de locomoção indevidamente, sem atender aos requisitos mínimos exigidos pela legislação, violando os direitos e garantias individuais do agente, previstas no Processo Penal e na Carta Magna.

Diante disso, a restrição da liberdade, se exercida indevidamente, é tido como desprezo à integridade, privacidade, vida, e honestidade de uma pessoa, pois, uma vez que à frente de condições precárias e insatisfatórias do ambiente prisional gera uma mancha eterna na reputação moral, física e mental do cidadão.

Não se pode esquecer que ao ser submetido a tal situação, que muitas vezes perduram por anos, geram consequências e traumas que jamais serão esquecidos, como o tempo, o trabalho perdido e as influências para um trabalho futuro, improvável de ser obtido, a falta de contato com pessoas do mundo exterior e o contato abundante com pessoas em um mundo do crime.

Ademais, a prisão não pode ser usada como uma forma de punição ou castigo, mas sim como uma forma de proteger a sociedade de um possível risco que o acusado possa representar. É importante que todos os direitos do acusado sejam preservados durante o processo de investigação e julgamento, pois caso contrário, a prisão pode se tornar uma forma de coerção e violação dos direitos humanos.

Por isso, nota-se que a prisão é compreendida como toda e qualquer restrição/privação de liberdade aplicada de forma indevida ao

indivíduo, e que por ser injustificada e diante da ausência de elementos suficientes, é passível de ser enquadrada como encarceramento ilegal. Logo, o Estado utiliza a detenção como forma de reprimir o cometimento de delitos e como mecanismo para restabelecer a ordem social e jurídica.

Corroborando esse pensamento, o doutrinador Tourinho Filho (2006, p. 392):

Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a denominação prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria. Esse conceito abrange as duas espécies de prisão: a prisão com pena, ou a prisão – sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem caráter de pena, também conhecida sob denominação genérica prisão sem pena.

No mesmo sentido, elucida Mirabette (2006, p. 261);

A prisão, em sentido jurídico, é a privação de liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal. Entretanto, o termo tem significado vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para o autor de contravenções, “prisão” para crimes militares, além do sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos os seus sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia, com os significados

mencionados em substituição ao termo prisão. Também se faz distinção das espécies de prisão no direito brasileiro: a prisão-pena (penal) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar).

Acerca do tema, realço os ensinamentos do advogado francês:

O homem mais honesto, o mais respeitado, pode ser vítima da Justiça. Você é bom pai, bom marido, bom cidadão e anda de cabeça erguida. Você pensa que jamais terá de prestar contas aos magistrados de seu país. Que nenhuma fatalidade poderá fazê-lo passar por desonesto ou criminoso. Entretanto, esta fatalidade existe e tem um nome: o erro judiciário. Nada é mais falso do que pensar que o erro judiciário só atinge pessoas de má estrela, pois ele desaba igualmente sobre os afortunados e sobre os humildes. (FLORIOT 1970, p. 1, Erros judiciários).

Não se pode esquecer que a defesa técnica é fundamental e um mecanismo de autodefesa do sistema processual penal, que é instituída de forma a respeitar a dialética processual e as regras da igualdade de direitos. Portanto, o acesso à justiça é de enorme relevância, porque define esse direito como um direito universal, garantindo que todos os cidadãos do mundo (independentemente do país) possam obter justiça.

Desse modo, um dos fatores que está a desfavor de um inocente é a questão da defesa, que pela situação econômica da população não há possibilidade de arcar com os gastos, e na maioria das vezes se quer chega ao conhecimento de um defensor público da Região, e por essa razão, infelizmente é obrigado a ficar encarcerado longos anos por uma condenação que se quer cometeu, fato este que merece total repúdio. (JANONE, 2021)

Noutro giro, com o advento do Pacote Anticrime, por meio da Lei nº 13.964/19 alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive relacionado as medidas cautelares, que significa dizer que impôs critérios mais rígidos para decretação da prisão, devendo existir um pedido bem fundamentado, não se admitindo a decretação de ofício pelo juiz, observação do contraditório e da ampla defesa sob pena de incorrer em nulidade, demonstração de motivos concretos para imposição da medida, todos esses requisitos são para que não possa ensejar uma medida constritiva indevida.

Assim, a prisão ilegal também vem prevista no artigo 5º, inciso LXV da CF, que dispõe que quando ocorrer do agente ser preso ilegalmente, a consequência imediata deverá ser sua soltura, haja vista a garantia prevista da sua liberdade, e a prisão somente pode ser decretada em observância estrita e cautelosa dos seus requisitos.

Portanto, no entendimento do doutrinador Ruy Stoco (2004, p. 1038), a prisão indevida é aquela que é decorrente de um ato ilegítimo, afrontoso e abusivo, uma vez que inobserva a verdade dos fatos e seus requisitos formais para que seja imposta uma decretação de medida restritiva de liberdade.

Ao expor as falhas decorrentes do sistema punitivo, de acordo com a Revista Forum (RODRIGUES, 2021), no Brasil existem cerca de 710 mil presos, divididos entre homens e mulheres, e pelo menos 31% aguardam o julgamento, passando longos períodos por uma decisão de absolvição ou uma condenação injusta, o que acaba subtendo o ser humano a condições cruéis e insalubres sem necessidade, e muito menos sem justificativa.

Desse modo, vemos que o tema tratado no artigo 7º, inciso XXII da CF busca aplicar os direitos sociais, que são direitos fundamentais do homem, caracterizados como uma liberdade positiva, que deveria teoricamente ampliar a questão da reinserção no mercado de trabalho pelo Estado Social de Direito, preservando a igualdade. Ocorre que, após sair da prisão, muitos são os que se tornam alvo de preconceitos na hora da candidatura.

Sendo assim, Denise Novais (2006, p. 122) busca elucidar sobre esse direito social: “entretanto, essa proclamada igualdade tem se revelado apenas no âmbito formal, sendo árdua a tarefa de transformá-la em realidade fática”.

Igualmente, nas palavras de Falconi, (1998, p. 122), trata sobre a forma de reintegrar o indivíduo na sociedade:

A reinserção social é um instituto do Direito Penal que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do ex-convicto no contexto social, visando a criar um *modus vivendi* entre este e a sociedade. Não é preciso que o reinserido se curve, apenas que aceite limitações mínimas, o mesmo se cobrando da sociedade em que ele reingressa. Daí em diante, espera-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra.

Nesse ínterim, o autor Oliveira (2007, p. 46), narra sobre a forma que a condenação afeta a dignidade da pessoa humana, além de outros fatores existentes dentro do sistema penitenciário:

O trabalho pode causar inúmeros efeitos no ser humano que o pratica, entre eles a auto-estima, o orgulho de estar produzindo e em troca recebendo recompensa, o incremento da competitividade, o desejo de evolução profissional, a satisfação de sentir-se útil para o sustento familiar, bem como a revolta por julgar-se explorado, a sensação de impotência, o desejo de abandonar a atividade laborativa, a luta por sobressair-se no meio profissional mediante atitudes lícitas ou ilícitas, e em muitos casos a certeza e aceitação passiva do imaginado destino de trabalhar até morrer, como decorrência natural das necessidades da vida.

Desse modo, apesar de ser possível postular pela absolvição diante da sua inocência, a sociedade recebe o indivíduo de forma preconceituosa, o que acarreta diretamente sua vida, principalmente quando se perde um emprego, ficando com uma “reputação manchada” por um crime que se quer cometeu e teve que responder, até que provasse o contrário. (ALVES, 2020)

Por sua vez, apesar do Estado garantir direitos e garantias fundamentais, que visam repudiar esse tipo de acontecimento, como o caso de reinserir o preso na sociedade, vemos que ainda há muitas coisas a serem reformadas, principalmente no que tange a análise minuciosa dos processos, para que não venha condenar inocentemente uma pessoa e gere danos irreversíveis por toda sua vida.

2.3 INSUFICIÊNCIA E FRAGILIDADE PROBATÓRIA NO RECONHECIMENTO PESSOAL

Inicialmente, a insuficiência probatória no reconhecimento pessoal decorre diretamente das ações praticadas em sede inquisitorial, pois é lá que se dá início a realização do boletim de ocorrência, que solicita o detalhamento do suposto acusado de praticar a infração penal, bem como do seu reconhecimento, que pode se dar por meio fotográfico ou presencial, e é nesse momento que há considerações a serem discutidas.

Com base no artigo 226 do Código de Processo Penal, dispõe que havendo necessidade, o reconhecimento pessoal deverá prosseguir com apresentação de outras pessoas semelhantes ao suspeito, lado a lado, além do detalhamento pormenorizado, caso contrário, enseja em nulidade.

Nesse contexto, o doutrinador Aury Lopes Júnior (2018, p. 308) traduz sobre o reconhecimento pessoal nas investigações: “O reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto compara as duas experiências.”

Assim, o reconhecimento pessoal nos processos criminais, há imprescindibilidade de observação dos requisitos garantidores previstos no artigo 226 do CPP, considerando seu formalismo legal, em que durante a fase inquisitiva serve para identificar o réu e atribuir a autoria delitiva, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Para corroborar o assunto, necessário se torna dissertar sobre as formalidades que foram esmiuçadas a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 598.8886, perante o STJ, de relatoria do Rogerio Schietti, que descrever conclusões de como deve ser realizado o procedimento para o reconhecimento de pessoas e coisas, que destaco a seguir:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 12. **Conclusões:** 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa

e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente (...) (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

Sob tais aspectos, o valor probatório do reconhecimento possui grandes chances de potencializar em possíveis erros e distorções, causando erros judiciários frente as condenações, o que em tese, tal procedimento não poderia servir como lastro probatório, apenas quando estiver enlaçado a outras provas para formar o convencimento judicial.

No entendimento de Tourinho Filho (2009, p. 645), este reconhece como um dos métodos mais falhos existentes no Processo Penal, aduzindo:

De todas as provas previstas no nosso diploma processual penal, esta é a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária.

Igualmente, Nucci (2011, p. 185), relata sobre a necessidade de cuidado ao utilizar esse tipo de prova, uma vez sua excepcionalidade:

Cuida-se de meio de prova inominado, porém lícito, vez que não contraria expressamente qualquer norma

constitucional ou legal. Mas a licitude da produção da prova não pode significar, automaticamente, eficiência e relevância. Ao reconhecimento fotográfico deve-se conceder valor relativo, com análise cuidadosa e, se viável, admitido em caráter excepcional

Diante dessa precariedade existente, o reconhecimento realizado de forma equivocada gera a decretação da prisão, que conseqüentemente se torna indevida, uma vez que o procedimento deve ter ponderação e celeridade, em busca de objetos no local do crime, realizar indagação de testemunhas, recolhimento de objetos, todos os pressupostos necessários para que seja esclarecido sobre a autoria e materialidade da infração, não podendo ser utilizada como uma prova absoluta para gerar uma condenação.

Assim, para Badaró (2015, p. 471), aduz sobre um conjunto probatório robusto para análise de tal reconhecimento:

Entendemos que não basta qualquer semelhança, mas sim um conjunto de dados semelhantes. Se não houver uma semelhança entre as pessoas ou coisas a serem reconhecidas, o reconhecimento será nulo, por defeito formal. Em outras palavras, deverão ser confrontadas pessoas do mesmo sexo, origem racial, estatura, idade.

Em complemento, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 652.284, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em Santa Catarina, absolveu o réu de um crime por ter sido utilizado o reconhecimento fotográfico como único meio questionável de prova, realizado pela vítima, o qual sustenta na jurisprudência abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO

FOTOGRAFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. (...) 4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar “falsas memórias”, além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.). 5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato. 6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas

inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial. (...) 8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente. (HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021)

Nesse sentido, o Ministro no julgamento do mencionado HC, trata exatamente sobre a discussão aqui trazida, haja vista a fragilidade e insuficiência probatória no reconhecimento pessoal quando utilizada como único meio de prova, fazendo crítica sobre a falsa memória da vítima ou de testemunhas, que se sujeitam ao esquecimento com o decorrer do tempo, não constituindo uma evidência segura da autoria do delito, não sendo reputado como mecanismo confiável.

Nesse ponto, há que se ressaltar sobre o fenômeno da falsa memória, em que segundo Izquierdo (2018, p. 01), conceitua o assunto: “memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”.

Através desse conceito, extrai-se que a memória do ser humano pode apresentar erros, traumas, fatores que influenciam diretamente na sua consciência, não podendo ser valorada, uma vez que a junção das memórias verdadeiras com sugestões de terceiros gera as falsas memórias. (LOFTUS, 1997, p. 70-75).

Outrossim, salienta-se que quando o indivíduo se vê numa situação de risco, emoção, vulnerabilidade, ameaça ou violência, como em um exemplo de assalto a mão armada, a vítima perde o foco, enxergando unicamente possíveis traços e características físicas do autor, o que dificilmente após essa situação vivida, lembrará com clareza pelas experiências traumáticas. (IZQUIERDO, 2018, p. 69).

Desse modo, nos estudos de GESU (2014, p. 149) versa:

As falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa.

Portanto, o tema se mostra relevante a partir da fragilidade existente e os erros gravíssimos no devido processo penal, sendo considerada como uma prova falível. Com essa abordagem do fenômeno da falsa memória, a utilização desse procedimento requer credibilidade probatória, haja vista a possibilidade dos fatores que impedem a recordação das características do reconhecimento pessoal.

Importante a distinção entre o fenômeno da falsa memória e da mentira, em que nessa última, diante da facilidade de uma vítima ou testemunha relatar falsamente sobre o caso, para ver uma pessoa condenada, por supostamente ter vivido essa “experiência”, o que torna o processo de investigação ainda mais difícil, nas palavras de Lopes Jr (2020, p. 732):

As falsas memórias diferenciam-se da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato

consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima, desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.

Assim, se torna essencial que todos os profissionais do Direito que detenham conhecimento sobre a realização do procedimento da condução desse método do reconhecimento pessoal, seja realizado com o máximo de ponderação, tendo em vista a possibilidade de risco de vícios e falhas.

Além disso, que tanto em sede de inquérito policial, por meio da autoridade policial, como em juízo a ser aplicado pelo Magistrado, seja assegurado e amparado pela busca da verdade real dos fatos, considerando que esse tipo de reconhecimento é visto como uma fonte não confiável, não podendo ser utilizado como um único meio de prova, apenas quando essa for corroborada com outros meios de provas seguros, como determina entendimento jurisprudencial.

Não obstante, é necessário que todos dos depoimentos a serem extraídos, sejam utilizadas de forma técnica, colhendo o máximo de informações, para que a medida seja aplicada com cautela, a fim de se evitar um reconhecimento errôneo de uma pessoa que se quer cometeu o crime, apenas por ter traços ou características físicas parecidas com o verdadeiro autor da conduta criminosa.

3 ANÁLISE DA CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO PELO ERRO JUDICIÁRIO DE ACORDO COM AS JURISPRUDÊNCIAS APLICÁVEIS

Há divergências jurisprudenciais acerca dessa da aplicação quanto à responsabilidade estatal, em que alguns entendem pela

responsabilidade civil objetiva do Estado nos casos de erro judiciário na prisão ilegal e na condenação, bem como a aplicação da subjetividade, aquela em que só será concedida se observados os requisitos previstos em lei.

Com base nisso, reiterando o tema tratado, o erro judiciário pode ocorrer tanto na fase inquisitiva, no procedimento das investigações, até posterior decretação da medida cautelar, como em uma sentença penal condenatória.

Sendo assim, para melhor análise das jurisprudências, de forma resumida, o doutrinador Fernando Capez (2012, p. 301) entende a “prisão como a privação da liberdade de locomoção, em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

No tocante ao erro judiciário, também recapitulando a matéria, Nanni (1999, p. 122), ensina:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos.

Nesse sentido, o erro judiciário decorre de uma falha durante o prosseguimento de uma ação penal, praticado pelo Poder Judiciário através do Magistrado, sendo este aquele que proferirá despachos, sentenças e decisões, em que podem ser praticadas por condutas dolosas ou culposas. Todavia, sendo o Magistrado servidor público da entidade pública, a responsabilidade recairá aos Estado devido suas práticas omissivas, pela gravidade dos fatos e consequências, haja

vista se tratar de um direito indisponível, como a vida, liberdade, honra e dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2015)

À vista disso, levando em consideração o exercício jurisdicional do magistrado, o erro acontece com maior frequência na hora da análise da questão probatória do processo, este que se mostra como pilar fundamental para formação da prova, uma vez que utilizará para formação de seu convencimento, e se não for observado da forma correta ou exercer a falta de um dever de cuidado, a este será atribuído parcela da existência do erro judiciário, principalmente na condenação de um inocente.

Observa-se que essa falta de zelo e observância no exame probatório dos autos, pode desenrolar-se pela alta demanda existente no Poder Judiciário, e por tentarem cessar o serviço mais rápido, originando-se o erro.

Portanto, seguindo esse raciocínio lógico em relação a prestação do serviço público do Juiz, o autor João Martins (1997, p. 248), explica:

Há de ser também em via de consideração a má vontade de alguns juízes quanto à coleta das provas carreadas na instrução, principalmente, devido à injustificável pressa de encerrar os depoimentos, além de entenderem de modo equívoco, que o material probatório coletado é suficiente para formar suas persuasões racionais, esquecendo-se, dentro de suas mascaradas posturas de donos do direito.

Conjugado ao entendimento anterior, pondera Dergint (1994, p. 183) sobre a questão da responsabilidade atribuída ao Estado, ocupando o polo passivo do Magistrado:

Porém, tanto no processo civil quanto no penal, o Estado desempenha indistintamente (através do juiz, seu agente) a função jurisdicional. Ademais, o ato jurisdicional danoso pode derivar de culpa ou dolo do magistrado, não havendo como negar indenização

à vítima a cargo do Estado, que responde a título principal, de modo a garantir a vítima contra a eventual precariedade econômica do magistrado. Não se pode esquecer que o juiz age em nome do Estado – este tirando proveito da atividade daquele (e, portanto, respondendo pelos danos por ela ocasionalmente gerados).

Oportunamente, a ideia da análise da concessão da indenização pelo erro judiciário de acordo com as jurisprudências aplicáveis decorre desses fatos mencionados, pelos prejuízos causados em sede de uma prisão decretada ilegalmente, bem como de uma condenação, estas que confrontam diretamente o ordenamento jurídico.

Nas palavras de Villaça Azevedo (2011, p. 277), a indenização “descende do adjetivo latino *indemnis* (que não teve dano, prejuízo), e, formado da partícula negativa *in* mais o substantivo *damnum*, (dano, perda, detrimento, prejuízo, lesão)”.

Desse modo, o Estado ao incidir em erro, o indivíduo faz jus de ser reparado pelas decisões manifestamente equivocadas, para assegurar seus direitos e garantias previstos. Vejamos abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRISÃO ILEGAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. MANDADO DE PRISÃO QUE RECAIU SOB PESSOA DIVERSA. ERRO DO PODER JUDICIÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. 1. Indenização por danos morais. Necessidade de reexame de fatos e provas: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. Este Supremo Tribunal assentou que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais, salvo nos casos de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença (inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República) e nas hipóteses expressamente previstas em lei. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 599501 AgR, Relator(a): Min.

CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 25-11-2013 PUBLIC 26-11-2013).

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - PRISÃO INDEVIDA PELA SEGUNDA VEZ - NEGLIGÊNCIA DA POLÍCIA - REDUÇÃO DOS DANOS MORAIS - DESCABIMENTO. Em relação à prisão injusta o dano moral é presumido, sendo de senso comum que essa situação cria constrangimentos, humilhação, angústia, tristeza, medo, aflição, ansiedade e preocupação, caracterizando, dessa forma, prejuízos de ordem moral. Para mensurar a indenização devida por danos morais deve-se levar em conta as condições das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo-pedagógico da reparação. Índícios relevantes de descuido do poder público: lapso temporal de 8 anos entre as ordens de recolhimento dos mandados prisionais e a ocorrência do encarceramento ilegal; o autor já havia sido vítima de anterior prisão indevida, em virtude do mesmo mandado de prisão; encarceramento que perdurou por 16 dias. Manutenção da indenização fixada em primeiro grau. Recurso não provido (Apelação cível nº. 1.0024.09.570706-3/001; Rel^a. Des^a. Heloísa Combat, da 4^a Câmara Cível do TJMG; j. 31.03.2011; m.v.).

Isto posto, apoiado nas diversas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, quase de forma unânime, pois ainda há algumas divergências e discussões acerca do tema, os Tribunais tem entendido pela responsabilidade objetiva do Estado, compreendendo pela justa concessão da indenização ao indivíduo, frente as violações dos direitos humanos e todo o sofrimento experimentado, devendo ser fixada com prudência e manifestação o valor dos danos morais, nos limites previstos para cada caso específico.

Inclusive, em um dos precedentes mencionados, há que se ressaltar da suprema Corte, em julgado de Agravo Interno nº 599501 da Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que sustenta a súmula 279 do STF, ao defender que a teoria da responsabilidade civil objetiva não se estende aos atos judiciais, exceto nos casos de erro judiciário, quando houver decretação de prisão ilegal e a condenação do agente, visto que expressamente previsto no artigo LXXV, artigo 5º, da Constituição Federal.-

Noutro giro, o STF em julgamento do REsp 872.630/RJ, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, este assevera na ementa de seu acórdão que a ideia de indenização por erro judiciário se justifica no direito fundamental à liberdade, honra, integridade física e imagem, corroborando que a proteção deve assegurar a dignidade da pessoa humana, em face das cláusulas pétreas constitucionais, sendo juridicamente sustentável que a prisão injusta releva a ampliação da responsabilidade estatal, e os danos morais decorrente desse cerceamento ilegal dispensa consequentemente a comprovação de provas e culpabilidade.

Tanto é verdade que o cárcere ilegal e injusto, causado pelas falhas dos agentes estatais, em sede inquisitorial e em juízo retrata afrontas gravíssimos a vida do ser humano, algo que apesar de ser entendido e aplicável a concessão da indenização pela injustiça, os casos de erro judiciário vem aumentando cada dia mais, o que é preciso cautela e um dever de cuidado quando submetido a responsabilidade de um processo criminal, uma vez que além do trauma emocional, a pessoa levará sequelas inesquecíveis por toda a vida, logo, o Estado no exercício da função, deve prezar pela lúdima e adequada justiça, frente ao risco assumido.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar sobre as principais causas que acarretam para formação do erro judiciário, em que foi constatado por meio de pesquisas doutrinárias catalogadas e precedentes

jurisprudenciais, em que surgem a partir de um ato ilegítimo e ilegal, durante a prestação da atividade jurisdicional do Poder Judiciário, iniciando-se no momento em que o indivíduo é tratado, quando passa a ser considerado como um criminoso, invertendo-se os valores sociais e morais, o que provoca conseqüentemente sentimento de injustiça.

Desse modo, constatou-se que as causas que derivam o erro judiciário são ocasionadas pela prática das falsas acusações, aquelas caluniosas ou difamatórias, a falha no reconhecimento pessoal, a colheita do depoimento da vítima que são levados como verdade real e absoluta no processo, o que nem sempre pode ser utilizado como prova para corroborar uma condenação, as perícias inconsistentes (essas quando são realizadas), a ausência de elementos mínimos de prova, bem como a presença do abuso de autoridade praticada pelos funcionários do Estado, que estão ali para servir a segurança e o bem estar da sociedade, o que, nesses casos, acabam sendo violados.

Em relação a essas causas, é possível retirar-se a imensa importância da aplicação da cautela e proporcionalidade por todos os operadores de direito, em sede investigativa e em juízo, devendo prezar pela verdade real e única dos fatos, analisando provas em concreto e todas as suas circunstâncias no âmbito da persecução criminal, para apurar a conduta dolosa ou culposa do indivíduo, tendo em vista a margem de erro existente, principalmente no Brasil, justamente pela fabilidade e fragilidade existente.

Tanto é verdade, pelos menos na teoria, que há que ser aplicado antes de qualquer coisa, o princípio da presunção da inocência, o qual é norteado pelo processo penal, previsto na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVII, ao garantir que ninguém poderá ser culpado até posterior decisão transitada em julgado, como forma de assegurar ao indivíduo a sua inocência durante toda a marcha processual, evitando-se assim uma auto-incriminação.

Contudo, foi possível observar que a partir da decretação da medida cautelar, inicia-se a formação de seus reflexos prejudiciais, pois o agente começa a ser visto pela sociedade com outros olhos, julgadores por sinal, que apesar de se declarar inocente, é jogado as “jaulas” da

escuridão e solidão, por um crime que se quer cometeu, considerando que este sofre uma condenação popular e social antes de chegar na mesa de um Magistrado, sofrendo emocionalmente, fisicamente, bem como todas as perdas que lhe são geradas, como o tempo, essa que não pode ser resgatada, o que merece total repúdio. Outrossim, foi observado diante dos casos reais, as perdas inclusive profissionais, o que atualmente é visto como preconceito nos estabelecimentos empresariais na hora da contratação de um funcionário.

Por outro lado, a exemplo, quando se tratar de determinados delitos que não deixam vestígios, a doutrina e jurisprudência firma o entendimento sobre a utilização da prova testemunhal, o que demonstra claro inequívoco, sujeitando-se ao perigo e consequências de elevar a probabilidade de condenar um inocente, pois conforme mencionado, o depoimento do ser humano possui falsas memórias, por fatores internos e externos, logo, o depoimento da vítima passa a ter maior prevalência, prejudicando o inocente. Quando não é essa questão, surgem denúncias caluniosas, o que interfere diretamente na apuração das investigações.

Não obstante, considerando a prática de ilegalidade da prisão, o qual restringe a liberdade do indivíduo, alcançando negativamente seus preceitos fundamentais como a vida, privacidade e integridade física e moral, sobrevém o dever de reparação do Estado e seus elementos para concessão do ônus indenizatório, o qual é analisado sob a ótica objetiva e subjetiva.

Em suma, o Estado ao exercer sua função jurisdicional, deve adotar como prioridade o objetivo de proporcionar uma justiça adequada e proporcional, frente ao risco assumido, considerando que será responsabilizado pelos prejuízos e atos que causar, inclusive quando se tratar de uma condenação indevida, pois a vítima levará sequelas por toda a vida.

Por fim, conclui-se que, quando diante da violação ilegal do cercamento a liberdade do indivíduo, garantia essa fundamental ao ser humano, em razão das ações ou omissões praticadas, o Estado comete

ato ilícito, respondendo no lugar de seus subordinados, admitindo posteriormente uma ação de regresso.

Todavia, apesar da possibilidade da reparação pelo erro judiciário cometido, esses fatos e consequências nos levam a refletir sobre a transparência, qualidade, e cautela adotada no sistema judiciário, tal como da segurança penal pública, evidenciando a vulnerabilidade dos processos e de quem os analisa. Conforme se expressa o pensador Thomas Jefferson (1743): “a injustiça se torna a lei, a resistência passa a ser um dever”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Shaiane. **Riscos da Condenação pelo crime de estupro de vulnerável baseada exclusivamente na palavra da vítima.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/riscos-da-condenacao-pelo-crime-de-estupro-de-vulneravel-baseada-exclusivamente-na-palavra-da-vitima/>. Acesso em: 14/03/2022.

BARRETO, Rafaela. **Os princípios jurídicos de Direito Penal.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51321/os-principios-juridicos-de-direito-penal>. Acesso em: 21/03/2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

CAIO MÁRIO. Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Edijur, 2020.

CURY, Aislan. **Responsabilidade civil do estado.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/8000/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em: 19/04/2022

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI, Renan. **Diferenças entre revogação da prisão e relaxamento da prisão.** Disponível em: <https://renanpereiraferri.jusbrasil.com.br/artigos/409536827/diferencas-entre-revogacao-da-prisao-liberdade-provisoria-e-relaxamento-da-prisao>. Acesso em: 10/04/2022

FERREIRA, Ana. **O Habeas Corpus preventivo no direito processual Brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52820/o-habeas-corpus-preventivo-no-direito-processual-brasileiro>. Acesso em: 10/04/2022

FERREIRA, Iverson. **Indisponibilidade dos direitos fundamentais: análise a partir das garantias.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais-analise-a-partir-das-garantias/>. Acesso em: 19/04/2022.

FIDALGO, Marcelo. **Prisão Cautelar e prisão preventiva.** Disponível em: <https://marcelofidalgoneves.jusbrasil.com.br/artigos/348336409/prisao-cautelar-e-prisao-preventiva>. Acesso em: 08/03/2022.

FILHO, Dino. **Wagno: Justiça após oito anos.** Disponível em: <http://gshow.globo.com/programas/mais-voce/v2011/MaisVoce/0,,MUL480208-10345,00-WAGNO+JUSTICA+APOS+OITO+ANOS.html>. Acesso em: 16/04/2022

FILHO, Gabriel. **A origem e história das penas e o surgimento da pena privativa de liberdade.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-origem-e-historia-das-penas-o-surgimento-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 03/03/2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 33^a, Petrópolis: Ed. Vozes, 33^a Ed, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Histórias da violência nas prisões.** Petrópolis, Ed. Vozes, 27^a Ed. 1999.

