

Organizadoras:

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo
Viviane Angélica Ferreira Zica
Allana Regina Andrade Kinjyo

DIREITOS
HUMANOS
E CONSTITUCIONALISMO

Autores:

Allana Regina Andrade Kinjyo
Amanda Martins Rosa Andrade
Anny Kariny Feitosa
Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva,
Érika Silvana Saquetti Martins
Francisco Francinildo Oliveira Lima
Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo
Igor Caiafa Ferreira Silvério
Iris Soier do Nascimento de Andrade
João Georgeton Barbosa Silva
José Roberto Anselmo
Ludmila Lopes Lima
Marcelo Raimundo da Silva
Odorico Konrad
Roberto Marcolino Graciano
Thiago de Mello Azevedo Guilherme
Viviane Angélica Ferreira Zica

É uma honra a missão de apresentar esta obra sobre os Direitos Humanos e Constitucionalismo, fruto do trabalho desenvolvido por docentes, discentes, profissionais que pesquisam a temática, em prol da contribuição científica e sua extensão com a comunidade, pesquisas desenvolvidas por pesquisadores e pesquisadoras do Centro de Pós Graduação do Centro Universitário de Bauru – ITE Bauru.

Por certo, o objetivo da obra é fomentar ambiente de sugestões para a efetivação dos direitos fundamentais e contribuir para a construção de uma sociedade justa e solidária.

A importância desta pesquisa está na sua atualidade, para questões em que o Direito precisa trazer respostas para segurança jurídica das relações pessoais, sociais e econômicas que se transformam, sofrem mutação na atual mutação social.

Trata-se de uma abordagem de diversos ramos ou facetas do Direito com a função de prevenir violações a direitos fundamentais, em prol dos objetivos e fundamentos da Constituição Federal.

Os Autores que participam da citada produção refletem sobre o Direito com o olhar conforme a sua linha de pesquisa científica. Os artigos que alimentam esta edição traduzem o pensamento crítico sobre aspectos doutrinário e jurisdicional, em torno das relações jurídicas e o ambiente social, na atualidade, confrontado com a relativa escassez de legislação para responder anseios sociais.

Com a certeza de que esta coletânea de artigos trará efetiva contribuição para os profissionais que atuam na área jurídica, orgulhosamente, cumprimento seus autores e apresento a todos, a nobre criação intitulada: "DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO, com a certeza que o Centro de Pós-graduação do Centro Universitário de Bauru contribui para uma sociedade mais inclusiva, através das obras que seus alunos e alunas deixam para o mundo jurídico, como um legado da pesquisa científica.

Professor Dr. José Claudio Domingues Moreira

Doutor e Mestre em Direito Constitucional (ITE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É professor do curso de Direito, no Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) no curso de Doutorado.

ISBN 978-65-6006-291-7



9 786560 062917 >



DIREITOS
HUMANOS
E CONSTITUCIONALISMO:

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
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"

A Expert Editora não se responsabiliza por quaisquer posições, opiniões e condutas compartilhadas nesta obra, sendo o conteúdo dos capítulos de responsabilidade exclusiva de seus respectivos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

K55d Kinjyo, Gine Alberta Ramos Andrade; Zica, Viviane Angélica Ferreira; Kinjyo, Allana Regina Andrade (organizadoras)

Direitos humanos e constitucionalismo : investigações do programa de Pós-Graduação em Direito do CEUB-ITE / organizado por Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo, Viviane Angélica Ferreira Zica, Allana Regina Andrade Kinjyo. – Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2026.

226 p.

ISBN: 978-65-6006-291-7

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

1. Direitos humanos. 2. Direito constitucional. 3. Pós-graduação em direito. 4. Constitucionalismo. I. Kinjyo, Gine Alberta Ramos Andrade, org. II. Zica, Viviane Angélica Ferreira, org. III. Kinjyo, Allana Regina Andrade, org. IV. Título.

CDD: 341.27

CDU: 342

Índices para catálogo sistemático:

Direitos Humanos / Direito Constitucional CDD 341.27 / CDU 342

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





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Gladston Mamede
Advogado e escritor

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. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

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. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Leonardo Ferreira Vilaça
Universidade de Itaúna – UIT e Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura
Universidade Estadual De Montes Claros

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e 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

APRESENTAÇÃO

É uma honra a missão de apresentar esta obra sobre os Direitos Humanos e Constitucionalismo, fruto do trabalho desenvolvido por docentes, discentes, profissionais que pesquisam a temática, em prol da contribuição científica e sua extensão com a comunidade, pesquisas desenvolvidas por pesquisadores e pesquisadoras do Centro de Pós Graduação do Centro Universitário de Bauru – ITE Bauru.

Por certo, o objetivo da obra é fomentar ambiente de sugestões para a efetivação dos direitos fundamentais e contribuir para a construção de uma sociedade justa e solidária.

A importância desta pesquisa está na sua atualidade, para questões em que o Direito precisa trazer respostas para segurança jurídica das relações pessoais, sociais e econômicas que se transformam, sofrem mutação na atual mutação social.

Trata-se de uma abordagem de diversos ramos ou facetas do Direito com a função de prevenir violações a direitos fundamentais, em prol dos objetivos e fundamentos da Constituição Federal.

Os Autores que participam da citada produção refletem sobre o Direito com o olhar conforme a sua linha de pesquisa científica. Os artigos que alimentam esta edição traduzem o pensamento crítico sobre aspectos doutrinário e jurisdicional, em torno das relações jurídicas e o ambiente social, na atualidade, confrontado com a relativa escassez de legislação para responder anseios sociais.

Com a certeza de que esta coletânea de artigos trará efetiva contribuição para os profissionais que atuam na área jurídica, orgulhosamente, cumprimentoseusautores eapresento a todos, a nobre criação intitulada: “DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO”, com a certeza que o Centro de Pós-graduação do Centro Universitário de Bauru contribui para uma sociedade mais inclusiva, através das obras que seus alunos e alunas deixam para o mundo jurídico, como um legado da pesquisa científica.

Professor Dr. José Claudio Domingues Moreira

Doutor e Mestre em Direito Constitucional (ITE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É professor do curso de Direito, no Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) no curso de Doutorado.

PREFÁCIO

“Direitos Humanos e Constitucionalismo” apresenta consistente seleção de textos que analisam questões atuais de grande impacto sociojurídico, tais como racismo, gênero, encarceramento, democracia, moradia adequada, justiça, igualdade. Estamos diante de nove capítulos que, conjugados em obra coletiva, discutem, à luz dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, temas jurídicos da contemporaneidade.

Inevitavelmente, as categorias supramencionadas são convergentes, proporcionando ao leitor, a partir de uma leitura fluida, tecer conexões intertextuais. Podemos dizer que esta convergência é assegurada por meio da expectativa e da ponderação que permeia a preocupação de todos os autores e autoras: a concretização de direitos e garantias, dada a natureza fundamental e constitucional dos direitos humanos.

A coletânea está organizada em dois eixos de abordagem, bem definidos em conteúdos afins, com textos oriundos de produção colaborativa em pós-graduação; escritos, portanto, alguns, a mais de quatro mãos. Cada eixo conta com cinco capítulos.

Como destacado, a primeira parte conta com contribuições que assimilam a “Contemporaneidade à luz dos Direitos Humanos”. Na segunda parte, podem ser encontradas análises focadas na “Contemporaneidade e o Direito Constitucional”.

Como dito, um pouco antes, da fluidez dos textos, excelente característica do que é ofertado à leitura com esta importante obra. E adverte-se: está longe de serem textos simples, meramente básicos. Bem ao contrário, estimulam incursões e desdobramentos teórico-conceituais para outras pesquisas, outras leituras a partir, inclusive, das referências utilizadas pelos pesquisadores e pesquisadoras na composição de cada “texto-capítulo”.

A temática posta na obra é atual e urgente, que reúne abordagem do campo jurídico e do campo acadêmico. Aliás, de forma assertiva, Pierre Bourdieu distingue os agentes do campo jurídico, por um lado,

do *homo academicus*, por outro. Com efeito, o autor da Sorbonne¹ revela a complexidade da disputa do monopólio de dizer o direito, revelando a concorrência entre agentes jurídicos, não deixando de pontuar o poder simbólico do direito, o *habitus* e as hierarquias intrinsecamente postas². Por outro lado, Bourdieu afirma que as posições ocupadas no espaço social estão ligadas à posse de capital cultural e que os professores universitários são os que dominam, em maior número, esse capital e situam-se, sobretudo, no polo dominado do campo do poder, como detentores de uma forma institucionalizada de capital cultural³. A presente obra apresenta essas duas dimensões do jurídico e do acadêmico como pode ser observado nos capítulos do livro.

Portanto, trata-se de obra coletiva contributiva para o cenário acadêmico, resultante do diálogo dos autores(as) com a pesquisa jurídica e com os orientadores/as destas investigações; pesquisa um dos tripés da vida universitária ao lado do ensino e da extensão. A publicação cumpre com a função técnica da produção acadêmica, aproximando o pesquisador/a da sociedade, com a possibilidade de dar a conhecer a potencialidade da universidade brasileira do campo de pesquisa do direito.

Salvador e Maceió, 24 de março de 2026.

Professor Dr. Júlio Cesar de Sá da Rocha

Professor Associado FDUFBA e PPGD UFBA
Pesquisador Visitante PPGD UFAL

Professora Dra. Pensilvania Silva Neves

Mestre e Doutora PPGD UFBA
Docente

1 Pierre Bourdieu foi Professor da Cátedra de Sociologia no Collège de France. Lecionou, também, em renomadas universidades ao redor do mundo, como Instituto Max Planck, na Alemanha, e universidades de Harvard e Chicago, nos EUA. Recebeu o título de Doutor *Honoris Causa* da Universidade Livre de Berlim (1989), da Universidade Johann Wolfgang-Goethe de Frankfurt (1996) e da Universidade de Atenas (1996).

2 Ver BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

3 Ver BOURDIEU, Pierre. Homo academicus. Tradução: Ione Ribeiro Valle. Nilton Valle; revisão técnica: Maria Tereza de Queiróz Piacentini. Florianópolis: Editora da UFSC, 2011.

ORGANIZAÇÃO

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo
Viviane Angélica Ferreira Zica
Allana Regina Andrade Kinjyo

AUTORES

Allana Regina Andrade Kinjyo
Amanda Martins Rosa Andrade
Anny Kariny Feitosa
Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva,
Érika Silvana Saquetti Martins
Francisco Francinildo Oliveira Lima
Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo
Igor Caiafa Ferreira Silvério
Iris Soier do Nascimento de Andrade
João Georgeton Barbosa Silva
José Roberto Anselmo
Ludmila Lopes Lima
Marcelo Raimundo da Silva
Odorico Konrad
Roberto Marcolino Graciano
Thiago de Mello Azevedo Guilherme
Viviane Angélica Ferreira Zica

SUMÁRIO

PARTE 01: CONTEMPORANEIDADE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Zaffaroni, Foucault e Mbembe: Um estudo criminológico do inimigo no direito penal à luz do biopoder e da necropolítica 15

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo, Allana Regina Andrade Kinjyo

Direito antidiscriminatório e o direito de igualdade: Conceitos relevantes para o letramento racial na contemporaneidade em prol da promoção da dignidade humana..... 35

Roberto Marcolino Graciano, Anny Kariny Feitosa

Racismo, encarceramento e os impactos da discriminação da posse da maconha para uso pessoal no desencarceramento no Brasil..... 61

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo, Allana Regina Andrade Kinjyo

A filosofia do direito e o Brasil contemporâneo: o tema da falta de concretude do direito fundamental à moradia..... 81

Érika Silvana Saquetti Martins

PARTE 02: CONTEMPORANEIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL

A "democracia" no STF: Relato de análise de conteúdo temático desde a teoria do estado brasileiro 105

Marcelo Raimundo da Silva

Análise da regulação e fiscalização de loteamentos urbanos em um município de médio porte no nordeste brasileiro 139

Francisco Francinildo Oliveira Lima, Odorico Konrad, Anny kariny Feitosa, Roberto Marcolino Graciano

O redirecionamento da execução fiscal aos sócios e administradores à luz da obra "o processo" de Franz Kafka 151
Viviane Angélica Ferreira Zica, José Roberto Anselmo

Poligamia, ultraje social e direito: A tensão entre proteção de minorias comportamentais e igualdade de gênero..... 175
João Georgeton Barbosa da Silva, Thiago de Mello Azevedo Guilherme

A eficiência econômica do stay period na recuperação judicial: Proteção necessária ou incentivo ao default estratégico? 193
Igor Caiafa Ferreira Silvério

Ludmila Lopes Lima

Crise de segurança e direitos fundamentais: violência policial em São Paulo e o paradigma do estado de coisas inconstitucional 199
Amanda Martins Rosa Andrade, Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva, Iris Soier do Nascimento de Andrade

PARTE 01
CONTEMPORANEIDADE À LUZ
DOS DIREITOS HUMANOS

ZAFFARONI, FOUCAULT E MBEMBE: UM ESTUDO CRIMINOLÓGICO DO INIMIGO NO DIREITO PENAL À LUZ DO BIOPODER E DA NECROPOLÍTICA

*Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo*⁴

*Allana Regina Andrade Kinjyo*⁵

INTRODUÇÃO

Reflete-se na presente oportunidade, a relação dialógica existente entre as obras “Vigiar e Punir” de Michel Foucault (1987), “O Inimigo do Direito Penal” de Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), e “Necropolítica” de Achille Mbembe (2018). As três obras apresentam reflexões liames histórico-sociológicas sobre encarceramento, relações de poder, racismo e política criminal. A clássica obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir” (1987), discute acerca da execução penal do condenado no século XVIII, período em que a dor corporal era o objeto da ação punitiva, ao passo que, Mbembe (2018) ao discorrer sobre o conceito de biopoder sustenta ser “aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu controle”. O corpo tem ligação direta com o campo político, visto que as relações de poder, perpassem esses espaços da vida.

A essência do inimigo é conduzida conceitualmente por Zaffaroni (2007), ao afirmar que “a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado”. Neste sentido, o poder, o corpo e o

4 Doutoranda em Direito pela ITE/SP. Mestre em Ciências, Tecnologia e Educação pela FVC/ES. Mestre em Gestão Educacional pela UAL/PY. Especialista em Direitos Humanos pela UFBA/BA. Especialista em Direito Público pela FASE/ES. Profa. Assistente da FASB/BA. Advogada. Pedagoga. Historiadora. Pesquisadora do GPHDDH/UFBA e do GEPIDEC/FASB. E.mail: ginekinjyo@gmail.com. ID Lattes: **7127244982521886**.

5 Mestranda em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino (CEUB Bauru). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões (FACULDADE ÚNICA/MG). Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade do Sul da Bahia (FASB). Contato eletrônico: allanakinjyo@gmail.com. ID Lattes: **7615705329671423**.

inimigo do Direito Penal podem estar diretamente imbrincados, formando possível tríade do encarceramento. A metodologia está ancorada na revisão bibliográfica, por meio livros, teses, dissertações e artigos disponíveis em sítios eletrônicos. Como resultado da pesquisa, é possível afirmar que ao longo do estudo, restou constatado que a utilização econômica do corpo, como força de produção que lhe é investida, por relações de poder e dominação, propiciam o agravamento da situação prisional, com severos efeitos institucionais e pessoais às pessoas encarceradas.

1. O CÁRCERE, OS CORPOS, A VINGANÇA E O PODER PUNITIVO

Desde os primórdios da sociedade civil, verifica-se a existência de conflitos entre em indivíduos, como corolário da própria condição de sociabilidade, resultando assim, num processo natural que pode, ser causa de divergência de pensamentos ou opiniões nas relações entre os indivíduos. Destes empasses, evoluiu-se até as primeiras codificações, com o estabelecimento das primeiras formas de repreensão às atitudes/ações que visavam violar os direitos ou o bem jurídico do próximo. O termo “vingança” é historicamente conhecido pela sua previsão no Código de Hamarubi (2.083 a.C.), onde, esta codificação buscou limitar os objetivos do popularmente ditado “olho por olho, dente por dente”. Entretanto, a história do Direito Penal é possível observar que existiu um lapso temporal denominado como “período da vingança”, do qual este apresentou fases e evoluções que influenciaram estoicamente. A doutrina conceitua este período a partir de uma divisão tríplice, representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública (BITTENCOURT, 2020). Sobre o tema, Bittencourt (2020) esclarece que:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos

que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. (BITTENCOURT, 2020, Pag. 185).

A técnica do encarceramento surge então, na história e no direito, como o emprego do ato de aprisionar, não caracterizado ainda, no sentido de cumprimento de pena, mas sim como uma garantia de punição. Trata-se então do direito penal no Século XVII, onde o indivíduo era mantido sob o domínio físico do Estado, em espaços como calabouços, ruínas, torres de castelo dentre outros espaços que serviam de tutela para aprisionamento, anteriormente à decisão punitiva final, qual seja, o suplício imposto ao encarcerado. O período da vingança prolonga-se até o século XVIII, onde, no citado momento, predominava a “vingança divina”, situação pela qual, o castigo era aplicado pelos representantes da igreja católica, por uma “delegação” divina. Neste período, destaca-se como legislações predominantes o Código de Manu (1.500 a.C), bem como previsões legais com características de crueldade marcantes, previstas nas codificações no Egito (Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia (BITTENCOURT, 2020).

Neste momento, como bem explana Bittencourt (2020) “O Estado afastou a vingança privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a seguridade social, surgindo a vingança pública, que nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre o poder divino e o poder público”. Neste diapasão, percebe-se que o Poder Público assume a competência total pelo exercício e aplicabilidade da Execução Penal, objetivando assegurar uma ordem coletiva social. O próprio ato de punição, através da reclusão, estava relacionado ao costume da Igreja, de punição do clero com tal pena. Acreditava-se que através do isolamento, pensado como local de encontro com Deus e consigo mesmo, seria possível a reconstrução racional do indivíduo.

Assim, a tutela estatal era interpretada socialmente como uma derivação do poder divino de Deus, demonstrando o domínio social que a Igreja Católica exercia à época. Portanto, a violação das normas estabelecidas pelo Estado, derivadas de suposta conexão com o Poder Divino, representavam verdadeiro desrespeito à “autoridade divina” (VALOIS COELHO, 2012).

Os martírios corporais, a escravidão e a pena de morte exercida, através do suplício, eram sanções previstas pelo Estado, na tentativa de coibir a chamada “vagabundagem social”, que tem fundamento histórico no século XVI. A pena de prisão, caracterizava apenas um procedimento antecessor a pena final, servindo principalmente, como forma de amedrontar a sociedade, haja vista que o martírio acontecia em local público, para que todos pudessem presenciar o cumprimento da pena de morte. Neste ínterim, Gudín Rodriguez (2014), ao enfrentar a temática do encarceramento ao longo da história, aponta que,

En sus primeros momentos la prisión es un establecimiento destinado a la custodia de los reclusos. Em la antigüedad salvo casos excepcionales, los delincuentes convictos no quedaban confinados em prisiones, sino que eran sometidos con penas corporales o pecuniarias. Así, las penas privativas de la libertad, son un concepto relativamente moderno. (RODRIGUEZ, 2014, p. 01).

A política do Iluminismo europeu é essencial para o deslinde da história da ciência penal, não somente da Itália, mas como uma formulação pragmática dos pressupostos de uma teoria jurídica do delito e da pena. De igual modo, no cenário de uma concepção liberal do estado de direito, fundamentava-se as ações do poder no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre ao qual, insurge as ideias do contrato social e da divisão de poderes. Neste cenário, assevera Baratta (2011),

“Do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia do contrato social segue-se que o critério da medida da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica; enquanto a exclusão da pena de morte é derivada por Beccaria da função mesma do contrato social, com a qual aquela constringeria logicamente, já que é impensável que os indivíduos espontaneamente coloquem no depósito público não só uma parte da própria liberdade, mas sua própria existência. Da ideia de divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática de tortura, assim como a afirmação da exigência de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei.” (BARATTA, 2011, p. 34).