GARCEZ, William. **A prisão preventiva a luz da doutrina e da jurisprudência.** Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/314775827/a-prisao-preventiva-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia#:~:text=A%20decreta%C3%A7%C3%A3o%20da%20pris%C3%A3o%20preventiva,da%20ocorr%C3%Aancia%20da%20infra%C3%A7%C3%A3o%20penal>. Acesso em: 20/03/2022

GENOSO, Gianfrancesco. **STF e a presunção da inocência; princípio em extinção.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/280768/o-stf-e-a-presuncao-de-inocencia--principio-em-extincao>. Acesso em: 21/03/2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes:** 42,9%. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 30 julho. 2009. Acesso em: 30/03/2022.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Responsabilidade do Estado por prisão indevida.** São Paulo: In: Revista dos Tribunais. Ano 85. v. 730. ago. 1996.

ISHIDA, Válter kenji. **PROCESSO PENAL.** 6 ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

IZQUIERDO, Iván. **Memória.** 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JANONE, Lucas. **Defensoria Pública tem deficit de pelo menos 4-5 mil profissionais no país.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/defensoria-publica-tem-deficit-de-pelo-menos-4-5-mil-profissionais-no-pais/>. Acesso: 15/04/2022.

JÚNIOR, Ivan. **Falsas memórias e a prova testemunhal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36001/falsas-memorias-e-a-prova-testemunhal#:~:text=As%20falsas%20mem%C3%B3rias%20diferenciam%2Dse,espa%C3%A7o%20de%20cria%C3%A7%C3%A3o%20e%20manipula%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05/04/2022

JUS BRASIL. **Condenado por estupro é inocentado em novo julgamento após cinco anos preso por engano.** Disponível em: <https://doutoradevogado.jusbrasil.com.br/noticias/738737838/condenado-por-estupro-e-inocentado-em-novo-julgamento-apos-cinco-anos-preso-por-engano>. Acesso em: 14/04/2022

JUS BRASIL. **Teoria do risco administrativo.** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/289879/teoria-do-risco-administrativo>. Acesso em 29/04/2022

LIMA, Edinalva. **A responsabilidade civil do estado por erro judicial.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89479/responsabilidade-civil-do-estado-por-erro-judicial>, Acesso em: 20/04/2022

LIMA, Thiago. **Responsabilidade civil do estado por leis inconstitucionais.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92326/responsabilidade-civil-do-estado-por-leis-inconstitucionais>. Acesso em: 22/04/2022

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LUIZ, Délio. **Espécies de prisões no ordenamento brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48143/especies-de-priso-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: 14/03/2022

MACHADO, Hugo. **Prisão Preventiva.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14155/prisao--preventiva>. Acesso em: 14/03/2022

MARQUES, Gladston. **A busca da verdade real em detrimento do princípio da vedação de provas ilícitas no Processo Penal.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-busca-da-verdade-real-em-detrimento-do-principio-da-vedacao-de-provas-ilicitas-no-processo-penal/#:~:text=O%20par%C3%A1grafo%20primeiro%20do%20artigo,uma%20fonte%20>

independente%20das%20primeiras%E2%80%9D. Acesso em: 03/04/2022

MARTOLY, Pedro. **Código de Hamburabi**. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.com/codigo-de-hamurabi/>. Acesso em: 04/03/2022

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 298 edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Ricardo. **Um breve comentário acerca do RE nº 841526, envolvendo a responsabilidade civil do estado por morte do detento**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59294/um-breve-comentario-acerca-do-re-841526-rs-envolvendo-a-responsabilidade-civil-do-estado-por-morte-de-detento>. Acesso em: 29/04/2022

MIRANDA, André et al. **As injustiças da justiça brasileira**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>. Acesso em: 18/03/2022

NEHER, Patrícia. **Responsabilidade extracontratual do estado**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/26283/responsabilidade-extracontratual-do-estado>. Acesso em: 23/04/2022

NESTOR, Távora. **In curso de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

NETO, Francisco. **A atipicidade da conduta do partícipe e os requisitos para sua responsabilização no direito penal brasileiro**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56918/a-atipicidade-da-conduta-do-partcipe-e-os-requisitos-para-sua-responsabilizao-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 24/04/2022

NOVAIS, Denise. **Discriminação da mulher no emprego**. IN FREITAS JR., Antônio Rodrigues de et al. São Paulo: Distribuidora do Livro, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Dannyele. **Jus puniendo do Estado e sua reparação**. Disponível em: <https://dannyeleoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/448814173/jus-puniendi-do-estado-e-sua-reparacao>. Acesso em: 03/03/2022

PANDINI, Suelen. **A responsabilidade subjetiva e objetiva**. Disponível em: <https://suelentaina.jusbrasil.com.br/artigos/831606888/responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva>. Acesso em: 28/04/2022

RODAS, Sérgio. **Criminalistas analisam as principais causas erros judiciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>. Acesso em: 26/03/2022.

RODRIGUES, Cristiane. **Responsabilidade civil do Estado pelo ato judicial da antecipação da tutela**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-estado-pelo-ato-judicial-da-antecipacao-de-tutela/>. Acesso em: 22/04/2022

RODRIGUES, Henrique. **Campanha Nacional alerta para presos condenados injustamente no Brasil**. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/brasil/2021/10/22/campanha-nacional-alerta-para-presos-condenados-injustamente-no-brasil-105108.html>. Acesso em: 31/03/2022

ROMANO, Rogério. **O dolo e a coação como vícios de negócio**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73642/o-dolo-e-a-coacao-como-vicios-dos-negocios-juridicos#:~:text=Como%20explicou%20Caio%20M%C3%A1rio%20da,procede%20por%20>

a%C3%A7%C3%A3o%20ou%20omiss%C3%A3o. Acesso em: 25/04/2022

ROZEIRA, Matheus. **Jus puniundo e os limites do direito de punir.** Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir#:~:text=Surge%20a%20escrita%20tradicional%20\(grego,fogo%20era%20um%20elemento%20purificador](https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir#:~:text=Surge%20a%20escrita%20tradicional%20(grego,fogo%20era%20um%20elemento%20purificador). Acesso em: 03/03/2022

SAIBRO, Henrique. **Atenção Juiz: Prisão é Exceção.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226335147/atencao-juiz-prisao-e-a-excecao>. Acesso em: 14/03/2022

SANTOS, Anderson. **Responsabilidade civil do estado por omissão.** Disponível em: <https://andersonzeferino.jusbrasil.com.br/artigos/342143861/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao>. Acesso em: 22/04/2022

SILVA, Adriano. **Erro Judiciário no Processo Penal.** Disponível em: <https://adrianomachado.jusbrasil.com.br/artigos/202587069/erro-judiciario-no-processo-penal>. Acesso em: 02/05/2022

SILVA, Daniel. **Prisão Cautelar e as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24566/prisao-cautelar-as-inovacoes-introduzidas-pela-lei-n-12-403-2011>. Acesso em: 20/03/2022.

SILVA, Lorena. **A responsabilidade civil do Estado.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54662/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em: 27/04/2022

SOUSA, Victor. **O que se entende pela teoria da causalidade direta no direito civil.** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2496217/o-que-se-entende-pela-teoria-da-causalidade-direta-no-direito-civil-daniella-parra-pedroso-yoshikawa#:~:text=Segundo%20>

o%20ensinamento%20do%20Professor,o%20tiro%20e%20C%20morre. Acesso em: 25/04/2022

SOUZA, Eduardo. **A responsabilidade civil extracontratual do estado por omissão nas relações de trânsito**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-extracontratual-do-estado-por-omissao-nas-relacoes-de-transito/>. Acesso em: 23/04/2022

SATALON, Evinis. **STJ: excesso de prazo na comunicação do flagrante**. Disponível em: <https://evinistalon.com/stj-excesso-de-prazo-na-comunicacao-do-flagrante/>. Acesso em: 21/03/2022.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

TÁVORA, Nestor. **Estudos sobre prisões e liberdades provisórias**. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/ice4/vordf/estudos/penal/prisoos.pdf>. Acesso em: 04/03/2022.

TJDFT. **A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na vertente risco administrativo, admite causas excludentes?**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-administrativo/responsabilidade-do-estado/a-culpa-exclusiva-da-vitima-ou-fato-exclusivo-de-terceiro-o-caso-fortuito-e-a-forca-maior-sao-causas-excludentes-da-responsabilidade-objetiva-do-estado>. Acesso em: 21/04/2022

TOMAZINI, Andressa. **Obrigação Indenizatória pelo excesso de Prisão**. Disponível em: https://www.juscatarina.com.br/2017/11/16/andressa-tomazini-e-paula-abiko-obrigacao-indenizatoria-pelo-excesso-de-prisao/#_ftn25. Acesso em: 08/05/2022

TOURINHO FILHO, Fernando, **Código de Processo Penal Comentado**, Ed. Saraiva, 12^o Edição, ano 2009, Tomo I.

TRIGUEIRO, André. **Prisão de Inocentes atinge mais negros pobres ou moradores de periferia**. Disponível em: <https://mundosustentavel.com.br/prisao-de-inocentes-atinge-mais-negros-pobres-ou-moradores-de-periferia/> Acesso em: 18/03/2022.

VASCONCELOS, Caê. **Por que tantos negros são alvo de prisão injusta com base em reconhecimento**. Disponível em: <https://ponte.org/por-que-tantos-negros-sao-alvo-de-prisao-injusta-com-base-em-reconhecimentos/>. Acesso em: 17/03/2022

FILME O JUIZ: ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO MUNDO PROFISSIONAL E COMPETITIVO DO DIREITO

*Márcia Amélia de Oliveira Bicalho
Ida Geovanna Medeiros da Costa*

INTRODUÇÃO

Não surpreendentemente, após a conclusão da graduação em Direito e/ou aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é possível encontrar no mercado de trabalho operadores do Direito que, apesar dos notáveis conhecimentos técnico-científicos, não conseguem desenvolver a habilidade na área da argumentação, sendo essa uma situação paradoxal, dado o fato do Direito ser uma área do conhecimento que não pode ser estudado apenas como um produto pronto por ter sido criado por meio de uma ação legislativa. Na verdade, ele ocorre por meio de um processo que se alinha a partir de como se chega à uma decisão judicial que, por sua vez, precisa ser fundada numa ótica racional de um conjunto de ideias que a compõem de forma a oferecer respostas aos litígios humanos (CAVALHEIRO, 2018).

Por essa razão, o tema deste capítulo é a argumentação jurídica e sua importância, dado que o Direito é servo da linguagem, o que quer dizer que, sendo esse o principal instrumento dos operadores do Direito, caso esses profissionais não dominem a língua portuguesa – vernáculo oficial no Brasil – e/ou não realizem a articulação dos diversos conceitos da ciência jurídica com outras áreas do conhecimento humano, encontrarão dificuldades no ato de argumentar, pois a linguagem assume papel central no dia-a-dia dos advogados, por exemplo, que por meio dela, podem convencer e promover ações que, conseqüentemente, geram resultados para os clientes (CAVALHEIRO, 2018).

Porém, é importante dizer que quando se estuda a argumentação sob o prisma do discurso jurídico, naturalmente são gerados mais argumentos para a análise do que o proposto a ser realizado, motivo pelo qual este capítulo também não deixa de trazer à tona, a percepção da argumentação jurídica como disputa no mundo jurídico, afinal, no Direito, quando se fala em concorrência havida por meio do debate, surge, primariamente, sempre a ideia do justo, ou seja, se duas partes debatem, é natural que se entenda que ao menos uma delas não deve estar com a razão, não seja acobertada pelo Direito, visto que não é possível que duas ideias contrárias estejam certas (COSTA, 1980).

Isto posto, por meio de pesquisa acadêmica e emprego de metodologia qualitativa, reflete-se o quanto o ato de argumentar é fundamental para o convencimento realizado pelos operadores do Direito, motivo pelo qual o objetivo deste capítulo é realizar uma análise de como se desenvolvem os discursos, as estratégias, bem como os mecanismos da argumentação que formam a base da defesa do réu e que estão presentes no duelo jurídico do filme americano *O Juiz*, do ano de 2014, dirigido por David Koblin e estrelado pelos atores Robert Downey Jr. e Robert Duvall.

1. A ARGUMENTAÇÃO E SEUS ELEMENTOS

1.1. ORIGEM DA ARGUMENTAÇÃO

O intérprete, representado nas mais diversas carreiras jurídicas, deve ter compromisso com a unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica, cujas decisões devem ser universalizáveis a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias e inspiradas pela razão pública. É por esse motivo que ele deve procurar observar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento, levando-se em consideração que o respeito à jurisprudência é uma forma de promover a segurança jurídica e a isonomia, princípios estes que são de fundamental importância (CAVALHEIRO, 2018).

No caso dos juizes, não se pode ignorar a história, as sinalizações pretéritas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados, na medida em que a prática judicial é como um romance em cadeia escrito por vários capítulos em épocas diferentes, seja fazendo frente às novas realidades ou mesmo corrigindo um juízo anterior que se considera equivocado, mas que deverá ser cuidadosamente justificado, podendo ter seus efeitos limitados ou adiados, surgindo, enfim, a figura e tarefa dos advogados, defensores públicos e promotores de justiça, como os detentores da missão de evitar a ocorrência de injustiças flagrantes por meio da qualidade argumentativa (CAVALHEIRO, 2018).

Portanto, a argumentação é valorosa para as mais diversas carreiras jurídicas, partindo-se da premissa de que advogados, juizes e promotores de justiça ganham a vida argumentando. O argumento é, para esses profissionais do Direito, a ferramenta número um, de modo que se pode estabelecer a diferença entre o bom e o mau profissional do Direito avaliando a sua capacidade maior ou menor de argumentar convincentemente. Advogar consiste, em grande parte, em convencer os juizes. E convencer depende de argumentar com eficácia. Por outra, nos dias atuais a advocacia é, cada vez mais, a arte de conseguir bons acordos. E bons acordos só se conseguem com bons argumentos (SANTOS, 2003).

Vale ressaltar que a argumentação está presente em todos os discursos, principalmente porque todo ser humano é persuasivo. Logo, como se pode ver, a argumentação está presente no discurso jurídico desde os primórdios, sendo que na construção de sentido e também na argumentação, a escolha lexical é de enorme valor, para tanto, faz-se necessário que o operador do Direito se aproprie das palavras que farão diferença dentro do discurso. A relação entre a escolha lexical e o sentido/efeito que o jurista pretende provocar deve ser bem pensado, pois uma palavra dita em contexto incorreto, pode provocar um efeito negativo e, com isso, o argumento se voltar contra ele.

Sobre a origem do termo “argumentar”, a palavra vem do latim *argumentum*, cujo sentido principal é “fazer brilhar”, “iluminar”,

sendo possível dizer, num primeiro momento, que argumento é tudo aquilo que ilumina: argumentar é discutir, mas principalmente, é raciocinar, é deduzir e concluir, sendo a qualidade que melhor define o que se entende por um bom jurista – aquele que tem a capacidade de construir e manejar ideias com maestria e habilidade –, pois oriundo do raciocínio humano, o Direito não se articula por si só (PENTEADO, 1980):

A partir do momento em que se exercita o Direito – e é essa a função de todo profissional que nessa área atua –, a argumentação passa a ser imprescindível. Quem mais argumenta, melhor opera o direito, melhor o aplica. Para compreender a argumentação deve-se abandonar o conceito binário certo/errado. No Direito concorrem teses diferentes, e não necessariamente existe uma verdadeira e outra falsa, mas uma tese mais convincente que as demais. Argumentar é a arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis. A argumentação processa-se por meio do discurso, ou seja, por palavras que encadeiam, formando um todo coeso e cheio de sentido, que produz um efeito racional no ouvinte. Quanto mais coeso e coerente for o discurso, maior será sua capacidade de adesão à mente do ouvinte, porquanto este absorverá com facilidade, deixando de transparecer menores lacunas (CAVALHEIRO, 2018).

Aliás, desde Aristóteles, adota-se uma divisão tripartite entre os tipos de discurso. O critério de diferenciação entre eles é o auditório a que se dirige, ou seja, quem são os destinatários finais das mensagens transmitidas pelo discurso, sendo que para cada tipo de argumento há uma maneira distinta de compor o texto que lhe será levado a conhecimento. São três os gêneros da retórica: político ou deliberativo (que procura persuadir ou dissuadir); judicial (que acusa ou defende e o qual se enquadra no presente capítulo); e demonstrativo ou epidítico (que elogia ou censura) (CAVALHEIRO, 2018).

O objetivo do discurso refere-se ao elemento chamado ouvinte e que é, necessariamente, um espectador ou um juiz, havendo três categorias de ouvintes dos discursos: (i) o espectador que olha o presente e que só tem que se pronunciar sobre a oratória; (ii) o juiz que julga sobre coisas passadas; e (iii) a assembleia que olha o futuro. Com efeito, um discurso comporta três elementos: a pessoa que fala, o assunto de que se fala e a pessoa a quem se fala (CAVALHEIRO, 2018).

1.1.1. ORIGEM DA RETÓRICA

A origem da retórica se deu, geograficamente, na Sicília, por volta do século V a. C. Segundo a história, dois tiranos teriam expulsado populações inteiras das terras de Siracusa, trata-se de Gelon e Hieron, o que permitiu a entrada de mercenários que passaram a ocupar as terras, gerando uma revolta popular que fez com que desistissem do poder, passando a existir júris populares, cuja tarefa era julgar em praça pública os processos instaurados por conta da retomada de terras (PETRI, 2005 [2000]) e uma vez desmoronada a tirania, foi autorizado aos proprietários espoliados que defendessem sua causa (MEYER, 2007). Nasce a primeira relação entre retórica e discurso jurídico.

Conforme o que foi apresentado por esses autores, com base no lugar e a forma pela qual a retórica surgiu, é possível dizer que o desenvolvimento da retórica se deu, no início, por meio da filiação à oralidade, na medida em que as exposições ocorriam em locais amplos e com públicos não delimitados, o que demonstra que as disputas ocorridas entre os retores – mestres da retórica – eram, em certo sentido, também abertas ao auditório.

Com o passar do tempo, a retórica passa a estar também nos textos escritos dos mais variados gêneros discursivos (MOSCA, 2005): “Destes, talvez os mais legítimos representantes na atualidade sejam o discurso jurídico, herdeiro direto das primeiras ocorrências em que se defendia a posse das terras na Sicília contra os invasores [...]”.

Conforme o que se extrai da autora, percebe-se uma relação entre os primeiros retores com os representantes do discurso jurídico atual que são os profissionais da área jurídica, tendo em vista que o motivo pelo qual o discurso passou a ser utilizado era, justamente, para a defesa das vítimas na Sicília (OLIVEIRA, 2019). Ainda nesse raciocínio:

Os processos, então instaurados, eram levados a efeito diante de grandes júris populares, que deveriam ser convencidos da justiça do pedido, e para tanto era necessário, antes de tudo, ser eloquente, principalmente se tivermos em mente que a linguagem oral era a única utilizada (PETRI, 2005 [2000]).

Logo, percebe-se que a origem a retórica não é literária, mas judiciária (REBOUL, 2004 [1998]), pois desde o início o gênero judicial é um dos campos tipicamente reservados e ligados ao discurso retórico (BARILLI, 1985), sendo, situada, assim, sua relação interdisciplinar, visto que possui diversos tipos de argumentos¹⁰⁵, dentre eles: a) Córax¹⁰⁶: trata da defesa de causas difíceis, consistindo em afirmar que uma coisa é inverossímil por ser verossímil demais – ou seja, que algo não é verdadeiro, justamente pelo fato de parecer muito verdadeiro – e, assim, naturalmente, a dúvida pode ser suscitada. Uma das possibilidades do Córax é que ele também pode ser voltado contra o seu autor; e b) Górgias¹⁰⁷: foi um dos fundadores do gênero epidíctico e o criador da prosa eloquente que encantou os atenienses que caracterizaram o discurso como “uma composição tão erudita, tão

105 Córax e Górgias são argumentos da retórica que levam o nome de seus criadores, importantes filósofos da Grécia Antiga.

106 O primeiro filósofo contribuiu para a definição da oratória como sendo a criadora da persuasão, sendo que a expressão \square Córax \square também é utilizada para designar uma situação ou processo judicial com alto grau de dificuldade.

107 O segundo teve como principal legado, levar a retórica desde sua Sicília natal para a Ática, e contribuir com a difusão do dialeto ático como idioma da prosa literária.

ritmada e, por assim dizer, tão bela quanto à poesia” (NAVARRE, 1990, apud REBOUL, 1998).

É importante observar que ao relacionarmos a linguagem jurídica representada através dos personagens do filme *O Juiz*¹⁰⁸, se está indo muito além do aspecto lexical propriamente dito, pois se está a presenciar um ato bem mais profundo. Cumpre notar que a ilusória exclusividade da língua, como forma de linguagem e meio de comunicação privilegiados, é intensamente devida a um condicionamento histórico que nos levou à crença de que as únicas formas de conhecimento, de saber e de interpretação do mundo são aquelas veiculadas pela língua, na sua manifestação como linguagem oral ou escrita (SANTAELLA, 2005).

Quando assiste-se a defesa de Palmer – um dos protagonistas do filme –, observa-se que as suas expressões faciais e a iluminação lúgubre do cenário nos remete tanto ao drama familiar, como também ao objeto da demanda: o homicídio de Mark Blackwell. No filme, observa-se, nitidamente, que o cenário é também uma das personagens de grande relevância para a trama, nesse sentido, pode-se afirmar que a hermenêutica e, especialmente, a semiótica Peirciana, dialogam muito bem dentro desse contexto, visto que esta última afirma que toda e qualquer linguagem, seja ela verbal ou não verbal, deve ser compreendida como um fenômeno complexo a partir da ciência semiótica que é, justamente, o estudo da construção de significado, do processo de signo (semiose) e do significado de comunicação.

1.1.2. ORIGEM DA HERMENÊUTICA

Sobre a hermenêutica, as raízes da palavra provêm do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, ambas concatenadas ao mito do deus grego Hermes (Mercúrio na tradição romana) e de acordo com a mitologia, Hermes era o filho de Zeus encarregado de levar a mensagem dos deuses do Olimpo aos homens, utilizando-se de

108 The Judge nome original.

suas velozes asas para realizar tal tarefa, sendo que na área jurídica, hermenêutica é a ciência que forma as regras e métodos para interpretação das normas, fazendo com que elas sejam divulgadas com seu sentido e alcance, sendo ela a disciplina da interpretação e a ciência que expõe os princípios, investiga as leis do pensamento, da linguagem, classificando os seus acontecimentos e consequências (ALVES, 2019).

Curiosamente, em Roma, encontra-se a palavra *interpretativo*, que é equivalente à hermenêutica no grego, sendo a referência religiosa também levantada. Assim, especula-se que a atividade do áugure, espécie de intérprete que tinha por missão revelar a vontade dos deuses aos homens, principalmente, no que diz respeito ao governo romano, tenha sido a referência para a palavra, pois os áugures tinham por função (BROCHADO, 2011):

[...] aconselhar os governantes, civis ou militares, com base na ciência dos presságios: a significação do vôo dos pássaros, da disposição das vísceras de um animal, ou do apetite das galinhas sagradas, por exemplo. Graças a esse poder religioso, os áugures acabavam decidindo a realização de assembleias, ou julgavam a validade das mais variadas decisões dos agentes públicos. Sua influência era tão grande que uma das primeiras decisões de Augusto, ao se tornar imperador, foi a de se declarar príncipe e mestre do colégio augural (COMPARATO, 2006).

Dessa maneira, a finalidade da interpretação é a compreensão de algo já construído por outra mente – o autor da obra – com a qual o intérprete estabelece contato por intermédio de suas exteriorizações em bases simbólicas e respeitando os limites estabelecidos pelo autor no momento da criação. A interpretação tem por objetivo a compreensão do ato através do qual as pessoas se apropriam do conteúdo transmitido por outras pessoas e que é passado adiante através da linguagem (BROCHADO, 2011).

Assim começa a atividade interpretativa: sempre que as pessoas se deparam com formas perceptíveis, através das quais uma outra mente, que se objetivou nelas, se dirige à compreensão; o objetivo da interpretação é compreender o significado dessas formas (textos, expressões faciais etc), descobrir a mensagem que querem transmitir (BLEICHER, 1992).

No caso da interpretação jurídica, como uma dogmática hermenêutica, há uma tarefa a mais: a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado de seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos, isto é, trata-se de uma dogmática da interpretação que visa uma norma concreta hábil a solucionar questões trazidas ao Direito (JÚNIOR, 2003).

Como interpretar é tarefa laboriosa e essencial do jurista, surge como disciplina teórica do Direito, a Hermenêutica Jurídica: ciência metodológica que visa fixar ideias e critérios gerais o quanto possível definidos, isto é, uma doutrina que orienta nesta atividade, dizendo-lhe, qual seja, no seu substrato, o sentido legal prevalente aquele com que deve aplicar-se a lei, apontando-lhe os elementos para qual a sua determinação se haverá de recorrer, e discriminando-lhe, por último, o valor relativo de tais elementos (ANDRADE, 1987).

Nesse sentido é que se diz que a hermenêutica é uma ciência metodológica, como um caminho mais adequado possível para uma melhor apreensão de sentido dos textos normativos. A palavra *método* vem do Grego *methodos*, que significa o caminho a ser seguido para chegar a determinado fim. Logo, ela tem por fim encontrar padrões de justificação racional para interpretações coadunadas com textos e contextos postos em relação, papel a ser desempenhado pelo intérprete da lei. É o caminho de ingresso no interior do significado da lei por um terceiro intermediário que aproxime, compreenda e concilie as partes, pondo fim ao conflito de modo justo, posto que as compreensões dos textos jurídicos aplicadas em decisões fazem coisa julgada. Veja a seriedade e importância da fundamentação sobre o melhor sentido a ser extraído dos textos legais (BROCHADO, 2011)

A interpretação jurídica tem por tarefa descobrir o sentido – conteúdo – e alcance das leis, explorando todas as possibilidades de compreensão dos textos nelas veiculados. Daí a necessidade de uma hermenêutica destinada aos textos jurídicos. A tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (exemplo: espaço fechado é um espaço que...). A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos e casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico (ENGISCH, 1972), que é também o que ocorre no filme ora analisado.

2. AS BASES ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS NO FILME

2.1. ENREDO DO FILME O JUIZ

Tal como a lógica formal e informal, a retórica também estuda os argumentos, mas a finalidade desse estudo é completamente diferente da daquelas disciplinas, uma vez que o seu objetivo não é descobrir e estabelecer as condições que permitem saber se determinadas proposições são verdadeiras ou plausíveis. Sua função é tentar compreender e usar a capacidade persuasiva da argumentação na comunicação (NUNES, 2015).

No caso do ambiente cinematográfico, a combinação de diversos fatores como a cinematografia, a luz, as cores, os diálogos, atores, relevos, dentre outros, são elementos determinantes para a composição do enredo e, acima de tudo, para envolver o público: Esta nada mais é que a harmonização da sintaxe das partes que estão contidas na ação/drama transferindo-as para os enquadramentos, criando imagens em movimento e conferindo-lhes uma narrativa que, através da montagem, a constitui como discurso ou argumento (SANTOS, 2011).

Nesse seguimento, o filme *O Juiz* inicia-se com uma conversa ríspida entre dois advogados adversários, sendo que cada um deles advogava para clientes distintos. Naquele momento, eles discutiam o caso em que os dois estavam trabalhando e, naturalmente, competindo para ver quem ganharia o processo. Um dos advogados, Hank Palmer (interpretado por Robert Downey Jr.), era bem-sucedido e acostumado a vencer causas difíceis. Como mestre da arte da argumentação, avisa ao seu colega (interpretado por David Krumholtz) que se o Estado não consegue arcar com o ônus da prova e ele, conseqüentemente, conseguir livrar um cliente culpado, a culpa é do seu próprio colega adversário (O JUIZ, 2014).

O filme conta a história do renomado juiz Joseph Palmer (interpretado por Robert Duvall), da cidade de Carlinville, Estado de Indiana (EUA). Exigente e cheio de princípios, o magistrado zelou pela boa aplicação das leis e, principalmente, busca da Justiça, durante os seus 42 anos de carreira. Porém, quando sua esposa morre, as coisas mudam inesperadamente e todos deparam-se com o retorno do filho do meio, na ocasião do velório, trata-se, justamente, do advogado Hank Palmer que, ainda muito jovem, havia ido embora da cidade após ter sido mandado para um reformatório pelo ato de dirigir alcoolizado, provocando um acidente que culminou em uma grave lesão de um dos pulsos do seu irmão mais velho, Glen Palmer (interpretado por Vicent D'Onofrio), o que o impediu de tornar-se um talentoso atleta de basebol (O JUIZ, 2014).

Como se todos os sentimentos e mágoas que envolvem o reencontro entre a família e pessoas do passado, sobretudo, entre pai e filho – que, aliás, possuem uma mesma personalidade difícil –, não fossem suficientes, Hank passa a suspeitar de que o juiz havia retomado o vício em álcool, pelo fato de ter encontrando, juntamente com os dois irmãos, o antigo carro do magistrado com a lataria amassada. Segundo o advogado, por conta da morte de sua mãe, essa hipótese era perfeitamente possível e ao defrontá-lo sobre o ocorrido, há uma nova discussão entre os dois. Com um ataque de fúria pela forma como o

magistrado revelou detalhes da crise do seu casamento, Hank Palmer entra em seu veículo e vai embora (O JUIZ, 2014).