Do processo de globalização se relaciona ao desaparecimento, em princípios do século XIX, do grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado, “exclui-se do castigo, a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva” (Foucault, 1999, p. 18). Desta mutação, a punição vai se tornando a parte mais velada do processo penal, deixando o campo da percepção quase diária e adentrando na consciência abstrata, tendo por eficácia a fatalidade antes intensamente visível, resultando em uma mecânica exemplar de punição que muda as engrenagens. Assim, com o processo de revolução industrial, os fatores mais importantes para a transformação parcial do poder punitivo é visto na concentração urbana, considerando o aumento considerável do número de pessoas indesejáveis.

2. AS PRISÕES, A PENA, E A PUNIÇÃO COMO ECONOMIA DO CASTIGO

Os pensadores iluministas e liberalistas, aos discutirem à época, qual seria o objetivo das punições, ressaltando no debate, sobre a necessidade de reformas estrutura nas prisões. Diante desses novos pensamentos, com as contribuições reformativas apresentadas por pensadores como, John Howard e Jeremy Bentham, influenciados pelos argumentos formulados por Cesare Beccaria (2010) sobre a deficiência na efetividade da pena, viu-se no século XIX, a criação dos primeiros sistemas penitenciários nos Estados Unidos da América. Este novo modelo de instituição, criado nos Estados Unidos, seria marcado pelo isolamento, o silêncio e o trabalho, como premissa da pena de prisão, representando a construção de penitenciárias no estilo panóptico, formulado por Jeremy Bentham (MCGOWEN, 1988).

O benefício econômico percebido pelo Estado, nestes sistemas, representava verdadeira exploração da mão de obra prisional, que se fundava na ideia de desobrigação do Estado em arcar com o sustento do preso que, através da disciplinar do trabalho, não mais iria “focar” na formulação de pensamentos criminosos. Entretanto, ambos os sistemas (Pensilvânia e Aurburn) foram criticados pela desumanidade no tratamento dos prisioneiros, que apresentavam grande abalo psicológico, em virtude da pressão que era exercida pelo isolamento (MAIA, 2017).

A clássica obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir” (1987) traz à baila contextualização da procedibilidade da execução penal do condenado no século XVIII, período em que a dor corporal era o objeto da ação punitiva. À época, após o receber a sentença condenatória, o preso deveria pedir perdão publicamente, e posteriormente “levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras” (FOCAULT, 2014), seria erguido, era torturado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, um verdadeiro, onde paulatinamente, seria esquartejado. As passagens desta obra suscitam o modo em que a execução da morte era

procedida é um verdadeiro espetáculo de atrocidades humanas, que era apreciada em praça pública por toda a sociedade, e que marcou o século pela prática dos suplícios.

O dinamismo do procedimento punitivo era realizado pela figura do “executor”, definido no exemplo de Foucault como um homem “forte e robusto”, a fim de justificar a dificuldade que este teve no esquiteamento do condenado. O exemplo o exercício punitivo através do suplício e da utilização do tema traduz o estilo penal daquele momento, época em que a “economia do castigo” é redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, visto que diante dos diversos e grandiosos episódios surgiram a posterior, concernente à escândalos para justiça tradicional, acompanhada das ideias iluministas, surgiram inúmeros projetos reformistas. Depreende-se uma nova teoria da lei e do crime, ressignificando a justiça moral e política do direito de punição, tal como, resultou na extinção de antigas ordenamentos, costumes, abrindo espaço para a redação de códigos “modernos”, que resultaria em uma nova era da justiça penal.

O corpo, como bem ressalta Foucault (2014), era observado como um “corpo político”, do qual, representava um conjunto de elementos materiais e de técnicas que serviam de armas, de reforço, de via comunicativa, e, sobretudo, de ponto de apoio para relações de poder e de saber que, investiam nos corpos humanos e os submetiam estes a objeto de saber. Em resumo, a reforma individual, daqueles tidos como delinquentes, era realizada através do sofrimento corporal. Desconhecia-se, à época, o cumprimento de pena através da restrição da liberdade, como ocorre na atualmente e sim, através da tentativa de disciplinar o indivíduo e principalmente, sua alma, considerando o caráter pedagógico divino ali exercido, em desfavor daqueles que destoavam dos padrões socialmente construídos e impostos pelo Estado.

No pensamento foucaultiano, a alma habita o corpo e o leva à existência, representando uma mesma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo e, conseqüente sofrimento deste. A alma, de fato, resultava o efeito e servia de instrumento de uma anatomia

política (FOUCAULT, 2014). Assim, da intervenção da Igreja Católica na imposição de regras socialmente construídas e justificadas pela divindade, à formalização e aplicação pelo Estado de práticas punitivas de crueldade àqueles que iam a oposição a estes termos, chegava ao fim de um século e presenciava o nascimento de um novo conceito de prisão.

3. O MUNDO ENTRE GUERRAS, TOTALITARISMO E ESTADO DE EXCEÇÃO

É no cenário da Europa de entre guerras (1918-1939), que o heroísmo era fortemente exaltado, oportunidade em que irrompeu no mundo, novos autoritarismos, com discursos penais variáveis, de caráter até mesmo biológico, a exemplo do marxismo na Rússia (ZAFFARONI, 2007), de idealismo na Itália e de brutal genocídio na Alemanha. Permeiam a esse período, o deslumbre com o Estado de Exceção, ressurgindo paralelamente, à luz de ideologia proveniente do século XIX, a ideia da existência de um cerne de periculosidade (“cônjuge inseparável e legítimo do racismo”) (ZAFFARONI, 2007), ao qual se classifica pessoas como perigosos ou inimigos, e que seriam posteriormente, submetidos a um sistema penal “paralelo” àqueles compostos por tribunais especiais de cunho inquisitorial ou policial.

O Estado de Exceção é composto pela ausência de normas legítimas do exercício do Poder Estatal. A Filosofia do Direito, sustenta sobre esse período, a existência de descompasso no uso do poder, razão ao qual, os governos autoritários oprimem os direitos fundamentais das maiorias, à exemplo das ditaduras do século XX, “que causaram injustiças e discriminações por meio de leis e decisões administrativas” (DIMOULIS, 2007). Em verdade, a governança de cunho autoritário exerce seus poderes de forma repressiva e fortemente genocida, articulando sistemas penais subterrâneos, com incrédulas práticas como tortura, desaparecimento, execuções administrativas e penais, sejam estas individuais ou em massa, e sem qualquer respaldo legal.

A tese do inimigo assenta a possibilidade de uma negação jurídica da condição de uma pessoa, razão ao qual lhe é direcionado um tratamento penal diferenciado, não em razão da sua essência e sim, como um reflexo da individualização deste indivíduo como ser humano. Quando à esta essência subjetiva, tal temática toma forma segundo a teoria política de Carl Schmitt, que realiza resgate do conceito tradicional originário do direito romano, em que, a par de um Estado absoluto, o inimigo não é tão somente um sujeito infrator, mas em verdade, um estrangeiro que em sua essência, sempre será possível a ocorrência de conflitos que não poderiam ser solvidos pelo sistema de normas pré-estabelecidas (ZAFFARONI, 2007).

A conveniência do exercício legal reinava nestes cenários, visto que apesar da existência de leis redigidas por juristas, estes não poderiam “dirigir-se aos autocratas que as encomendavam através de seus amanuenses” (ZAFFARONI, 2007), se limitando ao poder onímodo com vistas a agradá-los. Um exemplo de tal conduta é observada nas leis de defesa e de proteção do Estado nazista, visto que estas eram dirigidas a agradar Führer, mas de igual modo, o público que levantavam argumentos de concordância às supostas qualidades destas, sob o falso escudo de proteção contra aqueles que desoavam dos ditames da sociedade. Assim, as leis do autoritarismo de entreguerras apresentam entre si traços idênticos, de caráter frontalista. O Estado representava nesse contexto, a figura substitutiva à sociedade na prática da violência, caracterizando verdadeira antítese entre o direito posto por este e a violência fática. Portanto, para Freud (1977):

[...] a violência podia ser derrotada pela união, e o poder daqueles que se uniam representava, agora, a lei, em contraposição do indivíduo só. Vemos assim, que lei é a força de uma comunidade. Ainda é violência, pronta para se voltar contra qualquer indivíduo que lhe se oponha; funciona pelos mesmos métodos e persegue os mesmos objetivos. A única

diferença real reside no fato de que aquilo que prevalece não é mais a violência de um indivíduo, mas a violência da comunidade (1977, p. 247).

O poder punitivo, em suas mazelas históricas, em especial nos Estados totalitaristas, agia de maneira a proceder de forma violenta e extremamente discriminatória e até mesmo, desumano em desfavor de certas pessoas e grupos étnicos, conferindo-lhes um tratamento punitivo que lhes retirava até mesmo, sua condição existencial e humana.

A violência aplicada pelo Estado era supostamente reafirmada pela sociedade, vez que, esta não mais necessitava realizar a “justiça” com as próprias mãos, por possuir uma regulamentação social para tanto, sendo esta tutela atribuída por figuras judiciárias que teriam responsabilidade pelos atos punitivos na Execução Penal. O Estado, por seu turno, era cruel na execução das penas impostas, por meio de seus agentes estatais que, aplicavam os juízos finais de morte e punições, através do uso do corpo como ponto de dor e sofrimento (FOUCAULT, 2014).

Os agentes do Estado, quando optavam por conceder o benefício da vida aos indivíduos, por vezes, determinavam a imposição de penas alternativas até piores do que a pena capital, como por exemplo, amputações de membros ou outro tipo de violência corporal cruel, aterrorizante e inumana. Em verdade, o direito penal sempre aceitou a ideia de um inimigo, mas deste ponto se agrava a verificação de uma incompatibilidade com o Estado de direito, o que, Zaffaroni (2007) assevera ser adequado,

“uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo o seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste de direito penal que compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o

dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”. (ZAFFARONI, 2007, p. 26).

Inobstante, a possibilidade de negar o efeito perverso do conceito do inimigo no direito penal, este pressupõe o exercício real do poder punitivo como uma obra das agências executivas do Poder Estatal, encarregados pela coerção. Outrossim, estudos nesse sentido, são comumente realizados em disciplinas de cunho mais descritivo, a exemplo da criminologia e da sociologia, e a par dessa ideia, o direito penal como uma ciência, doutrina ou saber jurídico. Baratta (2011), realiza aprofundamento na filosofia do direito penal com base na fundamentação filosófica da ciência penal desenvolvida por Cesare Beccaria (2017).

5. REFLEXÃO EPISTEMOLÓGICA

O jurista Eugenio Zaffaroni (2007) introduz em sua clássica obra “O inimigo do Direito Penal”, teoria penalista que assenta mesma nomenclatura, ao qual sustentado que as pessoas privadas de liberdade, tem seus direitos cerceados ao não lhe serem aplicadas infrações sancionadas dentro dos liames do direito penal, mesmo diante forte influência positiva exercida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, observado nas últimas décadas. A lógica da eliminação do corpo permaneceu por muito tempo, tendo em vista tratar-se de procedibilidade “fácil”, onde os indesejáveis deixavam de constituir um problema (Zaffaroni, 2007, p. 44).

As dificuldades em relação aos indesejáveis eram manifestadas diante do aumento da concentração urbana, razão ao qual era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. A grande hipocrisia desta transmutação reside no fato de que não seria mais tolerável continuar matando-os em praças públicas, momento ao qual fora necessário a busca por outras formas de eliminação. O poder sobre o corpo, de outro turno, tampouco deixou

de existir totalmente até meados do século XIX, tendo em vista que a pena não mais se centralizava no suplício como forma de sofrimento, tomando como objeto punitivo, a perda de um bem ou de um direito.

A remodelação do sistema punitivo teve como elemento circunstancial a superação dos suplícios. Foucault (1987) ressalta que “hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como ‘humanização’ que autorizava a não o analisar.” (FOCAULT, 2014). O registro temporal desse período não permite o escamoteamento histórico desses procedimentos, visto que estes influenciaram na transformação do objeto executivo do sistema punitivo. A par disso, diante das grandes transformações institucionais, ergue-se o caráter essencialmente corretivo da penal, ao qual as punições passaram a ser menos físicas, tendenciosamente discreta na arte do sofrimento, “mais velados e despojados de ostentação” (FOCAULT, 2014).

Em contraponto, Mbembe (2018) realiza em seu ensaio, memória aos ensinamentos de Foucault (1975), ao discorrer sobre o conceito de biopoder, ao qual sustenta ser “aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu controle” (MBEMBE, 2018). Os sistemas punitivos, em termos foucaultianos, são posicionados em certa “economia política” do corpo, ao passo que mesmo quando não são utilizados os castigos violentos ou sangrentos, e sim métodos suavizados de correção, sempre se trata do corpo e suas forças, “da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão”.

O corpo tem ligação direta com o campo político, visto que as relações de poder tem alcance direto com estes, ao passo que são passíveis de marcação, direção, suplícios, e; sujeitos ainda, ao trabalho. O investimento político que é inerente à essa ligação resulta da utilização econômica do corpo, como força de produção que lhe é investida, por relações de poder e dominação. Foucault afirma que, “o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso”. A par disso, o poder punitivo constitui uma espécie de controle que pode ser denominada “tecnologia política do corpo”,

sendo esta difusa, e dificilmente em discursos contínuos e sistemáticos, e sim, resultante de um material e processos sem relações entre si.

Mbembe cita o autor Bataille, ao tratar das configurações da soberania, ao qual argumenta que a “recusa em aceitar os limites a que o medo da morte teria submetido o sujeito”, e por isso, em decorrência do domínio natural de proibições, inclui-se ao rol a morte. Ao contrário da subordinação, que tem seus ditames na necessidade de evitar a morte, a soberania se utiliza do exercício (e permanência) do poder, através da demandada risco da morte.

Segundo a teoria da necropolítica, “a guerra, afinal, é tanto um meio de alcançar a soberania como uma forma de exercer o direito de matar” (2011, p. 06). Ao se pensar a “guerra” como elemento histórico diretamente ligado ao exercício do poder, é possível proceder referência ao que Zaffaroni explica sobre esses períodos “anormais”, tendo em vista que, a guerra se traduz em um cenário em que se exerce o estado de exceção, que deve por certo, tem vigência limitada. De outrossim, inexistente possibilidade de compatibilização espacial para o exercício do Estado de Direito e o Estado de Exceção, que por efeito deste último “obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os dos direitos humanitários invocando a criminalidade” (ZAFFARONI, 2007).

O conceito de estado de exceção é historicamente discutido em relação ao nazismo, ao totalitarismo e aos campos de concentração/extermínio, fato este que Mbembe (2018) ressalta que “os campos da morte em particular tem sido interpretados para a violência soberana e destrutiva e como o último sinal do poder absoluto do negativo”. Sobre a ascendência desses regimes, imperioso trazer à baila novamente, a autora Hannah Arendt (2012), em que em sua obra “Origens do totalitarismo”, a mesma infere que “não há paralelos à vida nos campos de concentração. O seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte” (MBEMBE, 2018).

A guerra é um recurso estatal para a manutenção do poder, ao passo que, segundo Zaffaroni (2007), diante do fim de uma conflagração,

“é necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados”. O estado de exceção, imposto durante o período de guerra, resulta na suspensão temporal do estado de direito, o que deriva em um arranjo espacial permanente, que se mantém continuamente com a ausência de um estado ordinário da lei. Mbembe correlaciona o estado de exceção, o estado de sítio e a teoria do biopoder, de Foucault. O filósofo africano argumenta que o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar. A supracitada relação de inimizade nos remete à teoria de Zaffaroni, ao qual, o inimigo do Direito Penal tem por essencialidade o tratamento diferenciado, ao passo que o direito lhe nega sua condição de pessoa.

O risco das formas de soberania reside no fato de que não se objetiva alcançar a autonomia, e sim, “a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos, humanos e populações.” (MBEMBE, 2018). Nesse sentido, segundo Mbembe, Foucault afirma que o direito do soberano de matar e os mecanismos de biopoder são elementos da forma em que se procedem os Estados modernos, sendo o Estado nazista o mais completo exemplo do exercício do direito de matar, o que resultou na extrapolação biológica do tema do inimigo político.

De igual modo, percebe-se que a estabilidade do poder estará ameaçada pela figura do *inimigo*, indivíduo este que tem sua essência elementarmente conceituada no Direito Romano, e individualizado por Carl Schmitt, no desenvolvimento da teoria política. O filósofo alemão infere o inimigo político em uma relação estatal ao qual “sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade”. Em relação ao *hostis* (verdadeiro inimigo político), nota-se o exercício diferenciado do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal, em razão do incomodo que estes refletem no poder, sendo classificados como insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros.

Do processo de escamoteamento dos suplícios, Foucault (2014) registra que um dos países mais reacionários à remodelação da

execução das penas foi a Inglaterra, ao qual este justifica a reação negativa sob o argumento de que o país não quis “diminuir o rigor de leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780-1820”. Inobstante, há que se salientar que, o supracitado país, historicamente, se originou como uma das primeiras monarquias e, até os dias atuais, ter-se a monarquia britânica como uma das mais conhecidas mundialmente, ao qual integra a lista de 42 (quarenta e dois) países de detém monarcas como chefe de Estado. Deste fato, denota-se a manutenção do poder e seus ditames epistemológicos.

Em paralelo, necessário trazer à cotejo o instituto social do autoritarismo cool, definido por Zaffaroni (2007, p. 59) como, “o autoritarismo do entreguerras e seu exercício de poder punitivo”. Sob este diagnóstico, Zaffaroni sustenta o crescimento do poder punitivo, diante de situações de emergência que, indesejavelmente se prolongam por período indeterminado, prorrogando o cenário de Estado de Exceção. Verifica-se elementos sociais como a submissão à lógica do medo e o cancelamento da exigência de lesividade, o que resulta em uma ideia de perigo.

Todavia, verifica-se que a prorrogação da premissa do perigo é por vezes, inconcepta, até mesmo um raciocínio coletivo de periculosidade presumida, o que permite fazer uma analogia doutrinária da teoria política e do direito penal. A par dessas ideias, observa-se que o imaginário social de um inimigo e de uma periculosidade contínua, abre espaço para que o poder punitivo atue sem o respeito de qualquer limite, haja vista a perpetuação de uma “autorização” passível de um cenário de Estado de Exceção. O positivismo criminológico emergente dos movimentos do Século XIX, criou conceitos importantes, a exemplo da periculosidade, que pode ser compreendida como uma determinação biológica, ao qual caberia às autoridades proceder a neutralização e conseqüente, eliminação do entes ditos como daninhos.

A justificativa para este movimento punitivo é baseado na constante elucidação de guerra e identificação da existência de um inimigo, conjunto este tido como verdadeiro mito social, de cunho

fortemente discriminatório. A partir dessas premissas, construiu-se socialmente, formas de punição a par de sistemas penais diferenciados às ocasiões e aos “tipos” de pessoais, aos quais, aos inimigos é destinado sistemas penais subterrâneos ou paralelos. Historicamente, há vários momentos ao redor do mundo, que justificam a formação do conceito do Autoritarismo Cool, a exemplo dos Estados Unidos, quando da década de 1980, diante de um cenário crescente de tráfico de drogas, e posteriormente, diante do abalo estatal e social pelos atentados ocorridos nas Torres Gêmeas, em Nova Iorque (2001), onde cresceu o temor ao terrorismo.

Ter-se-á, situações de autoritarismo cool como a xenofobia massiva na Europa, onde entende-se que os imigrantes devem ser vistos e compreendidos como inimigos, mas tão somente aqueles que buscam uma vida melhor por meio de uma atividade laborativa, tratando-se de verdadeira xenofobia seletiva, que se diferencia estes daqueles que vão aos países europeus em prol do turismo e consumismo local. Estes exemplos elucidam o que Zaffaroni justifica que tal conceito é baseado em convicções passageiras e modista, diante da criação de uma ilusão que se obtém mais segurança urbana, com a ideia de um aumento do rigor da legislação penalista, o que legitima a violência penal e procura-se a punição de um inimigo que não se define exatamente quem é.