2.2. A INVERSÃO DE PAPEIS: ANTES UM JUIZ, AGORA UM RÉU

Já no avião, o advogado é surpreendido com a ligação de Glen que informa que o delegado e a polícia fizeram contato com o objetivo de obter informações sobre a lataria amassada do carro, tendo em vista o fato de um corpo ter sido encontrado e ser de um conhecido: Mark Blackwell (interpretado por Mark Kiely), ex-presidiário que havia acabado de sair da prisão depois de ter sido condenado pelo juiz. Mesmo a contragosto do pai, Hank assume o caso que é um verdadeiro córax desde o momento da cena do filme em que eles estão voltando da delegacia por conta do início do inquérito e uma das suspeitas é justamente que o juiz teria matado a vítima, e o irmão mais novo que possui uma deficiência intelectual, Dale Palmer (interpretado por Jeremy Strong), pergunta o porquê das pessoas estarem zangadas, uma vez que a mãe da vítima havia cuspidido na janela do carro na ocasião em que Joseph Palmer estava saindo da delegacia, após prestar depoimento, e apressava-se para ir embora (O JUIZ, 2014).

Glen Palmer, como filho mais velho e protetor, tenta explicar que, pelo fato do pai deles ser um juiz, às vezes precisa tomar decisões difíceis. Hank, então, dá mais detalhes: “Tinha uma garota, Hope Stevens [...] e Mark Blackwell, do terceiro ano, como o Glen. Hope, 16 anos, namorada dele. Ele levou uma arma para a casa dela e saiu atirando.” Dale diz não entender aquela atitude e, então, o juiz resolve contar melhor a história: “Ele atirou nas janelas do quarto dela, estava nervoso que nem qualquer garoto que namora há... o quê? Seis meses? É o seguinte, ele foi ao tribunal e chorou que nem uma criança. Disse que bebeu e não faria mais aquilo e que se ele quisesse machucá-la, ele teria machucado. Eu acreditei nele! Acreditei, acreditei nele... Eu dei a pena mínima, 30 (trinta) dias. Eu me lembro da manhã em que ele saiu, Glen e eu estávamos no quintal treinando os arremessos.

Os olheiros tinham começado a ir aos jogos dele [...], mas... meu Deus! Enquanto isso...” (O JUIZ, 2014).

A conversa é concluída com a informação de que Blackwell arrastou a namorada até um charco que ficava atrás da casa dela e a afundou em meio metro, ajoelhando no peito até que ela se afogasse. Joseph Palmer, à época, juiz do caso, o condenou há vinte anos, mas ele havia saído em abril daquele ano. Por conta das evidências que o caso apresenta, é decidido que deve continuar tramitando e seguir para julgamento (O JUIZ, 2014).

2.3. ESTRATÉGIAS DO ADVOGADO HANK PALMER

Tendo em vista o enredo do filme e a latente dificuldade que o caso apresenta, como base argumentativa para a sua tese de defesa, Hank Palmer pensa, primeiramente, na possível tese da acusação: “Fugiu do local, sangue no carro, motivo: maior erro da sua carreira e por acaso você o atropelou. Eu o condenaria fácil.” Tornando aquele córax ainda mais difícil, o juiz responde: “Se o sangue é compatível e eu não tenho motivo para duvidar disso, então, devo ter atropelado ele. Não me lembro de nada.” (O JUIZ, 2014).

Mas, o advogado não exita ao afirmar que “A defesa do ‘eu não me lembro’, não cola quando tem um corpo.” e sugere que é necessário “Estabelecer uma defesa sólida, derrubar as acusações e resolver tudo na audiência preliminar”, pois Hank quer evitar um julgamento. Mas, o juiz resiste à estratégia da defesa: “Não existe ‘nós’, Henry. Foi um acidente e ponto final. Um advogado decente pode argumentar isso e decente significa honesto. Alguém daqui. Alguém com integridade que um juiz de Indiana irá respeitar. Contratei um desses hoje de manhã, tá?” (O JUIZ, 2014)

A primeira cena no Tribunal do Estado de Indiana trata de uma sessão preliminar em que, por meio da análise das testemunhas e evidências, verificou-se se o processo deveria seguir. Na sessão é discutido que o promotor Dwight (interpretado por Billy Bob Thornton)

perdeu o prazo para mudança do local do julgamento, não podendo, assim, recorrer à mudança, sendo que Hank acredita que o membro da Promotoria fez isso intencionalmente, pois em sua concepção “a cada duas pessoas, uma ganha e outra perde, uma te ama e outra te odeia”, o que acaba se comprovando como verdade por meio do surgimento de evidências que confirmavam o atropelamento, dentre eles, o dano no carro do juiz e o encontro dos envolvidos momentos antes do acidente, o que levou a acusação a tentar provar que ele assassinou Mark Blackwell. Apesar das dificuldades, o advogado insiste em trabalhar no caso – para isso, sua tese trabalha com associações e dissociações ideias – ficando o primeiro advogado contratado pelo juiz Palmer (interpretado por Dax Shepard), como seu assistente de defesa (O JUIZ, 2014).

Dessa forma, argumentos baseados em associações de ideias são aqueles que buscam unidade onde há pluralidade de ideias e representações, homogeneidade onde há heterogeneidade e, por fim, aproximação onde há distinção para estabelecer solidariedade, comunhão de ideias, uma cadeia de relações de conceitos, podendo ser classificados como: a) quase lógicos; b) fundados na estrutura do real e c) argumentos que fundamentam a estrutura do real (HENRIQUES, 2013).

Um exemplo de associação é a cena do último dia do júri, momento em que Hank pergunta se o juiz está realizando algum tratamento médico, ao que confirma a realização de quimioterapia há seis meses, deixando claro, então, que por se tratar de um câncer com o prognóstico avançado e que seu cliente, naquele momento, estava com a saúde frágil, seria incapaz de ter matado alguém, um jeito de também causar uma emoção que apoia-se na razão e está presente na técnica polifonia (estratégia com grande força de persuasão que faz com que o auditório entre em comunhão com o enunciador, pois este o faz aceitar com mais facilidade o que propõe).

Ainda sobre a associação de ideias, o advogado pergunta se o médico alertou o magistrado sobre os efeitos colaterais da quimioterapia, ao que ele responde que sim, indicando sentir sintomas

como náusea, fadiga e perda de apetite. Contudo, Hank contra pergunta sobre outros sintomas: “Delírios, ataque de raiva, depressão, perda de memória? O que aconteceria com os casos que o senhor presidiu nos últimos seis meses se fosse determinado que sua capacidade mental diminuiu? Todos aqueles julgamentos seriam declarados inválidos.” (O JUIZ, 2014), ou seja, ele associa outros sintomas que o pai estava tendo, mas não queria falar, com a possibilidade de que ele também estava acometido por mal de Alzheimer. A ideia é comprovada quando chama o guarda com o qual o juiz trabalhou por 22 anos, demonstrando que de fato o pai não se lembra de ter atropelado a vítima, pois sequer lembrava o nome do seu colega de trabalho.

Já as dissociações de ideias têm por objetivo desfazer incompatibilidades e como dito por Perelman e Tyteca (1996) a dissociação, como concebemos, consiste num remanejamento mais profundo, sempre provocado pelo desejo de remover uma incompatibilidade, de forma que esses argumentos acentuam a diferença e estabelecem uma separação entre objetos e qualidades (HENRIQUES, 2013). Exemplo: novamente a cena do último dia do júri, momento em que Hank questiona seu pai, “Juiz Palmer, é juiz há quanto tempo?”, ele responde que há 42 anos, “Quantos crimes violentos o senhor julgou nesse tempo?” antes que o juiz responda, a acusação protesta dizendo que o passado profissional do réu não tem relevância (O JUIZ, 2014).

Porém, Hank justifica dizendo: “Excelência, o Estado apresentou provas que sugerem que o motivo para o suposto crime tenha função com a relação de juiz, então eu tenho direito de refutar essa suposição ridícula.” e Joseph Palmer responde que é algo que não costuma contar e o advogado pergunta novamente: “Ficaria surpreso se descobrisse que presidiu mais de 17 julgamentos de homicídios, 432 de agressão, 12.942 processos civis? Atropelou alguma dessas pessoas?” Ele responde que não (O JUIZ, 2014). Ou seja, o defensor demonstra que não faz sentido o juiz ter atropelado um réu condenado por ele, se não há histórico, dentre os inúmeros processos em que trabalhou, de que teria agido conforme a tese da acusação, sendo constatado, também, a

utilização da técnica de comparação, visto que a estratégia é persuadir, ao tempo em que apresenta objetos comparados de acordo com sua preferência e suas intenções persuasivas.

Quanto à utilização de argumentação objetiva e subjetiva na defesa da sua tese no tribunal, a discussão em torno dos objetivos da interpretação jurídica remete a duas formulações teóricas diferentes. A teoria subjetiva diz que o objetivo da interpretação é investigar a vontade histórico psicológica do legislador. Assim, o texto jurídico normativo deve ser interpretado no sentido que o legislador histórico atribui às palavras empregadas ou conforme o fim que o legislador histórico pretendia atingir com o texto jurídico normativo (FILHO, 2015).

Já a teoria objetiva diz que o objetivo da interpretação é investigar o sentido razoável, correto ou justo do texto jurídico normativo dado pelo legislador, sendo possível dizer que esta última teoria foi aplicada pela defesa, pois o intérprete atribuiu ao texto jurídico normativo o sentido que melhor responde a sua correção material, especialmente quanto à solução para as situações concretas de aplicação do direito (FILHO, 2015). Exemplo da cena do hospital: “Isso é fácil, não tem testemunha, a promotoria não pode provar que você atropelou e você também não pode.” (O JUIZ, 2014).

Por fim, sobre os elementos da hermenêutica jurídica que são empregados na defesa do juiz Palmer, dentre os diversos métodos de interpretação, pode-se dizer que é utilizado o Método de Interpretação Holística, dado que baseia-se na interdisciplinaridade do conhecimento, podendo também abrir margem para desconsiderar certo texto em detrimento de uma justiça maior no caso concreto e não apresentada na norma estendida exclusivamente e desligada dos outros elementos da realidade que lhe dão sentido.

Também detecta-se o Método de Interpretação Analógico que considera em qual sistema se insere a norma, relacionando-a às outras normas pertinentes ao mesmo objeto, bem como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham a fortalecer a interpretação de modo integrado e, por fim, o Método de

Interpretação Sistemática que busca interpretar, em mesma lei, temas convergentes, pois o próprio Hank Palmer é um advogado conhecido por não prender-se à norma: “eu respeito a lei, só não a venero, não sou oprimido por ela” (O JUIZ, 2014).

3. A COMPETIÇÃO PROFISSIONAL NO MUNDO DO DIREITO

3.1. A COMPETIÇÃO POR MEIO DA ARGUMENTAÇÃO E À LUZ DA SOCIOLOGIA

Como foi demonstrado, o filme mostra os desafios que a profissão advocatícia encara cotidianamente, especialmente, a especializada no Direito Criminal, ao mesmo tempo em que aborda o lado humano do juiz, afinal, ele sequer teria tornado-se réu ou ido a júri, se não tivesse enxergado na vítima do acidente – que anteriormente foi condenada por homicídio – os mesmos comportamentos que seu filho do meio possuía.

Ao final do filme, com a decisão de que o caso possuía evidências suficientes para continuar tramitando, no último dia de júri, o veredito é lido por um dos jurados. Quanto à acusação de homicídio qualificado, os jurados declaram Joseph Palmer inocente. Sobre a acusação de homicídio por motivo torpe, declaram o réu culpado. Em sua sentença, o juiz Warren (interpretado por Ken Howard) o condena a 4 anos de prisão estadual a contar a partir daquele mesmo momento. Joseph Palmer é levado sob custódia.

Nessa sequência, pode-se observar que ainda no momento em que o juiz torna-se réu, não abandona o seu “martelo” de julgador, desobedecendo as estratégias de defesa e demonstrando como um cliente não deve se comportar, quando na verdade, ao contratar os serviços de um advogado, o cliente precisa confiar em seu trabalho e seguir suas orientações.

Ressalta-se, ainda, que no caso de Joseph Palmer, a situação é mais delicada, pois além do juiz ser pai de Hank, o que explica o porquê

de ser preferível evitar trabalhar em casos que envolvam família, tendo em vista toda a complexa emoção que isso envolve, Joseph também possuía formação jurídica, o que facilitou que ele discordasse, ainda mais, das estratégias de defesa. Logo, a argumentação do advogado teve dois objetivos: convencer o júri da inocência do pai e convencer o seu próprio cliente a seguir sua linha de defesa, sendo possível dizer que se o juiz tivesse colaborado, muito provavelmente não teria sido condenado.

É possível dizer que não só a conduta do juiz Palmer, em que pese ter se tornado réu, mas da acusação e defesa, no que diz respeito o duelo quanto à argumentação jurídica, pode ser explicada pelo artigo *A competição profissional no mundo do Direito* que possui uma ótica sociológica, da professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), Maria da Gloria Bonelli, pois não era a primeira vez que o Promotor Dwight e Hank Palmer se desafiavam em um Tribunal, sendo que na última vez que isso ocorreu o advogado ganhou o caso.

Segundo a pesquisa da professora, existem dois tipos de competição: a) competição intraprofissional – refere-se à competição entre os pares profissionais e que está relacionada à própria estratificação de cada profissão –, e b) competição interprofissional – que diz respeito às tensões entre profissões distintas que atuam em áreas próximas e procuram imprimir sua forma de lidar com a questão comum a elas entre os diversos profissionais da área jurídica (BONELLI, 1998).

No Direito, quando se fala em disputa havida por meio da argumentação, surge, primariamente, sempre a ideia do justo. Se duas partes debatem, é natural que se entenda que ao menos uma delas não deve estar com a razão, não seja acobertada pelo Direito, pois não é possível que duas ideias contrárias estejam certas. Sob tal ótica, a argumentação ou a retórica seriam um instrumento de fazer com que aquele que não tem razão se valha de artifícios formais para convencer o julgador. Quem nunca viu um advogado ser chamado de

velhaco porque disfarça a vontade através de truques, de falácias em seu discurso? (COSTA, 1980).

Em um evidente prejulgamento, entende-se a argumentação como um debate entre um certo e um errado. Ora, se duas teses são conflitantes, uma é correta, outra não, e a disputa da argumentação somente viria a revelar quem é essa parte que procura fazer uma comprovação impossível. A argumentação deve ser construtiva na finalidade, cooperativa em espírito e socialmente útil. Podemos dizer que a argumentação é, de certa forma, uma técnica de emitir opiniões, de defender uma determinada posição. Portanto, se dá mediante o uso da razão, entendida aqui como a faculdade por intermédio da qual concebemos, julgamos, isto é, refletimos, pensamos (COSTA, 1980).

Dessa maneira, conforme o artigo citado, no estudo realizado pela pesquisadora, destaca-se o depoimento de um magistrado sobre a profissão advocatícia (BONELLI, 1998):

O advogado, hoje, infelizmente, eu acho, como em todas as carreiras, há um decréscimo da formação profissional. Infelizmente, nós temos visto trabalhos ruins porque os novos não estão bem preparados. Os advogados antigos, a gente percebe que eles se formavam com outro conteúdo, com outro preparo. Hoje não. O advogado se forma, pensa que é advogado, vai advogar e o trabalho dele eu acho que é um trabalho muito difícil de executar. Às vezes parece fácil na prática, que ele se formando e tendo uma máquina de escrever, ele pode peticionar, mas o trabalho que o advogado faz fica escrito, e qualquer um pode vir e examinar as falhas profissionais... Se o advogado move uma ação ruim, fica escrito. Ninguém vai conseguir apurar que o médico errou na sala de cirurgia, ao passo que outro profissional da mesma área vai verificar que o advogado errou naquele processo, entrou com a ação errada... A advocacia é uma profissão difícil de se exercer porque aquilo que a gente escreve fica arquivado, e amanhã qualquer um

pode chegar e ver o erro, a imbecilidade do advogado em questão. Então, é muito difícil no dia a dia.

Além disso, destaca-se também o depoimento de um advogado sobre a profissão dos juízes (BONELLI, 1998):

Eu entendo que o controle externo da magistratura é importante... Quando a Ordem defende este controle, eles não estão simplesmente entendendo que a sociedade como um todo deve participar do conjunto de medidas que regem o judiciário com maior transparência... A sociedade tem que tomar conhecimento. Afinal de contas, é o Estado que paga, é a sociedade que paga. Ela tem que saber como ela está pagando e porque... O controle externo seria por uma maior tramitação da justiça, melhor funcionamento dos cartórios e questão de prazo.

O juiz, geralmente, o magistrado, ele fica bitolado. Ele não tem as janelas abertas para a vida, ele fica bitolado dentro da lei e dentro da jurisprudência. Ele fica como um autômato diante dessas circunstâncias da jurisprudência e da lei, da aplicação da lei e da jurisprudência do tribunal, que valem mais do que as próprias leis objetivas: penal, processual, cível, comercial, todos os ramos da advocacia. São intermináveis.

Por fim, como não foi levantado o depoimento dos advogados sobre os promotores de Justiça e vice-versa, destaca-se o depoimento de um promotor sobre os juízes (BONELLI, 1998):

Eu prestei concurso para o Ministério Público e a Magistratura e fui aprovado nos dois... Fiz opção pelo Ministério Público por diversos fatores: em 1º lugar, porque o MP não tem funcionários subalternos. O promotor é aquele que exerce sua atividade sozinho. Todo o trabalho que tem que ser realizado é por ele efetuado e por mais ninguém. Então, não existe aquela preocupação de policiar o desempenho dos

funcionários; em 2º lugar, porque o promotor é um fiscal da lei, ele não é um órgão inerte. Ele tem sempre que estar efetuando atividades para que o juiz possa julgar; em 3º lugar, entre promotor e juiz não existe nenhuma diferenciação nos vencimentos, nas garantias, nas carreiras e o promotor tem um amplo campo de atividade. Daí, então, ter me interessado pela carreira no Ministério Público. E também tem mais um porém: eu gosto muito de atuar no Tribunal do Júri e como juiz eu não teria essa opção, uma vez que o juiz tão somente preside os trabalhos. Daí minha escolha pelo Ministério Público [...].

Por sua vez, o depoimento de um juiz sobre os membros do Ministério Público (BONELLI, 1998):

Eu não vou entrar a fundo naquilo que eu acho pessoalmente porque é até deselegante falar da carreira do outro. Acho que o MP, ter uma estrutura, uma reforma, alguma outra situação que dê outro caminho para o MP. Não só ficar aí, além de propor a ação penal, ter uma atividade mais direta junto ao processo si. Para o MP ter uma ação mais direta nos processos da polícia, ser até mais atrelado à polícia no aspecto penal. Não ficar simplesmente aguardando o que o delegado faz, para depois dar a sequência. O MP tem que participar mais direto das investigações, atingir mais o investigado (...). Agora, no Brasil, o MP fica esperando, embora podendo pedir diligências, fica esperando, esperando acontecer... O Ministério Público, na minha opinião, é um poder que atrapalha. Ele não faz nada, atrapalha. Houve um tempo que não existia MP. Os advogados eram nomeados pelos juízes. Isso nos anos 20, 30, e ofereciam denúncias nas versões penais e o processo funcionava tão bem ou melhor que hoje. De forma que minha opinião sobre o MP não é muito interessante... Mas o que eu questiono em relação ao MP é a

finalidade da instituição. Agora evidentemente, que existem homens de bem e valor no MP. O que eu não concordo é com a instituição em si, da forma que ela está sendo levada e conduzida hoje, como também existe o Ibsen Pinheiro, que é promotor público. Ele ganhou um apartamento onde ele mora e não sabe de onde veio... Eles querem chegar ao lugar do juiz, sem serem juízes e isso é ruim para o povo. O que o povo precisaria, no meu modo de ver, seria um MP que fosse atuante dentro de sua formação específica, que era a proteção do interesse coletivo.

Logo, por mais que também se constate a existência de disputa intraprofissional (basta lembrar de Hank Palmer concorrendo obstinadamente com o primeiro advogado contratado para assumir o caso do pai), com base nos depoimentos acima do artigo citado, este capítulo se centralizará na competição interprofissional, pois foi a que mais impulsionou o duelo argumentativo pelo fato de Joseph ser juiz e Hank um advogado, além de Dwight ser Promotor de Justiça, possuindo ambos, então, carreiras distintas.

Nessa situação, a disputa entre profissionais jurídicos de carreiras distintas, é a mais explorada no caso narrado pelo filme, sendo condicionada pela posição que a profissão e o profissional ocupam neste sistema, visto que é justamente por conta da interdependência das posições profissionais que se estrutura a disputa por enfoques, perspectivas, privilégios, monopólios sobre objetos, campo de atuação e poder de decisão (BONELLI, 1998).

É importante dizer que, embora condicionados, esses conflitos profissionais identificados, impulsionam mudanças e dão a dinâmica do sistema das profissões, dado que o lugar ocupado neste campo condiciona as competições profissionais e fornece também os recursos para fomentar as mudanças demandadas pelos profissionais nas situações de conflito. Este elo complexo entre condicionar e impulsionar essas relações se manifesta no âmbito das mudanças em profissionais que focalizavam determinada questão por um lado

do espectro de opinião, e passam a aderir a uma nova forma de ver tal questão, tanto em decorrência do novo lugar ocupado no sistema profissional quanto da antecipação da oportunidade de mobilidade, favorecendo a reconstrução da identidade profissional e da socialização neste novo contexto de trabalho (BONELLI, 1998).

Esta constatação pode ser vista nos minutos finais do filme, tanto na cena em que após o julgamento, o membro da Promotoria poderia ter provocado o advogado por ter conseguido condenar seu pai, mas prefere ir embora em silêncio, quanto no momento em que Hank Palmer sai do velório do pai, visita a sala de audiência onde o juiz costumava trabalhar, roda a cadeira do magistrado e no momento em que ela para de girar, acaba ficando de frente para o advogado, em sua direção, cena que pode ser interpretada como uma possível decisão de seguir a carreira na magistratura.

Assim, a opinião de um juiz que passa a ser advogado ou advogado que passa a ser juiz, sofre redefinições em função desta nova posição de onde passa a interagir no mundo da justiça, mas sua experiência anterior também o acompanha nas interações que estabeleceu na nova posição colaborando para modificá-la (BONELLI, 1998):

Os tipos de conflitos observados nesta pesquisa apontam para a existência de maior tensão, entre aqueles que estão em posições mais próximas, reforçando a noção de que é a proximidade nos lugares ocupados no sistema das profissões que aumenta a disputa entre eles. É possível se detectar a distância entre as posições profissionais, em função da forma mais amena, mais cordial ou mais externa com que os entrevistados se ferem às profissões que atuam no mundo do Direito. Esta distância é detectada principalmente na hierarquia ocupacional.

Nesse caso, o contato entre auxiliares judiciais e juízes é espacialmente próximo, mas é socialmente distante. As questões que provocam a manifestação de opiniões mais veementes e conflituosas,

como foi possível perceber, são aquelas cuja proximidade profissional as coloca em disputa, seja jurisdicionalmente, seja negando-lhe a aceitação desejada através da contestação contínua (BONELLI, 1998).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de análise das estratégias argumentativas, este capítulo demonstrou que por mais que Hank Palmer não tenha conseguido inocentar o seu cliente, por meio da utilização de associação e dissociação de ideias, argumentação objetiva e subjetiva, bem como elementos da hermenêutica jurídica como os métodos de interpretação holístico, analógico e sistemático, Joseph Palmer foi condenado a apenas 4 (quatro) anos de prisão e provavelmente Hank Palmer conseguiu um bom acordo para ele, visto que no final do filme, após alguns meses de cumprimento da pena, seu cliente ganha o direito de sair para pescar com o filho, podendo, assim, aproveitar os seus últimos momentos de vida.

Também foi constatado que embora o enredo do filme traga como temática principal a complexidade das relações humanas, especialmente, a relação entre pais e filhos, a pauta jurídica não deixou de ter relevância, sendo válido destacar que foi, justamente, por meio dela que a história pôde ser desenvolvida, afinal, os protagonistas do filme eram nada mais, nada menos que operadores do Direito e representantes de carreiras jurídicas que, embora se complementem, em vários aspectos se diferem, daí porque também nascem as disputas interprofissionais.

Aliás, conforme a pesquisa realizada pela professora Maria da Glória Bonelli, à luz da sociologia, além da disputa que o duelo argumentativo gera naturalmente, ele também acentua a competição profissional intraprofissional e interprofissional entre os profissionais jurídicos, sendo que no caso narrado pelo filme, identifica-se um enfoque nesta última forma de competição que se dá quando há tensões entre profissões diferentes, mas que atuam em áreas próximas, é o caso de Hank Palmer (advogado), Joseph Palmer (juiz que vira réu) e

Dwight Dickham (Promotor de Justiça) tendo sido, portanto, crucial a realização deste estudo para a ocorrência desta percepção.

Portanto, a argumentação jurídica ensina que por meio de seus diversos tipos de argumentos, métodos de interpretação e técnicas, é possível debater de forma mais efetiva, utilizando o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, relacionando-o com outras ideias e teses, enfatizando o que for importante para o convencimento e deixando de lado o que não colabora com a tese principal, o que comprova que o estudo da argumentação não é algo exclusivamente orientado pelo Direito, mas que vai além, motivo pelo qual, como herança de tantos anos atrás, deve estar presentes durante toda a carreira e formação profissional dos operadores da área jurídica que, naturalmente, sempre será competitiva.

com/arquivo/55663823?utm_campaign=android-arquivo&utm_medium=mobile. Acesso: 01/07/2020.

COSTA, N. C. A. da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. HUCITEC – Edusp, 1980, p. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, religião e moral no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 53

ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. TEIXEIRA, Juliana Kraemer Micelli. DUARTE, Melissa de Freitas. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. Sagah Educação S.A, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024090/cfi/80!/4/2@100:0.00>. Acesso: 14/06/2020.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. Ed. Trad. e prefácio de João Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1972, p. 251.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação das normas constitucionais**. In: Estudos de Direito Comercial. Salvador. Jus Podium, 2003a, p. 256.

FILHO, Anizio Pires Gavião. **Interpretação como argumentação**, p. 9-10. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4066535/anizio-artigo-interpretacao-e-argumentacao>. Acesso: 15/06/2020.

HENRIQUES, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 59-77. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522483853/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso: 14/06/2020.

KOBLIN, Direção: David. **O juiz**. Produção de Village Roadshow Pictures e Big Kid Pictures. Estados Unidos: Warner Bros Pictures, 2014. 1 DVD (141 minutos).

MEYER, M. A. **Retórica**. Revisão técnica de Lineide Salvador Mosca. Trad. de Marly n. Neves. São Paulo: Ática, 2007, p. 19.

MOSCA, L. L. S. **Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos**. In: MOSCA, L. L. S. (org.). **Retórica de ontem e de hoje**. 3ª ed. São Paulo: Humanitas, 2004 [1997], p. 2.

OLIVEIRA, Margibel A. de. **Retórica e Argumentação no Discurso Jurídico: origens e fundamentos**. Revista Domínios de Linguagem. Uberlândia. Vol. 13, n. 1. Jan.-mar.2019. ISSN 1980-5799, p. 89.

PASSOS, J.J Calmo de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de processo, v. 102, São Paulo, 2001, p. 63-64.

PENTEADO, J. R. W. **A técnica da comunicação humana**. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 233.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A Nova Retórica**. Trad. Maria E. G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 469.

PETRI, M. J. C. **Argumentação Linguística e Discurso Jurídico**. 2ª Ed. São Paulo: Plêiade, 2005 [2000], p. 17.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4, apud.

SANTAELLA, L. **O que é semiótica**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2ª ed., 2005.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Argumentação jurídica: os piores e os melhores argumentos na retórica forense**, p. 1. Disponível em: <https://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/argumentacao-forense/>. Acesso: 02/07/2020.

SANTOS, Marcelo Moreira. **Cinema e semiótica: a construção sígnica do discurso cinematográfico.** Revista Fronteiras – estudos midiáticos 13(1): 11-19, janeiro/abril 2011 © 2011 by Unisinos – doi: 10.4013/fem.2011.131.02. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/viewFile/929/135> . Acesso: 09.07.2020.

A DIFERENÇA DE RECONHECIMENTO ENTRE AS SITUAÇÕES HUMANITÁRIAS E AS MOTIVAÇÕES DO FENÔMENO

*Dimitri Medeiros Gregório
Fernanda de Paiva Barth
Izabella Campos de Oliveira
Míria Soares Enéias
Pedro Lima de Andrade*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo mostrar a diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias e as motivações do fenômeno, através da apresentação dos fatores que a sociedade externalizou em 1884 e os responsáveis pelas consequências geradas através das relações de poder. Com o intuito de proporcionar uma maior conscientização sobre o tema, tendo em vista as falsas versões difundidas socialmente entre as nações para disfarçar os acontecimentos vivenciados pelas minorias, as atividades estão organizadas de forma a possibilitar um conhecimento geral sobre essas questões, a partir da análise e reflexão de diferentes contextos históricos, contribuindo para uma melhor abordagem do tema supracitado.

PALAVRAS CHAVE: Congo. Escravidão. Genocídio. Leopoldo II. Poder. Racismo. Reconhecimento. Refugiados. Situações humanitárias. Trauma.

1 - INTRODUÇÃO

A atual situação da República Democrática do Congo tem influência direta do reinado de Leopoldo II da Bélgica, que aconteceu no período neocolonialista, não somente com o Congo, mas com toda a África e que também perpassa nos demais continentes. É válido ressaltar que os congolezes sofreram, em seu próprio território, a experiência de serem subjugados, escravizados e de terem suas

terras dominadas. Ademais, a diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias são advindas das relações de poder, de modo que houve a imposição de uma estrutura cultural hierárquica, tendo o objetivo de mascarar a vergonha e o medo de conhecerem esse passado que vai além do que se tem em registro. Nesse sentido, é pertinente acrescentar, de acordo com Felipe Honorato e Paulo Júnior (2020, p. 245), que:

No imaginário comum, o estado-nação da Bélgica é tido como um país pacífico, altamente organizado e de uma neutralidade diplomática que o legitima como sede de diversas organizações internacionais. Porém, um aspecto que nos parece passar despercebido é como a Bélgica moderna e seu presente imaginário histórico são constituídos.¹⁰⁹

Outrossim, o presente artigo visa identificar, expor e argumentar sobre as situações humanitárias que tiveram seu reconhecimento histórico e mundial, sobreposto pela supremacia das entidades que se encontram no poder. Além disso, são usados bloqueios de informação para que suas perspectivas e métodos sejam adotados, acarretando em espaços de propagação do racismo e do etnocentrismo. Além do mais, a história é contada através de uma visão acadêmica eurocêntrica, de modo que as consequências geradas no passado atravessaram gerações. Por conseguinte, é possível acrescentar que a história do Congo não é contada e nem difundida amplamente, haja vista que não é um conteúdo abordado nas escolas.

A leitura proposta na presente pesquisa, objetiva dar relevância à questão do reconhecimento das situações humanitárias das minorias, pois existe uma falta de representatividade e de espaços para debater sobre temas que não favorecem as potências econômicas mundiais.

109 HONORATO, Felipe Antonio; JÚNIOR, Paulo Cesar de Abreu Paiva. Rei branco, morte negra: um olhar sobre a trajetória psicopolítica de Leopoldo II da Bélgica. **África [s]-Revista do Programa de Pós-Graduação em Estudos Africanos e Representações da África**, v. 7, n. 13, p. 245, 2020.

Nesse contexto, o artigo foi trabalhado a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica, discutindo a conexão do racismo com a situação do Congo de 1884, que apresenta reflexos na atual realidade deste território com os demais.

Historicamente, o rei Leopoldo II manipulou a verdade por meio do poder em busca do reconhecimento Europeu através do povo africano, usando como base a justificativa da filantropia, oferecendo vantagens e acordos que proporcionaram para ele a definição do Congo como sua propriedade privada, entre 1885 e 1908. As consequências dessa dominação têm reflexo na atualidade, visto que grande parte do fato ocorrido no território africano é contado por meio de uma perspectiva eurocêntrica. Por isso, com esse excesso de foco na visão europeia, deve-se conscientizá-los da sua responsabilidade para com todas as atrocidades que serão mencionadas. Ademais, o quesito da responsabilidade *versus* culpa é um assunto muito confundido entre os leigos, sendo de grande importância a diferenciação entre esses dois termos para maior compreensão deste artigo, assim como um fator positivo nas relações interpessoais nas sociedades. Por fim, há a questão do tratamento e da inserção dos refugiados em outras nações, pois são negligenciados por sofrerem com a falta de moradia, de emprego, de socialização, do aprendizado da língua do país acolhedor e do fator da discriminação tanto pela condição de estrangeiro quanto racial.

2 - A RELAÇÃO DO TEMA COM O RACISMO

Antes de entrar pontualmente na questão acerca de situações específicas, é necessário compreender fundamentalmente as razões do porquê delas aconteceram. Dito isso, é fulcral pontuar acerca do racismo, que é um dos pioneiros quando se trata dos conflitos entre as relações de pessoas e comunidades. Haja vista que, o racismo seria, segundo Grada Kilomba (2008, p.75), “a construção da diferença”, a qual agrega várias questões, relacionadas a hierarquização, poder econômico, social, político e histórico. Por conseguinte, fica simples

encontrar uma conexão entre o racismo e as principais separações sociais. Afinal, o racismo não é somente essa diferença, mas tudo que ela causa, por exemplo, o complexo de inferioridade, a dificuldade de fala, a criação de estereótipos, dentre outros demais fatores que corroboram e estruturam, principalmente, o racismo moderno¹¹⁰.

Diante do exposto, é necessário discorrer sobre uma das questões mais emblemáticas do racismo: o silêncio¹¹¹, que é uma ação vista no passado do povo negro, de maneira física com utilizações de máscaras e violências. Ademais, é importante pontuar, não somente esta marca física, mas também a psicológica que ocorre até a atualidade, como por exemplo o complexo de inferioridade, o medo de falar, cujos acontecimentos incidem, muitas vezes, de maneiras estruturadas. Esse medo, se relaciona muito com a percepção da professora e autora, bella hooks quando ela propõe a relação de sujeito e objeto, “sujeito” são aqueles que “têm o direito de definir suas próprias realidades, estabelecer suas próprias identidades e de nomear suas histórias”, enquanto objetos são a, “história designada somente de maneiras que definem (nossa) relação com aqueles que são sujeitos”.¹¹²

Outrossim, Grada ao comentar sobre a boca e o silêncio, a psicóloga, exprime o conceito de outridade, (2008, p 37), “no qual o sujeito afirma algo sobre “a/o outro/a” que se recusa a reconhecer em si próprio que caracteriza o mecanismo de defesa do ego”. Devido a isso, ocorre uma inversão de valor onde, o negro se torna aquilo que o branco não quer ser. Enquanto o branco se torna uma vítima, o negro se torna invalidado e sem voz, pois sofre acusações e preceitos sociais os quais não competem com suas ações e ficam sem espaço para e reagir quanto a isso. Dessa forma, o negro é obrigado a sofrer em

110 KILOMBA, Grada. Memórias Da Plantação, Episódios De Racismo Cotidiano. Tradução: Jess Oliveira. **Cobogo**, 1ª Ed. p. 75-76, 2008.

111 *Ibidem*, 2008, p. 41

112 hooks, bell. Talking Back: Thinking Feminist, Talking Black. Boston: **South End Press**, 1989 p.42

silêncio, visto que o sujeito branco tem medo de aceitar essa realidade e tende a fugir dessa responsabilidade¹¹³.

Essa fuga da responsabilidade é um dos principais fatores que demonstram a problemática do racismo cotidiano e como ele implica na vida do sujeito negro, tanto no quesito acadêmico quanto em suas conquistas individuais, os quais argumentos como “subjetivo”, “raso” e “impessoal” se tornam comuns. Grada Kilomba (2008, p. 78), exprime que “no racismo cotidiano, a pessoa negra é usada como tela para projeções do que a sociedade branca tomou como tabu”, ou seja, aquelas questões da incorporação da outridade, impactam em todos os âmbitos da vida da pessoa negra, e isso, somado com a facilidade das informações e das relações entre vários países, acarretam em um sufocamento quanto às possibilidades de mudança.

Por fim, retomando essa questão das relações entre países, em razão do advento da globalização, relacionando-o com as questões de racismo, poder e o quanto elas se tornam visíveis em um momento de relações globais, é necessário demonstrar o quão preocupante é o fato de um país negro não conseguir se desenvolver por imposições e limitações, devido a influência de outros países desenvolvidos e bem estruturados. Em decorrência disso, se torna perceptível o quão danoso é quando o racismo e o capitalismo se desenvolvem juntos. Portanto, com o intuito de trazer de maneira realista o relacionamento do poder, do racismo e do impacto disso em um país, será pontuado sobre a vida e as dificuldades do Congo, os sofrimentos do povo negro durante esse período histórico e como isso reflete nas condições atuais do país.

3 - BREVE HISTÓRIA SOBRE O CONGO

O fato ocorrido no Congo em 1884 durante o governo de Leopoldo II, rei da Bélgica, será usado como base para podermos enxergar

113 KILOMBA, Grada. Memórias Da Plantação, Episódios De Racismo Cotidiano. Tradução: Jess Oliveira. **Cobogo**, 1ª Ed. p. 34, 2008.

como a diferença de reconhecimento na situação não humanitária no Congo, o qual presenciou um dos maiores genocídios do mundo e que até hoje possui pouca visibilidade em decorrência de sua dimensão, pode se dar de formas, de tempo e de amplitudes diferentes ao longo da história, devido a um líder autoritário que teve suas ambições estendidas para além da Europa. Para isso, utilizaremos como referência o documentário “O Fantasma de Leopoldo II”, dirigido por Pippa Scott.

Em 1870, 80% da África estava sob domínio indígena, logo, ela estava pronta para a conquista ou “proteção”, como Leopoldo dizia. Posteriormente, em 1876, Leopoldo II percebeu que poderia adquirir parte dos recursos naturais ainda inexplorados da bacia do Congo e, para isso, ele formou a Associação Africana Internacional, objetivando promover a exploração e a colonização da África. Após dois anos, o explorador norte americano Henry Morton Stanley foi contratado pelo Rei para esquadrihar a região do Congo e abrir caminho pela selva, possibilitando a futura chegada dos belgas. Além disso, houve a subordinação de tribos locais por trocas de objetos que possuíam valores menores (o que é muito parecido com o que aconteceu no Brasil, onde os colonizadores faziam acordos com os indígenas, trocando minerais valiosos por espelhos. É perceptível um padrão em ambos os processos de dominação). De acordo com o documentário, O Fantasma do rei Leopoldo II:

Mas os chefes do Congo, sem linguagem escrita, não tinham ideia do que estavam assinando. Em troca de tecidos, bijuterias, miçangas e gim, os chefes cederam direitos a todas as terras, cursos de água, caça, pesca, silvicultura, mineração, essencialmente tudo.

Diante do exposto, em 1885, foi criado por Leopoldo II, sem a consulta de nenhum nativo, “O Estado livre do Congo”, alcançando

reconhecimento internacional pela Conferência de Berlim¹¹⁴. É válido ressaltar que Leopoldo II manipulava a verdade com o intuito de adquirir crédito e ser reconhecido como um líder humanitário. Dessa forma, ele era visto como altruísta, pois estaria levando civilidade aos “bárbaros”. Nessa época, tinha-se a ideia da missão civilizadora, de que o homem branco tinha o fardo de ser mais desenvolvido, tendo assim o dever de levar as civilizações atrasadas para o cunho civilizatório. Todavia, na visão africana, Leopoldo II aterrorizava os nativos explorando marfim e borracha extraídos por meio da mão de obra escrava. Ademais, o Dr. Jacques Depelchin, entrevistado no documentário citado, disse que a manipulação de Leopoldo II foi implantada, inclusive, mesmo dentro do Congo, de modo que “os livros didáticos e as escolas do Congo ensinavam que o rei Leopoldo II da Bélgica foi o maior benfeitor que o Congo já teve, porque ele teria sacrificado sua fortuna pelos congolezes”. Esse mesmo rei desenvolveu uma campanha de desinformação, pois convenceu a comunidade internacional de que estava acabando com o tráfico de escravos africanos, enquanto organizava seus interesses, sob a desculpa de ajudar aquele povo.

Toda essa máscara de Leopoldo II caiu por terra quando George Washington Williams, ministro, advogado, empreendedor e jornalista dos Estados Unidos, ao aprender sobre a benevolência do rei, fez a proposta de levar cidadãos negros americanos para o Congo. Entretanto, se deparou com abusos, torturas e mortes, em vez do que Stanley e Leopoldo II propagavam.¹¹⁵ Em forma de protesto, George Washington escreveu uma Carta aberta ao rei Leopoldo II, 1890, descrevendo 14 atrocidades que testemunhou. Dentre elas, destaca-se uma:

O governo de Sua Majestade é excessivamente cruel com seus prisioneiros, condenando-os,

114 KING LEOPOLD ‘S GHOST. Direção: Pippa Scott e Glory Friend. Produção de Pippa Scott. Estados Unidos: Prime Video, 2006. 1 DVD.

115 *Ibidem*, 2006.

pelos menores delitos, à gangue em cadeia, como não pode ser visto em nenhum outro Governo no mundo civilizado ou incivilizado. Muitas vezes essas correntes de boi comem no pescoço dos prisioneiros e produzem feridas sobre as quais as moscas circulam, agravando a ferida em execução; então o prisioneiro está constantemente preocupado. Essas pobres criaturas são frequentemente espancadas com um pedaço seco de pele de hipopótamo, chamado de “chicote”, e geralmente o sangue flui a cada derrame quando bem colocado.¹¹⁶

A baixa produtividade dos nativos era punida com castigos, esquartejamentos e assassinatos em massa, de modo que sequer crianças e mulheres foram poupadas. Por conseguinte, a população do Congo foi mutilada amplamente por perderem, principalmente, suas mãos. Em vista disso, é possível comparar essa situação a do holocausto que ocorreu na Segunda Guerra Mundial, no qual 6 milhões de judeus morreram, enquanto que a colonização belga dizimou algo entre 8 e 10 milhões de pessoas¹¹⁷. Assim, a atuação de Leopoldo II virou um escândalo internacional, de modo que em 1908 o Estado Livre do Congo chegou ao fim, sendo anexado à Bélgica como o Congo Belga, que, por sua vez, conseguiu sua independência apenas em 1960.¹¹⁸

Portanto, o reconhecimento no Congo ocorreu por meio da manipulação imposta pelo Rei belga, com a imagem de líder caridoso, cujo objetivo seria de melhorar a vida dos congolese, através de uma missão civilizadora. Nesse sentido, a dimensão desse genocídio perdurou disfarçada por anos, até que o caso virou um escândalo internacional. Dessa forma, o poder usado por Leopoldo II é uma das principais razões para que a história contada pudesse minimizar os acontecimentos no Congo, através de uma visão simbólica que se

116 Carta aberta ao rei Leopoldo II, 1890.

117 LIEBIG, Sueli Meira. 2012.

118 King Leopold's Ghost, 2006.

tornou mais real, no sentido de reconhecimento interno e externo, do que ocorreu de fato.

Assim, mesmo após o descobrimento da verdade, muitos ainda não sabem o que realmente aconteceu no país, tanto por parte dos belgas quanto dos congolese, mascarando todas as atrocidades cometidas pelo Rei belga da época. Dessa forma, essa história ainda é um “tabu” em ambas as sociedades, visto que os fatos registrados foram arquivados ou queimados pelo próprio Leopoldo II, com a intenção de que as crueldades por ele cometidas fossem esquecidas. Com isso, o povo congolês permanece em péssimas condições de vida desde aquele período pela falta de oportunidade para se reerguer, pois as cicatrizes deixadas são profundas, espelhando uma desigualdade próxima àquela época¹¹⁹.

4 - O PODER COMO MOTIVAÇÃO DO FENÔMENO DA DIFERENÇA DE RECONHECIMENTO ENTRE AS SITUAÇÕES HUMANITÁRIAS.

O reconhecimento de uma história, de uma cultura e de um povo foi, por muito tempo, tratado com diferença e muitas coisas que poderiam fazer parte da atualidade foram deixadas em segundo plano. Uma explicação possível para isso, seria a vergonha e o medo de conhecer esse passado, mas o principal motivo é o poder envolvido na história que foi contada, que torna real a seleção do que ficará ou não marcado para as futuras gerações. Com relação a isso, a lembrança de um holocausto está presente no conhecimento ocidental com livros e filmes, além de ser um conteúdo de destaque nas salas de aula. Entretanto, antes da Europa presenciar o genocídio em seu próprio solo, os colonizadores europeus desfrutaram da riqueza de outros países, deixando marcado dores e lembranças que não puderam ser escondidas e esquecidas.¹²⁰ Peter Burke afirma que “a função do

119 *Ibidem*, 2006.

120 HONORATO, JÚNIOR; 2020, p. 245.

historiador é lembrar a sociedade daquilo que ela quer esquecer”. Em decorrência disso, vale fazer uma comparação entre o holocausto e a situação do Congo no reinado de Leopoldo II. Assim, percebe-se que o poder envolvido pode transformar a maneira como uma história será lembrada.

Diante do exposto, o caso dos judeus teve uma grande repercussão por disporem de influência na indústria cinematográfica de Hollywood, visto que o entretenimento confere poder, por ser um meio de propagação da informação. Porém, no caso do Congo, como citado anteriormente, a história contada ainda transmite pouca visibilidade para um dos maiores genocídios do mundo. O rei Leopoldo II, da Bélgica, manipulou a história por meio do poder em busca do reconhecimento Europeu, do que roubou do povo africano usando como base a justificativa da filantropia e oferecendo vantagens e acordos que proporcionaram para ele a definição do Congo como sua propriedade privada, entre 1885 a 1908. Dessa forma, as negociações feitas pela Associação Internacional do Congo, proporcionaram o extrativismo de recursos naturais advindos por meio da mão de obra escrava dos congolese. Há, a partir daí, uma sobreposição da história contada pelos Belgas, em vista da conhecida pelos nativos do Congo. Através do poder econômico, os Belgas, ao mesmo tempo em que remanipulam os símbolos escravistas contra o negro, também procuram apagar a sua memória histórica e étnica, a fim de que fique como homem flutuante, ahistórico.¹²¹ Por conseguinte, esse fenômeno reflete nos diversos olhares que serão adotados pelos demais países, principalmente os que possuem matriz africana. Portanto, é importante estudar através da ótica do próprio povo que teve seu legado interrompido pelos povos que detinham mais poder na estrutura hierárquica, com intuito de reconhecer uma das verdades que não foram disseminadas pela visão da supremacia, proveniente de países europeus.

121 MOURA, Clóvis. Escravismo, colonialismo, imperialismo e racismo. **IBEA - Instituto Brasileiro de Estudos Africanistas** - SP, 1983, p. 124.

5 - A CONSEQUÊNCIA DE UMA HISTÓRIA CONTADA PELA ÓTICA EUROPEIA.

Fazendo um paralelo com o conhecimento acerca dos congolese no Brasil, e levando em consideração que 40% dos 10 milhões de africanos escravizados trazidos da Angola e do Congo vinham para a América¹²², é notório que o conhecimento que foi se construindo acerca do negro brasileiro teve como principal base a visão europeia. Consoante ao sociólogo Clóvis Moura, em sua obra sobre o escravismo, colonialismo e imperialismo, o estudo da história brasileira baseia-se em uma ótica acadêmica e eurocêntrica. Assim, esse panorama afeta principalmente o reconhecimento do povo africano, o qual teve boa parte de sua história implantada através de uma perspectiva alheia, omitindo um legado anterior que não é levado para as futuras gerações. Com relação a isso, a escravidão, que perdurou por séculos, impõe impactos presentes até hoje, como práticas racistas, a xenofobia e todos os tipos de intolerâncias, notadamente religiosas. Nesse sentido, Munanga (2015, p. 21) exprime que “as consequências de tudo isso engendram as desigualdades e se caracterizam como violação dos direitos humanos, principalmente o direito de ser ao mesmo tempo igual e diferente”. Em decorrência desse fator, apresenta-se a relevância da busca pela implantação de políticas que visem o respeito e o reconhecimento da diferença, centradas na formação de uma verdadeira cidadania que inclua o estudo multicultural.

Na história social brasileira, o estudo do escravismo é, ainda hoje, um dos períodos relevantes e dramaticamente necessários de se conhecer para o estabelecimento de uma práxi social coerente.¹²³ Visto que, a historiografia oficial foi preterida e substituída pela história de um único continente, silenciando a rica diversidade cultural em nome de um monoculturalismo justificado pelo chamado sincretismo cultural ou mestiçagem¹²⁴, quando, na realidade, o que se ensina

122 Rotas da escravidão, 2009-2020.

123 MOURA, 1983, p.124

124 MUNANGA, 2015, p. 21

mesmo é a Europa com sua história e cultura. Portanto, a diferença de reconhecimento das situações humanitárias, provocada pela hierarquia de poder entre os meios que perpassam os fatos, se dá de forma a sobressair um lado que terá sua visão conservada no futuro.

6 - O PAPEL DA SOCIEDADE NA HISTÓRIA: MEDIDAS E RESPONSABILIDADES

A vida em sociedade é indispensável visto que, de acordo com Aristóteles, o homem é um ser social. Nesse sentido, o papel das pessoas é vital para a resolução de conflitos, principalmente quando se trata de preconceitos e acontecimentos históricos. O ser humano, na sua individualidade, possui seus pensamentos e crenças, podendo ser semelhantes uns aos outros, mas independentemente disso ocorrer ou não, espera-se que a vida em sociedade seja harmônica. Todavia, na realidade, ocorrem conflitos e guerras devido a divergência dessas ideias e princípios. Portanto, não se pode esperar que a cultura de países europeus e latino-americanos sejam iguais e, conseqüentemente, suas crenças também não seriam as mesmas. Por isso, o povo deve se unir para combater o legado discriminatório deixado pelas gerações anteriores, aceitando suas responsabilidades e implantando medidas que visem solucionar essas questões.

O motivo da necessidade dessas responsabilidades e medidas vem à tona por conta da visível discrepância entre as pessoas no mundo inteiro, principalmente quando se trata de países tidos como desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Em decorrência do processo de colonização vivenciado nos países africanos, como no Congo, nota-se que a educação recebida nesses territórios não foi a mesma em comparação ao continente europeu, no sentido de quantidade, de veracidade e de qualidade das informações propagadas. Então, pela grande diferença desse acesso à informação, a desigualdade é perceptível somente para aqueles que não estão inseridos nessa realidade, enquanto os que estão não possuem essa consciência. Conseqüentemente, se os indivíduos não sabem o que seria um mundo

justo, eles não teriam ciência do que fazer para atingir esse ideal, sendo a desinformação um dos grandes fatores que permeiam tanto a população congoleza quanto a belga, como exposto anteriormente.

Nesse contexto, é interessante mencionar que responsabilidade é diferente de culpa. Dessa forma, Hannah Arendt (1994, p. 48) afirma: “Onde todos são culpados ninguém o é; as confissões de culpa coletiva são a melhor salvaguarda possível contra a descoberta dos culpados, e a própria grandeza do crime, a melhor desculpa para não fazer nada”.¹²⁵ Assim, infere-se que não é possível culpar todo um povo, mesmo que eles tenham consciência sobre a situação. Desse modo, apenas os líderes são considerados culpados dos atos executados, mas, de acordo com Céli Pinto (2014, p. 80), “aos não culpados cabe a responsabilidade”, neste caso, correspondendo à população. Ademais, é válido trazer a ideia também constatada pela autora, Céli Pinto (2014, p. 89):

O princípio da responsabilidade parte da simples constatação de que uma sociedade é responsável pelas injustiças sociais e estruturais que produz, independentemente da culpa de seus membros individuais. Como todos são responsáveis, mas nem todos são culpados, os culpados não são absolvidos pela responsabilidade compartilhada. Portanto, o fato de uma sociedade ter se calado diante de uma ditadura militar não absolve os líderes – ditadores e mandantes de tortura e extermínio – de crime.

Diante do exposto, é de suma importância compreender que a responsabilidade é um fator essencial para alcançar a justiça social¹²⁶. Sob essa perspectiva, é válido ressaltar que a situação da desigualdade social é culpa do Estado, entretanto, existe uma responsabilidade

125 ARENDT, Hannah. 1994. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

126 PINTO, Céli Regina Jardim. O Conceito De Responsabilidade De Iris Young. **Lua Nova, São Paulo**, 91: p. 93, 2014

coletiva, visto que o atual cenário é uma consequência das escolhas das gerações passadas. Sob esse viés, é necessário que sejam criadas medidas econômicas, políticas e sociais, objetivando a igualdade entre os cidadãos. Nesse sentido, existem organizações não governamentais que implementaram um projeto de saúde mental para refugiados, com o propósito de integrar esses sujeitos, vítimas de crises humanitárias, ao país acolhedor. De modo que seja possível tratar os traumas decorrentes desse deslocamento, visto que o fizeram para protegerem suas vidas.

É relevante abordar que o projeto de saúde mental oferece consultas individuais, atendimentos em grupo, oficinas de musicalização e de capacitação profissional. Todavia, esse projeto não é muito utilizado pelos refugiados, pois, na prática, foca-se nas adversidades encontradas na atualidade. Ou seja, o que tange aos pesares passados é deixado de lado pela possibilidade de fomentar o aparecimento de novos traumas, mas caso o indivíduo inicie essa temática, é permitido que ela seja trabalhada, portanto, nota-se que há uma equivalência entre o trauma e o contexto migratório do sujeito¹²⁷. No que diz respeito às atividades em grupo, elas são direcionadas às adversidades encontradas pelos refugiados na atualidade como: (i) aprender português, (ii) conseguir emprego, (iii) fazer amizade com brasileiros, e (iv) no caso de haitianos e africanos, o racismo¹²⁸. Além do exposto, os refugiados negros acabam morando nas ocupações ou nas ruas, enquanto que os refugiados sírios, maioria branca, são melhor recebidos por não serem vistos morando nesses locais. Assim, infere-se que a assistência oferecida a esses sujeitos é deficiente, já que eles têm que lidar com o preconceito, com a falta de emprego, de moradia e de oportunidades, além da dificuldade de aprender a língua local. Por conseguinte, essas questões atingem os refugiados negros e brancos diferentemente, de modo que os primeiros acabam por sofrer mais,

127 BRANCO PEREIRA, Alexandre. O refúgio do trauma. Notas etnográficas sobre trauma, racismo e temporalidades do sofrimento em um serviço de saúde mental para refugiados. **REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 26, p. 82-86, 2018.

128 *Ibidem*, 2018, pp. 85-86.

nada sendo feito para combater essa desigualdade, o que vai contra o princípio da isonomia que prega por tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.¹²⁹

Em suma, existe uma diferença de reconhecimento entre as situações humanitárias, tendo em vista que o serviço oferecido aos refugiados é ineficaz e a assistência oferecida reproduz disparidade de tratamento entre esses indivíduos. Logo, embora a sociedade reconheça algumas crises humanitárias, não há uma assistência efetiva aos refugiados, de forma que o preconceito racial acaba contribuindo para que esse fenômeno perdure na sociedade¹³⁰. Assim, é vital que reconhecendo a diferença no tratamento e nas consequências de uma crise humanitária, sejam criados mecanismos para que esse público tenha suas necessidades atendidas e acesso igualitário aos serviços.

Parafinalizar, há um tenuousa conexão com a ideia de responsabilidade com o racismo apresentado em relação aos refugiados. Nesse sentido, ao demonstrar essas diferenças de tratamento entre raças distintas, que foram obrigadas a buscar amparo em outros países, nota-se que aqueles que não contribuem para ajudá-las são responsáveis, mesmo que indiretamente, por seu sofrimento. Portanto, não é viável atribuir culpa aos brasileiros pela condição de refugiado desses sujeitos, mas a partir do momento em que não é fornecida a ajuda necessária a essas pessoas, toda a sociedade se torna responsável pelo seu sofrimento, do mesmo modo com os belgas e o povo do Congo, assim, a população da Bélgica não é culpada pelo que houve com os congolese, mas é responsável pela condição deles, pois não os ajudam a se reerguer, do mesmo modo com os belgas e o povo do Congo. Assim, a população belga não é culpada pelo que houve com os congolese, mas é responsável pela condição deles, pois não os ajudam a se reerguerem.

129 *Ibidem*, 2018, pp. 87-91.

130 *Ibidem*, 2018, pp. 91-95.

7- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por reconhecimento de situações humanitárias entendemos a aceitação de determinados fatores, dando visibilidade e credibilidade para as minorias. Nesse sentido, objetivamos compreender a história de maneira panorâmica, abordando um ramo específico relacionado ao reconhecimento agregado a partir das relações de poder. De forma elucidativa busca-se compreender e contextualizar o assunto com conceitos relacionados a sociologia, a filosofia, a antropologia, a psicologia e as relações interpessoais. Além do exposto, instigamos a reflexão acerca dos temas sociais, pois eles se entrelaçam com as problemáticas atuais como a discriminação, proporcionada pelas relações de poder, que favorecem a hierarquia entre os povos, privilegiando as potências econômicas mundiais.

O intuito desse artigo e seu conteúdo é de aumentar a visibilidade acerca desses temas, almejando promover mais empatia entre as nações. De forma que, sejam realizados aprimoramentos no âmbito político, social e econômico para a melhoria de vida desses indivíduos, que se encontram marginalizados. Assim, caso esses objetivos sejam alcançados, a situação mundial se encontrará com um menor nível de desigualdade e preconceito, dispondo de uma melhora relativa na qualidade de vida.

8- REFERÊNCIAS

BRANCO PEREIRA, Alexandre. O refúgio do trauma. Notas etnográficas sobre trauma, racismo e temporalidades do sofrimento em um serviço de saúde mental para refugiados. REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 26, p. 79-97, 2018.

ARENDT, Hannah. 1994. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

HONORATO, Felipe Antonio; JÚNIOR, Paulo Cesar de Abreu Pava. Rei branco, morte negra: um olhar sobre a trajetória psicopolítica de Leopoldo II da Bélgica. África [s]-Revista do Programa de Pós-Graduação em Estudos Africanos e Representações da África, v. 7, n. 13, 2020.

hooks, bell. *Talking Back: Thinking Feminist, Talking Black*. Boston: South End Press, 1989

KILOMBA, Grada. *Memórias Da Plantação, Episódios De Racismo Cotidiano*. Tradução: Jess Oliveira. Cobogo, 1ª Ed. p. 27-92, 2008.