A difusão culturas de novas práticas punitivas coaduna com uma nova política de controle atuarial, que é resultado de um concurso contributivo de variáveis intermediárias que serão introduzidas no imaginário popular, como uma forma de construção social do consenso, que posteriormente será plenamente legitimada e sustentada. O autoritarismo cool tem por elemento o que o jurista argentino sustenta como “opacidade de perversão”, tratando-se esta de uma espécie de perversão sem brilho, sem convicção ou embasamento teórico, resumindo-se a um discurso meramente publicitário, sem qualquer inspiração de cunho acadêmico e repleto de irracionalidade social.

A modulação de um ambiente de perigosidade social, medo e construção social da figura do inimigo público, implementa de

forma cultural, na psicologia popular, um sentimento de pânico de insegurança, com conseqüente geração de substancial demanda por melhores meios de proteção, com vistas à maior segurança. Todos estes liames de luta contra a criminalidade, aproximam as instituições de controle social e de opinião pública ao discurso midiático, único e sólido, em favor de práticas penais punitivistas, como forma de aperfeiçoar as práticas penais de repressão, ditas como inovadoras e específicas “políticas de prevenção”, diversas daquelas observadas nos formatos tradicionais de prevenção ao crime, presentes nos ditames dos fins do sistema de justiça criminal.

Assim, as grandes transformações e oscilações na dinâmica dos sistemas econômicos de produção e de circulação das mercadorias, que foram implementados gradativamente, ao longo da história da civilização capitalista, constituíram, elementos determinantes para a adoção de um sistema punitivo específico, com a formulação de métodos e modos, de menor ou maior alteração e graduação dos níveis de intensidade. Nas palavras formuladas por MELOSSI E PAVARINI (2021), quanto à relação do cárcere e fábrica, “uma conexão entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna”.

Em sentido semelhante, Baratta (1997) alerta que, em perspectiva deste contexto, os diferentes sistemas penais e suas conseqüentes variações, estariam de forma íntima, relacionado às fases do desenvolvimento da economia, haja vista o desaparecimento de um dado sistema de produção, resulta com que a correspondente pena reste inaplicável, de modo que, todo o sistema de produção possua por tendência evolutiva, a busca por formas punitivas que possam corresponder às suas relações de produção e economia.

A reconstrução histórica da elevação da prisão, constituída como a principal instituição social que auxilia na manutenção e reprodução do sistema de produção capitalista, no decorrer de um desenvolvimento social, de cunho político e econômico de uma sociedade, resulta em transparente conclusão de que a própria história civilizatória reconhece o fracasso do projeto de prisão. Em

uma representação da função ideológica que declarou o combate, controle e redução da criminalidade, as diversas reformas e projeto na luta punitiva, que por vezes se vestiu com novas roupagens, perpetuam a falha na constituição de um sistema verdadeiramente punitivo, com vistas disseminação da exclusão e deterioração dos grupos mais vulneráveis da sociedade, que economicamente, detém menores recursos financeiros, em contraposto àqueles, que acumulam as riquezas e direitos, e são beneficiários de tudo que o poder pode resultar.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do Direito Penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico – Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Edição de Bolso. São Paulo: Edipro, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte Geral. Tratado de direito penal**. Vol. 1. 26. Ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**, trad. Lon L. Fuller. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREUD, Sigmund. Sobre o narcisismo: uma introdução. In S. Freud, *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud* (v. XIV, pp. 85-119). Rio de Janeiro: Imago, 1977.

MAIA, Clarissa Nunes [et.al.] (org.). **Histórias Das Prisões No Brasil**, Volume 1. p. 12. 1ª ed. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

MBEMBE, Achille. Biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. N1-edições, 2018. p. 11.

MCGOWEN, R. **The Well-Ordered Prison: England, 1780-1865**. In: MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (Org.) *The Oxford history of the prison: The Practice of Punishment in Western Society*. New York, Oxford, Oxford Press, 1988.

Melossi, Dario e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)** – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 3ª reimpressão, outubro de 2021.

RODRÍGUEZ, Faustino Gudín; BURÓN, Javier Nistal. **La historia de Las Penas**. 1ª Ed. São Paulo: Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

VALOIS COELHO, Luís Carlos Honório. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade**. Orientador: ALVINO AUGUSTO DE SÁ. 2012. p. 19. Dissertação (Mestrado Direito Penal e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E O DIREITO DE IGUALDADE: CONCEITOS RELEVANTES PARA O LETRAMENTO RACIAL NA CONTEMPORANEIDADE EM PROL DA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

*Roberto Marcolino Graciano*⁶

*Anny Kariny Feitosa*⁷

INTRODUÇÃO

O presente capítulo deste livro foi escrito com o objetivo de apresentar alguns conceitos relevantes para o letramento racial na contemporaneidade em prol da promoção da dignidade humana. Foram trabalhados os conceitos de racismo, racismo estrutural, racismo institucional, racismo individual, discriminação, discriminação racial, discriminação direta e indireta, preconceito, preconceito racial, ideologia, meritocracia, necropolítica, colonialidade, igualdade para uma melhor compreensão do que seriam os direitos antidiscriminatórios e o direito à igualdade na contemporaneidade.

Concluiu-se que a intersecção entre o direito antidiscriminatório e o princípio da igualdade reforça a necessidade de políticas públicas e ações sociais que promovam a equidade e a justiça, bem como a luta contra a discriminação e a promoção da igualdade são tarefas contínuas que exigem o comprometimento de todos os setores da sociedade.

6 Doutorando em Direito (ITE - Bauru) Mestrado com foco em Direito Constitucional. Pós-graduado (lato sensu) com pesquisa voltada ao CEJUSC. Bacharel em Direito. Mediador, Conciliador, Supervisor de Mediação, Analista, Presidente da Comissão Especial de Gerência dos Recursos oriundos das Penas Pecuniárias e Membro da Comissão de prevenção ao assédio moral, assédio sexual e todas as formas de discriminação no TJSC. Prof. de Direito Constitucional, Administrativo, Família, JEC e Ciências Políticas. E-mail: rmg25892@gmail.com. ID Lattes: 7586055427106075.

7 Doutoranda em Direito pela ITE - Bauru. Pós-doutora pela Universidade Federal do Cariri. Pós-doutora pela Universidade de Aveiro (Portugal). Doutora em Ambiente e Desenvolvimento pela Univates. Advogada. Docente no Instituto Federal do Ceará. ID Lattes: 6604861578850716.

1 CONCEITOS RELEVANTES PARA O LETRAMENTO RACIAL E PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

Os direitos antidiscriminatórios e o direito da igualdade devem ser divulgados e discutidos nas escolas, nas universidades, nos centros culturais e artísticos do Brasil, como uma forma de combate ao analfabetismo político, na construção de uma sociedade mais letrada racialmente, em busca de uma verdadeira igualdade racial e da promoção da dignidade humana.

Vivemos num país cheio de preconceitos e discriminações, e ensinando sobre o conceito de preconceito, Furtado Filho explica que:

Preconceito seria, por isso, um conceito prévio de algo. A primeira volta no ciclo interpretativo de Heidegger. Determinada conduta em potencial. É enfim uma atividade – não em sentido físico, mas mental, formada a partir de uma valoração inicial, para com determinado objeto. Preconceitos são, portanto, inerentes à natureza humana (2013, p. 49).

Refletindo sobre racismo e preconceito racial, para Almeida o racismo é a discriminação de raça, e o preconceito racial é o julgamento com fundamento em estereótipos:

O racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem. [...] O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias. (2018, p. 22).

O racismo é uma forma de discriminação e preconceito que se baseia na crença de que algumas raças são superiores a outras. Isso pode se manifestar de várias maneiras, incluindo atitudes hostis, estereótipos negativos, e práticas injustas em áreas como emprego, educação e justiça.

O racismo, a discriminação de raça, tem profundas raízes históricas e sociais, e suas consequências podem ser devastadoras, afetando a vida de indivíduos e comunidades inteiras.

A palavra discriminação adquiriu, portanto, sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade.

Para Moreira, “a palavra discriminação encobre também aqueles mecanismos que não classificam pessoas a partir de um determinado traço, mas que concorrem para agravar a situação na qual elas vivem.” (2017, p.27-28).

Portanto, a discriminação não é apenas um ato de distinção entre pessoas ou grupos, mas um fenômeno estrutural e histórico que reflete relações de poder e opressão, enfatizando, portanto, que a discriminação deve ser compreendida dentro de um contexto social, político e jurídico, indo além de uma simples diferença de tratamento. (Moreira, 2017).

Para Dimitri Dimoulis a discriminação é um conceito relacional e essa ideia se insere dentro de uma crítica à forma como a discriminação é tradicionalmente entendida e aplicada na sociedade e no direito, e não pode ser vista apenas como um ato isolado, praticado por um sujeito contra outro, mas que ela depende de uma relação social entre os indivíduos, grupos ou categorias, mesmo porque ela surge a partir de uma interação entre diferentes grupos sociais que possuem relações de poder, onde um grupo é marginalizado ou desvalorizado em relação ao outro. (Dimoulis, 2021).

Como exemplo, o autor afirma que “os gays não são discriminados por serem diferentes, mas por serem considerados inferiores, pois

para a maioria da sociedade, todo aquele que é percebido como desvio do modelo se torna inferior”. (Dimoulis, 2021, p. 88).

No intuito de definir e caracterizar a discriminação, Dimoulis (2021) entendi que a discriminação é um conceito jurídico, e não apenas uma forma de tratamento, apresentando para tanto, duas formas de se compreender a discriminação.

A discriminação criterial ou simétrica se refere a uma forma de diferenciação baseada em critérios objetivos e universalizáveis, que podem ser justificados racionalmente e aplicados de maneira igual para todos os casos semelhantes; em contraposição à discriminação arbitrária ou assimétrica, que se baseia em critérios subjetivos, preconceituosos ou injustificáveis, resultando em tratamentos desiguais sem uma base racional legítima. (Dimoulis, 2021).

A discriminação criterial (ou simétrica) pode ser aceita em um Estado de Direito quando os critérios utilizados são legítimos, transparentes e aplicados de forma equitativa. (Dimoulis, 2021).

Um exemplo disso seria a exigência de qualificação técnica para o exercício de determinadas profissões. Já a discriminação arbitrária seria aquela baseada em fatores como raça, gênero ou origem social, sem justificativa razoável.

O legislador infraconstitucional, através do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.228/2010), em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I, define como discriminação racial ou étnico-racial:

(...) toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (BRASIL, 2010).

Nem sempre o ato discriminatório é proposital e consciente, pois pode reproduzir, ainda que involuntariamente, a discriminação, ocasionando resultados lesivos a um grupo de pessoas. Neste processo, o peso da distinção, exclusão, restrição ou preferência podem anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos e liberdades em pé de igualdade (RIOS, 2008, p. 117).

Quanto a ação discriminatória, a intenção, a desvantagem, a comparação podem ser fatores que levam a distinguir a discriminação entre negativa e positiva. Aprofundando sobre a discriminação racial, Almeida apresenta a ideia de discriminação direta e indireta:

A discriminação racial é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados”, temos no ato discriminatório a concretização social do racismo, por meio de atitudes efetivas de exclusão social. O autor separa a discriminação entre direta e indireta: A discriminação direta é o repúdio ostensivo a indivíduos ou grupos, motivado pela condição racial e a discriminação indireta é um processo em que a situação específica de grupos minoritários é ignorada-discriminação de fato-, ou sobre a qual são impostas regras de “neutralidade racial”. (2018, p. 23).

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que ocorreu a criminalização da discriminação racial, a forma direta, quando ocorre, acabada evidenciando-se com menor frequência, em contraponto à forma indireta.

Entretanto, a discriminação indireta, ainda acontece veladamente, seja através dos olhares de soslaio, piadas com conteúdo depreciativo, seja através da precarização das condições de trabalho ou mesmo da exclusão ou não inclusão do negro nas relações sociais, e até hipersexualização do corpo negro com objetivo publicitário. Neste sentido, Mallet discorre:

No Brasil, porém, a discriminação, se não é ostensiva, costuma apresentar-se de forma mais dissimulada, oculta, disfarçada. Com isso, o problema não desaparece. Pelo contrário. Torna-se ainda mais grave, dado mais difícil de identificar e de combater. Daí a reação firme do legislador, não só com o repúdio formal ao racismo, como, igualmente, com a tipificação de sua prática como crime “inafiável e imprescritível”, punível com pena de reclusão, e, mais recentemente, com a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial (2010, p. 11).

Neste diapasão, Moreira discorre sobre a discriminação negativa e positiva; sendo a negativa relacionada a práticas que criam, reforçam ou perpetuam desigualdades sociais, normalmente afetando grupos historicamente marginalizados. (Moreira, 2020).

Essa forma de discriminação pode ocorrer de maneira direta (quando há uma distinção explícita baseada em critérios arbitrários, como raça ou gênero) ou indireta (quando normas aparentemente neutras resultam em desvantagens desproporcionais para certos grupos). (Moreira, 2020).

Como exemplo, pode-se negar emprego a uma pessoa por sua cor de pele ou gênero sem justificativa razoável; em contraponto, a discriminação positiva refere-se a políticas de ação afirmativa que visam corrigir desigualdades estruturais e promover uma igualdade real de oportunidades. (Moreira, 2020).

Haja vista que essas ações incluem cotas raciais, incentivos educacionais e políticas de inclusão no mercado de trabalho, como podemos ver os programas de ações afirmativas para estudantes negros e indígenas em universidades públicas, visando reduzir desigualdades educacionais históricas.

Moreira destaca que a discriminação positiva não é uma forma de privilégio, mas sim um mecanismo necessário para corrigir injustiças históricas e garantir que grupos marginalizados tenham

acesso a oportunidades que lhes foram historicamente negadas. (Moreira, 2020).

Destarte, muitos são os pensadores que entendem o racismo - a discriminação de raça - a partir de três perspectivas, a estrutural, a institucional ou a individualista.

Nesta última, entende-se que a sociedade e as instituições não são racistas, mas cidadãos isolados com atos isolados, não compreendendo que num mundo globalizado a sociedade influencia o cidadão, e o cidadão é o componente da sociedade, e que muitos cidadãos juntos, se racistas, podem formar, indubitavelmente, instituições racistas.

Em relação ao racismo individual, Moreira aponta que “ocorre principalmente pela expressão de preconceitos sutis, mas persistentes, que indicam o desprazer na interação social com negros.” (2019, p. 33).

Ademais, (Ribeiro, 2019) o discurso da concepção individualista é pautado na ideia de que racismo é errado, e que somos todos humanos, e que em virtude do adiantar da história civilizatória, não há mais racismo. Falas como: ‘tenho amigos negros e como se pode ser racista em pleno século XXI?’ são argumentos vazios para mascarar o racismo.

Destarte, o racismo institucional é pautado na manutenção da hegemonia da raça outrora colonizadora através de comportamentos e atitudes voltadas à colonialidade, que não deixa de ser a continuação do colonialismo.

A colonialidade, em sendo um arcabouço de dominação, em que o padrão de poder persiste intrincado na sociedade, mesmo após o fim do colonialismo, continua estendendo seus tentáculos. A aversão à pessoa negra se expressa direta ou indiretamente nas relações laborais demonstrando, indubitavelmente, a atemporalidade do racismo.

*Ballestrin (2013) afirma que a colonialidade é a forma dominante de controle de recursos, trabalho, capital e conhecimento limitados a uma relação de poder articulada pelo mercado capitalista. Dessa forma, por mais que o colonialismo tenha sido superado, a **colonialidade continua presente nas mais diversas formas** e, sobretudo, nos discursos reproduzidos cotidianamente em nossa sociedade, sendo,*

portanto, a continuidade da propagação do pensamento colonial, sendo uma matriz que se expressa essencialmente em relações dominantes de **poder, saber e ser**.

Assim, o predomínio de homens brancos nas instituições públicas e privadas em cargos de poder e decisão, sem o devido letramento racial, dificulta a ascensão de pessoas da raça negra, impedindo, assim, o debate sobre desigualdade racial. Pertinente ao racismo institucional aponta Moreira:

O racismo institucional pode assumir quatro formas. Ele pode ocorrer quando pessoas não têm acesso aos serviços de uma instituição, quando os serviços são oferecidos de forma discriminatória, quando as pessoas não conseguem ter acesso a postos de trabalho na instituição ou quando as chances de ascensão profissional dentro dela são diminuídas por causa da raça. Esse tipo de prática discriminatória encontra sua sustentação na presença de atitudes culturais racistas que permeiam as normas que regulam instituições públicas e privadas, e também na mentalidade daqueles que atuam de forma racista quando as representam. (2019, p. 35).

Para Silvio Almeida o racismo está além de sua dimensão individual ou institucional, mas se dá na estrutura do Estado:

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo 'normal' com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade, cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição.

Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas. (2018, p. 33).

Nesse diapasão, Campos reflete sobre o racismo estrutural exposto por Bonilla Silva:

Ainda que processos de racialização estejam sempre incrustrados em outras estruturações, eles adquirem autonomia e têm ‘efeitos pertinentes’ no sistema social. Isso significa que o fenômeno que é codificado como racismo e é visto como uma ideologia que paira sobre nós, tem, a rigor, uma fundação estrutural (Bonilla-Silva, 1997, p. 469 apud Campos, 2015, p.10).

Parafraseando Nascimento (2016), observamos que a própria história brasileira demonstra que o racismo se reproduz por meio da necropolítica, através de ações ou omissões (políticas públicas) do poder estatal que discriminam pessoas da raça negra, excluindo e marginalizando-as, em busca da manutenção do *status quo*.

Para Mbembe (2020) a necropolítica é uma maneira que se exerce a soberania pautada na lógica colonial, reproduzindo as condições objetivas e subjetivas da vida econômica, e se firma na medida em que deprecia (marginaliza) a vida material, prendendo o desejo na forma de mercadoria, elevando todos os ângulos da vida à uma mercantilização.

O neoliberalismo é a expressão desta necropolítica, na medida em que se reivindica o direito de matar o negro – esse sujeito gestado para a morte no leito do colonialismo. (Mbembe, 2020). O conceito de necropolítica introduzido no debate público por Achille Mbembe tem sido frequentemente mobilizado para a reflexão acerca das formas de violência perpetradas pelo Estado, especialmente contra as populações mais pobres e as minorias raciais.

Ratificando Nascimento, Souza (2017) compreende que o racismo está intrínseco nas estruturas da sociedade brasileira neoliberalista, pois a nação foi consolidada e desenvolvida através do uso da mão de obra de pessoas negras sequestradas e escravizadas, oriundos do continente Africano.

A ideologia imperialista baseou-se no racismo e na ideia eurocêntrica do progresso. Os povos da África, por exemplo, precisavam ser “salvos” pelo conquistador europeu de seu atraso natural. Essa ideologia racista, somada ao discurso pseudocientífico do “darwinismo social” - que afirmava a superioridade “natural” do homem branco -, foram o elemento legitimador da pilhagem, assassinatos e destruição promovida pelos europeus no continente africano. (Coggiola, 2009, p. 104).

O próprio tráfico negreiro era uma política institucional aceita pelo Estado Monárquico Brasileiro, e que somente a partir da Lei Eusébio de Queirós, Lei n.º 581/1850, promulgada no Segundo Reinado, que o Estado proibiu a entrada de africanos escravizados no Brasil. (Brasil, 1850).

Ainda que os sequestrados e escravizados africanos trazidos ao Brasil, bem como seus filhos brasileiros aqui nascidos ganhassem a liberdade após a promulgação da Lei Aurea em 13 de maio de 1888, todos permaneciam presos ao racismo estrutural já consolidado na cultura brasileira até então, e junto à liberdade vivenciaram a fome, a miséria e o abandono das instituições quanto à própria subsistência. Florestan Fernandes ao prefaciar o livro “O genocídio do negro brasileiro”, de Abdias do Nascimento, apontou que:

A abolição, por si mesmo, não pôs fim, mas agravou o genocídio; ela própria intensificou-o nas áreas de vitalidade econômica, onde a mão de obra escrava ainda possuía utilidade. E, posteriormente, o negro

foi condenado à periferia da sociedade de classes, como se não pertencesse à ordem legal. O que o expôs a um extermínio moral e cultural, que teve sequelas econômicas e demográficas. (1978, p. 21).