KING LEOPOLD 'S GHOST. Direção: Pippa Scott e Glory Friend. Produção de Pippa scott. Estados Unidos: Prime Video, 2006. 1 DVD

LIEBIG, Sueli Meira. *ARTÉRIAS RACIAIS NO CORAÇÃO DO MUNDO: IMPÉRIO E IMPROPÉRIO EM JOSEPH CONRAD E CHINUA ACHEBE*, 2012.

MOURA, Clóvis. *Escravidão, colonialismo, imperialismo e racismo*. IBEA - Instituto Brasileiro de Estudos Africanistas - SP, 1983, Pp. 124-131

MUNANGA, Kabengele. Por que ensinar a história da África e do negro no Brasil de hoje?. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, p. 20-31, 2015.

PINTO, Céli Regina Jardim. O Conceito De Responsabilidade De Iris Young. Lua Nova, São Paulo, 91: p. 77- 104, 2014

“Rotas da escravidão” em Só História. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2022. Consultado em 08/06/2022 às 08:46. Disponível na Internet em <http://www.sohistoria.com.br/ef2/culturaafro/p5.php>

O TEMA 1013 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O JULGAMENTO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

*Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira*¹³¹

*Rayanne Braga Nascimento*¹³²

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar a aplicabilidade das decisões judiciais no processo administrativo perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em especial, no que concerne a não aplicação dos entendimentos jurisprudenciais sobre o Tema 1013 do STJ. Para tanto, a pesquisa subdivide-se em dois capítulos, sendo o primeiro dedicado ao estudo dos direitos fundamentais, bem como, dos benefícios previdenciários por incapacidade à luz do Tema 1013 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A segunda seção abordará o posicionamento majoritário da jurisprudência nacional, e, a correta aplicação do referido Tema 1013 do STJ. Ao final, concluir-se-á que o indeferimento do requerimento administrativo, com fundamentação meramente genérica e inespecífica, acarreta prejuízos aos segurados da previdência pública brasileira. Mormente, quando a aplicação na norma seca, sem análise apurada do caso concreto e realizada em desprezo à posição jurisprudencial consolidada no Tema 1013 do STJ, faz nascer prejuízo financeiro não apenas para os segurados, mas também para o erário. O método científico de abordagem utilizado foi o indutivo, organizado pelas técnicas de pesquisa de análise, documental, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Benefícios Previdenciários por Incapacidade. Superior Tribunal de Justiça. Processo Administrativo. Aplicação do Tema 1013. Direitos Fundamentais.

131 Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor no curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário UNIEURO, Brasília-DF.

132 Advogada. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UNIEURO, Brasília-DF.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, é corriqueira a atualização normativa, com o fito de melhor aplicar a norma ao contexto atual. No âmbito previdenciário, não é diferente. A seguridade social, em especial a Previdência Social, tem o objetivo de amparar todas as pessoas, na medida de suas necessidades. O Instituto Nacional do Seguro Social, é, portanto, autarquia responsável pela administração dos benefícios e previdenciários à sociedade brasileira. Dentre os referidos serviços e benefícios, encontram-se os benefícios por incapacidade, tanto na modalidade permanente quanto temporária. Vale ressaltar, os benefícios previdenciários inserem-se na seara dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A presente pesquisa tem por objetivo geral estudar os benefícios por incapacidade do Regime Geral da Previdência Social e seus princípios em face dos indeferimentos dos pedidos administrativos. Será analisado, com maior detalhe, o Tema 1013 do STJ, julgado em 24 de junho de 2020, e sua (não) aplicação pelo INSS ao proferir as decisões administrativas.

Apresenta-se como problema de pesquisa, o questionamento: É possível afirmar que a não aplicação do Tema 1013 do STJ no processo administrativo acarreta prejuízo aos segurados do Regime Geral de Previdência Social no Brasil?

Neste sentido, a pesquisa divide-se em duas seções. A primeira abordará os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Previdenciário, bem como, analisará os benefícios previdenciários radicados na condição de direito fundamental do segurado. A segunda seção cuidará do entendimento jurisprudencial consolidado no Tema 1013 do STJ e sua (não) aplicação pelo INSS ao proferir as decisões administrativas relativas à concessão dos benefícios por incapacidade no Brasil. Por fim, apresentar-se-ão as conclusões da pesquisa, na direção da necessidade da aplicação do referido Tema 1013 nos processos administrativos como forma de garantia do direito fundamental à previdência social e economia para o erário. O método

de abordagem científica utilizado foi o indutivo, organizado pelas técnicas de análise bibliográfica e jurisprudencial.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

À luz da Lei nº 8.213/91, a Previdência Social brasileira deve visar o bem-estar da pessoa segurada e sua família, tendo como mantenedor todo sistema público que a envolve. O Regime Geral da Previdência Social, no Brasil, obedece ao sistema de princípios constitucionais, contidos na esfera dos direitos fundamentais. Passa-se à breve análise dos referidos princípios.

Em primeiro lugar, tem-se o princípio da “universalização da cobertura e do atendimento”, cujo fundamento reside no art. 194 da Constituição Federal de 1988. Referido princípio busca atender as necessidades peculiares dos segurados. Nesse sentido, Martins afirma:

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços (MARTINS, 2005, p. 78).

A universalidade da cobertura, sem distinção, assegura aos indivíduos o amparo pela Seguridade Social, tanto na questão da velhice, morte e maternidade, quanto em razão de incapacidade, acidente, doença e reclusão.

Já o princípio da “equivalência de benefícios urbanos e rurais”, com fulcro no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estabelece a equiparação entre empregados urbanos e rurais, ao determinar que os benefícios previdenciários não sejam diferentes em razão

do segurado estar inserido no meio rural. Entretanto, vale destacar, é possível a existência de análise diferenciada quando a atividade econômica realizada pela pessoa segurada tem por finalidade a subsistência.

A concessão dos benefícios deve levar em consideração a necessidade concreta da pessoa beneficiária. Deste modo, segundo o princípio da “seletividade”, alguns benefícios previdenciários são criados para atender às necessidades específicas da população de baixa renda. Para Castro e Lazzari, (2021, p. 45): “O princípio da seletividade pressupõe que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessite, razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços”.

Outro importante princípio é o da “irredutibilidade do valor das prestações previdenciárias”, segundo o qual, é vedada a redução dos valores nominais dos benefícios concedidos. Para Bebel (2005), tal princípio é radicado na necessidade de garantir a segurança jurídica aos direitos adquiridos e à coisa julgada. Neste sentido, não se pode reduzir o valor nominal dos benefícios após sua efetiva concessão.

À luz do princípio da “equidade na participação no custeio”, o financiamento da Seguridade Social deve ser realizado pelo Estado, em conjunto com a Sociedade Civil, garantindo-se, desta forma, aos filiados hipossuficientes a possibilidade de realizar contribuições equivalentes à sua condição individual exigindo-se dos empregadores, com maior capacidade contributiva, os recolhimentos sujeitos ao princípio da progressividade.

De acordo com o princípio da “diversificação da base de financiamento”, o custeio da Seguridade Social não deve ser realizado a partir de uma única fonte de arrecadação tributária. Isto posto, o Estado deve buscar outras fontes de arrecadação para a manutenção dos benefícios previdenciários, garantido assim a segurança e a estabilidade do sistema.

Por fim, no que concerne aos princípios gerais previstos na Constituição Federal de 1988, tem-se “a fixação do benefício mínimo, que substitui o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho

em um salário-mínimo” à luz do art. 201, § 2º, da Carta Magna. De acordo com referido princípio, todos os benefícios previdenciários que substituem a renda mensal do segurado, terão valor mínimo do salário-mínimo vigente à época.

2.1 OS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Ao falar-se de direitos fundamentais, não é possível escapar à associação ao teor do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. O seu teor busca assegurar alcance das necessidades de todos os cidadãos, em busca de dignidade para a pessoa humana. Cumpre mencionar, além do artigo ora citado, a existência de outros que têm por finalidade proteger e garantir os direitos fundamentais. A partir do art. 6º, e, até o art. 11, encontram-se os Direitos Sociais. A seguir, o art. 12 dispõe sobre o Direito de Nacionalidade. Já os Direitos Políticos estão previstos nos arts. 14 e 15, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Seguridade Social tem por objetivo garantir a ordem social, como forma de materializar o acesso aos direitos sociais previstos no artigo 6º, da CF/1988, abrangendo educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Trata-se, portanto, de medidas voltadas à população em geral, sendo possível a sua aplicação específica para as pessoas menos favorecidas financeiramente (BRASIL, 1988).

O Direito Previdenciário advém de uma longa evolução histórica, e, em função de sua conexão com os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, a Previdência Social, tem por objetivo a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, tornando possível atribuir-lhe, da mesma forma, uma fundamentalidade material (HERRERA FLORES, 2009, p. 77-78).

Conforme Viana (2008, p. 53), “o sistema previdenciário constitui-se um direito protetivo, garantindo a seus segurados contribuintes meios de subsistência quando de períodos de improdutividade financeira, tais como doença, maternidade, idade avançada e invalidez”. Sendo um direito constitucionalmente previsto, o direito fundamental aos benefícios por incapacidade tem grande importância para o ser humano pois, resguarda as mínimas condições de existência digna. No caso concreto, os direitos fundamentais devem ser adotados de análise ampla, estendendo-se a todos e se adequando às determinadas situações reais. Conforme, Daniel Rocha:

[...] a obrigação do Estado em respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, mas, abrange uma obrigação prestatória diante da impossibilidade deste em prover para si uma existência humanamente digna. Sendo assim, é justamente quando o cidadão tem sua força laboral afetada, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um nível minimamente adequado. A doutrina nacional que trata sobre os direitos fundamentais também reconhece a íntima vinculação entre o direito à Previdência Social e a dignidade humana, constituindo este um princípio basilar de todos os direitos sociais. (ROCHA, 2004, p. 111).

Dentre os regimes abrangidos pela previdência do Brasil, “o RGPS é o regime básico de previdência social, sendo de aplicação compulsória a todos aqueles que exerçam algum tipo de atividade remunerada, exceto se esta atividade já gera filiação a determinado regime próprio de previdência.” (IBRAHIM, 2016, p. 184). Já Castro e Lazzari (2021, p. 111), afirmam que o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o responsável pela proteção da maior parte dos trabalhadores brasileiros:

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, os trabalhadores que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (empregados urbanos, mesmo os que estejam prestando serviços a entidades paraestatais, os aprendizes e os temporários), pela Lei nº 5.889/73 (empregados rurais) e pela Lei nº 5.859/72 (empregados domésticos); os trabalhadores autônomos, eventuais ou não; os empresários, titulares de firmas individuais ou sócios gestores e prestadores de serviços; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar; e outras categorias de trabalhadores, como garimpeiros, empregados de organismos internacionais, sacerdotes, entre outros (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 111).

Existem dois tipos de segurados do RGPS: os obrigatórios, que exercem atividade vinculada ao Regime Geral e descrito no art. 11 da Lei nº 8.213/91, e, os segurados facultativos, que se filiam ao regime mediante recolhimento de contribuições voluntárias. Para Castro e Lazzari:

A pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculos de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer. Como visto,

existem duas espécies de segurados: os obrigatórios e os facultativos (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 111).

Os benefícios por incapacidade estão previstos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, mais especificamente no art. 18:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente; (BRASIL, 1991)

A Previdência Social se conecta ao direito à vida e à preservação da integridade física e moral, haja vista que o Direito Previdenciário não tem outra finalidade, senão a de prover a subsistência do indivíduo e dos que dele dependem. Afirma-se, desta maneira, que o acesso aos benefícios previdenciários por incapacidade é, de fato, um verdadeiro direito fundamental. Veja-se a seguir, sucinta análise de cada benefício previdenciário por incapacidade em vigor.

2.1.1 A INCAPACIDADE QUE FAZ NASCER O DIREITO AO BENEFÍCIO

A incapacidade para as atividades laborais ou habituais é o fato gerador do benefício por incapacidade. Pode-se conceituar incapacidade, nas palavras de Ribeiro:

Incapacidade é a impossibilidade temporária ou definitiva do desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações provocadas por doença ou acidente, para o qual o examinado estava previamente habilitado. Está implícito no conceito de incapacidade que a permanência do segurado do INSS na atividade poderá acarretar agravamento ou, até mesmo, risco de vida para o segurado (RIBEIRO, 2008, p. 182).

No que tange à Previdência Social, cumpre mencionar que, a partir da primeira contribuição, o segurado inicia a contagem da carência, que é uma das exigências para o gozo dos direitos previdenciários, a fim de ter implantado os benefícios oferecidos pela Previdência Social. Vide quadro ilustrativo da carência dos benefícios por incapacidade:

Quadro 1 – Períodos de Carência

PERÍODOS DE CARÊNCIA	
Auxílio-doença previdenciário	12 meses
Auxílio-doença acidentário	0 meses (independe de carência)
Aposentadoria por incapacidade previdenciária	12 meses
Aposentadoria por incapacidade acidentária	0 meses (independe de carência)

Fonte: Elaborado pelos autores

O período de carência é o número mínimo de contribuições necessárias para ter direito aos benefícios previdenciários. Ainda que não se tenha trabalhado todos os dias do mês, a contribuição vertida será considerada ao equivalente a 30 dias para o período de carência. Os auxílios e aposentadorias por incapacidade são destinados aos segurados que se encontram inaptos para exercer atividades laborais

ou habituais, e, conseqüentemente, impossibilitados de prover as necessidades básicas própria e da família. Neste sentido, para a concessão dos referidos benefícios, submete-se os segurados às perícias médicas, que, são realizadas pelos médicos da Autarquia Previdenciária, atestando as patologias de cada segurado. Mediante a realização da perícia, é avaliado o tipo e o grau da incapacidade o que interfere diretamente no tipo de benefício que será (ou não) concedido.

2.1.2 A DIFERENÇA ENTRE OS BENEFÍCIOS DE CARÁTER PREVIDENCIÁRIO E DE CARÁTER ACIDENTÁRIO

Faz-se relevante a distinção quanto às características de cada benefício, vez que essas categorias são facilmente confundidas ao momento dos respectivos requerimentos. Urge frisar: ainda que distintos, os benefícios previdenciários e acidentários estão vinculados às pessoas inaptas ao exercício pleno das atividades. Entretanto, a divergência destas aposentadorias e auxílios se dá a partir do momento em que, através da análise pericial, são atestados como definitivos ou parciais. Na atualidade, a Seguridade Social tem por objetivo buscar a fraternidade e a inclusão universal.

A incapacidade, em regra, deve ter ligação direta entre a patologia que causou o afastamento das atividades regulares e habituais, e a impossibilidade de realização da atividade laboral em razão do quadro clínico. No que concerne ao segurado contratado em mais de uma empresa, Maia afirma:

Na hipótese de o segurado exercer atividades concomitantes abrangidas pelo RGPS, considerando a relação de adequação concreta entre a incapacidade e o labor profissional, é plenamente possível o afastamento do segurado em relação apenas a uma delas e continuar exercendo a(s) outra(s) atividade(s) profissional(is). (MAIA, 2018. p. 26).

Deste modo, verifica-se que é possível a acumulação de auxílio-doença e a remuneração percebida por outra atividade profissional, desde que, esta última nada tenha a ver com a incapacidade atestada pela perícia médica. Cumpre destacar que, o conceito de incapacidade foi ampliado através da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2008. Para melhor elucidação das diferenças entre os benefícios por incapacidade, passa-se ao seu detalhamento.

2.1.3 AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA, DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA

Auxílio por incapacidade temporária, de natureza previdenciária, é o benefício por incapacidade devido ao segurado filiado ao INSS, que, em decorrência de doença comprovada por perícia médica, está temporariamente incapaz para o trabalho. Para o gozo do referido benefício, o contribuinte precisa estar afastado das atividades na empresa por mais de quinze dias consecutivos, e ter completado a carência de 12 meses de contribuição. Ibrahim (2016, p. 642), caracteriza-o como benefício não programado, decorrente da falta de capacidade laboral temporária do segurado para o desempenho habitual de seu trabalho.

O pagamento deste benefício é sucessivo e substitutivo do salário de contribuição ou do rendimento do trabalhador. Atualmente, o auxílio por incapacidade temporária é amparado pela Lei nº 8.213/91, nos artigos 59 a 63 e no Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3.048/99, artigos 71 a 80. Em razão da natureza do benefício, o pagamento mensal tende a ser de curta duração e renovável, variando a partir da condição laboral de cada segurado, haja vista se tratar de benefício concedido em razão de incapacidade temporária para o trabalho. Ibrahim afirma:

O auxílio-doença é benefício temporário, pois perdura enquanto houver convicção, por parte da perícia médica, da possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o conseqüente retorno à atividade remunerada. A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito, justamente, à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe, em regra, na aposentadoria por invalidez. (IBRAHIN, 2016, p. 644)

Vale frisar que, o segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social RGPS já sendo portador de doença ou lesão que configura causa para concessão do benefício, não fará *jus* ao auxílio-doença, salvo quando essa incapacidade se manifestar por motivo de progressão ou agravamento. Atualmente, não há dispositivo normativo que o discipline prazo máximo para a concessão de auxílio por incapacidade temporária. Mesmo assim, no que tange à cessação deste benefício, esta ocorrerá em três hipóteses: quando houver recuperação da capacidade do trabalho; pela transformação em aposentadoria por invalidez ou; com a morte do segurado.

A Autarquia Previdenciária tem adotado como principal política de suspensão de um benefício a chamada “alta programada”. Desta forma, o INSS poderá, após realizada a análise por profissional da medicina de caráter pericial, estipular o prazo que julgue necessário para a recuperação do afastado, a fim de que este retorne ao exercício da sua função laboral habitual, e, ao fim do referido prazo, o benefício é suspenso sem ser necessária a realização de outra perícia após a alta programada. Nos casos em que o período estipulado para o gozo do auxílio-doença seja insuficiente para a recuperação do segurado, deve ser solicitada a realização de uma nova perícia médica, para que seja concedida a esta dilação temporal do benefício. Neste sentido, leciona Kertzman:

O segurado em gozo de auxílio-doença, está obrigado independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e a tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos (KERTZMAN, 2014, p. 415).

Desta forma, entende-se que o descumprimento de quaisquer desses encargos acarretará a suspensão do benefício.

2.1.4 AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA, DE NATUREZA ACIDENTÁRIA

Para Cesarino Júnior (1980), o acidente de trabalho é definido como um evento casual, prejudicial para a capacidade laborativa e está relacionado com a prestação subordinada de serviço. Sendo assim, o elemento da subordinação é característica essencial para a caracterização de um acidente de trabalho. O auxílio por incapacidade temporária, de natureza acidentária, está disposto na Lei nº 8.213/91, e, independe de carência, haja vista que decorre de um infortúnio laboral, conforme previsto no artigo 26, inciso II da Lei supracitada. Desta forma, para fazer *jus* ao benefício, é necessário que a doença incapacitante tenha nexos de causalidade com a atividade laboral exercida (BRASIL, 1991). Por estar previsto pelo mesmo dispositivo legal que o auxílio por incapacidade temporária, tende-se a haver confusão entre ambos os benefícios. Desta forma, cabe mencionar que, a principal diferença entre os dois é que, no benefício acidentário, o segurado não é acometido por doença qualquer, pois o gozo se dá em razão de acidente de trabalho ou doença desenvolvida em razão das condições laborais.

Importante mencionar que, conforme disposto no Art. 476 da CLT, nos casos de concessão do referido benefício, o segurado fica

suspenso de suas atividades enquanto permanecer em recuperação, estando licenciado do trabalho, nos moldes do artigo 80 da Lei 8.213/99 do Decreto nº 3.048/99. Nestas condições, o empregado celetista terá garantido seu vínculo trabalhista por, no mínimo, 12 (doze) meses, conforme determina o artigo 118 da Lei de Benefícios (BRASIL, 1991).

A comunicação do acidente de trabalho é feita através da Comunicação de Acidentes de Trabalho (CAT), documento realizado pela empresa contratante até o 1º dia útil após o acidente. Frisa-se que, a não emissão da CAT pode gerar multa à empresa, sendo cobrada e aplicada pela Previdência Social. Para os segurados com contrato de trabalho registrado em carteira de trabalho e previdência social, o benefício é pago pelo INSS a partir do 16º dia de afastamento. Nos casos dos trabalhadores avulsos e dos segurados especiais (trabalhadores rurais que produzem em regime de economia familiar, sem utilização de mão de obra assalariada), estes recebem diretamente da Previdência Social, a partir da data de início da incapacidade.

2.1.5 APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE, DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA

A aposentadoria por incapacidade previdenciária, é devida ao segurado que, em razão de enfermidade, encontrar-se insuscetível de readaptação. Para Russomano (1981, p. 135), a aposentadoria por incapacidade permanente “[...] é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar subsistência”. O benefício será concedido quando, por intermédio da perícia médica realizada pela previdência social, for verificada a condição de incapacidade. Nos casos de não constatação de enfermidade permanente, mas tão somente temporária, conceder-se-á o benefício de auxílio por incapacidade temporária. Neste sentido, Goes assevera:

A incapacidade para o trabalho insuscetível de reabilitação, em alguns casos, pode ser constatada de imediato pelo médico-perito, em face da gravidade das lesões à integridade física ou mental do indivíduo. No entanto, nem sempre é possível verificar a incapacidade total e definitiva de imediato. Por isso, na maioria das vezes, concede-se inicialmente ao segurado o benefício de auxílio por incapacidade temporária e, posteriormente, concluindo-se pela impossibilidade de retorno à atividade laborativa, transforma-se o benefício inicial em aposentadoria por incapacidade permanente (GOES, 2020, p. 183).

Do mesmo modo da perícia para a concessão, o art. 45 da Lei nº 8.213/91 ressalta a possibilidade dos beneficiários à revisão, na qual o perito verificará todos os critérios observados quando da indicação da aposentadoria. Referente às revisões, Goes consigna:

O segurado aposentado por incapacidade permanente poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente (Lei 8.213/91, art. 43, § 4º). Por isso, o segurado aposentado por incapacidade permanente está obrigado, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente [...]. O aposentado por incapacidade permanente que não tenha retornado à atividade também estará isento desses exames nos seguintes casos: (I) após completar 55 anos ou mais de idade e quando decorridos 15 anos da data da concessão da aposentadoria por incapacidade permanente ou do auxílio por incapacidade temporária que a precedeu; ou (II) após completar 60 anos de idade (GOES, 2020, p. 183).

No que tange à carência, o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça *jus* ao benefício é 12 (doze). Entretanto, no caso de incapacidade advinda das doenças contagiosas e incuráveis elencadas no artigo 151 da Lei n.º 8.213/1991, essa carência inexistente.

Sobre a cessação do benefício, o artigo 46 da Lei 8.213/1991 estabelece que o retorno voluntário ao trabalho do segurado beneficiário da aposentadoria por incapacidade permanente acarreta a cessação automática do referido benefício. A aposentadoria também poderá ser cessada nos casos em que a recuperação da capacidade laborativa restar verificada por meio de análise do perito-médico do INSS, respeitados os procedimentos constantes do artigo 47 da mesma Lei (BRASIL, 1991).

2.1.6 APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE, DE NATUREZA ACIDENTÁRIA

A aposentadoria por incapacidade permanente acidentária é o benefício concedido aos trabalhadores vítimas de acidentes ou doenças ocupacionais, que, em razão destes, tornaram-se incapazes total e permanentemente, para o exercício de quaisquer atividades laborais, que lhe garantam o próprio sustento. Sobre o assunto, Horvath Júnior assevera:

A consolidação das lesões pode ser observada sob a ótica médica e jurídica. Sob o ponto de vista médico corresponde ao fim da lesão ou da perturbação funcional pela recuperação total ou pela estabilização dentro de certos limites do processo mórbido. Do ponto de vista jurídica a verificação da consolidação das lesões somente é possível de ser certo no momento imediatamente anterior ao da cessação do auxílio-doença ou da sua conversão em aposentadoria por invalidez. No caso de consolidação com recuperação

total não há que se falar em indenização acidentária (HORVATH JUNIOR, 2010, p. 317).

Diferentemente do benefício por incapacidade previdenciária acima relatado, nos casos da incapacidade acidentária, e esta pode ser de qualquer natureza, não é necessário completar o requisito da carência mínima. Desta forma, até mesmo os trabalhadores que, após a filiação ao RGPS, vierem a ser acometidos por acidente de trabalho, ou na vida cotidiana, podem gozar do referido benefício. Após a constatação da incapacidade laborativa de forma total e permanente, esta realizada através de perícia médica administrativa, não havendo prognóstico de reabilitação profissional ou retorno para a atividade habitualmente exercida, a aposentadoria por incapacidade acidentária será concedida.

No que tange a cessação do benefício, esta ocorrerá de forma semelhante à aposentadoria por incapacidade previdenciária. Sendo assim, em conformidade com o artigo 47 da Lei n.º 8.213/1991, dar-se-á através da recuperação da capacidade laborativa atestada pelo perito médico do INSS, do retorno voluntário ao trabalho, e do falecimento do beneficiário.

3 A (NÃO) APLICAÇÃO DO TEMA 1013 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ÀS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO INSS

Diversas são as controvérsias havidas entre os segurados da Previdência Social e o INSS, no tocante às atividades laborais exercidas durante o período de incapacidade motivadas pelo indeferimento administrativo do benefício. O INSS entendia que, se o filiado alega estar incapaz, ele não poderia, de forma alguma, exercer atividade laboral, e, caso exercesse, deveria ser caracterizada ausência de incapacidade laboral e, conseqüentemente, os valores das remunerações que recebeu enquanto estava incapaz deveriam

ser descontar em seu retroativo. Em 24 de junho de 2020, o Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito da questão acima exemplificada, estabelecendo o Tema 1013. *In verbis*:

No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente (BRASIL, 2020).

Nesta esteira, os Ministros esclareceram que o julgamento não contempla as seguintes hipóteses:

[...] A presente controvérsia e, conseqüentemente, a tese repetitiva que for fixada **não** abrangem as seguintes hipóteses:

a) o segurado está recebendo benefício por incapacidade regularmente e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade; e **b)** o INSS alega somente o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) na fase de cumprimento da sentença (BRASIL, 2020). (grifo nosso).

Vale destacar: o entendimento pacificado é claro, e, ainda assim, o Tema 1013 do STJ não tem sido aplicado pela autarquia previdenciária na esfera administrativa. Por esta razão, com o indeferimento do pedido concessório e após esgotadas todas as instâncias administrativas, o segurado resta obrigado a instaurar procedimento judicial previdenciário perante a Justiça Federal, para requerer a realização de nova análise do caso concreto com vistas à preservação de todos os direitos garantidos constitucionalmente.

3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL Á LUZ DO INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIOS PELA NÃO APLICAÇÃO DO TEMA 1013 DO STJ NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Diante do indeferimento administrativo, a implantação do benefício por incapacidade será novamente requerida perante o Poder Judiciário. Neste sentido, pergunta-se: desde o indeferimento administrativo até a sentença judicial, o autor deveria aguardar a implantação do benefício sem exercer qualquer atividade laboral? Caso a resposta seja afirmativa, como poderá arcar com despesas básicas, tais como: alimentação, moradia, medicamento e consultas médicas?

Cediço ao conhecimento que a autarquia previdenciária está abarrotada de processos pendentes de análise e julgamento, e que, muitas das vezes, a quantidade de servidores não é suficiente para suprir essa demanda. Ocorre que, também é preciso analisar os casos dos segurados que estão incapacitados de prover as necessidades próprias e de suas famílias, por motivos alheios à sua vontade.

Neste sentido, os indeferimentos dos benefícios na via administrativa acarretam frustração e prejuízo aos segurados. Apesar de tratar-se de tema pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a autarquia previdenciária tem violado diretamente o direito dos segurados. Neste sentido, colaciona-se algumas recentes decisões judiciais sobre o tema:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. TEMA 1013/STJ. TUTELA ESPECÍFICA. 1. O STJ, em julgamento do Tema n. 1013 pela sistemática dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese: No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo

benefício previdenciário pago retroativamente. 2. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício de auxílio-doença, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença stricto sensu previstas no art. 497 do CPC/15, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (sine intervallo). (TRF-4 - AC: 50114322020214049999 5011432-20.2021.4.04.9999, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 08/09/2021, SEXTA TURMA).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. ATIVIDADE LABORAL APÓS A DENEGAÇÃO PELO INSS. POSSIBILIDADE. TEMA 1013/STJ. No que respeita ao pedido do INSS de desconto dos períodos em que exerceu atividade laboral e houve concessão do benefício por incapacidade, pacificou-se a jurisprudência quanto à possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício, nos termos da Súmula 72 da TNU e do julgamento do mérito do Tema 1013/STJ (REsp nº 1786590, Primeira Seção, unânime, rel. Min. Herman Benjamin, j. 24-06-2020). (TRF-4 - AC: 50250397120194049999 5025039-71.2019.4.04.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 19/04/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ATIVIDADE LABORAL APÓS A DENEGAÇÃO PELO INSS. POSSIBILIDADE. TEMA 1013/STJ. 1. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma sua convicção, via de regra,

por meio da prova pericial. 2. Considerando as conclusões do perito judicial de que a parte autora está total e temporariamente incapacitada, é indevida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, tendo em vista a possibilidade de tratamento e reabilitação. 3. No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente (Tema 1013/STJ). (TRF-4 - AC: 50018506420194049999 500185064.2019.4.04.9999, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 30/08/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ATIVIDADE LABORAL APÓS A DENEGAÇÃO PELO INSS. POSSIBILIDADE. TEMA 1013/STJ. 1. Quatro são os requisitos para a concessão do benefício em tela: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de qualquer atividade que garanta a subsistência; e (d) caráter temporário da incapacidade. 2. No que respeita ao pedido do INSS de desconto dos períodos em que exerceu atividade laboral e houve concessão do benefício por incapacidade, pacificou-se a jurisprudência quanto à possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício, nos termos da Súmula 72 da TNU e do julgamento do mérito do Tema 1013/STJ (REsp nº 1786590, Primeira Seção, unânime, rel.

Min. Herman Benjamin, j. 24-06-2020). (TRF-4 - AC: 50144698920204049999 5014469-89.2020.4.04.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 11/09/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. TEMA 1013/STJ. 1. Por meio do Tema 1013, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese no sentido da possibilidade de recebimento de benefício previdenciário por incapacidade concedido judicialmente em período concomitante ao exercício de atividade laborativa enquanto aguardado o deferimento do benefício pleiteado. (TRF-4 - AC: 50021849820194049999 5002184-98.2019.4.04.9999, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 12/08/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR)

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. TERMO INICIAL. ATIVIDADE LABORAL APÓS A DENEGAÇÃO PELO INSS. POSSIBILIDADE. TEMA 1013/STJ. 1. Hipótese em que restou comprovada a incapacidade laborativa da parte autora desde a cessação do benefício anterior, fazendo jus à concessão do benefício desde então, descontados os valores já recebidos a tal título na esfera administrativa. 2. No que respeita ao pedido do INSS de desconto dos períodos em que a parte autora exerceu atividade laboral e houve concessão do benefício por incapacidade, pacificou-se a jurisprudência quanto à possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício, nos termos da Súmula 72 da TNU e do julgamento do mérito do Tema 1013/STJ (REsp nº 1786590, Primeira Seção, unânime, rel. Min. Herman Benjamin, j. 24-06-

2020). (TRF-4 - AC: 50092769320204049999 5009276-93.2020.4.04.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 17/03/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TEMA 1013/STJ. 1. De acordo com a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 1013), no período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RGPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente. 2. Embargos parcialmente acolhidos para agregar fundamentos ao julgado sem modificação do resultado. (TRF-4 - APL: 50261274720194049999 5026127-47.2019.4.04.9999, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 11/09/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE. PROCESSUAL CIVIL. ESPÉCIE NÃO SUJEITA A REEXAME NECESSÁRIO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. TEMA 1013 DO STJ. DESNECESSIDADE. PERÍODO CONCOMITANTE. TEMA 1013 DO STJ. DESCONTO INDEVIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TEMAS 810 DO STF E 905 DO STJ. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. JUROSDEMORA. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. Espécie não sujeita a reexame necessário, diante da regra do art. 496, § 3º, NCPC e do fato de que o proveito econômico da causa não supera 1.000 salários-mínimos, considerado o teto da previdência e o número máximo de parcelas auferidas na via judicial. 2. Tendo em conta que o Tema 1013 do STJ já se encontra julgado, com acórdão publicado em 01/07/2020, mostra-se descabida a suspensão do processo. 3. A concomitância entre

os recolhimentos previdenciários e o benefício por incapacidade, concedido judicialmente, não impede o recebimento conjunto das respectivas rendas (Tema 1013 do STJ). 4. A correção monetária das parcelas vencidas dos benefícios previdenciários será calculada conforme a variação do IGP-DI de 05/96 a 03/2006, e do INPC, a partir de 04/2006 (Temas 810 do STF e 905 do STJ). 5. Os juros de mora devem incidir a contar da citação (Súmula 204 do STJ), na taxa de 1% (um por cento) ao mês, até 29 de junho de 2009. A partir de 30 de junho de 2009, os juros moratórios serão computados, uma única vez (sem capitalização), segundo percentual aplicável à caderneta de poupança. 6. Segundo entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, a majoração dos honorários advocatícios na sistemática prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015, somente é possível em sede recursal se eles foram arbitrados na origem e nas hipóteses de não conhecimento ou improvemento do recurso. 7. Ficam prequestionados para fins de acesso às instâncias recursais superiores, os dispositivos legais e constitucionais elencados pela parte cuja incidência restou superada pelas próprias razões de decidir. (TRF-4 - APL: 50087831920204049999 5008783-19.2020.4.04.9999, Relator: ALTAIR ANTONIO GREGÓRIO, Data de Julgamento: 24/11/2020, QUINTA TURMA).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. REMUNERAÇÃO. SALÁRIO. TEMA 1013 DO STJ. 1. Tratando-se de controvérsia restrita ao recebimento de parcelas atrasadas, a possibilidade ou não de desconto de valores de benefício previdenciário no período em que o segurado exerceu atividade remunerada e recebeu salário, matéria objeto do Tema 1013 do STJ, fica diferida para a fase de cumprimento de sentença. (TRF-4 - AC: 50475021720184047000 PR 5047502-17.2018.4.04.7000, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO

ROCHA, Data de Julgamento: 03/03/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR).
PROCESSUAL CIVIL – RETRATAÇÃO DO JULGADO – TEMA 1013 DO STJ. Agravo de instrumento interposto pelo autor que não foi provido. Mantida decisão que determinou o não pagamento do auxílio-doença nos períodos em que o autor exerceu atividade laborativa remunerada. Obreiro que interpôs recurso especial. Retratação do julgado. Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 1.013 dos recursos repetitivos. Valores recebidos de boa-fé pelo segurado, que se viu obrigado a laborar a despeito de sua incapacidade, pois teve seu pedido administrativo de benefício indevidamente indeferido pela autarquia. V. Acórdão alterado em sede de juízo de retratação. (TJ-SP - AI: 22026025320178260000 SP 2202602-53.2017.8.26.0000, Relator: Nuncio Theophilo Neto, Data de Julgamento: 19/04/2021, 17ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/04/2021)

Note-se que em todas as decisões acima colacionadas, o benefício foi negado pelo INSS, e o segurado precisou continuar trabalhando para garantir seu sustento. A autarquia negou o benefício por constatar atividade remunerada, em flagrante desrespeito ao comando judicial do Tema 1013. O Conselho Nacional de Justiça realizou uma pesquisa sobre a judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais no ano de 2020. Através de amplo material de análise, realizou 45 entrevistas, e, para cada entrevista foi feito um relatório na percepção dos servidores do INSS, juízes, procuradores, defensores e advogados.

O referido estudo constata que a base de dados sobre os benefícios indeferidos pelo INSS é menos detalhada do que a dos benefícios deferidos, apresentando menos variáveis e, por esta razão, menores possibilidades de cruzamento.

O que diferencia a perícia realizada na esfera judicial e a realizada no âmbito do INSS é a organização jurídica e profissional. Conforme o disposto no artigo 156 do Código de Processo Civil, “o juiz será assistido

por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”, sendo o perito um profissional legalmente habilitado designado a partir de cadastro condicionado pelo respectivo tribunal (BRASIL, 2015).

Ainda, os dados da base de gestão processual da justiça do CNJ, apresentaram conclusões sobre a pesquisa referente às divergências do entendimento do INSS e da jurisprudência:

[...] Ademais, o INSS possuiria uma interpretação restritiva e pouco flexível da lei — o problema da divergência entre a interpretação da autarquia e a do Judiciário. Um exemplo dessa divergência ocorre na análise da incapacidade: enquanto a perícia do INSS foca na incapacidade para o trabalho do ponto de vista médico, o Judiciário expande esse conceito para abarcar também o contexto social no qual o segurado se insere (Entrevistados 2 e 5). Em alguns temas, há diferença significativa entre o posicionamento do INSS e o do Judiciário — decisões consolidadas na Turma Nacional de Uniformização – TNU, no STF e no STJ (Entrevistado 2). (CNJ, 2020)

A centralidade dos relatos sobre as aposentadorias por incapacidade e auxílios por incapacidade ocorre porque a principal causa da judicialização mencionada pelos participantes da entrevista é a divergência sobre fatos do laudo pericial, ou seja, se o sujeito é ou não incapaz e se faria *jus* à concessão dos benefícios. A judicialização dos processos de benefícios por incapacidade se dá em razão da diferença de atuação entre os servidores do INSS, que se fundamenta na normativa da autarquia previdenciária, e os juízes, que se baseiam também nos entendimentos jurisprudenciais. Neste sentido, verifica-se a extrema necessidade da incorporação das decisões judiciais no rito de precedentes nas análises administrativas da autarquia previdenciária.

Segundo o relato das entrevistas, é possível apontar a existência de complexo leque de precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais já poderiam ter sido implementados pelo INSS. Quando questionados sobre o processo de interiorização da jurisprudência, servidores do INSS explicam que:

[...] Havendo um entendimento consolidado após decisão do STF, encaminha-se o caso para o órgão da Procuradoria em Brasília para análise. No caso de mudança, emite-se uma diretriz em âmbito nacional para todos os órgãos descentralizados da Procuradoria. Qualquer mudança de entendimento passa sempre pelo órgão central (Entrevistado 19). Espera-se a consolidação pela Corte porque a jurisprudência não necessariamente se consolida até o STF se posicionar (Entrevistado 12). Súmulas Vinculantes e ACPs também são apontados como instrumentos processuais capazes de vincular a atuação da autarquia (Entrevistado 22). (CNJ, 2020).

Conforme se verifica nas dez decisões judiciais anteriormente transcritas, todas tratando do Tema 1013 do STJ, o processo de interiorização de jurisprudência é extremamente lento, o que frustra os princípios da razoabilidade e da eficiência da Administração Pública, bem como o direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação, atenta, ainda, contra a concretização de direitos relativos à Seguridade Social.

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, afirma-se a relevância dos benefícios previdenciários, e, em especial, a concessão de cada um deles a quem de direito. Os dispositivos legais previstos na Lei nº 8.213/91 e na IN nº 128/2022, são de suma importância para o bom funcionamento da Previdência Social, entretanto, a flexibilização destes para

a aplicabilidade no caso em concreto é essencial para o bom funcionamento do Direito Previdenciário, uma vez que deve se tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Afirma-se que para a concessão de quaisquer benefícios, é necessário que se cumpra os requisitos legais, entretanto, face aos diversos provimentos negados nas decisões proferidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, é possível observar que os indeferimentos se baseiam tão somente no fato de o segurado permanecer exercendo atividade laboral durante o processo administrativo.

As decisões devem ser proferidas com observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, o Tema 1013 do STJ, conforme evidenciado, consolida o direito à concessão do benefício de aposentadoria por incapacidade, temporária ou permanente, aos segurados que permaneceram exercendo suas atividades laborais, enquanto aguardavam a análise do requerimento. A despeito disso, constatou-se que o principal motivo de indeferimento, à época em que fora pacificado o Tema 1013, continua a ser a emissão de pareceres contrários às perícias médicas, em função de o segurado permanecer laborando enquanto aguarda a análise do requerimento.

Neste sentido, entende-se que servidores do INSS, cuja remuneração é influenciada pelo número de perícias realizadas, acabam não analisando os casos com a minuciosidade que cada requerente necessita. A “necessidade” de finalizar as demandas explica o alto índice de indeferimentos e judicializações dos requerimentos de benefícios por incapacidade.

Afirma-se, outrossim, que o segurado que apresenta requerimento de concessão de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, e continua trabalhando em atividade remunerada, não permanece em atividade laboral por vontade própria, mas somente devido a necessidade de se custear os seus gastos. O filiado incapacitado, precisa fazer o uso de medicamentos e realizar consultas frequentes, em razão das enfermidades que o acometem. Todo o cuidado com a saúde custa valor monetário quando não possuem plano de saúde,

e, quando este serviço de assistência médica é disponibilizado pela empresa, o requerente fica amarrado à necessidade de permanecer trabalhando.

A resistência à aplicação dos entendimentos jurisprudenciais pode ser explicada, em parte, por uma grande preocupação da autarquia previdenciária para com o patrimônio público, visando a eficiência econômica. Ocorre que, ao indeferir processos nos quais os segurados têm presunção de direito, amplia-se a judicialização dos requerimentos, os quais, em sua maioria, serão deferidos. No momento da implantação, será devido o pagamento do benefício desde a data do seu requerimento, ou da comprovação da incapacidade, e este será realizado de forma atualizada, com juros e correção monetária.

À guisa de conclusão, afirma-se que postergar a concessão dos benefícios por incapacidade, viola frontalmente a prefalada eficiência econômica, uma vez que as aposentadorias e auxílios serão pagos com valores mais altos em virtude da correção e atualização monetária. Por todo o exposto, afirma-se a relevância da aplicação do Tema 1013 do STJ aos procedimentos administrativos previdenciários, como medida de garantia do direito fundamental à previdência social e em obediência aos princípios constitucionais específicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). **Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região (on line), Caderno**, v. 14, p. 2-11, 2013.

BEBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BOLLMANN, Vilian. Princípios constitucionais da previdência social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Vilian%20Bollmann.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil. *In: Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil*, 2006.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal

de 1988. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, [2015]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 2202602-53.2017.8.260000 SP**. Relator: Des. Márcio Nuncio Theophilo Neto, 19 abr. 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1195539244/agravo-de-instrumento-ai-22026025320178260000-sp-2202602-5320178260000/inteiro-teor-1195539293>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5011432-20.2021.4.04.9999**. Relator: Des. João Batista Pinto Silveira, 8 set. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278698968/apelacao-civel-ac-50114322020214049999-5011432-2020214049999/inteiro-teor-1278699024>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5008783-19.2020.4.04.9999**. Relator: Des. Altair Antônio Gregório, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132273908/apelacao-remessa-necessaria>

-apl-50087831920204049999-5008783-1920204049999. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5047502-17.2018.4.04.7000 PR.** Relator: Des. Márcio Antônio Rocha, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/819531795/apelacao-civel-ac-50475021720184047000-pr-5047502-1720184047000>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5001850-64.2019.4.04.9999.** Relator: Des. Celso Kipper, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1274744699/apelacao-civel-ac-50018506420194049999-5001850-6420194049999>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5014469-89.2020.4.04.9999.** Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz, 11 set. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928270256/apelacao-civel-ac-50144698920204049999-5014469-8920204049999>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5002184-98.2019.4.04.9999.** Relator: Des. Márcio Antônio Rocha, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/908589275/apelacao-civel-ac-50021849820194049999-5002184-9820194049999>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5009276-93.2020.4.04.9999.** Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182616287/>

apelacao-civel-ac-50092769320204049999-5009276-9320204049999.
Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5026127-47.2019.4.04.9999**. Relator: Des. Celso Kipper, 11 set. 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113948285/apelacao-civel-ac-50034456420204049999-5003445-6420204049999>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr. 1980.

CLAUDINI, Andréa. A lei orgânica da previdência social – LOPS. **Vlex**, 2021. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/lei-organica-da-previdencia-592412530>. Acesso em: 15 set. 2021.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** São Paulo: Cortez, 2004.

DIREITOS DO TRABALHADOR acidentado ou que adquire doença laboral. **Normalegais**, 2016. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/trab/Trabalhador-direitos-acidente-doenca.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: 16. ed. Forense; São Paulo: Método, 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 22.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

INSPER. A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais. **CNH**, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>

wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf.
Acesso em: 01 nov. 2021.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis *et al.* **Prática Processual Previdenciária: administrativa e judicial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAIA, Márcio Barbosa. **Os Benefícios por incapacidade e das pessoas com deficiência em juízo e os direitos humanos em ação**. 2. ed. São Paulo: Fontenele Publicações, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 22. ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Jaime A.; TEIXEIRA, Sônia M. Fleury. previdência social: 60 anos de história da previdência no Brasil. *In: (Im) Previdência social: 60 anos de história da previdência no Brasil*. 1989. p. 360-360, 1989.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito fundamental à previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Suelen Alves; BOCCHI, Silvia Cristina Mangini; JULIANI, Carmen Maria Casquel Monti. O princípio da integralidade no Sistema Único de Saúde (SUS). Utopia?. **INTERthesis: Revista Internacional Interdisciplinar**, v. 8, n. 1, p. 120-132, 2011.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis da previdência social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Fábio Dias da; SÁ, Fernando Freitas Lopes. A importância jurídica do direito fundamental aos Benefícios previdenciários auxílio-doença, auxílio-doença acidentário e auxílio acidente. **Etic-Encontro de Iniciação Científica**, v. 11, n. 11, 2015. Disponível em: <http://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4979/4878>. Acesso em: 05 out. 2021.

SOUZA, Ana Patrícia dos Anjos. Os direitos sociais na era Vargas: a Previdência Social no processo histórico de constituição dos Direitos Sociais no Brasil. **Jornada internacional de políticas públicas**, v. 2, 2005. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos2/Ana_Patr%C3%ADcia118.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

WESTIN, Ricardo. Primeira lei da Previdência, de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos. **Senado Federal**, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DO REALISMO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Romulo Pinheiro Bezerra da Silva¹³³

1.1 DA CONCEPÇÃO DO REALISMO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Já no século XVII o matemático e filósofo Thomas Hobbes (1588-1679) em sua obra o *Leviatã* (1651), se debruçou sobre a análise do estado de espírito humano e apontou uma visão pessimista em que o homem em um estado de natureza, como um ser egoísta, luta pelos seus desejos de forma a exercê-los em detrimento do interesse alheio. Tal fato lhes teria levado a um estado de guerra de todos contra todos, mundo este que somente traria insegurança às pessoas, já que o bem mais precioso do ser humano, a vida, poderia lhe ser vilipendiada por outrem mais forte, se assim o desejasse. Sua célebre frase de que ‘o homem é o lobo do homem’ encerra muito bem esse pensamento.

Por tais razões, os homens teriam estabelecido um pacto de viver em sociedade – um contrato social - e transferido sua liberdade e autonomia às mãos de um único homem, sendo este o soberano com direitos de vida e morte sobre os seus súditos, mas que em contrapartida ofereceria o fim do estado de guerra de todos contra todos oferecendo a segurança perdida no estado de natureza.

A partir da mesma base, ou seja, do contrato social, outros filósofos, sucedâneos a Hobbes, também expuseram seus ideais de formação da sociedade humana. Para o inglês John Locke (1632-1704), reconhecido como o ideólogo do liberalismo, os homens também viviam em estado de natureza, assim como pensava Hobbes, porém não viviam em estado de guerra total tal qual aquele mencionava, vivendo estes homens em relativa harmonia e possuindo direitos naturais como a vida e a propriedade privada por exemplo.

133 Advogado e Mestre em Direitos Humanos e Ciência Política

No entanto, mesmo assim os conflitos se tornaram inevitáveis sejam de ordem interna ou externa e os homens então resolveram se unir em torno de um contrato social o qual reconhecia a existência de um soberano, mas não aquele idealizado por Hobbes, mas sim apenas um representante da vontade dos súditos que inclusive poderia ser substituído caso não estivesse atendendo aos anseios daqueles.

No mesmo sentido, ou seja, nas teorias contratualistas, surge o filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e ainda que defensor das origens humanas a partir do estado de natureza, entende que este homem é o inverso daquele idealizado por Hobbes, sendo bom por natureza, o ‘bom selvagem’, aquele que dependendo apenas de seu instinto não houvera sido contaminado pelos males do mundo. Para Rousseau, esta corrupção ocorre a partir do momento em que os homens resolvem se unir em uma sociedade, pois o ‘homem nasce bom, mas a sociedade o corrompe’.

Sua obra de maior vulto, o *Contrato Social* (1762), prevê a união dos homens em torno de um pacto entre estes, no qual se defenda a sua liberdade com base em uma ideia de consenso ou vontade geral. O soberano existe mas apenas como um representante que deve agir nos termos da vontade do povo, representando tal assertiva como um limitador ao seu poder sobre os seus súditos.

Ainda que as teorias contratualistas não sejam necessariamente majoritárias no pensamento epistemológico da formação das sociedades, e neste ínterim foram tomadas apenas a título de exemplo, todas representam o homem como um ser belicoso e que cedo ou tarde tende a entrar em conflito com seu semelhante por variados motivos.

As duas maiores guerras que a humanidade já presenciou contabilizaram em números aproximados cerca de cinquenta e cinco milhões de pessoas, sendo quinze milhões na Primeira Guerra Mundial e quarenta milhões na Segunda Guerra, e tal número considerando-se apenas as estimativas mais modestas, porém existem estimativas de até cento e trinta e sete milhões de pessoas mortas somando-se as duas guerras.

Como demonstrado, diversos filósofos buscaram entender tais relações entre as nações. Por tal razão, se faz necessário então se debruçar sobre uma análise mais perfunctória dessas correntes de pensamento para a melhor compreensão do contexto político-social gerador dos conflitos globais anteriormente mencionados.

1.1.1 – DO REALISMO CLÁSSICO:

No sentido de efetivamente buscar a apresentação de um embasamento teórico acerca dos pressupostos do Realismo nas relações internacionais para que tal fundamento sirva de base para o desenvolvimento da noção de como se dava a percepção britânica sobre as relações germano-polacas e como tais relações poderiam afetar os interesses anglo-saxões no continente europeu e no restante do mundo.

Uma das linhas de pensamento que norteiam as relações internacionais entre os países é a premissa de que tais relações são, em síntese, conflituosas desde sempre, baseando-se em um jogo de poder e domínio de uma nação sobre a outra. A concepção de realismo, segundo Jackson e Sorensen,¹³⁴ remonta quatro premissas elementares sendo que algumas destas remontam até mesmo ao velho estado de natureza de Thomas Hobbes.

Inicialmente parte-se do pressuposto que os homens possuem uma natureza conflitiosa e desejam apenas se sobrepor uns aos outros em uma competição feroz de dominação e desejo pelo poder. Se considerarmos que os Estados Nacionais não agem senão pela vontade de seus agentes, logo poderemos compreender a razão de como tais comportamentos são exportados da esfera privada de atuação para as relações macroeconômico-sociais entre os países e sirvam como elementos catalisadores de conflitos.

134 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.102.

Outra premissa básica do realismo nas relações internacionais é a de que, em última escala, os conflitos entre as nações somente podem ser resolvidos a partir de um estado de beligerância militar. A rivalidade sempre acentuada e a necessidade de se alcançar seus objetivos de sobrevivência fazem com que os estados utilizem a política em um primeiro momento, mas que em sendo ineficazes tais técnicas, a saída final seria a guerra.¹³⁵

Nesse mesmo sentido, a apreciação pelos valores de segurança nacional e de sobrevivência estatal também se constituem como elementares das ideias ditas realistas. Percebe-se revendo a história da humanidade que, em nome desta última premissa, vários Estados Nacionais lançaram-se em guerras fratricidas entre si resultando tais atitudes sempre em destruição e miséria não raramente para ambos os Estados beligerantes.¹³⁶

Como última premissa do realismo, constata-se uma incredulidade quanto aos avanços da vida política interna dos estados refletindo-se na ordem internacional. Inclusive mencionar a palavra *ordem* pode até se tornar inadequada neste contexto, no qual os grandes atores da política mundial, tais como indivíduos, organizações internacionais, ONG'S estão relegados a segundo plano, inexistindo um governo central ou uma *ordem* mundial, reinando verdadeiro Estado de anarquia política.¹³⁷

O realismo considera o Estado como elemento agregador elementar nas relações humanas. Sem este os homens retornariam à época da barbárie, na qual não seria possível a garantia das condições de segurança de sua população. Logo, o Estado é o protetor e garantidor das condições e do estilo de vida de seus habitantes, sendo que tais condições não se refletem nas relações internacionais, nas quais predomina o caos e estado de beligerância contínuos em uma luta permanente pelos interesses exclusivos de cada nação.

135 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p. 102

136 Ibid., op. cit., p. 102.

137 Ibid., op. cit., p. 102-103.

Ponto interessante que também merece destaque é a classificação da teoria realista nas relações internacionais, já que a evolução do pensamento realista não se deu de maneira uniforme em um dado período histórico. Jackson e Sorensen informam que a teoria realista pode ser compreendida sob um período clássico em que a corrente de pensamento das relações internacionais eram entendidas sob um aspecto de valores de segurança nacional e soberania estatal.¹³⁸

Esta corrente de pensamento fora atribuída inicialmente ao grego Tucídides que analisava as relações sempre conflituosas entre as antigas cidades gregas nas quais as relações entre estas eram necessariamente desiguais. Isso ocorria naturalmente em razão das características específicas de cada cidade, mas principalmente pela sua capacidade de dominar as outras cidades e se defender com efetividade.

Tucídides formula a máxima de que todos os Estados deveriam se aplicar em atender a tais princípios como garantia de sobrevivência, sob pena de serem reduzidos a destruição pela força de outros Estados mais fortes. Sob a ótica de Tucídides, o estadista deve ter prudência e exercer um juízo de reflexão sobre as consequências de suas escolhas, e para tanto, necessário seria a limitação do campo de manobra na seara da política externa.¹³⁹

Considerando que os países atores do jogo da política internacional são desiguais por natureza, seja em razão de sua extensão territorial, seja por serem considerados potências regionais ou não, é certo que na visão clássica do realismo clássico, a justiça está relacionada diretamente ao conhecimento próprio do conhecimento que cada Estado Nacional tem de seu lugar neste jogo e sua correspondente adaptação a esta relação desigual, na qual prevalecem os interesses e a conveniência do Estado mais adaptado a essas realidades de políticas de poder.¹⁴⁰

138 Ibid., op. cit., p. 105.

139 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p. 106.

140 Ibid., op. cit., p. 106.

Outro baluarte teórico das teorias realistas nas relações internacionais pode ser encontrado nos textos de Nicolau Maquiavel, o qual expressou um pragmático pensamento acerca de como deve o estadista governar para satisfazer os interesses do próprio Estado. O contexto social em que vivia Maquiavel era de desintegração política na península itálica, e sob a ótica realista, quanto maior fosse a capacidade de resistir às pressões de Estados mais fortes maior seria a chance de prosperidade de tal nação.

A lógica do Estado para Maquiavel, e aí reside a identificação com a teoria realista, se baseia em princípios de liberdade e independência nacional que devem ser defendidos de maneira ostensiva, ainda que de forma transversa. Assim, é legítimo ao governante, no afã de proteger os interesses estatais, agir de maneira ardilosa, astuciosa e até mesmo violenta, pela busca incessante de garantir a sua autopreservação.¹⁴¹

Partindo-se de tal premissa, a responsabilidade dos governantes seria estabelecida a partir da busca de vantagens e defesa dos interesses, sendo que nesta ocasião o governante deveria ser astuto e até mesmo violento na preservação do seu objetivo. A falta de tais atributos pragmáticos levaria ao caminho certo da anexação ou até mesmo a desintegração da nação em desfavor de estados mais fortes.

Ainda que o ideário maquiavélico acima citado faça uma referência ao longínquo século XVI, tais ecos continuariam ressoando quatro séculos depois. Analisando o contexto das peculiaridades das sociedades internacionais modernas, Martin Wight deliberava que estas comunidades viviam em um estado de anarquia sem qualquer caractere de hierarquia e tampouco comando único, e sendo assim, cada nação seria responsável pela sua própria sobrevivência.¹⁴²

A teoria da sobrevivência de Wight reflete perfeitamente as linhas de pensamento clássico realista nas relações internacionais. A sobrevivência de alguns estados estaria sempre ameaçada pois o

141 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.108.

142 WIGHT, Martin. *A política do poder*. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p.99.

sistema internacional corresponderia a uma arena na qual os atores internacionais estão única e exclusivamente atentos a proteção de seus interesses próprios e em sendo necessário, até mesmo iniciar conflitos armados para assegurar o estreito cumprimento de seus objetivos de sobrevivência.¹⁴³

Seguindo-se a mesma linha de compreensão encontramos o primeiro dos autores clássicos entre os chamados contratualistas a analisar a formação de um Estado soberano partindo de uma concepção de que em um dado momento histórico os homens viviam em um estado selvagem e com riscos constantes à sua sobrevivência.

As relações sociais teorizadas pelo filósofo inglês Thomas Hobbes antes da formação do Estado estavam longe de serem pacíficas, muito pelo contrário. Em sua tese Hobbes identificava uma sociedade sem organização em que os homens viviam em guerra constante uns contra os outros em um chamado estado de natureza, e para que tal risco fosse afastado imediatamente não haveria alternativa senão a formação de um organismo de colaboração conjunta que pudesse resguardar a segurança de todos.

Idealmente, este Estado deveria ser conduzido por um soberano com poder de vida e morte sobre os seus cidadãos, já que fora anteriormente estabelecido por parte destes últimos um pacto de segurança capaz de garantir a sobrevivência de todos ante os perigos do estado de natureza, e um soberano fraco não seria capaz de sustentar tal pacto ante as ameaças constantes à segurança de sua população.

Em resumo, o que Hobbes sustenta é o alcance da paz e do bem-estar da nação como condição de felicidade desta. No entanto, sustentam Jackson e Sorensen que tal assertiva cria um paradoxo gerador de uma problemática política considerável. Se por um lado as relações sociais se estabilizam dentro de cada Estado soberano, o mesmo não se pode dizer nas relações internacionais, pois nestas cada Estado irá buscar aquilo que melhor garantir a segurança de seus

143JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.14-15.

concidadãos e inevitavelmente estariam tais sociedades de volta ao velho estado de natureza na seara internacional.¹⁴⁴

Ressalte-se que tal situação de estado de natureza internacional gera constante condição de guerra em potencial entre as nações, ainda que se depreenda que tais estados possam estabelecer alianças entre si. A questão paradoxal é que a história é permeada de situações nas quais essas mesmas alianças internacionais foram os estopins de variados e gravíssimos conflitos internacionais.