Para a Djamila Ribeiro falar em racismo inicia-se por compreender que ele é estrutural:

O primeiro ponto a entender é que para falar de racismo no Brasil e, sobretudo, fazer um debate estrutural. É fundamental trazer a perspectiva histórica e começar pela relação entre escravidão e racismo, mapeando suas consequências. Deve-se pensar como esse sistema beneficiando economicamente por toda história a população branca, ao passo que a negra, tratada como mercadoria, não teve acesso a direitos básicos e à distribuição de riquezas. (2019, p. 5).

Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso apontou que a Organização das Nações Unidas declarou que no Brasil o racismo estrutural é evidente:

Além de já reconhecida pela ONU, a existência de um racismo estrutural e institucional no Brasil é facilmente revelada por análises estatísticas. O Censo 2010, realizado pelo IBGE, aponta que cerca da metade (mais precisamente, 50,7%) da população brasileira é negra. Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada entre os mais ricos e sobrerrepresentada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres. Além disso, a cor da pele influencia a vida de afrodescendentes em todos os seus aspectos: nas condições de moradia e saúde, na relação com a polícia e com o Estado, na educação

e, ainda, com especial relevância, no mercado de trabalho (Supremo Tribunal Federal, 2012).

Nos dias atuais, falando em segregação, esta já não é tão direta, pois se manifesta veladamente, considerando sua não instituição, mas é recorrente nos espaços sociais entre cidadãos negros e brancos, e para tanto, Almeida apresenta algumas explicações:

1-pessoas negras são menos aptas para a vida acadêmica e para advocacia; 2-pessoas negras, como todas as outras pessoas, são afetadas pelas suas escolhas individuais, e sua condição racial nada tem a ver com situações econômicas; 3-pessoas negras, por fatores históricos, têm menos acesso à educação e, por isso, estão alocadas em trabalhos menos qualificados e, conseqüentemente, mal remunerados; 4-pessoas negras estão sob o domínio de uma supremacia branca politicamente construída e que está presente em todos os espaços de poder e prestígio social. (2018, p. 48).

Ademais, muitos são os discursos eufêmicos que parecem ser socialmente quase palatáveis, mas aprofundam ainda mais a desigualdade socioeconômica, a miséria e a discriminação racial no país, como por exemplo, o discurso da meritocracia.

A meritocracia se manifesta por meio de mecanismos institucionais, como os processos seletivos das universidades e os concursos públicos. Uma vez que a desigualdade educacional está relacionada com a desigualdade racial, mesmo nos sistemas de ensino públicos e universalizados, o perfil racial dos ocupantes de cargos de prestígio no setor público e dos estudantes nas universidades mais concorridas reafirma o imaginário que, em geral, associa competência e mérito a condições como

branquitude, masculinidade e heterossexualidade e cisonormatividade. Completam o conjunto de mecanismos institucionais meritocráticos os meios de comunicação – com a difusão de padrões culturais e estéticos ligados a grupos racialmente dominantes – e o sistema carcerário, cujo pretense objetivo de contenção da criminalidade é, na verdade, controle da pobreza e, mais especificamente, controle racial da pobreza. No Brasil, a negação do racismo e a ideologia da democracia racial sustentam-se pelo discurso da meritocracia. Se não há racismo, a culpa pela própria condição é das pessoas negras que, eventualmente, não fizeram tudo que estava a seu alcance. Em um país desigual como o Brasil, a **meritocracia avaliza a desigualdade, a miséria e a violência, pois dificulta a tomada de posições políticas efetivas contra a discriminação racial, especialmente por parte do poder estatal. No contexto brasileiro, o discurso da meritocracia é altamente racista, uma vez que promove a conformação ideológica dos indivíduos à desigualdade racial.** (2019, p. 81). Negrito nosso.

Reflexionando a respeito da ideologia, Almeida afirma que:

A ideologia, portanto, não é uma representação da realidade material, das relações concretas, mas a relação da representação que temos com estas relações concretas. (...) isto faz da ideologia mais do que um produto imaginário; a ideologia é, antes de tudo, uma prática. (2018, p. 51-52).

Com isso, as ideologias que regem a máquina estatal precisam constantemente serem revisitadas e analisadas, em busca do aperfeiçoamento das políticas públicas, com o objetivo profícuo à concretização da igualdade material, em que o indivíduo é encarado de acordo com suas peculiaridades.

A ideologia meritocrática está alinhada à ideologia racial, na medida em que a meritocracia legitima e sustenta as desigualdades sociais, mantendo o status quo vigente, sob o errôneo enfoque da competência; pois ao focar na meritocracia e esquecer da herança das oportunidades, mantém a crença da superioridade moral, cultural e biológica da raça branca Boaventura de Sousa Santos diz que:

(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a sermos diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (2003, p. 56).

Vê-se, portanto, que o discurso da meritocracia fundamentado na falsa igualdade, aprofunda a desigualdade social, em contraponto à equidade que minimiza os impactos que a discriminação racial tem produzido na sociedade brasileira. Nessa esteira ensina o Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa a respeito da igualdade:

Como se vê, em lugar da concepção ‘estática’ de igualdade, extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se, nos dias atuais, de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção ‘dinâmica’, ‘militante’ de igualdade, no qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do

Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. (GOMES, 2005, p. 47).

Contudo, não existiria, na contemporaneidade, a discriminação racial, o tratamento desigual, se as estruturas estatais empregassem todos os recursos humanos, financeiros, publicitários, dentre outras possibilidades em prol do combate a essa chaga sociopolítica. Nesse sentido, o Poder Judiciário em âmbito nacional lançou o Pacto pela Equidade Racial, em que foi assinado pela presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Rosa Weber, pela presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministra Maria Thereza de Assis Moura, e pelo presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ministro Lelio Bentes Corrêa em 25 de novembro de 2022.

Essa iniciativa do Poder Judiciário Nacional visa estimular todo o Judiciário a promover ações no intuito da promoção da equidade racial e do combate ao racismo em sua estrutura, estimulando através de programas e projetos a transformação da cultura institucional, ainda influenciada pelo racismo estrutural existente na sociedade brasileira. O objetivo central desse Pacto pela Equidade Racial no Poder Judiciário é:

(...) fortalecimento de uma cultura pela equidade racial no Poder Judiciário, a partir de um agir consciente, intencional e responsável, visando à desarticulação do racismo estrutural por meio da adoção de medidas específicas e concretas, de caráter temporário, que assegurem a representação e o desenvolvimento de grupos raciais historicamente

privados de condições de igualdade de oportunidades.
(Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 1).

Com isso, esse Pacto pela Equidade Racial no Poder Judiciário, é a materialização de uma iniciativa estatal positiva na luta contra a necropolítica, a favor do estado democrático de direito, no fortalecimento dos direitos antidiscriminatórios e da igualdade racial. A igualdade como princípio e conceito jurídico, filosófico, e ético racial, tem sido muito discutido por doutrinadores contemporâneos, e muitos buscam fazer uma diferenciação no que se refere a este conceito.

Rios apresente uma divisão do conceito de igualdade entre igualitarismo abstrato e concreto; sendo o igualitarismo abstrato “Como a igualdade de todos acima de qualquer diferença se torna vazia, impedindo inclusive os seres humanos reais e concretos de lutarem por uma equalização efetiva, que transforme a igualdade de direito em igualdade de fato. (2008, p. 84). Em contraponto, o igualitarismo concreto seria: “Reconhecer a diferença sem canonizá-la, admitir o conceito de identidade sem torná-la fixa e fechada pela reificação do outro. Esta é a estratégia para lidar, de um modo emancipador, com a dialética da alteridade.” (2008, p.84).

Portanto, pontuou o igualitarismo abstrato como a compreensão de que todos são iguais acima de qualquer diferença e o igualitarismo concreto como aquele que reconhece as diferenças, mas sem sobrepor este conceito em reação à identidade e a alteridade. Pontuou ainda Rios que considerando igualdade fundamental de todos e consciente das diferenças reais, “as iniciativas universalistas atentas às diferenças específicas que se constroem a cada momento, mas nelas não fechadas, podem reconhecer a diferença sem canoniza-la, trabalhar com as identidades autoatribuídas sem torna-las fixas e rejeitar a reificação do outro”. (2008, p. 85).

Rios (2008) explora a discriminação como um fenômeno social e jurídico, discutindo a importância da proteção legal contra práticas discriminatórias e as formas de implementar essa proteção no

contexto jurídico e social, além disso, também destaca os desafios que o sistema jurídico enfrenta para lidar com as diversas manifestações de discriminação, que muitas vezes são complexas e difíceis de ser detectadas.

Destarte, argumenta que a proteção antidiscriminatória não se limita apenas à igualdade formal, mas deve buscar também a igualdade substancial, ou seja, uma igualdade que vai além do tratamento igualitário em termos formais, assegurando condições reais de acesso e de participação plena na sociedade. (Rios, 2008). Em à igualdade e a discriminação, Alexy sustenta que em relação a criação de normas jurídicas deve-se evitar discriminações arbitrárias, garantindo um tratamento igual para casos iguais e justificar diferenciações com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. (Alexy, 2008).

Além disso, o autor afirma que, quanto à aplicação das normas jurídicas, as autoridades devem decidir os casos iguais de maneira igual, utilizando a ponderação nas circunstâncias conflituosas, evitando decisões arbitrárias ou discriminatórias. (Alexy, 2008). Para o autor, em relação ao legislador, o princípio da igualdade é um impositivo, incitando-o a estruturar normas de forma a coibir (evitar) discriminações arbitrárias, garantindo um tratamento equitativo para todos. (Alexy, 2008).

Alexy classifica a igualdade como um **princípio**, e não como uma regra rígida. Isso significa que ela não exige um tratamento idêntico em todos os casos, mas sim um tratamento **justificado e proporcional** diante das diferenças, portanto, demonstra que a igualdade não é absoluta, mas deve ser ponderada para garantir justiça e equilíbrio dentro do ordenamento jurídico. (Alexy, 2008).

Subdivide, ainda o autor, o princípio da proporcionalidade em três outros para melhor compreensão deste princípio: a) princípio da adequação em que a diferenciação deve servir para atingir um objetivo legítimo, b) princípio da necessidade em que não pode haver meio menos restritivo para alcançar esse objetivo; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em que o benefício da distinção deve superar os prejuízos causados. (Alexy, 2008).

Pertinente ao dever de tratamento igual ou desigual, princípio da igualdade, segundo Alexy, na sua concepção formal, exige que **casos iguais sejam tratados de maneira igual**; isso significa que não pode haver discriminações arbitrárias ou irracionais, portanto todos os indivíduos são tratados da mesma forma perante a lei, reforçando a imparcialidade e a segurança jurídica; proibindo, inclusive, um tratamento baseado em critérios injustificáveis, como raça, gênero e religião. (Alexy, 2008).

Todavia, para o autor, o tratamento desigual é permitido e até necessário quando há diferenças cruciais entre os indivíduos ou grupos. (Alexy, 2008). Indubitavelmente, Alexy, bebeu na sabedoria aristotélica, quando analisamos o contido em *Ética a Nicômaco* em relação à igualdade e desigualdade; “Os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade.”

Isso significa que, em certos contextos, o direito pode e deve diferenciar cidadãos e grupos para alcançar maior equidade e justiça, entretanto deve justificar quando há uma diferença relevante entre os indivíduos ou grupos, além de ter que respeitar o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), servindo disto para corrigir desigualdades estruturais ou proteger cidadãos ou grupos vulneráveis.

Neste viés, as políticas públicas relacionadas às ações afirmativas, às relacionadas aos benefícios previdenciários diferenciados, como aposentadorias para profissões de alto risco ou ainda, políticas públicas relacionadas à proteção especial a pessoas com deficiência, são exemplos importantes e necessários da aplicação assertiva deste tratamento desigual com a finalidade de equidade social. Nesse sentido, por exemplo, que surgiu o conceito de ação afirmativa:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação

racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (Gomes, 2001, p. 40-41).

Com isso, para o Alexy, o princípio da igualdade não é absoluto, mas dependente de uma valoração, ou seja, cada situação fática deve ser analisada de forma racional e ponderada. Comparando e as características pertinentes a cada sujeito de direito para verificar se o mesmo é igual ou desigual em relação ao caso concreto, e justificando racionalmente e de forma legítima, caso haja uma diferenciação, sem, todavia, esquecer do princípio da proporcionalidade. (Alexy, 2008).

Destarte, compreende-se que para Alexy, a **igualdade jurídica** é a igualdade perante a lei, ou seja, a exigência de que todos sejam tratados da mesma forma pelo ordenamento jurídico, garantindo que as normas sejam aplicadas de forma **imparcial e universal**, proibindo o autoritarismo através das **discriminações, baseando-se** no princípio de que **casos iguais devem ser tratados igualmente**.

Todavia, Alexy pondera que a igualdade jurídica, por si só, ignora as desigualdades estruturais existentes na sociedade, e por isso é necessário a **igualdade fática, considerando que existem** diferenças reais entre os indivíduos e grupos sociais, e que se deve corrigir desigualdades estruturais por meio de políticas compensatórias ou diferenciações justificadas. (Alexy, 2008).

Desta forma, Alexy demonstra que **a verdadeira justiça exige mais do que igualdade formal – ela requer a consideração das desigualdades concretas na sociedade**. (Alexy, 2008).

Por fim, Alexy, afirma que um direito subjetivo é aquele que confere a uma pessoa a faculdade de exigir determinada conduta de terceiros, seja do Estado ou de particulares, garantindo que o indivíduo possa exigir tratamento igual perante a lei, que possa exigir do Estado que coíba discriminações injustificadas, além de poder recorrer ao Judiciário para corrigir desigualdades na aplicação do direito.

Para Rothenburg, porém, a separação clássica entre igualdade formal e igualdade material no direito, na medida em que questiona a ideia de que essas duas formas de igualdade possam ser tratadas separadamente, há de ser criticada, pois argumenta que ambas, de fato, são aspectos de uma única e mesma noção de igualdade.

Ainda que tenham muitos doutrinadores que apontam para esta separação conceitual, todavia, para o autor “A clareza conceitual (teórica) e a operacionalidade (prática) recomendam um conceito único.” (Rothenburg, 2013, p. 658). Uma possível distinção entre igualdade formal e material, pode ser fundamentada em reflexão superficial, e em vias de consequência, ser usada para justificar a perpetuação das desigualdades. (Rothenburg, 2013).

Entretanto, assim como a igualdade formal em muitos casos, é insuficiente, pois as condições materiais das pessoas variam enormemente devido a inúmeros fatores como o histórico, econômico e social; o ideal é a igualdade sendo compreendida como uma única categoria, que integra tanto os aspectos formais, quanto os materiais. (Rothenburg, 2013). Desta forma, uma abordagem que leve em conta a equidade, a compensação das desigualdades históricas e sociais, e a criação de condições para que todos possam usufruir das mesmas oportunidades na prática.

Assim, a igualdade formal e material devem ter entendidas como categorias unificadas, (Rothenburg, 2013), ou seja, por um conceito único e integrado; e as políticas públicas devem convergir para a superação das desigualdades materiais e a criação de condições reais de igualdade para todos os indivíduos, independentemente de suas circunstâncias pessoais, condições sociais, culturais ou ainda condições econômicas distintas.

3 CONCLUSÃO

Os conceitos apresentados que abarcam o direito antidiscriminatório convergem para o direito (princípio) da igualdade; e ambos são fundamentais para a construção de sociedades justas e inclusivas. O direito antidiscriminatório busca garantir que todas as pessoas, independentemente de sua raça, gênero, orientação sexual, religião ou qualquer outra característica, tenham acesso igualitário a direitos e oportunidades.

Os conceitos apresentados são essenciais para combater práticas discriminatórias, combater o analfabetismo político e para o fortalecimento do letramento racial da população, na busca pela promoção da dignidade humana. O princípio da igualdade, por sua vez, é um pilar central dos direitos humanos e estabelece que todos devem ser tratados de forma equitativa, sem discriminação. Ele não apenas reconhece a diversidade, mas também exige que as diferenças sejam respeitadas e valorizadas.

A intersecção entre o direito antidiscriminatório e o princípio da igualdade reforça a necessidade de políticas públicas e ações sociais que promovam a equidade e a justiça. Portanto, a efetivação do direito antidiscriminatório e a aplicação do princípio da igualdade são essenciais para a promoção de uma sociedade mais justa, onde todos possam viver com dignidade e respeito. A luta contra a discriminação e a promoção da igualdade são tarefas contínuas que exigem o comprometimento de todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Estado, direito e análise materialista do racismo**. In: Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior, Tarso de Melo. (Org.). Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões; Dobra universitário, 2015.

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

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2019.

BALLESTRIN, Luciana. **O giro decolonial e a América Latina**. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 11, Brasília, maio-agosto, 2013.

BRASIL. Lei n. 581, de 4 de setembro de 1850. **Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império**. *Coleção das leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 267, v. 1, parte 1, 1850.

BRASIL. Lei 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial**; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186-DF**. Plenário, 26 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 13 mar. 2025.

CAMPOS, Walter de Oliveira. **A Discriminação Do Negro No Sistema Penal: Poder Judiciário e Ideologia**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência do Direito) - Faculdade Estadual De Direito Do Norte Pioneiro. Jacarezinho, 2009.

CAMPOS, Luiz Augusto; **Racismo em três dimensões**. Uma abordagem realista-crítica. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n95/0102-6909-rbcsoc-3295072017.pdf>. Acesso: em 11 mar. 2025.

COGGIOLA, Osvaldo. **As grandes depressões (1873-1896 e 1929-1939): fundamentos econômicos, consequências geopolíticas e lições para o presente**. São Paulo: Alameda, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto Nacional Pela Equidade Racial do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/> Acesso em 12 mar. 2025.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2021.

FERNANDES, Florestan. Prefácio. In: NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**. Processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. **Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade** (o direito como instrumento de transformação social). A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MALLET, Estevão. **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Revista TST, Brasília, v. 76, n. 3, jul.-set. 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/18077/001_mallet.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 10 mar. 2025.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. 1ª edição [2003]. São Paulo: N-1, 2018a.

MBEMBE, A. **Crítica da razão negra**. 1ª edição [2013]. São Paulo: N-1, 2018b.

MBEMBE, A. **Sair da grande noite**: ensaio sobre a África descolonizada. 1ª edição [2010]. São Paulo: Petrópolis: Vozes, 2019.

MBEMBE, A. **Pandemia democratizou o poder de matar, diz autor da teoria da necropolítica**. Entrevista concedida a Diogo Bercito. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica.shtml> Acesso em: 12 mar. 2025.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo. Editora Pólen. 2019.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Casa do Direito: Justificando, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectiva, 2016.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Disponível em: <http://www.stiueg.org.br/Documentos/7/582.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2025.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** - discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Livraria do Advogado, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A igualdade é uma só**: crítica à distinção entre igualdade formal e igualdade material. In: ANJOS Filho, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

RACISMO, ENCARCERAMENTO E OS IMPACTOS DA DISCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DA MACONHA PARA USO PESSOAL NO DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

*Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo*⁸

*Allana Regina Andrade Kinjyo*⁹

INTRODUÇÃO

Etimologicamente o termo raça tem sua vinculação histórica como marcador de uma suposta classificação de determinados etnias e povos, objetivando uma “categorização” que venha a justificar o discurso da indigitada “inferioridade” de determinadas seres humanos a partir da cor pele, da localização geográfica, da cultura, dos costumes e, até mesmo, da religião professada. A História demonstra o quanto a mão de obra das pessoas negras escravizadas, serviu como mola propulsora para o desenvolvimento da economia brasileira, em especial, durante os três séculos de cativo, sendo um importante ativo que enriquecia a colônia portuguesa e o império, promovendo também o desenvolvimento do capitalismo na Europa (MOURA, 2020).