1.1.2 – DO REALISMO NEOCLÁSSICO:

Exposta a visão clássica acerca das teorias realistas clássicas, necessário se faz ilustrar o pensamento do professor Edward Hallett Carr como precursor do ideário dito realista de percepção das relações internacionais entre os países, mais especificamente do período entre guerras.

O marco teórico do citado momento se estabelece a partir de sua obra *Vinte Anos de Crise (1919-1939)*, na qual se desenvolvem as principais teorias sobre o realismo neoclássico. Para uma melhor compreensão da proposta realista necessário se faz uma compreensão do contexto histórico em que a obra fora desenvolvida e neste caso mais especificamente, da ordem liberal predominante do século XIX.

O declínio da ordem política e econômica liberal definitivamente ruiu no período entreguerras, ordem esta sustentada pela liderança de Londres e pela confiança irrestrita no liberalismo econômico, sendo que tal crença houvera sido fomentada graças a uma grande expansão da produção econômica cumulada com grande prosperidade graças a expansão contínua dos mercados.¹⁴⁵

Edward Carr oferece um contraponto ao que ele denomina Utopia criando uma antítese entre esta e a realidade. No entanto,

144 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.110.

145 CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Ed. Universidade de Brasília, 1981, p.26.

aqui há uma diferença elementar entre o realismo expressado pelas sociedades antigas e pelos estados dos séculos XVI e XVII. Referida diferença reside no sentido de que o pensamento utópico e o mesmo o pensamento realista desses períodos resumiam-se em uma base progressista o que contrasta com o pensamento neorrealista expressado pelos pensadores contemporâneos. Em momento de grande progresso socioeconômico expressado nos séculos XVIII e XIX, tais correntes se sustentavam em uma vertente que acreditava seja na utopia de um padrão ético absoluto ou em um progresso que se tornava essência de um processo histórico.¹⁴⁶

Por outro lado, a base do pensamento neorrealista inaugurado por Edward Carr, se estabelecia em uma premissa de revelação de aspectos determinísticos do processo histórico fortemente lastreada por um pragmatismo e por uma relativização do pensamento.¹⁴⁷

O contexto histórico das relações internacionais no período pós-primeira guerra mundial mostra um anseio forte de reconstrução de uma sociedade mundial baseada em uma harmonia de interesses naturais entre as nações e esse pensamento entendido por Carr como idealista pode ser muito bem explicitado pelas teses Wilsonianas em seus 14 pontos na Conferência de Paris de 1919. A grande problemática dos ideais utópicos se insere neste ponto, já que ao pregar valores universais as sociedades iriam contra seus próprios interesses nacionais, o que para Carr se mostrava como um contrassenso.

Carr refuta as ideias universais defendidas por estados como elemento de progresso para a humanidade, quando na verdade se mostram apenas como instrumentos de consolidação de políticas que atendam seus próprios interesses nacionais. Britânicos e americanos se utilizaram de tais artifícios em momentos históricos como pano de fundo de suas políticas externas, seja durante a defesa do livre comércio no século XIX quanto à criação da Liga das Nações na alvorada do século XX por britânicos e americanos respectivamente.

146 Ibid., op. cit., p.87.

147 Ibid., op. cit., p.90.

Sob esse ponto de vista, estabelece-se uma premissa que está intimamente ligada aos preceitos deste estudo científico. Carr expõe que as políticas de teor marcadamente pragmáticas impõem um sentido de benefício coletivo quando na verdade a vantagem é singular, e tais políticas são impostas por estados que possuem uma força temporal estabelecida sobre os demais. Quando não há predominância de uma potência, então um grupo de nações se reveste de slogans como “segurança coletiva” e “resistência à agressão” na tentativa de proclamar uma identidade de interesses em uma suposta manutenção da paz.¹⁴⁸

O pragmatismo revestido de universalidade de interesses comuns é característica marcante de tal conjunto de pensamento. Carr ainda prossegue exemplificando as teses de Churchill de que o sucesso do mundo dependeria da manutenção do Império Britânico como consolidador da paz, e neste diapasão, qualquer ataque contra esse império se consubstanciaria em uma atitude eivada de equívocos e, portanto, imoral.¹⁴⁹

O presente estudo busca uma análise da visão deste mesmo governo britânico acerca do contexto geopolítico do período entreguerras e, com este fim busca identificar eventual traço destas ideias ditas neorrealistas nas relações com os países envolvidos no conflito de 1939-1945.

Outro autor que trouxe considerável contribuição para a consolidação do estudo das relações internacionais foi o ilustre professor Hans Morgenthau, se estabelecendo como um dos mentores da teoria realista neoclássica ao determinar um contraponto ao que o próprio autor denomina de Escola Idealista ou Liberal a qual enxerga as relações internacionais sob a ótica de mundo lastreada em um axioma derivado de certa ordem política, cultural e moral que podem ser encarados como preceitos universais.

148 CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Ed. Universidade de Brasília, 1981, p.108.

149 Ibid., op. cit., p.108.

Ainda nesta hipótese, e para restringir a apenas um exemplo, pode-se inferir que dentre a exposição de motivos da Declaração Universal de Direitos Humanos encontra-se texto eminentemente de posicionamento idealista das relações internacionais, como a seção que dispõe que os Estados membros signatários se comprometem a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.¹⁵⁰

Registre-se que, sob tal ponto de vista, até mesmo a noção de um organismo internacional que objetiva dirimir conflitos com base em um diálogo com valores universais se nota nitidamente de escola idealista no entendimento de Morgenthau, para o qual os princípios morais e/ou universais não têm possibilidade de serem atendidos em sua integralidade ante os diversos conflitos que surgiriam em razão de contrariedade de preservação dos autointeresses dos atores do jogo da política e do poder internacionais.

Judeu, nascido na Alemanha do início do século XX, Morgenthau em sua obra, *Política entre as Nações*, explicitou sua visão de mundo através da ideia de que a política nada mais é que uma luta pelo estabelecimento, manutenção e demonstração do poder entre os homens que a têm como principal finalidade, já que os seres humanos em sua essência unicamente desejam tirar vantagem uns sobre os outros, reverberando assim nos conflitos entre as nações¹⁵¹.

Ainda de acordo com a linha de pensamento realista neoclássica expressada por Morgenthau, a política internacional, incluindo aí suas consequentes relações beligerantes, nada mais é do que um reflexo da personalidade daqueles que a dirigem, estando constantemente em um estado de barbárie em que a o objetivo central é a sobrevivência e a defesa de seus interesses nacionais.

150 HUMANOS, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Acesso em 05 de outubro de 2017, v. 13, 2015.

151 Morgenthau, Hans J. *A Política entre Nações*. Ed: Universidade de Brasília. 2003. p.4.

A partir deste ponto de vista, o autor estabelece como eixo de sua teoria seis princípios básicos referentes à política internacional, sendo que o primeiro deles se refere a existência de leis objetivas que são o resultado da natureza humana que as elaboram, e, portanto, estão sujeitas aos interesses do homem. Partindo-se do pressuposto pessimista de que a natureza humana é egoísta e unicamente deseja a sua própria sobrevivência, então estas leis são perenes na preservação de seu autointeresses.¹⁵²

O segundo pressuposto do pensamento realista neoclássico parte do princípio de que o interesse das nações sempre está relacionado com a temática do estabelecimento do poder. Morgenthau inclusive entende ser impossível uma nação ser governada tendo por base apenas preceitos morais, mas sim por interesses racionais de ganhos políticos nacionais ou internacionais, sem o qual não haveria uma ordem sistêmica para a esfera política.¹⁵³

Em verdade, o que se prevê neste sentido é que deve haver uma desvinculação entre a vontade do governante e seus interesses pessoais da vontade da nação, a qual deverá sempre predominar no jogo dos interesses nacionais e internacionais. Este pensamento acaba por refletir as ideias clássicas acerca de como deveria ser o comportamento do governante no afã de salvaguardar os interesses do Estado, tendo como maior exponencial o posicionamento de Maquiavel, para o qual o Estado forte visa resguardar os seus próprios interesses e o príncipe virtuoso civicamente é aquele que alcança esse intento.

Considerando o pressuposto do estabelecimento do poder como definidor das relações internacionais, o terceiro princípio exposto por Morgenthau tem direta relação com este último. Se todas as nações se relacionam em conformidade com o jogo de interesses particulares relevantes a cada uma, logo, pode-se confirmar que esta assertiva é universalmente válida. Ocorre que esses interesses variam de acordo com as circunstâncias políticas de cada país obedecendo a um

152 Morgenthau, Hans J. *A Política entre Nações*. Ed: Universidade de Brasília. 2003. p.4-5.

153 Ibid., op. cit., p.6-7.

determinado contexto histórico, não havendo um significado fixo e permanente para a configuração do poder entre as nações, já que este se altera ao sabor das conveniências do jogo político-cultural.¹⁵⁴

O quarto princípio de Morgenthau expositor da teoria realista consiste em uma avaliação entre as relações entre a ação política e a moral e a ética. Conforme já exposto anteriormente, se a sociedade humana vive em uma relação egoística e de autopreservação, os princípios morais universais não podem ser aplicados às ações dos Estados em sua formulação universal abstrata, mas sim devem sofrer o filtro das circunstâncias concretas de tempo e lugar, e sendo assim, a prudência – a avaliação das consequências decorrentes de ações políticas alternativas representa a virtude suprema na política.¹⁵⁵

Os Estados não devem suprimir, pelo menos aparentemente, a questão moral das ações políticas, muito embora aquelas possam se constituir em verdadeiro entrave à efetivação dos interesses políticos das nações, que conforme já identificado, nem sempre andam em consonância com os ideais éticos e morais como valores em sociedade. Então, a prudência se faz presente para que haja a consideração das consequências políticas da ação puramente moral, já que esta pode ser utilizada como elemento justificador da ação dos Estados, ainda que não haja certa correlação de identificação entre ambas, posto que a ética política sempre irá julgar uma ação tendo em vista as suas consequências políticas.¹⁵⁶

A quinta premissa trazida pelo professor Morgenthau diz respeito a identificação das aspirações morais de uma nação com as leis morais que governam o universo. Conforme já exposto em suas teses anteriores, a moral não deve servir de pressuposto para as ações políticas, mormente poderá ser usada como instrumento legitimador das ações dos Estados, e por tal razão não se torna viável conceber

154 Morgenthau, Hans J. *A Política entre Nações*. Ed: Universidade de Brasília. 2003, p.16.

155 Ibid., op. cit., p.20.

156 Ibid., op. cit., p.21.

alguma visão de mundo ou de sistema político como verdade absoluta ou universais.

Se há leis morais que governam o universo então não deve haver qualquer espécie de identificação de aspirações morais de cada nação com tais leis, a esse antecedente é que se predisõem as bases do realismo político, pois apenas cada nação sabe o que deve ser melhor para si e como os homens não são iguais, também aquelas não o serão, e por isso tem interesses diferenciados, fato que não corrobora para uma unificação idealista de valores em conjunto entre os Estados nas relações internacionais.¹⁵⁷

E finalmente a sexta e última premissa de Morgenthau que consolida a ideia de realismo político é a de que o jogo de poder a que os países do mundo estão submetidos tem suas regras e ditames próprios desvinculados de qualquer outra ciência do campo do conhecimento humano. O autor entende que o pensamento realista não ignora a existência de padrões de pensamento que não estejam atrelados à política, mas esta última tem seus próprios padrões que não podem jamais estar subordinados a elementos estranhos a esta.¹⁵⁸

1.1.3 – DO NEORREALISMO

Ainda sob a mesma vertente de pensamento, mas contrapondo-se em alguns aspectos, emerge o pensamento do professor Kenneth Waltz que pode ser classificado como neorrealista. A melhor exposição do pensamento do professor Waltz pode ser conferida em seu trabalho, *O Homem, o Estado e a Guerra* e a diferença elementar para os teóricos anteriores é que Waltz busca apresentar uma teoria científica das relações internacionais excluindo o elemento da natureza humana como fazia Morgenthau, além de ignorar a ética da política.¹⁵⁹

157 Morgenthau, Hans J. *A Política entre Nações*. Ed: Universidade de Brasília. 2003, p.21.

158 Ibid., op. cit., p.23.

159 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.123.

Para Waltz, a explicação científica das relações internacionais poderia ser sustentada com base nos modelos positivistas da economia. Em resumo, saem de cena as avaliações subjetivas das relações internacionais dando lugar a um sistema previsível e estruturado com distribuição do poder central.¹⁶⁰

As causas mais importantes da guerra são a natureza e o comportamento do homem, sendo que todas as demais causas são secundárias e devem ser interpretadas a partir de fatores como o egoísmo e da estupidez, e neste sentido uma forma de eliminar tais conflitos seria o devido reajustamento psicossocial.¹⁶¹

Ocorre que a mera busca pelo entendimento e explicação psicossocial dos comportamentos humanos como catalisadores dos elementos de violência ensejadores de conflitos internacionais não é capaz de evitá-los de maneira eficaz, já que seria necessária a depuração completa da alma humana para erradicação de litígios em pequenas ou em larga escala, ainda que tais modelos se destinem a promoção da eliminação das desavenças e proliferação da paz.

Sendo então as questões internas humanas insuficientes para a determinação das causas das guerras, logo os estados nacionais e suas estruturas internas devem responder por essa problemática, sendo que as reformas devem ser realizadas naqueles para a promoção da paz e não na alma humana necessariamente. Waltz ainda estabelece uma crítica ao sistema liberal em razão de sua análise inadequada para finalizar sua tese na definição de anarquia internacional.¹⁶²

No intuito de fundamentar sua obra, Waltz fornece um elemento central para as discussões do presente trabalho, pois define o conceito de soberania como a capacidade de um estado decidir sozinho como enfrentará seus problemas internos e externos, além de vincular tal

160 Ibid., op. cit., p.123

161 WALTZ, Kenneth N. *O Homem, o Estado e a Guerra: uma análise teórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.23.

162 RESENDE, Carlos Augusto Rollemberg de. *O Homem, o Estado e a Guerra: uma análise teórica*. Rev. bras. polít. int., Brasília, v.47, n.1, p.185-187, junho 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473292004000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 03/12/2017.

conceito a independência daqueles, sendo esta um direito que não obriga a obedecer a nenhum outro estado soberano nem tampouco a dominá-los.¹⁶³

Sob esse prisma, não deve haver desigualdade formal entre os estados já que estes são soberanos em relação uns aos outros. No entanto, isso não presume que não haja diferença material entre estes. Segundo Waltz, há uma descentralização na estrutura dos países nas relações internacionais exatamente por esta questão, ainda que mantenham muitas semelhanças como cobrar impostos e condução de políticas externas.¹⁶⁴

Ainda que se perceba tal anarquia institucional entre os estados, mormente alguns podem ter um peso desigual nas políticas de relações externas, a isso se denominam grandes potências. De se ressaltar que o contexto histórico em que Waltz formulou sua tese se passava no auge da guerra fria no final da década de 1950 e início da década de 1960 do século anterior, que teve seu pico de maior tensão no episódio da crise dos mísseis em Cuba no ano de 1962. Logo, na visão de Waltz uma guerra sempre poderia ser iminente, considerando-se tanto uma balança de poder multipolar ou bipolar.¹⁶⁵

Outro significativo conteúdo para o desenvolvimento da dissertação é a definição de interesse nacional estabelecida por Waltz, e aqui o autor se volta aos pensadores clássicos e neoclássicos resgatando definições bastante identificadas com o pragmatismo das decisões estatais. Cada estado deverá livre para definir o planejamento do curso que servirá melhor aos seus interesses.¹⁶⁶

Importante considerar que a relevância do autor para o trabalho se faz marcante pois a análise neorrealista exposta considera que o foco dos estados em estado de beligerância ou não é a segurança e a sua própria sobrevivência. Neste sentido, analisar esse referencial

163 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.127.

164 JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*. Zahar, 2007, p.124.

165 Ibid., op. cit., p.124.

166 Ibid., op. cit., p.127.

teórico se tornará essencial para a compreensão exata das intenções da política externa britânica através da análise dos documentos oficiais do seu Ministério das Relações Exteriores para que se promova uma revisão de sua visão sobre as relações polaco-germânicas do período entreguerras e de como eventual ideário neorrealista pode ter contribuído ou não para o desenlace do conflito de maneira mais ou menos imediata.

2. DO TRATADO DE VERSALHES

2.1 O CONTEXTO DA GRANDE GUERRA DE 1914-1918

Este capítulo tem como finalidade expor as condições políticas e as relações internacionais vivenciadas pelos países envolvidos nos dois maiores conflitos já presenciados pela humanidade, mais precisamente, o que se passou após o término da Primeira Guerra Mundial com a assinatura do armistício de 1918, acordo que pôs fim ao litígio e o Tratado de Versalhes, que regulamentou a paz e as formas de reparações de danos causados pelos países deflagradores da guerra.

Necessariamente, este capítulo será interpretado à luz das teorias realistas delineadas no capítulo anterior, uma vez que estas realidades de política internacional se sobreponham sobre as teorias idealistas ou utópicas no entender dos pensadores daquele período histórico.

Após o desenlace do conflito de 1914-1918, o sentimento corrente na população alemã na aurora da década de 1920 era de consternação. O país estava destruído, a economia e a sociedade alemã em frangalhos em decorrência da Grande Guerra de 1914-1918. Para piorar a situação, as condições impostas a Alemanha a partir da assinatura do Armistício de 1918 na floresta de *Compiègne* e do Tratado de Versalhes em 1919 tornavam o ambiente caótico e campo aberto para toda a sorte de abalos na estrutura da vida em sociedade daquele

povo que havia caído frente seus inimigos há apenas algumas dezenas de meses atrás.¹⁶⁷

Discutir as condições impostas a perdedores de embates bélicos pode se tornar argumentação de forte cunho subjetivo. No entanto, pode-se considerar que o alto preço cobrado do país capitulante forjou as condições que serviriam de contexto para o estopim de evento de maior barbaridade e de proporções de escalas geométricas nas décadas a seguir se comparada com a Grande Guerra de 1914-1918, muito embora o desejo fosse exatamente o oposto.¹⁶⁸

Com relação à natureza intrínseca das cláusulas do Tratado, é importante registrar que o trabalho não se ocupará na discussão de sua justiça ou eventual falta, mas sim a compreensão dos desdobramentos desse pacto para as relações internacionais, mais especificamente para as relações entre Alemanha, Polônia e Grã-Bretanha no período compreendido pela análise.

Curiosamente, para uma melhor compreensão de toda esta questão, um ambiente se destaca e é para lá que se deve manter a atenção para o desenrolar dos fatos: o Palácio de Versalhes. Este suntuoso palácio remete a lembrança do *Rei Sol* Luís XIV (1643-1715) e é símbolo do poderio da corte francesa no período. A Galeria dos Espelhos possuía 70 metros de largura por 10 metros de comprimento e uma cúpula que se elevava a 13 metros e foi local da assinatura de vários tratados que marcaram profundamente a história do continente europeu assim como do resto da humanidade.¹⁶⁹

Pode-se começar essa visualização a partir das guerras de unificação do Estado alemão e da guerra Franco-Prussiana de 1870-71. Esta mesma Galeria dos Espelhos foi o palco para a consolidação daquilo que o chanceler da Prússia Otto von Bismarck chamou de nascimento do II Reich, o império alemão. Os germânicos haviam vencido a batalha contra a França de Napoleão III, tendo inclusive

167 MAGNOLI, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.345

168 Duroselle, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias*. São Paulo, Livraria Pioneira, 1976, p.80.

169 Magnoli, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.320.

tomado o imperador como prisioneiro, e consolidado a vitória no belíssimo Palácio de Versalhes, como símbolo da vitória incontestável sobre os franceses.¹⁷⁰

O sentimento revanchista dos franceses era latente e não seria à toa que este mesmo cenário fora o escolhido para a assinatura do Tratado de Versalhes que imporia a extinção do Reich alemão, pondo fim à Grande Guerra, como resultado da derrota alemã e sua respectiva responsabilização pelas consequências do litígio entre as nações.

A percepção do que seria o Tratado de Versalhes fora distinta a partir do ponto de vista dos signatários. Etimologicamente ‘tratado’, em português corrente, é palavra que designa consenso, acordo de vontades ou ainda um instrumento em que pelo menos duas partes deliberam sobre aquilo que lhes é mais conveniente em uma relação que pode ser jurídica, econômica, social, afetiva e etc.

Logo, pode se depreender que em havendo tratativas de acordo, essencialmente as partes envolvidas devem necessariamente deliberar sobre as regras que deverão prevalecer sobre suas relações. Pois bem, tais premissas não se confirmaram naquele verão de 1919.

Não houve deliberação das regras do acordo entre as partes contrárias naquela relação jurídica internacional, meramente entre as potências vencedoras do litígio. As propostas apresentadas eram de adesão tão somente, a escolha não era pela deliberação mas sim pela aceitação ou não.¹⁷¹

Diversamente do que ocorreu com a Alemanha em 1945, no final da Grande Guerra de 1914-1918 o país não estava ocupado, pois posições ainda eram mantidas na França e na Bélgica, muito embora suas alianças já estivessem desmoronando com o colapso do Império Austro-Húngaro e a capitulação do Império Otomano através dos acordos de paz, firmados a partir de setembro de 1918.¹⁷²

170 Ibid., op. cit., p.320.

171 Duroselle, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias*. São Paulo, Livraria Pioneira, 1976, p.80.

172 Magnoli, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.340.

Pode-se somar a tudo isso uma grave crise interna a partir de um levante de marinheiros em outubro de 1918 que ocasionou em desesperadora escassez de alimentos. Com a pressão interna, uma negociação com os aliados já não era de certa forma tão improvável, desde que houvesse, é claro, alguma compensação para ambos os lados.¹⁷³

Contudo, os fatos ocorridos neste período histórico mostram exatamente o oposto. As condições do tratado não foram discutidas com os alemães, mas sim impostas, daí o Tratado ser considerado pelos alemães como *Diktat* que na língua germânica significa comando, imposição. Este termo pode ser compreendido também como algo que se refere a uma exigência imposta por uma nação mais forte a outra nação mais fraca e foi esta a percepção que este instrumento jurídico causou na população alemã, o que contribuiu massivamente para a sua insatisfação diante de tais termos.¹⁷⁴

Questão importante também que deve ser considerada é o contexto político alemão naquele momento. Estava no poder a República de Weimar, implantada no país a partir da fuga do Imperador Guilherme II em 1918, na prática, os militares entendiam que um governo civil poderia conduzir o processo de paz com os aliados com mais eficácia, e logicamente assumir o ônus da derrota. O que se instalou foi uma república baseada em uma democracia representativa semi-presidencial. O presidente da república nomeava o chanceler que se responsabilizava pelo comando do poder executivo, dividindo-se o poder com o parlamento federal, o *Reichstag* e os parlamentos estaduais do *Landtag*.¹⁷⁵

A República de Weimar ganhou tal denominação a partir da aprovação da nova constituição da república aprovada naquela cidade da região da Turíngia e desde o início assumiu um ônus que de certa

173 Schulze, Hagen. *Germany: a new history*. Harvard University Press, 2001, p.198.

174 Ibid., op. cit., p.197.

175 SCHULZE, Hagen. *Germany: a new history*. Harvard University Press, 2001, p.198.

forma poderia ser endereçado aos militares, e isso foi apenas o reflexo do ressentimento do povo alemão contra o Armistício.¹⁷⁶

Considerando tal contexto caótico, pode se entender o pano de fundo de origem da Segunda Guerra Mundial de 1939-1945 em que o Tratado de Versalhes teve papel determinante para o estopim daquela que é considerada a maior hecatombe em perdas de vidas da história da humanidade, não sendo por acaso também que após a capitulação da França em 1940 a sua rendição tenha sido assinada no mesmo vagão de trem da floresta de *Compiègne*. O ressentimento alemão também era grande.

Desta forma, entender o Tratado de Versalhes se torna importante para a percepção do discurso dos aliados acerca da necessidade ou não da deflagração da guerra contra os alemães, já que estes últimos passaram claramente a descumprir as normas do tratado gradativamente a partir da ascensão do Partido Nacional Socialista ao poder em 1933. Necessário se faz então recuar alguns anos, voltando-se ao mesmo vagão de trem na floresta de *Compiègne* em 1918 e à imponente Galeria dos Espelhos do Palácio de Versalhes em 1919.

2.2. O ARMISTÍCIO DE 1918

‘O ano da virada’, assim pode ser definido o último ano da Grande Guerra, afinal de contas, naquele ano os aliados iniciaram o período final de sua investida contra as chamadas potências centrais. A ‘Ofensiva dos Cem Dias’ seria determinante para definir os rumos da Grande Guerra que até aquele momento pendia mais para os países da Tríplice Aliança do que para os da Tríplice Entente.¹⁷⁷

A entrada dos Estados Unidos no confronto em abril de 1917 contribuiu de maneira decisiva para esse desfecho, pois o presidente americano à época, Thomas Woodrow Wilson, enviou à Europa expressivos equipamentos e contingente militar os quais foram

176 Ibid., op. cit., p.198.

177 Schulze, Hagen. *Germany: a new history*. Harvard University Press, 2001, p.197.

determinantes para o deslinde do conflito a favor da Entente em um conflito que gerou um saldo assustador de 9 milhões de mortos.¹⁷⁸

Passava-se o mês de janeiro de 1918 quando o presidente americano Woodrow Wilson, buscando apoio interno, discursa junto ao Congresso Americano sustentando uma política internacionalista fundamentada em quatorze pontos com o objetivo de se estabelecerem novas regras para a consolidação da paz mundial.¹⁷⁹

A proposta se sustentava em princípios de forte conteúdo liberal, expansão de tratados, fortalecimento da democracia e autodeterminação dos povos, além de outras questões específicas sobre o pós-guerra, como delimitação de fronteiras e evacuação de espaços militarmente ocupados pelos países capitulantes da guerra.¹⁸⁰

Muito embora tal proposta tenha sido recebida com entusiasmo pela Europa em crise no pós-guerra, entre os demais líderes das nações vencedoras os ‘Quatorze Pontos de Wilson’ foram encarados com ceticismo, afinal de contas ali estavam presentes valores que sequer eram desejados pelas potências vencedoras, como um implícito ideal independentista que afetaria os grandes impérios coloniais europeus, os quais constituíam mercados os quais os Estados Unidos desejavam ter acesso.¹⁸¹

Neste contexto se torna plenamente perceptível a não ressonância do discurso idealista de Wilson perante às demais nações aliadas, mormente a britânicos e franceses. A questão do universalismo de interesses como uma conquista ou um bem comum, passava ao largo dos ideais pragmáticos europeus em relação aos países vencidos. A questão da segurança nacional, base da concepção realista nas relações internacionais, era matéria que se imporia aos rumos da definição do Armistício de 1918 e posteriormente da Conferência de Paris de 1919.

Em que pesem as teorias wilsonianas consubstanciadas em seus ‘Quatorze Pontos’, serem consideradas um repertório de questões

178 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.177.

179 Ibid., op. cit., p.177.

180 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.177-178.

181 Ibid., op. cit., p.179.

específicas e princípios lastreados em conceitos entendidos como utópicos para pensadores como Edward Carr, em determinados pontos, também podem ser percebidos como evadidos de elementos de caráter nitidamente realista, como por exemplo na proibição de estabelecimento de acordos secretos nas negociações diplomáticas.¹⁸²

Neste sentido, a exposição de princípios ilustrava convenções de paz preparadas às claras, sem acordos particulares e secretos, explicitando-se que isso se dava em atendimento ao ideário democrático. Percebe-se então o motivo pelo qual pensadores contemporâneos do século XX como Carr, Morgenthau ou Waltz percebiam certa dissimulação nesta justificativa, que servia apenas como instrumentalizador de segurança entre as nações outrora beligerantes.

Os pontos wilsonianos eram diversos e debatiam sobre liberação absoluta de navegação, supressão das barreiras econômicas, redução de armamento bélico a níveis unicamente de defesa interna, soberania para as colônias subjugadas aos países colonizadores, e demais questões territoriais envolvidos os principais atores do conflito, como Rússia, França, Bélgica, Itália, Polônia e Austro-Hungria.

O ponto mais relevante do discurso do presidente americano se fundamentava na criação da Liga das Nações, espécie de organismo internacional que pudesse ser o mediador de conflitos em escala mundial a fim de se evitar novas catástrofes como a vista na Grande Guerra. Tudo isso sob o pálio da defesa dos interesses democráticos resultantes em liberdade e paz.¹⁸³

Lastreado pelo ideário realista e neorrealista pode-se inferir perfeitamente que o discurso americano também estava sombreado por interesses inconfessos, já que seriam os principais beneficiados se todos os pontos adotados como imprescindíveis por Wilson. Até a efetiva quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, os Estados Unidos estavam em franco crescimento, em grande parte pelo estado de neutralidade com o qual esteve vinculado até o ano de 1917 da Grande

182 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012 p.179.

183 *Ibid.*, op. cit., p.177.