O racismo sempre esteve presente no Brasil, desde o seu nascedouro, exteriorizado através de práticas exploratórias desumanas, cruéis e de amplo sofrimento suportadas pela população negra na diáspora. Tudo isso, refletiu em verdadeiro genocídio étnico e social, praticados continuamente por parte da grande maioria dos

8 Doutoranda em Direito pela ITE/SP. Mestre em Ciências, Tecnologia e Educação pela FVC/ES. Mestre em Gestão Educacional pela UAL/PY. Especialista em Direitos Humanos pela UFBA/BA. Especialista em Direito Público pela FASE/ES. Profa. Assistente da FASB/BA. Advogada. Pedagoga. Historiadora. Pesquisadora do GPHDDH/UFBA e do GEPIDEC/FASB. E.mail: ginekinjyo@gmail.com. ID Lattes: **7127244982521886**.

9 Mestranda em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino (CEUB Bauru). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões (FACULDADE ÚNICA/MG). Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade do Sul da Bahia (FASB). Contato eletrônico: allanakinjyo@gmail.com. ID Lattes: **7615705329671423**.

“proprietários e mercadores” em favor das pessoas escravizadas. Nos ensinamentos de Abdias Nascimento, ter-se-á que o racismo de matriz luso-brasileira é caracterizado por ser “[...] difuso, evasivo, camuflado, assimétrico, mascarado, porém tão implacável e persistente que está liquidando os homens e mulheres de ascendência africana que conseguiram sobreviver ao massacre praticado no Brasil” (2019, p. 34).

O sistema de justiça criminal tem forte conexão com o racismo, visto que o seu funcionamento e suas engrenagens institucionais historicamente perpassam por uma estrutura predominantemente de opressão. O aparato reordenado utilizado para garantir a manutenção e perpetuação do racismo é a própria viabilização de práticas de desigualdade baseadas na hierarquização racial. Para enfrentar as particularidades da temática em estudo, a presente pesquisa buscou investigar as interfaces e causas do racismo no Brasil e no mundo, assim como, o encarceramento massivo de pessoas negras e seus recortes no que tange a raça, classe e gênero, de maneira a investigar as consequências da decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STF), na descriminalização da posse de maconha para uso pessoal e no desencarceramento de pessoas negras no Brasil.

O presente estudo está dividido em 03 (três) seções, além da introdução e da conclusão. Na primeira seção realiza-se a discussão sobre racismo sistêmico, estrutural e institucional no Brasil e seus antecedentes históricos discursivos desde sua origem; na segunda seção, enfrentou-se a análise entre encarceramento massivo e segregação social, como mecanismo de controle dos corpos negros e; na terceira e última seção foi procedido o estudo da decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STF) e seus impactos da descriminalização da posse de maconha para uso pessoal, no desencarceramento de pessoas negras no Brasil.

2. RACISMO ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL NO BRASIL

Estudos demonstram que desde a Antiguidade até próximo da Idade Média, a discriminação existe no norte global, em especial na Europa, centra-se no âmbito religioso, político e cultural, e não na cor da pele, etnia, localização geográfica, etc.

No final do século XIX, no bojo da expansão imperialista, o chanceler alemão, Otto von Bismarck, em decorrência dos inúmeros conflitos e disputas imperialistas de ocupação de territórios no continente africano, organizou a Conferência de Berlim realizada entre 1884 e 1885, objetivando equacionar os inúmeros conflitos e disputas imperialistas de ocupação de territórios no continente africano, que teve seu auge, de 1884 a 1914. Os países europeus que buscaram a expansão de seus domínios, na indigitada “corrida imperialista”, o fizeram, como estratégia de consolidação do capitalismo, da exploração de matéria prima e mão de obra, no pós-revolução industrial. Reduzidas a colônias de países europeus, muitas nações africanas estiveram sob domínio europeu até a segunda metade do século XX.

O racismo por vezes é operado por meio de contínuas e massivas situações de discriminação realizadas de forma sistemática, consciente ou inconsciente, amparada na raça, proporcionando vantagens ou privilégios às pessoas pertencentes aos grupos considerados hegemônicos. Esta ideologia social irá penetrar em todas as relações sociais estruturando-as (ALMEIDA, 2019). Nos ensinamentos de Abdias Nascimento, ter-se-á que o racismo de matriz luso-brasileira é caracterizado por ser “[...] difuso, evasivo, camuflado, assimétrico, mascarado, porém tão implacável e persistente que está liquidando os homens e mulheres de ascendência africana que conseguiram sobreviver ao massacre praticado no Brasil” (1978, p. 34).

No Brasil, desde a colonização, a população negra tem sido vítima, primeiramente de escravização, de práticas cruéis e desumanas, assim como de verdadeiro genocídio negro. Após a abolição formal, no final do século XIX, essa grande parcela da população, agora como libertos

e libertas, continuou a ser destinatária de práticas racistas, assim como, a partir de então, de políticas públicas de exclusão social, haja vista que não tinham acesso a saúde, educação, segurança, emprego, moradia, etc.

É imperioso ressaltar que desde o período de colonização, a população negra da diáspora, além da escravização, também foi vítima de contínuos apagamentos de natureza ancestral, religioso, ambiental, cultural, como estratégia de um processo de desumanização, coisificação, por serem consideradas pessoas sem alma (SANTOS, A., 2019).

Esse sistema de crença, está alicerçado na ideia da existência de uma “hierarquia de castas”, tendo os não brancos na base na pirâmide social, crenças estas, justificadoras das muitas atrocidades, práticas cruéis, desumanas e até mesmo de extermínio do diferente, sob o manto de superioridade dos brancos como lei na natureza. O referido sistema de estruturação social encontra-se inserido no subconsciente coletivo da sociedade de classes, como algo coerente com o *status quo* da branquitude.

Neste sentido, é inafastável constatar como a construção social de raça, a partir da Idade Moderna, tem servido para defender e reafirmar que, “característica biológica e étnico-culturais”, são construtos que se entrecruzam, a partir de traços físicos, cor da pele, origem, religião, localização geográfica, língua, etc. Tais práticas têm engendrado, por séculos, a disseminação do racismo biológico-científico e étnico-cultural, como mecanismo de estruturação social e política. É somente no século XX, que estudos antropológicos vêm desconstituindo a crença de que traços biológicos e étnicos sejam “capazes de hierarquizar a moral, a cultura, a religião e os sistemas políticos” (ALMEIDA, 2017).

A História demonstra o quanto a mão de obra das pessoas negras escravizadas, serviu como mola propulsora para o desenvolvimento da economia brasileira, em especial, durante os três séculos de cativeiro, sendo um importante ativo que enriquecia a colônia portuguesa e o império, promovendo também o desenvolvimento do capitalismo na

Europa (MOURA, 2020). O racismo sempre esteve presente no Brasil, desde o seu nascedouro, exteriorizado através de práticas exploratórias desumanas, cruéis e de amplo sofrimento suportadas pela população negra na diáspora. Tudo isso, refletiu em verdadeiro genocídio étnico e social, praticados continuamente por parte da grande maioria dos “proprietários e mercadores” em favor das pessoas escravizadas. Acerca disso, Abdias Nascimento (2016), afirma que,

Proprietários e mercadores de escravos no Brasil, a despeito das várias alegações em contrário, em realidade submeteram seus escravos africanos ao tratamento mais cruel que se possa imaginar. Deformações físicas resultantes de excesso de trabalho pesado; aleijões corporais consequentes de punições e torturas, às vezes de efeito mortal para o escravo eram algumas das características básicas da “benevolência” brasileira para com a gente africana (2016, p. 69).

Noutro sentido, não há que se falar em sujeição passiva por parte dos muitos contingentes de povos africanos escravizados, como se tentou fazer crer durante muito tempo. Na atualidade, registros históricos demonstram que muitos de grupos africanos escravizados, quando da tentativa de resistir às opressões por meio de guerrilhas, insurreições e quilombos ao longo do Brasil colonial e imperial, foram violentamente reprimidos, através de captura, torturas públicas e assassinado, como forma de manutenção do controle dessa população, objetivando dissuadir novas tentativas de libertação.

Nas sociedades com profundos marcadores de racismo, é comum que as concepções racistas da classe dominante, se materializam, por vezes, através de políticas públicas excludentes, opressoras e até mesmo criminalizadoras, em especial no âmbito do direito penal. Essa estrutura social é um mecanismo “carregado de preconceitos,

interesses pessoais e econômicos, existente atrás de cada norma jurídica” (VALOIS, 2021, p. 327).

Vilma Reis (2005) sustenta que nacionalmente, existe uma latente e evidente dificuldade (ou até mesmo recusa) em se racializar o branco, que pode ser compreendido como aquele ser universal, ao qual para fins de discussão sobre a raça, presume-se que este se distingue do negro. Ou seja, o que se entende como diferente do universal. Quando FERNANDES (1972, p. 23) discorre sobre o *preconceito de não ter preconceito*, é latente a reflexão sobre, ao que se observa sobre o evidente movimento brasileiro, “diante do ‘preconceito de cor’ é a tendência a considerá-lo como algo ultrajante (para quem o sofre) e degradante (para quem o pratique)”.

Políticas públicas de branqueamento da população foram levadas a cabo já no início do século XX. Portanto, o projeto de branqueamento do Brasil foi engendrado e apresentado para a comunidade mundial por ocasião do primeiro Congresso Universal das Raças em 1911, em Londres na Inglaterra, tendo João Baptista de Lacerda, seu representante e grande defensor, à exemplo de outros cientistas. A política do embranquecimento do Brasil, era uma política que tinha por objetivo, uma verdadeira eugenia, qual seja, uma limpeza étnica, para tentar barrar o enegrecimento do país, através da miscigenação, o que era entendido negativo para o país no contexto mundial, com maior ênfase, no contexto europeu, vez que o Brasil não teria o status de uma ex-colônia europeu que mantinha suas origens, denominado padrão branco, a despeito do que fora levado a cabo na Argentina.

Por derradeiro, é preciso registrar que o racismo que se estrutura nas sociedades marcadamente desiguais, à exemplo do Brasil, é estabelecido pelas relações sociais que tendem a alimentar o epistemicídio dos grupos não dominantes (ALMEIDA, 2019), produzindo relações pautadas na valorização da cor como mecanismo de distinção e de aferição entre aquelas(es) capazes e incapazes.

3. ENCARCERAMENTO MASSIVO E SEGREGAÇÃO SOCIAL

Práticas discriminatórias em decorrência de fenótipo, cor da pele, dentre outros aspectos socioculturais, sempre buscaram impor tratamento diferenciado a determinados grupos sociais, racialmente categorizados como “nocivos, perigosos e inferiores”. Nas últimas décadas, acrescenta-se a tudo isso, a segregação social materializada através do encarceramento em massa. As pessoas negras são, comumente, destinatárias de ampla reprovação social pelas maioria da população branca e maior alvo da violência decorrente do racismo sistêmico, estrutural e institucional, à exemplo dos jovens negros, que são as maiores vítimas de mortes violentas em ações da polícia.

O sistema de justiça criminal tem forte conexão com o racismo, visto que o seu funcionamento e suas engrenagens institucionais historicamente perpassam por uma estrutura predominantemente de opressão. O aparato reordenado utilizado para garantir a manutenção e perpetuação do racismo é a própria viabilização de práticas de desigualdade baseadas na hierarquização racial. E como dito alhures, é cristalino o movimento racista que se estrutura socialmente e, por conseguinte, é estruturado institucionalmente. Desta maneira, as relações sociais otimizam a efetivação das muitas facetas da desigualdade, alimentando o epistemicídio, o apagamento cultural e a desvalorização étnica da população negra. Relações estas, que buscam impor, por outro lado, a supervalorização da heteronormatividade branca, como mecanismo de distinção e de aferição entre aquelas(es) capazes e incapazes (Almeida, 2019).

Por vezes soa incomum ou irreal falar de machismo, capitalismo, racismo ou estruturas de poder em um país que no imaginário popular se promove a miscigenação e a defesa de um povo tanto amistoso, pauta esta por vezes celebrada mundialmente. Entretanto, como bem sustenta Juliana Borges (2019, p. 19), “parece absolutamente pertinente refletir, escrever, falar e lutar por essas pautas quando os dados estatísticos provam o contrário do discurso comemorado e largamente difundido.” Não é fato novo que o Brasil tem uma população prisional

que a cada ano cresce mais, onde segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (InfoPen) em 2024, ocupa o terceiro lugar mundial no ranking de população prisional do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

O reflexo subjetivo do encarceramento é o agravamento do distanciamento do imaginário modelo de comportamento social. Em verdade, nessas condições, o preso adquire a consciência de que, se a sua condição social fosse outra, de certo não estaria naquele lugar, como normalmente não se encontram aqueles mais afortunados (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 460). Por isso, os problemas preexistentes à experiência no cárcere resultam no embrutecimento do condenado, que se perverte e inviabiliza diariamente e corrobora seu sentimento de que as autoridades não se preocupam com ele(a), pois lhe julga como marginalizado na sociedade.

Em verdade, o sistema penal produz o “criminoso” em pelo menos dois momentos diversos, o primeiro quando do processo da própria criminalização, ao proceder qualificação das situações ditas como conflituosas ou ainda, fatos sociais negativos. Existe por trás disso, uma tentativa de interiorização do etiquetamento social e legal por parte do condenado, que será assim tocado desde a primeira experiência no sistema prisional, em especial, quando da prisão provisória (KARAM, 2004, p. 89). A par desse cenário, Ferrajoli (2010, p. 379). entende que o cárcere da forma que vem sendo praticado, revela a prisão como muito mais do que apenas um lugar de “privação de um tempo abstrato de realidade”, abrangendo elementos de aflição física, mental e psicológica.

O fenômeno do hipercarceramento se agrava mais a cada dia no país, ampliando as condições precárias das prisões, pois grande números de pessoas privadas de liberdade, não se equaciona ao número de vagas existentes, de forma que o sistema prisional, se apresenta como incapaz de cumprir a função constitucional de ressocializar as pessoas privadas de liberdade, conforme disposto da Lei de Execução Penal, bem como nos diversos documentos internacionais em que o Brasil é signatário. Conforme dados da Secretaria Nacional de Políticas

Penais (SISDEPEN), no ano 2000, a população prisional era de 232 mil, enquanto em 2023, o salto foi para aproximadamente 840 mil pessoas. Todavia, o número de vagas nas unidades prisionais não acompanhou esse crescimento exponencial, haja vista que ainda conforme os dados publicizados pela SISDEPEN, o número total de vagas nos presídios é de 481.835 mil, o que resulta em um déficit de aproximadamente 163 mil vagas.

A problemática que assola os presídios tem razões diversas, a exemplo da ausência de assistência à saúde, uso de violência, risco à integridade física e à vida dos presos, tal como, a falta de assistência jurídica e educacional. A realidade carcerária no Brasil viola de forma frontal a normativa interna e internacional, o que torna quimérica a sua aplicação prática. Supostamente, a desumanidade foi substituída na crueldade da aplicação das penas, cenário este constantemente presenciado no interior das instituições penitenciárias ao qual quem mais sofre de forma física, psíquica, sexual e moralmente, sempre será aquele socialmente, é considerado um inimigo da sociedade.

4. DISCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE MACONHA PARA USO PESSOAL E SEUS IMPACTOS NO DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

O envolvimento com drogas é, sem dúvida, o responsável pela grande parcela de aprisionamento no país, em particular, da população mais pobre, portanto, com maior vulnerabilidade social, ou seja, pessoas pretas, pardas, periféricas e com baixa escolaridade. Parcela esta da população, que não teve acesso a políticas públicas essenciais como: educação, saúde, segurança, moradia, ingresso no mercado de trabalho regular, etc. Assim, é possível afirmar que há no Brasil uma aplicação seletiva da Lei de Drogas.

Na propositura e criação da Lei n. 11.343 de 2006 (Lei de Drogas), constatou-se que o legislativa brasileira, realizou verdadeira importação de uma norma jurídica dita proibicionista, no que tange

ao tratamento das drogas, observando-se assim, tratar-se de mais um mecanismo engendrado pelo Estado e pela classe dominante, de caráter opressivo com claros contornos racializado, como tem ocorrido em vários movimentos pelo mundo, à exemplo dos Estados Unidos. O recrudescimento das políticas de criminalização das drogas, é uma ação do Estado que busca legitimar sua escolha punitivista e de manutenção de controle em face aos corpos racialmente e culturalmente discriminados.

A guerra às drogas no Brasil, também possui uma realidade com contornos parecidos, ao que ocorrera no país norte americano. Como dito alhures, o Brasil possui atualmente a terceira maior população carcerária do mundo que, assim como nos Estados Unidos, também tem como alvo principal do cárcere a população preta, pobre e periférica, sendo tais pessoas por vezes retiradas do corpo e convívio social sem que, sequer parte da população assim perceba (FLAUZINA, 2006, p. 15). O tráfico de drogas é um complexo problema social e político, com reflexos diretos nos números de letalidade nacional.

O Brasil, à exemplo da produção legislativa mundo afora, no que tange a criminalização das drogas, tem seguido uma política proibicionista, com uma lógica que impõe sobre determinadas drogas, uma classificação criminosa que, por consequência, coloca consumidores e negociadores, na mesma classificação criminosa (OLIVEIRA; SILVA, 2020). Tal *status* desses sujeitos influencia de forma direta na formação do fundamento jurídico-moral, que somado a contexto e ideologia sanitária social, desmonta a intenção do sistema criminal ao categorizar como criminosos, tanto traficantes e membros de organizações criminosas, como meros usuários de maconha, como se iguais fossem.

Consoante dados científicos publicizados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), quaisquer substância que não seja produzida pelo organismo, terá por propriedade a atuação sobre um ou mais de um dos sistemas corporais, o que por efeito, irá provocar alterações nos seus respectivos funcionamentos, sem que seja possível realizar de forma concreta uma avaliação sobre os riscos de cada uma a ser

controlada. No cerne da criminalização do uso recreativo da *cannabis*, há que se ater que historicamente, o cultivo e consumo desta planta está associada às comunidades negras, e comumente é utilizada como subterfugo para aprisionar jovens negros, visto que a maconha assumiu a classificação delitiva, mesmo não apresentando significativo risco à saúde pública (SAAD, 2018, p. 113).

Na manutenção da *cannabis* na lista nacional classificatória de substâncias ilícitas, há por efeito lógico a criminalização do seu consumo para fins recreativos, que também será definido como ato criminoso. Assim, por vezes, a criminalização à título primário, por estar no cerne de uma previsão legislativa dita pela conduta que penalmente, é punível pelo sistema criminal, não sob a compreensão de poder estar diretamente relacionada com a danosidade do ato em si praticado, e sim muito mais próximo a qualidade das pessoas que o cometem. Em sede de criminologia crítica, é o que se tem na Teoria do Etiquetamento ou Labelling Approach.

A atuação desse etiquetamento penal velado, demonstra a concretização do racismo institucional no país, quando se observa o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, classe social e moradia, como mecanismo de classificação de comportamentos e ações de determinados grupos, como “naturalmente” desviantes e, portanto, potencialmente criminosos. Esta definição, por lógica da realidade, fica a critério do grupo dominante, que além de ter o controle das instituições (não somente da aplicação de meios violentos), tem assegurado a manutenção e perpetuação da produção do consenso sobre a sua denominação.

O movimento de autopreservação das pessoas brancas para a sua permanência em espaços de poder e decisão é o fenômeno que se denomina “pacto da branquitude”, conceito este estudado por Cida Bento (2015), em que se tem um acordo selado de cumplicidade, não verbalizado entre as pessoas brancas, mas que de forma consciente buscam a perpetuação dos seus privilégios em detrimento de outros. Isso, como forma de justificar a manutenção das desigualdades e fosse social, sob o discurso da ideia de meritocracia.

O retorno da ideia de etiquetamento social, é associada a compreensão de que deve haver a classificação criminosa de determinados grupos, neste caso, a população negra, pobre, indígena, assim como os demais que se encontram da composição social aceita. Outrossim, em desfavor destes sujeitos à margem, existe um direcionamento, um controle do sistema criminal, a espera de concretização de determinada tida como desviante (FLAUZINA, 2017).

Segundo os dados disponibilizados no 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024), ao analisar o ranking das cidades com maiores taxas de Mortes Violentas Intencionais (MVI do país com população superior a 100 mil habitantes), existem situações identificadas como causadoras desse elevado número de assassinatos, sendo uma delas, a massiva disputa de mercados (e pontos) para fins de venda de drogas, observadas entre diversas facções localizadas nas bases prisionais, tal como, milícias que realizam o controle territorial de forma armada e violenta.

A descriminalização do porte de maconha para fins de consumo pessoal foi objeto de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 26 de junho de 2024, oportunidade em que foi proferida uma decisão com repercussão geral do julgamento. Na análise do mérito do Recurso Extraordinário (RE) 635659, por maioria, o colegiado definiu a presunção de que, se tratará de usuário aquele que guardar, adquirir, depositar ou ainda transportar até 40 gramas de cannabis sativa ou 06 (seis) plantas fêmeas.

Naquele recurso, uma pessoa foi condenada a uma pena de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 02 (dois) meses, em razão do porte de 03 (três) gramas de maconha, para consumo próprio. A decisão foi proferida por maioria, tendo prevalecido o voto do relator Ministro Gilmar Mendes, tendo como votos divergentes, os proferidos pelos ministros André Mendonça, Nunes Marques, Cristiano Zanin, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Insta lembrar que a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) prevê que o consumo de drogas é crime, não estabelecendo a aplicação

de pena de prisão, conforme art. 28 da mencionada legislação. A Lei em questão apenas diz que o usuário pode ser punido com: (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestação de serviço à comunidade; e (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Todavia, o crime de tráfico de drogas será punido com previsão legislativa de pena de prisão, nos termos do art. 33. As questões jurídicas ali sustentadas cingem-se para definir se a posse de pequena quantidade de maconha deveria ser considerada crime, bem como, o estabelecimento de critérios para a realizar a diferenciação dos usuários de maconha para os traficantes.

O entendimento formulado na norma supramencionada permite concluir que o porte da maconha por si só não é crime, e por essa razão deverá ser classificada apenas como uma infração de cunho administrativo, sem previsão de consequências em âmbito penal. Neste sentido, é possível afirmar que restou afastado por exemplo, o registro desta conduta em sede de ficha de antecedentes criminais daqueles considerados usuários. Em contraponto, as sanções nestas situações, serão advertências e orientações acerca dos efeitos da maconha tal como, necessário comparecimento aos programas e cursos educativos, conforme se estabelece os incisos I e III do art. 28 da Lei de Drogas. Portanto, são medidas aplicadas em procedimentos não penais.

No caso objeto do recurso em questão, a pessoa condenada depois da análise do mérito, foi absolvida pelo crime sob o embasamento jurídico da efetividade dos direitos à privacidade e à liberdade individual, garantido no inciso X, art. 5º da Constituição Federal. Há que se atentar que, o reconhecimento do uso da maconha na qualidade crime cria por reflexo um incentivo às atividades criminosas associados ao tráfico, o que não significa, em contraponto, a redução do seu consumo. Dito isto, caso uma pessoa seja flagrada consumindo a maconha, a droga será apreendida e as medidas estabelecidas no art. 28 da Lei de Drogas permanecerão sendo aplicadas, na qualidade de sanções administrativas. O informativo disponibilizado pelo STF acerca da temática dispõe que,

Como a Lei de Drogas não definiu a quantidade de maconha que caracteriza consumo pessoal, atualmente, a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário avaliam em cada caso se os acusados devem ser considerados usuários ou traficantes. A ausência de um critério preciso faz com que a lei seja aplicada de forma desigual. Enquanto jovens brancos e de classe média têm chances maiores de serem considerados usuários, é mais comum que jovens pobres, negros e pardos sejam considerados traficantes. Para evitar isso, o STF definiu mais um critério claro e objetivo: como regra geral, quem estiver com até 40 gramas ou 6 pés de maconha deve ser considerado usuário. Essa regra valerá até que o Congresso Nacional crie uma nova lei sobre o assunto. (STF, Informação à Sociedade: RE 635.659 Tema 506. Porte de pequena quantidade de maconha para uso pessoal, 2024).

Conforme mencionado na decisão acima lançada, observa-se que o critério jurisprudencialmente estabelecido não é absoluto, tendo em vista tratar-se de uma presunção de cunho relativo e que poderá ser afastado caso reste comprovado que a droga não seria utilizada para fins de consumo próprio. A exemplo que uma pessoa que possa ser flagrada pela polícia com menos de 40 gramas de maconha, e caso esteja com embalagens, objetos como balanças ou registro de vendas, esta deverá ser presa em flagrante por tráfico de drogas, de maneira a afastar de pronto a possibilidade de caracterização de posse para uso pessoal. Segundo os Ministros, nestes casos, será de responsabilidade do Delegado de Polícia consignar, nos termos do auto de prisão em flagrante, os argumentos justificadores que embasam possível afastamento da presunção do porte para consumo próprio, restando proibida a utilização de alusão aos critérios subjetivos arbitrários.

O colegiado ainda estabeleceu que caberá ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), promover a articulação de forma conjunta com os Poderes Legislativo e Executivo, com vistas a estabelecer medidas para

a efetivação da decisão. Além de promover mutirões carcerários, para que seja possível a correção de prisões que porventura tenham sido decretadas fora dos parâmetros determinados pela Corte Superior ao julgar o mérito do Recurso Extraordinário (RE) 635659.

5. CONCLUSÃO

O ativismo judicial do Poder Judiciário no cerne da guerra às drogas tem sido realizada de forma complementar, o que por vezes se observa a relativização às drogas, ao adotar teorias e criar dogmas que afastam situações fáticas, tudo sob o pretexto da perpetuação do bom discurso do combate aos entorpecentes. A omissão de algumas instituições judiciárias ratifica sua aquiescência a arbitrariedade do exercício da polícia de drogas. Em verdade, o Judiciário deve ser um órgão garantidor de direitos, e para além disso, atuar como alicerce de maneira científica e coerente ante a fraqueza e suscetibilidade dos grupos mais vulneráveis, em especial no que cabe a política de drogas, e nesta esfera, é “mais polícia do que polícia” (VALOIS, 2021, p. 423).

Ao refletir sobre a temática da criminalização das drogas no Brasil, em especial, o porte de maconha como se observa no julgamento do Recurso Extraordinário 635659, tomba-se os registros históricos de manifestações de cunho cultural associados ao uso de planta, o que transcende a ilegitimidade do processo. A dita ilegitimidade coaduna tensões sociais as indagações e insurgências em desfavor do status jurídico da planta. Um dos pontos cruciais que mais tem produzido impactos culturais judiciais em âmbito nacional é a luta pelo acesso à maconha medicinal, que tem conseguido importantes vitórias que permite maior acesso legal a maconha para tratamento médico e paliativo, com a possibilidade de proteção judicial ao plantio e à produção fitoterápica de remédios.

A sociedade ao ser induzida pelo medo e por discursos de cunho ideológico, acaba por incentivar a violência, tortura, encarceramento e genocídio, independente da análise das justificativas que tem causado

o aprisionamento. Em verdade, uma das formas de opressão racial realizada pelas instituições governantes é a utilização do poder punitivo como ferramenta de controle social, sendo que a rigor das punições e seus meios extensivos guardam com frequência, dissociação com os padrões de criminalidade. Assim, “o sistema de justiça brasileiro deve se organizar não mais pela vingança e punição, mas pela restauração e reconciliação” (MORAES, 2023, p. 34).

O Estado deve conduzir suas instituições de forma a corroborar a transformação social, na busca de garantir às pessoas pretas e pardas, em comunidades e periféricas, não mais sejam classificadas como inimigos, e conscientiza-se que os seus territórios não poderão mais ser tratados como ambientes ocupados. Por conseguinte, o movimento de descriminalizar o uso de determinados entorpecentes ajudará na diminuição do estigma social dos usuários e por reflexo, o acesso aos serviços de saúde, que poderão receber os devidos tratamentos e praticar de forma plena, a redução dos danos sistemáticos.

No Brasil, mesmo não havendo aplicação de pena nesses crimes, o mercado legal de venda da maconha movimentava 130 milhões por ano (MACHADO, 2022). Para tanto, é imperioso a descriminalização e legalização do uso recreativo da cannabis, por meio da inclusão da temática em pautas de decisões e avanços políticos, movimento este que resultará em benefícios econômicos, sociais, acadêmicos, científicos e em especial, no desencarceramento de jovens pretos, que não mais deverão ser classificados como criminosos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.

BENTO, Cida. **O pacto da branquitude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BRASIL. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) n. 973, protocolada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Verde (PV) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), provocados pela Coalização Negra por Direitos, 22 de maio de 2022*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6404537>. Acesso em: 01 de agosto de 2024.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro. Disponível em: <https://eraju2013.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/09/fernandes-florestan-o-negro-no-mundo-dos-brancos-1.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2ª ed. Brasília: Brado Negro, 2017.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio Modesto Carone. São Paulo: Companhia de Letras, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETI, Edson (org.) Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MACHADO, Leandro. **“Enquanto mercado legal de maconha já movimenta R\$ 130 milhões no Brasil, usuários ainda são presos por ‘farelo’”**. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61402479>. Acesso em: 31 de agosto de 2024.

MORAES, Mariane de Souza. **Formas transacionais de opressão racial: da importação da criminalização norte americana da maconha ao superencarceramento no Brasil**. Trabalho de Graduação Interdisciplinar (Bacharelado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/a7d5de49-7275-4f4f-96cd-1aab1346d98e>.

MOURA, Clovis. **Rebeliões da senzala: quilombos, insurreições, guerrilhas**. 6 ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020.

NASCIMENTO, do Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**. Processo de um racismo mascarado. Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro. 1978.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; SILVA, Luciano Nascimento. **Deslegitimação da criminalização da maconha a partir da criminologia cultura: alguns apontamentos criminológicos em defesa de uma regulamentação dos usos culturais da cannabis no Brasil**. Revista Humanidades e Inovação. Palmas, v. 7, n. 4, fev. 2020, Disponível em: <https://revista>.

unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/1491. Acesso em: 20 de agosto de 2024.

REIS, VILMA. **“Atuados pelo Estado: As Políticas de Segurança Pública Implementadas nos Bairros Populares de Salvador e suas Representações.** 199-201”. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia (UFBA). 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/13695/1/Atuados%20pelo%20Estado%20-%20Vilma%20Reis.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

ROVNER, Joshua. **Black Disparities in Youth Incarceration.** The Sentencing Project. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/fact-sheet/black-disparities-in-youth-incarceration/>. Acesso em: 29 de agosto de 2024.

SAAD, Luísa. **“Fumo de negro”: a criminalização da maconha no pós-abolição.** Salvador: EDUFBA, 2018.

SOUZA, Jessé. **“A parte de baixo da sociedade brasileira”.** Revista Interesse Nacional, V. 14, p. 33-41. Disponível em: <https://interessenaacional.com.br/a-parte-de-baixo-da-sociedade-brasileira/>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília: Trampolim, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 3^a ed. 4^a reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

A FILOSOFIA DO DIREITO E O BRASIL CONTEMPORÂNEO: O TEMA DA FALTA DE CONCRETUDE DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Érika Silvana Saquetti Martins¹⁰

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o de tratar do grau de concretização do direito à moradia no Brasil, a partir dos principais conceitos relacionados à filosofia do direito, por meio de uma abordagem qualitativa, utilizando-se pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

O trabalho se divide em quatro partes. Na primeira, procede-se a um estudo quanto à influência da filosofia do direito na métrica do grau de concretização do direito à moradia, partindo de seus preceitos basilares, especialmente a partir do objetivo grego de humanização da *pólis*.

A seguir, em decorrência da preocupação com a detecção da “efetividade” dos direitos, resultante da análise sociológica do ordenamento jurídico, busca-se tratar de um conceito de “concretização”, voltado a possibilitar a consideração de vários pontos de contato entre a norma e a realidade.

Na sequência, estuda-se a filosofia do direito na contemporaneidade e seu objetivo de criticar o ordenamento jurídico, que incorpora a ideia de que a concretização dos direitos concerne à distância identificável entre a abstração da norma e a realidade.

Finalmente, em decorrência da superveniência dos direitos humanos e do retorno aos padrões jusfilosóficos do direito natural,

10 Doutoranda em Direito pela ITE/SP. Mestre em Políticas Públicas pela UFPR e Mestre em Direito pela UNINTER. Especialista em Direito Público; Direito Notarial e Registral, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Em especialização em Direito Imobiliário. Advogada. Professora. Pesquisadora ITE, UFPR e UERJ/NEPEC. E-mail: erikasaquetti@gmail.com. ID Lattes: **7516250726343553**.

trata-se de como a crítica ao baixo grau de concretização da moradia passou a se relacionar à relativização dos padrões capitalistas que contrariam direitos sociais.

Justifica-se a pesquisa ora apresentada em decorrência da necessidade de, mais do que efetivar as disposições constitucionais, concretizar suas normas, especialmente aquelas que consagram direitos humanos como fundamentais, especialmente naquilo que se relaciona à moradia.

Concluiu-se que a crítica ao formato de concretização do direito fundamental à moradia no Brasil, alcança a regulação do setor pelos Poderes constituídos, demonstrando-se, assim, a questão superestrutural que prejudicar sua realização, notadamente quanto às pessoas mais pobres.

1 A FILOSOFIA, A CRÍTICA E O DIREITO À MORADIA

Um estudo acerca da influência da filosofia do direito na métrica do grau de concretização do direito à moradia deve, primeiramente, partir dos preceitos mais basilares dessa tradição, buscando compreender as ideias fundamentais que sustentam a conexão entre direito e justiça. No contexto da pólis grega, os filósofos antigos, como Aristóteles, entendiam o direito como um instrumento para a humanização do povo, onde o bem comum e a dignidade dos cidadãos eram princípios centrais.

Para eles, a justiça não era apenas uma questão de distribuição de recursos, mas também de garantir condições para uma vida plena e realizada, o que incluía, entre outras coisas, a possibilidade de acesso a condições mínimas de moradia. Assim, ao se analisar a concretização do direito à moradia à luz da filosofia do direito, é fundamental resgatar essa concepção de justiça social, onde a moradia, como um direito fundamental, deve ser vista como uma condição essencial para a plena participação do indivíduo na vida coletiva e para a realização da sua dignidade.

1.1 A FILOSOFIA E O DIREITO EM SUAS ORIGENS COMUNS

A filosofia estudada e desenvolvida na contemporaneidade remete aos teóricos, poetas e artistas do período Clássico, referindo-se, inclusive a um momento pré-filosófico, tratando da história da existência, em um mundo ainda não tematizado filosoficamente.

A filosofia contemporânea, graças ao conceito de “mundo da vida cotidiana”, pode questionar não apenas a história da filosofia constituída, como, também, as etapas históricas anteriores e paralelas à sua constituição, na época em que os helenos ainda não haviam inventado a filosofia.¹¹

Na Grécia, a *lei agonal* equivale ao efeito de uma evolução indescritível, que o homem teve de realizar, desde o dia em que, surgido como um “animal reflexivo”, iniciou a invenção e organização de ferramentas e equipamentos diante de um mundo adverso, disputado por todas as espécies vivas.¹²

Após algumas centenas de milhares de anos, o homem passa a dominar a Terra. A convergência das espécies produz confrontos devido à diminuição geográfico-cultural do mundo conhecido. Guerras e invasões são fruto dessa compressão que o gênero humano exerce sobre si mesmo.¹³

A única possibilidade de “vida” nessa situação de coexistência é a aceitação “de fato” ou legal de um tipo de relação intersubjetiva, corporal e social, definida coletivamente e obedecida sob uma autoridade, fazendo, assim, nascer a estrutura “legal”.¹⁴

O homem homérico admite existencialmente uma estrutura legal “costumeira”, e eles são os elementos mais importantes da nascente cultura grega. No processo de “humanização” sócio-histórica, essas

11 DUSSEL, Enrique. **El humanismo helénico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1975, p. IX.

12 *Ibid.*, p. 53.

13 *Ibid.*, p. 53.

14 *Ibid.*, p. 53.

leis flexíveis e não escritas são o esqueleto sobre o qual a cidade futura é construída.¹⁵

A liberdade na igualdade de direitos dos membros do *demos* é a definição da estrutura interior da cidade clássica. É um *demo-kracia* ou governo do *demos*, que, entretanto, não é toda a população da cidade. É apenas uma minoria, pois escravos não fazem parte dessa *demo aristokratia*¹⁶

O período remete ao próprio surgimento do conceito de direito natural, que, entretanto, não era encarado como conjunto de princípios e regras, mas, sim, como parte da essência daquilo que seria capaz de guiar o processo de humanização que estruturaria a *pólis*.

No pensamento grego, o legislador encontra-se mais próximo do poeta que o artista plástico. Ambos têm uma missão educadora, e só o escultor que forma o Homem vivo tem direito a esse título. Comparou-se, frequentemente, a ação educadora dos gregos à dos artistas plásticos.¹⁷

Os preceitos elementares do procedimento correto para com os deuses, pais e estranhos foram incorporados à lei escrita dos Estados gregos, na qual não se fazia distinção fundamental entre a moral e direito. A sabedoria popular se mesclava a regras primitivas de conduta e preceitos de prudência.¹⁸

A evolução da filosofia do período clássico até a atualidade, assim, permite vislumbrar o surgimento de uma perspectiva crítica ao próprio direito e à sua utilidade como condutor da humanização pretendida pelos gregos, aplicando-se, portanto, à questão do direito à moradia.

15 *Ibid.*, p. 53.

16 *Ibid.*, p. 58.

17 JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 16.

18 *Ibid.*, p. 21.

1.2 A FILOSOFIA E A CRÍTICA AO DIREITO

Uma incursão jurídico-filosófica que tenha por objetivo principal tratar do direito fundamental à moradia deve se preocupar, inicialmente, em denunciar as referidas estruturas discursivas, inclusive naquilo que se relaciona à distância identificável entre o ideal e o real.

A visão filosófica, para Comparato, permite visualizar a oposição permanente entre direito ideal e vigente. Não é possível esconder ou sufocar a necessidade de uma crítica permanente do direito positivo, pois só se avança na medida em que se faz essa autoanálise e da realidade externa que nos cerca.¹⁹

Nessa visão panorâmica do fenômeno jurídico insere-se o reconhecimento de sua natureza histórica. Todas as vezes em se debruça sobre um problema mais complicado, falta certa consideração quanto ao valor daquela instituição apresentada.²⁰

Além disso, observa-se a presença constante de uma certa evolução, que pode se dar no âmbito do bom ou no do ruim. De qualquer maneira, entretanto, sempre existe uma resposta aos problemas que surgem em um determinado momento histórico.²¹

Nota-se, nesse âmbito, o semantismo característico da expressão “crítica construtiva”, tendo em vista o seu imperioso papel na destruição e na reconstrução das estruturas discursivas que permitem a conservação dos paradigmas que impedem a concretização, inclusive, do direito à moradia.

Até porque, em Marx, a crítica não é “[...] paixão da cabeça, mas a cabeça da paixão. Não é um bisturi, mas uma arma. Seu objeto é seu inimigo, que ela quer não refutar, mas destruir. Pois o espírito de

19 COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. *In*: ALVES, Alaôr Café; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto. COMPARATO, Fabio Konder; TELLES JÚNIOR, Goffredo da silva. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 4.

20 *Ibid.*, p. 4-5.

21 *Ibid.*, p. 5.

tal situação já está refutado”. Trata-se de algo de “[...] existência tão desprezível como desprezada”.²²

Mais do que isso, a crítica, em seu conceito basilar, não necessita de ulterior elucidação de seu objeto, pois já o compreendeu, não se apresentando “[...] como fim em si, mas apenas como meio. Seu *pathos* essencial é a indignação, seu trabalho essencial, a denúncia”.²³

De começo, direito algum, que seja assegurado pela Constituição, pode ser tratado como objeto de caridade estatal, tendo em conta que o ideal de justiça colocado pelo texto constitucional busca, principalmente, o atingimento de uma ideia de igualdade em direitos.