Guerra, e tal expansão econômica e militar se consolidaria a partir do término da Segunda Guerra Mundial em 1945.

Portanto, o discurso de Wilson poderia ser interpretado sob a ótica realista como um conjunto de princípios que externamente emprestara o ideal dos valores universais da democracia e dos valores de paz e segurança, mas que por trás escondia o interesse na expansão comercial e a preservação de seus próprios interesses.

Voltando à Liga das Nações como ideia marcante do pensamento americano, ali estava o embrião daquilo que depois se tornaria a Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, a qual fora idealizada como um organismo destinado à preservação da paz e à resolução dos conflitos internacionais como elemento que substituiria a ideia do “equilíbrio europeu do poder”. A ironia da história reside no ponto que o país idealizador da Liga não tomaria assento no organismo em razão da recusa do Congresso Americano em ratificar os termos do Tratado de Versalhes.¹⁸⁴

Era setembro de 1918 quando em razão da crescente desagregação das forças das potências centrais, o alto-comando alemão passa a acenar para um possível armistício com as potências adversas nos termos dos quatorze pontos de Wilson. As negociações não prosperam de imediato e a Alemanha açodada por revoluções internas ameaça se esfacelar quando finalmente ao final desse mês o armistício foi aceito na maior parte dos 14 pontos.¹⁸⁵

No entanto, a intenção dos alemães não era necessariamente pela capitulação irrestrita, mas sim que esta proposta faria com que o exército ganhasse novo folego, encurtando as linhas, reconstituindo as tropas e no fim de algumas semanas, retomar a luta em melhores condições.¹⁸⁶

De forma geral, e entre nações não poderia ser diferente, travar negociações em condições de igualdade diminui o risco de eventuais

184 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.194-195.

185 Duroselle, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias*. São Paulo, Livraria Pioneira, 1976, p.78.

186 Ibid., op. cit., p.179.

imposições unilaterais, o que naquele momento histórico acabou não ocorrendo. O sentimento de revanchismo francês era muito forte, vide as guerras de 1870-1871, e as forças militares representadas pelo seu chefe de Estado-Maior General Ferdinand Foch se recusaram a negociar de forma ampla, abrindo específicas exceções, mais para deter as ideias contrarrevolucionárias na Alemanha do que para dar garantias igualitárias a estes últimos.¹⁸⁷

Não restando alternativa para o governo alemão, a capitulação é aceita com a assinatura do armistício em um vagão de uma estrada de ferro em uma floresta em *Compiègne* ao norte de Paris em 11 de novembro de 1918. Dentre as condições estabelecidas à Alemanha estavam a desocupação militar das áreas esquerda do Rio Reno, dos territórios franceses, belgas austro-húngaros, romenos, turcos, russos e de Luxemburgo, a entrega de todo o armamento alemão, incluindo tanques e os navios de guerra, que foram imediatamente desarmados e internados.¹⁸⁸

Neste mesmo vagão de trem a história se repetiria anos à frente, estando os mesmos atores em posições inversas, e antigos ressentimentos reacesos. Uma vez consolidado o final da Grande Guerra, restavam agora as perspectivas para um tratado de paz que haveria de selar o futuro desta mesma Europa e a do restante da humanidade.

2.3. A CONFERÊNCIA DE PARIS

Consumada a derrota dos alemães, tanto a partir dos eventos internos como de externos outrora citados, e após o armistício de 1918 que encerrara a guerra, restava a negociação dos Tratados de Paz que convalidariam a solução para os conflitos europeus.

Iniciava-se o ano de janeiro de 1919 e a hora do ‘acerto de contas’ dos alemães se aproximava. Em 18 de janeiro deste ano fora aberta

187 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.181.

188 Magnoli, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.346.

a Conferência de Paris na qual estariam presentes os representantes dos 27 países envolvidos na guerra através de 70 delegados, dentre os quais 3 brasileiros.¹⁸⁹

Desde o início a grande dificuldade se deu a partir da impossibilidade material de se estabelecer um consenso em uma reunião entre tantos membros com interesses diversos e até mesmo conflitantes. O contexto em que a Conferência fora aberta apresentava algumas problemáticas como a posição dos Estados Unidos através das ideias de uma nova diplomacia do presidente Wilson que contrastava diretamente com os interesses das potências coloniais vencedoras da guerra.¹⁹⁰

Princípios estabelecidos pela diplomacia de Wilson como o da autodeterminação dos povos seriam vistos com desconfiança e até mesmo com desdém pelos líderes europeus, já que não era de interesse que os seus domínios coloniais pudessem livremente decidir suas próprias destinações, novamente os ideais pragmáticos prevalecendo sobre o contraditório idealismo wilsoniano.¹⁹¹

Decerto que a proposta de Wilson acerca da criação da Liga das Nações como instrumento idealizador de uma nova era das relações internacionais também não fora bem recebida em seu início. Para o presidente americano, a fracassada política do equilíbrio de poder poderia ser substituída pela Liga das Nações que estabeleceria uma política de eliminação dos conflitos armados sendo estes substituídos por sanções econômicas ou militares. Ante a diversidade de interesses já expostos, de fato era compreensível que houvesse limitação de tais ideias tidas como impossíveis de serem postas em prática.

Outro ponto extremamente relevante e que iria ser decisivo para o deslindes de novos conflitos nos anos vindouros, era o estabelecimento de um tratado sem a participação da principal parte interessada, ou seja, aqueles que se submeteriam a eventuais sanções e reparações. Os

189 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.180.

190 *Ibid.*, op. cit., p.180.

191 Duroselle, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias*. São Paulo, Livraria Pioneira, 1976, p.79.

alemães não foram chamados à mesa de negociações, o que implicava naquele momento em novidade, contrastando diretamente com acordos anteriores em que se entabularam negociações relevantes na Europa, como o conjunto de tratados estabelecidos durante o século XVII conhecido como ‘Paz de Westfália’ e pelo ‘Congresso de Viena’ na aurora do século XIX.¹⁹²

O tratado que poria fim de forma definitiva à guerra seria entabulado com base nos quatorze pontos de Wilson, de forma que houvesse uma ‘paz sem vingança’ tornando o mundo mais ‘seguro para a democracia’, argumentos que não encontravam ressonância junto ao denominado “Conselho dos Quatro Grandes” como ficou conhecido o seleto grupo de nações que realmente deram as cartas nas políticas de imposição da paz aos alemães, representado respectivamente pelo primeiro-ministro britânico Lloyd George, o premiê francês George Clemenceau, o primeiro-ministro italiano Vittorio Orlando e o presidente americano Woodrow Wilson.¹⁹³

Por razões mais pragmáticas, novamente a temática realista, muitos dos pontos de Wilson foram relegados à segundo plano naquele momento muito em razão da consolidação da ideia sustentada pelo General Prussiano Carl von Clausewitz em seu livro *Da Guerra* de 1832.

Clemenceau identificava a Alemanha como o ‘inimigo hereditário responsável pela guerra, devendo ser neutralizada, e por esta razão, o premiê francês defendia ainda a criação de verdadeiros estados-tampões como a Polônia e a Renânia como forma de isolar os alemães em seu território para não ameaçar em nenhuma hipótese as posições francesas. Reparações territoriais de guerra eram também objetivo primordial como a recuperação da região da Alsácia-Lorena, perdidas desde as guerras franco-prussianas de 1870-71, sem prejuízo das possessões alemãs nas suas colônias africanas, americanas e asiáticas.¹⁹⁴

192 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.186.

193 Magnoli, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.344.

194 Ibid., op. cit., p.344.

A Itália também comungava do pragmatismo oposto ao moralismo dos 14 pontos de Wilson. Seu primeiro-ministro, Vittorio Orlando, exigia o cumprimento do acordo secreto de Londres de 1915 entabulado entre a Itália, França, Grã-Bretanha e o Império Russo, como forma de comprar o apoio italiano em favor da participação na Grande Guerra ao lado dos países da Entente. Em troca os italianos receberiam compensações territoriais provenientes do desmembramento do Império Austro-Húngaro tão logo houvesse a finalização do litígio.¹⁹⁵

Os britânicos, por outro lado, pensavam diferentemente de franceses e italianos e não queriam ceder aos rigores de um lado e tampouco a todas as exigências territoriais de outro. Buscando novamente o propalado equilíbrio europeu, os ingleses não desejavam uma França extremamente forte, e muito menos uma Alemanha demasiadamente enfraquecida, especialmente esta última, que poderia seguir o exemplo do outrora Império Russo, agora sob o poder dos Sovietes.¹⁹⁶

2.4. CLÁUSULA DA CULPABILIDADE

Delineado o contexto político conflitante da Conferência de Paris, resta descobrir o resultado jurídico destes acordos em que a paz foi imposta aos perdedores da guerra. A versão final do Tratado contou com 440 artigos e vários anexos, o que inviabilizou o conhecimento aprofundado de várias de suas cláusulas pelos Estados participantes, a ponto do próprio presidente Wilson, de forma irônica, ter afirmado que gostaria de ter tempo durante o resto de sua vida para ler todos os volumes do tratado.¹⁹⁷

No entanto, uma das cláusulas do tratado fora amplamente divulgada e conhecida de todos os membros como a cláusula da

195 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.180.

196 Magnoli, Demétrio. *História das guerras*. Editora Contexto, 2010, p.345.

197 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.187.

culpabilidade, sendo que através desta, o Estado alemão reconhecia sua exclusiva responsabilidade pelo desenvolvimento da guerra e suas consequências ao final do grande litígio. Uma vez reconhecida a culpa, o tratado tratou então de prever uma série de compensações militares, territoriais e econômico-financeiras em razão dos prejuízos causados a partir da guerra, e é neste ponto que se consolida a afirmação sistemática de que a Alemanha pagaria pela guerra conforme alardeado pelo premiê francês Clemenceau. E assim foi elaborada a chamada cláusula da culpabilidade:¹⁹⁸

Artigo 231 - Os Governos aliados e associados declaram e a Alemanha reconhece que a Alemanha e os seus aliados são responsáveis, por deles ter sido a causa, por todas as perdas e por todos os prejuízos sofridos pelos Governos aliados e associados e pelos seus nacionais em consequência da guerra, que lhes foi imposta pela agressão da Alemanha e dos seus aliados.

(...) - Os Governos aliados e associados exigem (...) e a Alemanha a tal se obriga, que sejam reparados todos os prejuízos causados à população civil de cada uma das Potências aliadas e associadas e aos seus bens (...).

A necessidade de se impor uma derrota em que houvesse uma forte compensação pelos prejuízos da guerra prevaleceu no espírito do tratado, muito disso pela influência francesa, já que grande parte das batalhas e danos se deu em solo francês e sob este ponto de vista, era mais do que natural a proposição dos termos do acordo de paz em tais condições.

198 Ibid., op. cit., p.188.

2.5. QUESTÕES TERRITORIAIS

Com relação às questões territoriais o Tratado de Versalhes houvera imposto modificações drásticas no território dos países capitulantes, ao ponto de que os alemães tiveram seu território reduzido drasticamente por volta de treze por cento ao final da grande guerra.¹⁹⁹

Neste sentido, dentre as cláusulas de reparação de danos, o tratado reproduzia uma divisão do território alemão entre as potências vencedoras, sendo que tal acordo já havia sido estabelecido bem antes da propositura do *diktat* aos alemães, servindo a Conferência de Paris como instrumento jurídico legitimador das necessidades territoriais de britânicos e franceses. Para uma melhor compreensão de tal posição, se faz necessária a exposição de algumas dessas normas a título de ilustração:

Artigo 42 - *É proibido à Alemanha manter ou construir fortificações, quer na margem esquerda do Reno, quer na margem direita, a Oeste de uma linha traçada a 50 quilômetros a Leste deste rio.*

Artigo 51 - *Os territórios cedidos à Alemanha em virtude [da guerra franco-prussiana de 1871 e que a França perdeu, ou seja: a Alsácia-Lorena] são reintegrados na soberania francesa (...)*

Artigo 119 - *A Alemanha renuncia, em favor das Principais Potências aliadas e associadas, a todos os seus direitos e títulos sobre as suas possessões de além-mar.*

Os alemães então sofreram perdas em porções de seu território original formado a partir das guerras de unificação. Inicialmente, a ideia dos franceses era ‘empurrar’ os alemães para o outro lado do Rio Reno, fronteira original que remontava à época da ocupação romana, não obtendo sucesso, desejaram uma Renânia independente

¹⁹⁹ Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.188.

do poderio germânico, e não conseguindo impor tal intenção, se conformou com a desmilitarização da margem esquerda do rio por um prazo de 15 anos.²⁰⁰

Outra questão emblemática é a retomada da região da Alsácia-Lorena, de população predominantemente francesa, mas que houvera sido anexada pelo nascente estado alemão ao final da guerra franco-prussiana de 1870-1871. A reivindicação dos alemães sobre a região residia no fato de ser aquela uma localidade pertencente originalmente ao Sacro-Império Romano Germânico a qual lhe houvera sido suprimida a partir da ‘Paz de Westfália’ em 1648, tratado que pôs fim à guerra dos 30 anos na Europa.²⁰¹

Além desta região cedida aos franceses, o tratado impunha aos alemães a cessão de territórios ao norte para a Dinamarca, a oeste para a Bélgica, a leste para a Polônia, além da proibição de união com a Áustria, o *Anschluss*, conexão que seria retomada em 1938. Além de tais perdas, o outrora Império Alemão também se veria espoliado de suas possessões na África, na América e na Ásia.²⁰²

2.6. O SURGIMENTO DE NOVOS ESTADOS-NACIONAIS

No rol das mencionadas perdas territoriais que os alemães tiveram que ceder estavam localidades que já se haviam constituído como nações independentes muito antes do estopim da Grande Guerra. A história da Polônia remonta ao século X a partir da reunião em um mesmo território das tribos dos Polanos e outras tribos eslavas ocidentais que habitavam a região da Grande Polônia às margens do rio *Warta*, vivendo aqueles povos do comércio, da agricultura e da caça.²⁰³

200 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.188.

201 Ibid., op. cit., p.188.

202 Ibid., op. cit., p.188

203 Davies, Norman. *God's Playground A History of Poland: Volume II: 1795 to the Present*. Oxford University Press, 2005, p.5.

Em razão de sua localização estratégica, encetada no centro da Europa, essa região sempre foi cobiçada desde o início por grandes nações vizinhas que buscavam subjuga-la e explorar seus recursos. Ressalte-se que em seus primórdios, entre os séculos XIV e XV, os poloneses estabeleceram uma união bastante proveitosa com a Lituânia e consolidaram um grande Império na Europa e que influenciaria aquele continente por vários séculos vindouros, até o seu declínio em razão de constantes guerras a partir de meados do século XVII.²⁰⁴

A partir deste enfraquecimento, várias nações vizinhas, como Rússia, Prússia e Áustria, passaram a assediá-la a fim de sua extingui-la como um Estado independente durante o século XVIII. Tais nações, após conseguirem a submeter a Polônia às suas diretrizes, repartiram seu território entre si e promoveram diversas políticas de colonização nas terras polonesas e expulsão dos nativos do local para outros cantos da Europa, Ásia e as Américas, sendo o Brasil inclusive um dos destinos desses imigrantes.²⁰⁵

A partir do ano de 1795, com a abdicação do rei polonês Stanislaw II, o Reino da Polônia chegava ao seu fim com o país destruído e dividido entre Rússia, Prússia e Áustria. Uma das origens das discórdias que levaram às grandes guerras de extermínio global do século XX residiram nesta divisão da Polônia, na qual a Prússia anexou terras polonesas ao leste, promovendo uma política de colonização que incluía habitantes germânicos e o processo de formação das novas gerações que cresciam estudando em escolas prussianas aprendendo a língua alemã em detrimento do polonês de origem eslava.²⁰⁶

A região da Prússia Oriental foi formada a partir de terras polonesas nas quais seus habitantes não concordavam com tal submissão, havendo diversos tipos de conflitos de resistência que somente obtiveram êxito aproximadamente cem e vinte anos depois,

204 Davies, Norman. *God's Playground A History of Poland: Volume II: 1795 to the Present*. Oxford University Press, 2005, p.8.

205 Ibid., op. cit., p.13.

206 Ibid., op. cit., p.5.

ao término da Grande Guerra em 1918. O Tratado de Versalhes em 1919, entre outras compensações territoriais devolveu parte desses territórios aos poloneses, criando o chamado ‘Corredor Polonês’ que além de restaurar o Estado Nacional Polonês ainda lhe rendia uma saída para o mar báltico, e por conseguinte separando a Alemanha dos territórios ocupados pela antiga Prússia Oriental, o que ainda renderia muita discórdia entre os alemães.²⁰⁷

Este ponto é crucial para o desenrolar da história europeia e mundial, pois estes mesmos territórios perdidos pelos alemães ao final da Grande Guerra de 1914-1918, pelo Tratado de Versalhes, seriam usados como justificativa de retomada necessária, se tornando um dos vários fatos geradores da Segunda Guerra Mundial, tanto é assim que um dos marcos iniciais deste conflito é exatamente a invasão da Polônia em primeiro de setembro de 1939.

Outro Estado-Nacional nascido a partir do Tratado de Trianon se deu a partir do desmantelamento do Império Austro-Húngaro, que na verdade era uma união formada por várias outras nações em seu interior devidamente subjugadas a um poder central. Dentre esses vários povos haviam os de origem eslava, no qual se enquadravam os tchecos e os eslovacos, encontrando-se estes vivendo sob o jugo de austríacos e húngaros respectivamente.²⁰⁸

Inicialmente não havia uma identificação nacional entre esses povos, já que além de terem tradições e costumes distintos, os tchecos possuíam uma forte economia e desenvolvimento industrial e os eslovacos eram basicamente uma economia agrária e em desenvolvimento, o que os unia na verdade era o inimigo comum, o Império Austro-Húngaro.

Em razão da proximidade de objetivos comuns, isto é a independência do Império, a ideia de união entre tchecos e eslovacos passou a ganhar força. Some-se a isso a pouca disposição dessas nações em lutar a favor dos seus dominadores durante a Grande Guerra contra

207 Davies, Norman. *God's Playground A History of Poland: Volume II: 1795 to the Present*. Oxford University Press, 2005, p.5.

208 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.191.

povos de mesma origem eslava como os russos e os sérvios. Essas aspirações políticas de independência é que foram determinantes para que houvesse uma reunião voluntária entre esses dois povos, culminando em sua efetiva independência, mas unidos em um país apenas, a partir da extinção do Império Austro-Húngaro.²⁰⁹

A ironia da história é que houve a fusão de dois povos totalmente distintos e com grande diversidade étnica em um só país, exatamente o que se condenava durante a existência do Império Austro-Húngaro. A História mostraria que mais a frente essa união se romperia com facilidade por intermédio de um importante aliado do antigo Império, o Reich Alemão de Adolf Hitler.

2.7. QUESTÕES MILITARES

Dentre os propósitos de sustar qualquer possibilidade de ressurgimento de eventuais novas disputas militares com o antigo Império Alemão, muito mais eficaz que a efetiva perda territorial a limitação das forças armadas foi a imposição de limitações em suas forças armadas.²¹⁰

Esta questão deveras tormentosa também foi aplicada na temática das reparações militares impostas aos vencidos pela guerra. Os franceses, principalmente, desejavam aniquilar o poderio bélico germânico, pois se sentiam inseguros a respeito da possibilidade de instigação de novo conflito provocado pelos alemães.

O tratado expunha em sua quinta parte as cláusulas militares, navais e aéreas e por intermédio desta o exército alemão ficou reduzido a uma força terrestre de apenas cem mil homens, com proibição de manter tanques, aviões e canhões de longo alcance. Sua Marinha, que chegou a rivalizar com a tradição naval britânica, ficou limitada a quinze mil homens, sem submarinos e apenas seis encouraçados, de menos de dez mil toneladas. O governo alemão representado pela

209 Ibid., op. cit., p.191.

210 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.190.

República de Weimar teve que entregar ainda cinco mil peças de artilharia, vinte e cinco mil metralhadoras, mil e setecentas aeronaves, noventa por cento de sua frota naval e todos os seus submarinos.²¹¹

A situação penosa a que ficaram reduzidas as forças armadas germânicas demonstra bem a intenção revanchista, primordialmente francesa do tratado e os artigos elencados a seguir são a instrumentalização jurídica desta desmobilização do exército vencido:

Artigo 159 - *As forças militares alemãs serão desmobilizadas e reduzidas nas condições fixadas mais adiante.*

Artigo 160 - *A datar do 31 de Março de 1920, o mais tardar, o exército alemão não deverá compreender mais de sete divisões de infantaria e três divisões de cavalaria.*

Artigo 173 - *Todo o serviço militar universal obrigatório será abolido na Alemanha.*

Artigo 198 - *As forças militares da Alemanha não deverão comportar nenhuma aviação militar ou naval.*

A estratégia neste ponto foi bastante exitosa, pois a Alemanha perderia durante algumas dezenas de anos praticamente todo o seu poderio militar por terra, água e ar, restando as suas forças limitadas em números comparáveis às de uma força meramente policial, não sendo capaz de oferecer qualquer forma de defesa contra qualquer ataque externo.²¹²

Interessante se faz notar que já desde o armistício de 1918 o país estava tecnicamente enfraquecido em todas as suas frentes. Foi preciso nova ameaça de mobilização dos exércitos franceses por terra e novo bloqueio naval dos ingleses para ‘convencer’ os alemães a assinarem o pacto de 1919, que foi bastante mal recebido pela população, como era de se esperar vindo de um acordo em tais condições, demonstrando

211 Ibid., op. cit., p.189.

212 Schulze, Hagen. *Germany: a new history*. Harvard University Press, 2001, p.203.

que, não fora essa nova perspectiva de reabertura dos combates, os alemães não teriam se submetido ao tratado firmado em Versalhes.²¹³

2.8. QUESTÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS

Com relação às retaliações econômico-financeiras os alemães não tiveram melhor sorte. Como condições do Tratado de Versalhes estavam as reparações de guerra em valores que não foram totalmente definidos a quando da assinatura do pacto, e mais grave do que saber ser devedor de quantia altíssima era não ter sequer uma previsão aproximada do quanto isso significaria em custos para a economia do país, a título de ilustração, note-se o disposto no artigo 235 do Tratado:

Artigo 235 - *Com o fim de habilitar as Potências aliadas e associadas a empreender desde já a restauração da sua vida industrial e económica, enquanto não é realizada a fixação definitiva da importância das suas reclamações, Ra Alemanha pagará, durante os anos de 1919 e 1920 e os quatro primeiros meses de 1921 (...) em ouro, mercadorias, navios, valores ou outra forma (...) o equivalente a 20.000.000.000 (vinte bilhões) de marcos ouro (...)*

De se ressaltar que a forma pela qual esta indenização fora estabelecida se deu de maneira detalhada e por vezes até mesmo recheada de eventos curiosos, neste ínterim, importante observar as disposições do artigo 246, assim disposto:

Artigo 246 - No prazo de seis meses, a partir da entrada em vigor do presente Tratado, a Alemanha entregará ao Governo de Sua Majestade Britânica o crânio do Sultão Mkwawa, que foi retirado do Protetorado da África Oriental Alemã e levado para a Alemanha.

213 Ibid., op. cit., p.197.

Mkwawa foi um chefe tribal que lutou contra a colonização alemã na África oriental no século XIX, mais precisamente no território onde hoje se localiza a Tanzânia, e morreu nos combates contra os alemães, não sem antes promover uma acirrada tática de guerrilha que quase foi bem sucedida, sendo que ao ser encurralado pelos colonizadores, o Chefe atirou contra si mesmo, a fim de não ser capturado com vida. Após a sua morte, os alemães cortaram a sua cabeça e a enviaram a um museu alemão.²¹⁴

Em verdade, a referida cláusula fora inserida a pedido dos ingleses a fim de presentear Tanganica (África Oriental Alemã) pela sua participação na Grande Guerra ao lado das forças da Entente, mas somente retornando à África em 1954. Esse evento narra bem o contexto em que as condições de negociação foram impostas à Alemanha e sob o qual estaria submetida e ela seria espoliada ainda sobre bens de maior importância do que o crânio do Chefe Mkwawa.²¹⁵

A incerteza quanto aos destinos da economia apenas serviu para intensificar a crise. O tratado em sua oitava parte versava acerca das ‘reparações’ a serem pagas às nações lesadas pelo conflito e a sua primeira disposição é o já aqui ventilado artigo 231, o qual reconhecia a Alemanha como culpada pelo litígio e conseqüentemente obrigada a reparar o dano causado.

Com relação à Alemanha, o peso do quantum indenizatório foi largamente mais extenso do que sua companheira de batalha, a Áustria-Hungria. Em princípio, foram estabelecidos alguns valores iniciais que chegaram à expressiva soma de cento e trinta e dois bilhões de marcos-ouro, quantia esta que seria revista por uma Comissão de Reparação Interaliada com o poder de rever os valores indenizatórios de acordo com a capacidade de pagamento dos alemães. Ante a inviabilidade do cumprimento desta reparação e assim como os demais consortes bélicos alemães, novamente tais valores não seriam pagos na sua integralidade.²¹⁶

214 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.190.

215 Ibid., op. cit., p.190.

216 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.190.

Interessante observar que, no intuito de se quantificar o dano indenizatório, as potências vencedoras contabilizaram todo o espólio de guerra alemão, incluindo no tratado dinheiro, matérias-primas como ferro e carvão, e até mesmo animais, conforme se depreende dos artigos que ventilaram o tema a seguir:²¹⁷

Artigo 45 - *Como compensação pela destruição das minas de carvão no Norte da França, e por conta da importância a pagar pela reparação total dos prejuízos de guerra devidos pela Alemanha, esta cede à França a propriedade inteira e absoluta (...) das minas de carvão situadas na bacia do Sarre (...). [em anexo a esta parte estabelece-se, no parágrafo 16, que: O Governo do território da Bacia do Sarre será confiado a uma Comissão representando a Sociedade das Nações]*

Anexo IV

§ 6 - *a título de adiantamento imediato, (...) a Alemanha compromete-se a entregar à França nos três meses que se seguirem à entrada em vigor do presente Tratado (...) as quantidades abaixo especificadas em gado vivo: 500 garanhões de 3 a 7 anos; 30.000 poldras e éguas de 18 meses a 7 anos (...); 2.000 touros de 18 meses a 3 anos; 90.000 vacas leiteiras de 2 a 6 anos; 1000 carneiros inteiros; 100.000 cabras.*

Anexo V

§ 2 - *A Alemanha entregará à França sete milhões de toneladas de carvão por ano, durante dez anos (...).*

§ 3 - *A Alemanha entregará à Bélgica oito milhões de toneladas de carvão por ano, durante dez anos.*

§ 3 - *A Alemanha entregará à Itália as quantidades máximas de carvão seguintes: Julho de 1919 a Junho de 1920: 4 milhões 1/2 de toneladas; 1920 a 1921: 6 milhões de toneladas; 1921 a 1922: 7 milhões 1/2 de toneladas; 1922 a 1923: 8 milhões de toneladas; 1923 a 1924: 8 milhões 1/2 de toneladas, e, durante cada um dos cinco anos seguintes: 8 milhões 1/2 de toneladas.*

217 Ibid., op. cit., p.190.

As normas referentes às compensações econômico-financeiras foram estabelecidas sem se levar em consideração a capacidade econômica de pagamento das nações vencidas. A título de exemplo, o Império Austro-Húngaro foi esfacelado a partir da assinatura do Tratado de Saint Germain de 10 de setembro de 1919, e este pacto também promoveu além da ruptura do Império em razão de perdas territoriais, limitações militares e, tal qual a Alemanha, o elevado custo de indenização como reparação de guerra.²¹⁸

A Hungria, agora separada da Áustria pelo Tratado de Trianon de 1920, também foi chamada à responsabilidade pelos custos da guerra, além de sofrer as mesmas penalidades de reparação de danos já mencionadas, também fora condenada ao pagamento de duzentas mil coroas ouro. Com o potencial econômico destruído, tanto Áustria quanto Hungria nunca conseguiram honrar o compromisso imposto ante a incontestável insuficiência de fundos.²¹⁹

Ante o exposto, pode-se inferir que as consequências causadas pelos conflitos de 1914-1918 têm sua origem essencialmente nos séculos anteriores e que sendo considerada a Grande Guerra apenas uma etapa do que ainda haveria por vir, foi de extrema relevância identificar as correntes de pensamento que prevaleceram nestes momentos históricos como uma reflexão dos seus próprios cotidianos.

Os pensadores realistas e neorrealistas refletiram as suas visões pragmáticas e por vezes mesmo pessimistas, fundamentados nos comportamentos desregrados e desagregadores da alma humana ou na consistência estrutural dos estados nacionais em contraponto aos ideais utópicos de percepção das relações internacionais.

Logo, conhecendo os fundamentos teóricos das relações internacionais e o contexto histórico dos grandes conflitos em escala mundial, a pesquisa, a partir deste ponto, se encontra em maturidade necessária para analisar a linha de pensamento do Estado Britânico em relação aos seus vizinhos em estado de beligerância no contexto entre guerras (1934-1939) a partir do conjunto de comunicações

218 Magnoli, Demétrio. *História da paz*. Editora Contexto, 2012, p.191.

219 *Ibid.*, op. cit., p.191.

emitidas pelo Ministério das Relações Exteriores acerca da escalada de violência até o seu estopim durante a Segunda-Guerra Mundial.