2 A CONCRETUDE DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

A preocupação com a detecção da efetividade dos direitos, resultante da análise sociológica do ordenamento jurídico, ao se concentrar em medir sua materialização no mundo dos fatos, acaba por negligenciar uma série infindável de pontos de contato entre a norma e a realidade que transcendem as dimensões quantificáveis e imediatas. Embora a análise sociológica busque avaliar a concretização dos direitos a partir de indicadores objetivos e da observação de sua aplicação prática, ela frequentemente deixa de considerar as múltiplas nuances, interpretações e condições contextuais que influenciam a implementação das normas no cotidiano.

A realidade social é complexa e multifacetada, e, portanto, a efetividade dos direitos não pode ser reduzida a um simples exercício de mensuração. Há elementos subjetivos, culturais, políticos e econômicos que moldam a interação entre a norma jurídica e a vivência social, exigindo uma abordagem mais abrangente e sensível às dinâmicas que configuram a relação entre o direito formal e as condições materiais da sociedade.

22 MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 147.

23 *Ibid.*, p. 147.

2.1 ENTRE A EFETIVIDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Uma preocupação contemporânea da crítica filosófica ao direito, especialmente no Brasil, guarda relações diretas com o conceito de *efetividade*, notadamente no âmbito do chamado Estado Constitucional, que prima pela realização dos preceitos contidos na Constituição.

A efetividade é sinônimo de realidade, existência, certeza, objetividade. Na forma substantiva tem o sentido de realizar, efetuar, perfazer. É a instrumentalidade em sentido positivo, remetendo a algo eficiente, que tem aptidão para desempenhar do melhor modo possível.²⁴

Trata-se, entretanto, de um conceito que se dirige, notadamente, a uma análise sociológica, voltando-se a aferir os reflexos que o Direito, abstratamente considerado, teria no mundo fenomênico, ignorando, portanto, os vários graus e pontos de contato entre as normas e a realidade.

A partir da literatura de Kafka entende-se o paradoxo de que mesmo o guarda zeloso da autoridade de outrem, pode ser considerado culpado apenas por ter sido denunciado, enquanto aquele que efetivamente comete crimes, permanece inocente caso não o seja.²⁵

Desse modo, a relação entre o jurídico e o justo não é uma decorrência lógica de um e de outro, muito menos é possível de se obter da subsunção de uma ocorrência concreta à fria e abstrata letra de um dispositivo legal, sem que a injustiça seja um risco.

Além disso, algumas abstrações características do positivismo na ciência jurídica, evidenciam ser particularmente duradouras, como a separação de norma e realidade, à qual corresponde metodologicamente a equiparação de norma e texto da norma.²⁶

24 GALINDO, Wilfredo Eduardo Martinez. O que é efetividade? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1197-1211, jan.-dez., 2010, p. 1200-1202.

25 KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009, p. 26.

26 MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008, p. 10.

Ocorre que norma e realidade não são a única formulação possível da pergunta fundamental da ciência jurídica. Aquém da universalidade da filosofia do direito, a estrutura da norma e a normatividade no direito deveriam passar ao primeiro plano, como pontos de vista da concretização do direito.²⁷

Mais do que isso, a simples configuração linguística que caracteriza as prescrições jurídicas e a necessidade da sua concretização na práxis jurídica estabelecem uma ligação com o problema mais geral da compreensão nas ciências humanas.²⁸

Não bastasse, a própria objetividade das pesquisas exatas também não pode ser confundida com uma objetividade específica da linguagem. Nesta, o comportamento do homem no mundo passa a ser necessariamente afetado, em sua totalidade.²⁹

A concepção de *concretização* abrange, de maneira, simultânea, os fatores da realidade e da norma, que, por sua vez, são estruturados de conformidade com o âmbito da norma e a ideia normativa orientadora, correspondente ao *programa* da norma.³⁰

Dessa forma, no contexto dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à moradia, é, na atualidade, conveniente falar-se em concretização, tendo em vista as diversas possibilidades de contato entre os preceitos constitucionais abstratos e a realidade que buscam conformar.

2.2 A CRÍTICA À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A moradia não se resume ao conceito de propriedade, muito menos no que concerne à sua eternização. A primazia hermenêutica da questão, deveria se relacionar, sim, ao fato de que aquele que não

27 *Ibid.*, p. 10.

28 *Ibid.*, p. 13.

29 *Ibid.*, p. 13.

30 *Ibid.*, p. 15.

dispõe de um lugar para desfrutar de sua existência tem sua dignidade irremediavelmente ceifada.

Nesse sentido, Aristóteles, ao cunhar o seu conceito de justiça, afirmou a maldade em que consiste a situação de ser injustamente tratado, que significa “[...] ter menos e a outra ter mais do que a quantidade mediana”, algo que poderia conduzir a um mal maior.³¹

No específico caso do direito à moradia, a falta de acesso representa tratamento injusto, porém, especialmente, antijurídico, tendo em conta, notadamente, tratar-se de situação que, no Brasil, além de perdurar por séculos, adentrou a República e nela permanece.

Wolkmer informa que, apesar de se ter conquistado um Direito nacional codificado, “[...] a República consolidou um modelo privatista de legalidade não muito diverso do período imperial” quanto ao alheamento de suas normas às condições histórico-sociais e às necessidades da população.³²

O positivismo republicano, individualista, ritualizado e dogmático, “[...] quase nunca traduziu as profundas aspirações e intentos do todo social”, caracterizado pela legislação e pelas políticas públicas impostas por um Estado oligárquico e autoritário.³³

A República, portanto, não logrou enfrentar e solucionar questões estruturais da sociedade Brasileira, “[...] como a concentração da riqueza nas mãos de poucos, as abissais desigualdades sociais e a crescente exclusão da moradia e da posse da terra para milhões de pessoas”.³⁴

O vazio epistêmico das políticas sociais concernentes à temática deriva, de maneira direta, das consequências do vazio epistêmico ocasionado pela perspectiva positivista extrema que caracteriza a teoria do direito no Brasil, notadamente após a instalação de um republicanismo tacanho e formalista.

31 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 97.

32 WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 101.

33 *Ibid.*, p. 101.

34 *Ibid.*, p. 101.

3 A CRÍTICA AO GRAU DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A filosofia do direito, especialmente na contemporaneidade, ao direcionar sua crítica ao ordenamento jurídico, resgata, no conceito aristotélico de justiça, a noção de que a concretização dos direitos depende da capacidade de reduzir a distância entre a abstração da norma e a realidade social. Para Aristóteles, a justiça não se resume à aplicação mecânica da lei, mas ao reconhecimento das necessidades e circunstâncias específicas de cada indivíduo, promovendo uma distribuição equitativa dos bens essenciais para a vida em sociedade.

Essa abordagem filosófica, ao ser integrada à análise jurídica contemporânea, evidencia que a efetivação de direitos, como o direito à moradia, não pode ser reduzida a um simples exercício normativo, mas exige uma aproximação real e concreta das normas com as condições materiais da vida cotidiana. Assim, a crítica ao ordenamento jurídico contemporâneo passa a enfatizar a necessidade de superar a abstração normativa, buscando soluções práticas que assegurem a realização dos direitos em um contexto social marcado pela desigualdade e pela exclusão.

3.1 JUSTIÇA, CONSTITUIÇÃO E MORADIA

Em decorrência da falta de concretização desse e de vários outros direitos, nem mesmo o conceito de Estado de Direito permanece íntegro, ao permitir-se até mesmo a destruição de moradias, muitas vezes sem a possibilidade de se demandar a compensação.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a destruição de moradias com condições básicas de vida constitui grande perda de natureza econômica e de condições

básicas de existência, tratando-se de violação do direito de propriedade particularmente grave.³⁵

Não se trata, contudo, o direito à moradia de uma benesse estatal, em que pese o fato de o pseudo-humanismo constitucional brasileiro desejar fazer crer na real instalação de um Estado Democrático de Direito, que pouco faz para difundir a dignidade de forma equânime e divorciada de padrões individualistas.

Tal qual expõe Kafka, o justo e o jurídico não necessariamente guardam relação direta de coerência, pois, como afirmou K, que o eclesiástico talvez não saiba “[...] a que espécie de justiça serves”, também o positivista radical apenas superficialmente compreende a relação entre a lei e a realidade.³⁶

Mais do que isso, a mordaz crítica kafkiana, no inacabado *Processo*, faz subentender que a diferença entre juristas e cidadãos “não iniciados” é, justamente, a proximidade entre o abstrato direito positivo e a realidade que este pretende, futilmente, conformar.

3.2 A DISTÂNCIA ENTRE A NORMA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

No Brasil, as diversas questões relacionadas à falta de concretização de uma série de direitos fundamentais devem partir da percepção acerca da existência de uma crise histórico-filosófica concernente à concretude do próprio ordenamento jurídico nacional.

Kafka compreende que são duas coisas diferentes aquilo que a lei estabelece e aquilo “[...] que eu cheguei a saber por experiência pessoal. É preciso que você não confunda essas duas coisas”. Apesar disso, também entende que “[...] naturalmente deve estar estabelecido ali que o inocente deve ser absolvido”.³⁷

35 UEA. União dos Estados Americanos. Corte Internacional dos Direitos Humanos. **Caso Vereda la Esperanza vs. Colômbia**. Sentença de 31-8-2017.

36 KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009, p. 119.

37 KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009, p. 46.

No que se relaciona à moradia, esta foi reconhecida como um direito humano já em 1948, por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, tornando-se, dessa forma, universal e entendido como um dos direitos fundamentais.

Após, o entendimento das Nações Unidas foi ampliado, alcançando o conceito de *moradia adequada*, que não se resume a um teto e quatro paredes, alcançando o direito de ter acesso a um lar para se desenvolver e uma comunidade segura para viver com paz, dignidade e saúde física e mental.³⁸

A carência ou, no mínimo, a porosidade das políticas sociais relacionadas à temática da moradia demonstra a existência de um gigantesco abismo entre o discurso da Constituição e dos tratados internacionais e a entronização das perspectivas capitalistas e da acumulação de riquezas.

A estratégia de se reconhecer apenas em abstrato o direito à moradia, faz com que o esforço estatal de tornar unidade habitacional uma mercadora atraente e acessível no regime de mercado, arrisca servir às classes superiores, que, conseguem pagar o financiamento.³⁹

Dessa forma, paradoxalmente, a luta política para defender um direito que é, abstratamente, de todos e, também dos mais necessitados, incluindo o financiamento barato para a casa própria, termina por beneficiar concretamente os menos necessitados.⁴⁰

Assim, não se faz possível reduzir o problema da moradia a um problema de propriedade, tendo em vista que o referido entendimento tem como uma de suas consequências a de acentuar um grande número de desigualdades sociais ao invés de reduzi-las.⁴¹

38 MOULIN, Angela; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto Medeiros; LUFT, Rosângela Marina. Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil – a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro. **Planejamento e políticas públicas**, n. 46, p. 217-2742, jan.-jun., 2016, p. 220.

39 LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e Propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 2, p. 114-136, 1993, p. 125.

40 *Ibid.*, p. 125-126.

41 *Ibid.*, p. 126.

Mais do que isso, o ideal de comiserção que condiciona as políticas sociais no Brasil deve ser objeto de amplas e constantes críticas, inclusive naquilo que se relaciona à moradia. Estas, entretanto, devem se relacionar à distância entre o direito positivo e aquilo que se apresenta no mundo retratando o anseio social.

4 O DIREITO À MORADIA ENTRE O CAPITAL E OS DIREITOS HUMANOS

Com a superveniência dos direitos humanos e o retorno aos padrões jus filosóficos do direito natural, o debate sobre a concretização do direito à moradia adquire uma nova dimensão, vinculando-se diretamente à crítica à lógica capitalista que subordina os direitos sociais a interesses econômicos privados. Essa relativização dos padrões capitalistas reflete-se em um modelo de desenvolvimento que, muitas vezes, negligência as necessidades fundamentais da população, como o acesso à moradia digna.

A eficácia dos direitos sociais, especialmente o direito à moradia, passa a ser entendida não apenas como uma questão de justiça distributiva, mas como um imperativo ético e jurídico que exige o enfrentamento das desigualdades estruturais impostas por um sistema que prioriza a acumulação de riqueza em detrimento do bem-estar social. Assim, a concretização plena da moradia digna é indissociável da superação das barreiras impostas por um modelo econômico que, ao limitar a efetividade dos direitos sociais, compromete a justiça e a dignidade humana.

4.1 A BAIXA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À MORADIA

Apesar do Brasil ser signatário de uma infinidade de tratados internacionais de direitos humanos, inclusive relacionados ao direito à

moradia, permanece o Estado conformado com sua falta de eficiência e, especialmente, de vontade naquilo que tange à sua concretização.

Obter acesso a uma moradia é, claramente, uma necessidade para o ser humano, sem dúvida a estrutura principal, que permite ao homem realizar suas obras, sonhar e realizar os sonhos, estabelecer uma raiz, ser conhecido em uma comunidade, abrigo para dias ruins e o palácio para dias de celebração.⁴²

A moradia, portanto, condiciona o acesso a outros direitos essenciais do homem. Dessa forma, não se pode entender o porquê de não ter o referido direito recebido o tratamento adequado prévio, tendo em conta a grande quantidade de outras garantias a ele condicionados.⁴³

Isso porque é impossível garantir a saúde, educação e segurança sem, pelo menos, oferecer uma habitação digna para o homem. Carecer de moradia provoca a dispersão da cédula familiar, conduz ao fracasso escolar e contribui fortemente para a degradação do organismo.⁴⁴

A hipocrisia institucionalizada naquilo que se relaciona aos direitos sociais consagrados constitucionalmente termina por alcançar até mesmo as cortes internacionais, que corroboram sua falta de concretude sob o pálio da economicidade e da dependência das reservas financeiras estatais.

Tendo em conta a grande problemática da habitação no Brasil e os desafios enfrentados para implementação de uma nova política, a Lei 11.977 de 2009, que trata do Programa Minha Casa, Minha Vida e da regularização fundiária, foi elaborada com mecanismos práticos de atuação.⁴⁵

42 MELO, Marcelo Augusto Santana de. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 69, p. 9-80, jul., 2010, p. 2.

43 *Ibid.*, p. 2.

44 *Ibid.*, p. 2.

45 MEYLAN, Arleide. Autogoverno, A regularização fundiária de interesse social e o processo regulatório jurídico-administrativo para consolidação do direito à moradia. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 2, n. 2, p. 345-366, out., 2016, p. 348.

Ocorre que, nos municípios, os instrumentos hábeis para utilização desse instituto, nem sempre sejam apropriados ou mesmo inexistantes, como lei específica ou Plano Diretor, o envolvimento e a incorporação da participação de outros atores, que não o Estado.⁴⁶

Fomenta, portanto, a instituição da reforma urbana por todos os envolvidos, cujo propósito maior é aquele de se estabelecer a cidade sustentável, evidenciando a nova perspectiva de atuação do Estado para atender à parcela da população sem acesso ao direito à moradia.⁴⁷

Constou-se, além disso, a relação amalgamada entre a prestação de serviço público e privado, pois não se cogita mais dissociar um de outro, pois a importância maior do interesse coletivo demanda maleabilidade no processo de implementação de políticas públicas para a habitação.⁴⁸

A densidade semântica do discurso oficial relacionado às políticas habitacionais, caracterizada por títulos pomposos e palatáveis, como “Minha Casa, Minha Vida” ou “Minha Casa Verde Amarela” esconde em si toda uma história de periferização do povo.

4.2 DIREITO À MORADIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E CAPITALISMO

Faz-se impossível formular “críticas construtivas” quanto à inefetiva atuação estatal concernente à concretização do direito fundamental à moradia, demonstrando-se, sim, a necessidade de se aniquilar os padrões hipócritas que caracterizam o discurso oficial acerca da temática.

No Brasil, passou-se a utilizar um modelo de agências reguladoras, semelhante ao sistema norte-americano de regulação. Daí, a crítica de

46 *Ibid.*, p. 348.

47 *Ibid.*, p. 348.

48 *Ibid.*, p. 348.

que o Estado Regulador resgatou ideias liberais, travestidas de uma nova concepção de neoliberalismo econômico.⁴⁹

Paralelamente à onda de privatizações, surgiram agências reguladoras “independentes”, moldadas pelo novo parâmetro de intervenção estatal indireta. A ressalva quanto à independência delas tenta evitar que não fiquem à mercê das políticas instituídas pelo Executivo ou de interesses do mercado.⁵⁰

No Brasil, a independência e a autonomia das agências reguladoras são relativas, de modo que inúmeras críticas são dirigidas a esses organismos. Tal formato de regulação se explica em decorrência da ineficiência da regulação por meio da propriedade estatal.⁵¹

A partir da percepção da realidade acerca da falta de concretude do direito à moradia no mundo dos fatos é que será possível eventualmente, uma reversão do discurso oficial, fazendo surgir sua exigibilidade direta, bem como sua correlação direta e honesta com a dignidade humana.

A Constituição Federal brasileira adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, que importa nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado, e a ruptura do constitucionalismo liberal.⁵²

Nesse mesmo sentido é que se faz possível considerar que, após 5 de outubro de 1988, terminou por haver “[...] um reposicionamento

49 OLIVEIRA, Bruno Bastos de; DRUMOND, Herbert; ALBUQUERQUE FILHO, Edme Tavares de; MARTINS, Érika Silvana Saquetti; FERRAZ Taís Schilling; SACRAMENTO, Luciano; CALIL, Mário Lúcio Garcez; BOCHENEK, Antônio César; ROSSIGNOLI, Marisa; MARTINS, Robson; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Regulação, ferrovias e direito à moradia**: eficiência e justiça social. Curitiba: Instituto Memória, 2021, p. 41.

50 *Ibid.*, p. 41.

51 *Ibid.*, p. 41.

52 FREITAS, Adriana Aparecida Alves Martins de; BERNARDI, Renato Bernardi. O acesso à moradia em Instituições de Longa Permanência para Idosos. In: **Direitos sociais e políticas públicas II**. FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014.

no campo econômico que informa a implementação das políticas públicas voltadas à concretização da Constituição”.⁵³

Assim, a crítica aos formatos de concretização do direito fundamental à moradia no Brasil, alcança o formato de regulação do setor pelos Poderes constituídos, demonstrando-se, portanto, uma questão superestrutural a prejudicar sua efetivação, especialmente quanto às pessoas mais pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A filosofia que é estudada e desenvolvida contemporaneamente remete aos teóricos, poetas e artistas da Antiguidade Clássica, concernindo, inclusive ao momento pré-filosófico, que tratava da história da existência, em um mundo que ainda não era filosoficamente tematizado. O período grego remete ao surgimento do conceito de direito natural, que, entretanto, não era entendido como um conjunto de princípios e regras, porém, como parte da essência do que seria capaz de conduzir o processo de humanização que estruturaria a *pólis*.

A evolução da filosofia da Antiguidade Clássica até a atualidade permite vislumbrar o surgimento da perspectiva crítica relacionada ao direito e à sua utilidade como guia da humanização pretendida pelos gregos, aplicando-se, assim, ao direito à moradia

Qualquer incursão jurídico-filosófica que tenha como objetivo central trabalhar o direito à moradia precisa se preocupar, de começo, com a denúncia das referidas estruturas discursivas, inclusive no que se relaciona à perceptível distância entre o ideal e o real.

Nota-se, nesse contexto, o semantismo característico da expressão “crítica construtiva”, pois é notório seu imperioso papel na destruição e na reconstrução de estruturas discursivas que permitem a conservação de paradigmas impeditivos da concretização do direito à moradia.

53 *Ibid.*

Nenhum direito fundamental seja constitucionalmente protegido pode ser tratado como objeto de caridade estatal, em decorrência do fato de que o ideal de justiça colocado pelo texto constitucional busca, em especial, o atingimento de uma ideia de igualdade em direitos.

Uma das preocupações contemporâneas da crítica filosófica ao direito, notadamente no Brasil, tem relações diretas com o conceito de *efetividade*, especialmente no âmbito do Estado Constitucional, que prima pela realização dos preceitos contidos na Constituição.

A efetividade é um conceito que se volta, em especial, a uma análise sociológica, dirigindo-se a aferir os reflexos que o Direito, abstratamente considerado, teria no mundo fenomênico, ignorando, desse modo, os diversos graus e pontos de contato entre as normas e a realidade.

No contexto dos direitos fundamentais, notadamente no que se relaciona à moradia, é, atualmente, conveniente falar-se em concretização, em decorrência das várias possibilidades de contato entre os preceitos constitucionais abstratos e a realidade que buscam conformar.

A moradia não concerne apenas conceito de propriedade ou à sua eternização. A primazia hermenêutica da questão deveria se relacionar ao fato de que aquele que não tem uma localidade para usufruir de sua existência tem sua dignidade irremediavelmente prejudicada.

No caso específico do direito à moradia, a ausência de acesso representa tratamento injusto, entretanto, especialmente, antijurídico, em decorrência do fato de que se tratar de situação que, no Brasil, além de perdurar por séculos, adentrou a República e nela permanece.

O vazio epistêmico característico das políticas sociais relacionadas à temática deriva, de forma direta, das consequências do vazio epistêmico causado pela perspectiva positivista que caracteriza a teoria do direito no Brasil, especialmente após a instalação de um republicanismo tacanho e formalista. Por causa da falta de concretização desse e de vários outros direitos, nem mesmo o conceito de Estado de Direito permanece íntegro, permitindo-se até mesmo a

destruição de moradias, muitas vezes sem qualquer possibilidade de se demandar compensação.

O direito à moradia não é uma benesse estatal, apesar do fato de que pseudo-humanismo constitucional brasileiro deseja construir a crença na real instalação de um Estado Democrático de Direito, que pouco faz de maneira a difundir a dignidade de forma maneira e distante de padrões individualistas.

A mordaz crítica kafkiana, no inacabado livro *Processo*, faz compreender que a diferença objetivamente aferível entre juristas e cidadãos “não iniciados” é, exatamente, a proximidade que se identifica entre o direito positivo em abstrato e a realidade que este pretende conformar.

No Brasil, as várias questões relacionadas à falta de concretização do direito fundamental à moradia devem partir de uma percepção relacionada a uma crise histórico-filosófica concernente à concretude do próprio ordenamento jurídico nacional. A moradia, entretanto, foi reconhecida como direito humano em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, tornando-se, dessa forma, uma garantia universal, devendo, portanto, ser entendido como um dos direitos fundamentais.

A carência ou, minimamente, a porosidade das políticas sociais concernentes ao tema da moradia demonstra a existência de um abismo entre o discurso da Constituição e dos tratados internacionais e da entronização das perspectivas capitalistas e de acumulação de riquezas.

Mais do que isso, o ideal de comiseração condicionante das políticas sociais no Brasil deve ser objeto de amplas e constantes críticas, inclusive no que concerne à moradia. Estas, porém, devem se relacionar à distância entre o direito positivo e o que se apresenta na realidade.

Em que pese o Brasil ser signatário de uma infinidade de tratados internacionais de direitos humanos, inclusive concernentes ao direito à moradia, permanece o Estado conformado com sua falta de eficiência e, notadamente, de vontade quanto à sua concretização.

A hipocrisia institucionalizada relaciona aos direitos sociais consagrados constitucionalmente alcançar até mesmo as cortes internacionais, que confirmam sua falta de concretude sob a égide da economicidade e da dependência das reservas financeiras.

A densidade semântica do discurso oficial concernente às políticas habitacionais, caracterizada por títulos pomposos e palatáveis, como “Minha Casa, Minha Vida” ou “Minha Casa Verde Amarela” esconde em si toda uma história de periferização do povo.

Faz-se, portanto, impossível formular “críticas construtivas” no que se relaciona à quanto à inefetiva atuação estatal relacionada à concretização do direito fundamental à moradia, demonstrando-se a necessidade de se destruir os padrões hipócritas caracterizadores do discurso oficial relacionado à temática.

A partir da percepção oficial quanto à falta de concretude do direito à moradia no mundo dos fatos é que pode ser possível, eventualmente, uma reversão do discurso governamental, fazendo surgir sua exigibilidade direta, assim como sua correlação direta e honesta com a dignidade humana.

Conclui-se, desse modo, que a crítica às formas de concretização do direito fundamental à moradia no Brasil alcança o formato de regulação do setor pelos Poderes constituídos, demonstrando tratar-se, assim, de uma questão superestrutural que prejudica sua efetivação, notadamente quanto às pessoas mais pobres.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. *In*: ALVES, Alaôr Café; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto. COMPARATO, Fabio Konder; TELLES JÚNIOR, Goffredo da silva. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004. p. 1-10.

DUSSEL, Enrique. **El humanismo helénico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1975.

FREITAS, Adriana Aparecida Alves Martins de; BERNARDI, Renato Bernardi. O acesso à moradia em Instituições de Longa Permanência para Idosos. *In*: **Direitos sociais e políticas públicas II**. FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014.

GALINDO, Wilfredo Eduardo Martinez. O que e efetividade? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1197-1211, jan.-dez., 2010.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009, p. 119.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e Propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 2, p. 114-136, 1993.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 69, p. 9-80, jul., 2010.

MEYLAN, Arleide. Autogoverno, A regularização fundiária de interesse social e o processo regulatório jurídico-administrativo para consolidação do direito à moradia. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 2, n. 2, p. 345-366, out., 2016.

MOULIN, Angela; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto Medeiros; LUFT, Rosângela Marina. Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil - a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro. **Planejamento e políticas públicas**, n. 46, p. 217-2742, jan.-jun., 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de; DRUMOND, Herbert; ALBUQUERQUE FILHO, Edme Tavares de; MARTINS, Érika Silvana Saquetti; FERRAZ Taís Schilling; SACRAMENTO, Luciano; CALIL, Mário Lúcio Garcez; BOCHENEK, Antônio César; ROSSIGNOLI, Marisa; MARTINS, Robson; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Regulação, ferrovias e direito à moradia: eficiência e justiça social**. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

UEA. União dos Estados Americanos. Corte Internacional dos Direitos Humanos. **Caso Vereda la Esperanza vs. Colômbia**. Sentença de 31-8-2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PARTE 02
CONTEMPORANEIDADE E O
DIREITO CONSTITUCIONAL

A “DEMOCRACIA” NO STF: RELATO DE ANÁLISE DE CONTEÚDO TEMÁTICO DESDE A TEORIA DO ESTADO BRASILEIRO

*Marcelo Raimundo da Silva*⁵⁴

INTRODUÇÃO

A democracia é objeto tradicional de discussão nos primeiros anos da graduação em Direito, em especial na disciplina “Teoria Geral do Estado”⁵⁵. Igualmente, o tema da democracia é assunto onipresente nos planos de aula do eixo disciplinar do Direito Público em nível de graduação e de pós-graduação, em especial na disciplina de Direito Constitucional.

Na disciplina “Teoria Geral do Estado”, o tema “democracia” costuma ser abordado de forma enciclopédica, com base em teorizações jusfilosóficas que percorrem desde as cidades-estado gregas até o contexto contemporâneo, com ênfase no período moderno e em autores-chave do pensamento político ocidental.

54 Doutorando em Direito (ITE/Bauru). Mestre em Ciência Política. Docente efetivo do Colegiado de Direito da Universidade do Estado do Amapá/UEAP. Advogado. Cientista Político. Parecerista. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CNPq “Direito, Internacionalização, Saúde e Desenvolvimento na Amazônia Legal” (UEAP/UFC/UFCA) e “Caleidoscópio Tucuju do Direito” (UNIFAP). E-mail: raimundo.silva@ueap.edu.br. ID Lattes 4561446812212806.

55 Atualmente, como expresso em títulos de obras e estudos ao longo da última década (Ranieri, 2013; Bucci, 2018; Assis, 2018), a denominação mais contemporânea da disciplina é “Teoria do Estado” ou “Teoria Geral do Estado contemporânea”, sendo, neste último caso, o termo “geral” indicativo de uma perspectiva plural, não-orgânica ou não-totalizante. Embora haja obras atuais com o título “Teoria Geral do Estado”, o que pode decorrer de decisões editoriais, o fato é que a expressão foi formalmente abandonada pelo Ministério da Educação desde a Resolução MEC nº 1.886/1994, que excluiu a disciplina do eixo fundamental do curso de Direito. Essa exclusão foi mantida pela Resolução MEC nº 2/2021. Vale lembrar que a obrigatoriedade formal da disciplina existiu entre 1940 (Decreto-Lei nº 2.639/1940) e 1994 (Resolução MEC nº 1.886/1994).

Esse tipo de narração temporal-sucessiva dos conceitos de “democracia” fundamenta-se, sobretudo, em tentativa de compilação ampla e sistemática – em grande parte “enciclopédica” – sobre o fenômeno “Estado”. Devido a esse escopo, a doutrina clássica e de matriz germânica em Teoria Geral do Estado acabou por produzir conceituações dogmáticas voltadas à legitimação de determinadas institucionalidades estatais, como se fossem uma reprodução neutra e científica da realidade política.

Em recente estudos sobre o processo de criação e institucionalização da Teoria Geral de Estado como disciplina e doutrina jurídica no Brasil, Tomaz (2024) mostra que tal disciplina serviu politicamente, na verdade, para construir uma “doutrina” do Estado Novo varguista, a qual possuía a missão de instrumentalizar o ensino jurídico em prol da “justificação, disseminação e legitimação das diretrizes constantes da Carta de 1937” (Tomaz, 2024, p. 888). Com base nesse estudo de caso, Tomaz conclui que o estudo jurídico do fenômeno estatal, por meio de uma “teoria” do Estado, tanto no contexto europeu quanto no contexto brasileiro, na verdade, jamais foi neutro, e aplicou, portanto, um conceito apriorístico de Estado com finalidades políticas.

Assim, se o objetivo disciplinar da Teoria Geral do Estado – seja em sua formulação clássica ou atual – é servir como base doutrinária fundamental sobre o “político”, como deveria ser compreendida ou descrita a democracia com base nessas doutrinas?

Nesses termos, considerando a crítica à insuficiência da “semântica de autolegitimação do Estado pretensamente neutro” e adotando uma perspectiva habermasiana favorável ao paradigma procedimental do direito, pode-se sustentar que uma Teoria do Estado contemporânea, alinhada ao modelo constitucional de 1988 e ao Estado Democrático de Direito, precisa estar comprometida com a soberania popular e a cidadania ativa (Tomaz, 2024). Isso implica compreender a soberania como um “lugar” desprovido de substância própria, que deve ser preenchido discursivamente pela vontade popular, entendida não mais como uma massa passiva sujeita à tutela dos dirigentes estatais, mas como um fluxo comunicativo efetivo, capaz de conformar os

princípios normativos que estruturam a própria Constituição (Tomaz, 2024).

Note-se, então, que a renovação ou atualização da disciplina pressupõe necessariamente ter como objeto o compromisso com um Estado formal e materialmente democrático. Essa constatação não é inovadora no conjunto dos estudos sobre o status da Teoria de Estado à luz do Direito Público brasileiro. Por exemplo, já na segunda metade dos anos 2000, Gilberto Bercovici, em “As possibilidades de uma Teoria do Estado” (2006), já debatia, sob a inspiração de Hermann Heller, acerca da necessidade ínsita à Teoria do Estado como base fundamental para melhor compreensão das relações entre Estado, política, direito e economia, no sentido de se buscar, necessariamente, a supremacia da soberania popular e da democracia sobre o poder econômico privado.

Bercovici sustenta que houve uma fuga do objeto “Estado”, o que implicou, ao Direito Público como um todo, a substituição do foco no Estado pela centralidade do “governo” como principal objeto de estudo. Ao mesmo tempo, essa relativização do Estado foi acompanhada, nas demais ciências sociais, de uma supervalorização da “análise de políticas públicas”, passando a ser a sociedade civil o centro das preocupações políticas e teóricas.

Por conseguinte, utilizando conhecida expressão de Giacomo Marramao, Bercovici entende que, também no Brasil, a Teoria do Estado passou a ser uma “ciência triste” (*dottrina dello Stato come “triste scienza”*), o que, por consequência, diminuía sua importância doutrinária como fonte do direito, visto que o direito – e o debate sobre a democracia – passava a ser realizável apenas de maneira judicializada, com o Poder Judiciário criando “doutrina” judicial sobre o Estado (Bercovici, 2006).

Mais recentemente, desde a epistemologia da Teoria do Estado atual, Tojal e Gaspardo (2018) propuseram uma nova agenda didática e investigativa, no sentido de oferecer desenhos jurídico-institucionais no regime político democrático. Assim, ao considerarem a autonomia disciplinar da Teoria do Estado enquanto disciplina jurídica única e também como “ciência social” específica, Tojal e Gaspardo buscam

valorizar o estudo sobre a democracia por meio de seu caráter instrumental e técnico para o desenvolvimento de propostas de engenharia jurídico-institucional, a partir do Direito em diálogo com outros campos do saber, como no caso da Legística⁵⁶.

Por consequência, para uma renovada Teoria do Estado brasileira, os estudos sobre democracia no Direito pertenceriam melhor à disciplina que tem como objetivo a empiria no trato dos fenômenos políticos, que é exatamente o caso da Ciência Política. Nesses termos:

Nada diferente dos resultados que já são obtidos pela Ciência Política ao estudar, empiricamente, temas como comportamento eleitoral, atuação dos partidos políticos ou “medição da qualidade de regimes democráticos” poderia ser encontrado por uma linha de investigação que, simplesmente, se designe como pertencente à Teoria do Estado. (...) Não constitui, pois, objeto específico da Teoria do Estado, descrever, explicar e prever empiricamente eventos ou comportamentos políticos. Isso não significa que, orientada pela interdisciplinaridade, a Teoria do Estado não possa se valer dos resultados de pesquisas empíricas descritivo-explicativas da Ciência Política, para, a partir deles, acrescentar seu aporte específico. (Ibidem, p. 99-100).

O presente estudo parte da constatação de que há um progressivo enfraquecimento do uso sistemático da Teoria Geral do Estado como fonte doutrinária de referência no campo jurídico brasileiro, especialmente nos julgamentos das cortes constitucionais sobre regras do jogo político. A disciplina, historicamente concebida como espaço propedêutico de fundamentação teórica e normativa sobre o

⁵⁶ Por “Legística” ou “técnica legislativa”, entende-se, de forma geral, um conjunto de parâmetros técnicos voltados à otimização da redação e produção das normas oriundas do Poder Legislativo, bem como de órgãos administrativos (Atienza, 2022).

Estado e seus regimes, parece estar sendo paulatinamente substituída por outras referências, oriundas de campos do conhecimento nem sempre alinhados à dogmática jurídica.

Em paralelo, observa-se o fortalecimento de uma prática judicial em que o STF não apenas aplica o direito, mas cria, interpreta e fundamenta conceitos estruturantes do regime político – como o próprio conceito de democracia –, sem necessariamente recorrer à doutrina específica da área. Com isso, parece surgir uma tendência de formação autônoma de doutrina por parte da Corte, o que tensiona a hierarquia das fontes do direito, reduzindo o espaço epistêmico da produção justeórica.

Diante desse quadro, investiga-se até que ponto o STF vem assumindo o papel de formador de doutrina jurídica sobre “democracia”, à margem do conjunto doutrinário da Teoria do Estado. Tal movimento pode estar apontando para um padrão de “jurisprudencialização da doutrina” (Streck, 2023), o que demanda maior atenção e reação crítica da comunidade acadêmica jurídica. No campo específico da Teoria do Estado, isso implica reconhecer a necessidade de diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito, sob pena de manter-se alheia ao avanço do ativismo judicial (Copelli, 2018).

Essa questão tem enorme importância prática no direito brasileiro atual, haja vista a possível consolidação, pelo STF, de um novo paradigma acerca da defesa das instituições democráticas (Prates, 2025), notadamente no julgamento dos eventos de 08 de janeiro de 2023 (Ação Penal nº 1060), à luz da recente Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito (Lei Federal nº 14.197/2021), que tipificou os crimes contra a “democracia” no Código Penal.

Dito isso, cabe indagar: no julgamento de atos supostamente voltados à extinção do Estado Democrático de Direito⁵⁷, como a

57 A referida legislação federal incluiu, no Código Penal brasileiro, como subtipos de “crimes contra as instituições democráticas”: i) a “abolição violenta do Estado Democrático de Direito”, que significa, *ipsis litteris*, o “tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais” (art. 359-L); e ii) o “golpe de Estado”, que compreende, *in verbis*, “Tentar depor, por meio de violência ou grave

Suprema Corte deveria compreender o qualificativo “democrático”? E como a doutrina da Teoria do Estado poderia contribuir de forma mais efetiva para esse debate, considerando que a própria aplicação do direito penal deve respeitar os limites do regime democrático que se busca preservar, no sentido de proteção *do* Estado Democrático de Direito *no* Estado Democrático de Direito, como bem indicam Leite e Teixeira (2020)?

1 DESENHO DE PESQUISA

Uma primeira possibilidade analítica, na perspectiva do Direito, encontra-se na “análise conceitual”. Inspirando-se em Bix (2022), especialmente a partir da Teoria (Geral) do Direito, parte-se da premissa de que, ao investigar como o STF compreende a “democracia”, presume-se previamente a existência de uma categoria conceitual chamada “democracia”, sobre a qual é possível construir investigação teórica e empírica.

Mesmo nas pesquisas não conceituais em ciências sociais, diferentemente das ciências naturais, os juízos de valor influenciam a seleção dos dados e a delimitação das categorias. Seguindo a proposta de Bix, pode-se sintetizar a relevância e a aplicabilidade teórica da análise conceitual nos seguintes pressupostos: i) argumentos conceituais não são falsificáveis, visto que, ao atribuírem determinado(s) sentido(s) a determinado(s) conceito(s), são meramente explicativos; ii) se os argumentos conceituais não são falsificáveis, não há categorias “verdadeiras” ou “falsas”, mas sim, em tese ou inicialmente, apenas mais ou menos “úteis”; e iii) teorizações conceituais utilizam definições

ameaça, o governo legitimamente constituído” (art. 359-M). A nova legislação também estabeleceu alguns tipos específicos para: i) tutelar o “funcionamento das instituições democráticas”, como o processo eleitoral, que inclui a “eleição”, a “aferição de seu resultado”, com “violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação” (art. 359-N); ii) proteger o exercício dos direitos políticos (art. 359-P); e iii) proteger o funcionamento dos serviços essenciais, como “meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional” (art. 359-R).

com base em “suficiência” e em “necessidade”, não buscando, portanto, “causalidades”, mas sim clareza e detalhamento sobre “o que seria” ou “não seria” a categoria conceitual pesquisada.

Considerando esses pressupostos, um dos objetivos da análise conceitual é desvendar o “sentido” de um conceito, que nem sempre se revela nas práticas em que é utilizado. Nesse objetivo, a análise conceitual pode indicar, por exemplo, critérios qualitativos a serem observados antes do uso de determinada categoria conceitual.

A fim de examinar os usos do conceito de “democracia” pelo STF, formulamos um conjunto de códigos aplicáveis à análise de conteúdo temático das decisões definitivas de mérito em ações de controle de constitucionalidade, no caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, incluindo o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

A codificação seguiu uma abordagem dedutiva, com base em categorias e subcategorias extraídas da doutrina clássica da Teoria Geral do Estado e das formulações mais recentes da Teoria do Estado.

Para tanto, a pergunta inicial formulada foi: entre os anos de 2013 e 2023, como o STF tratou o tema da democracia?⁵⁸ As premissas hipotéticas foram as seguintes: 1) o STF atua estrategicamente como *veto player institucional*⁵⁹ na criação de doutrina – e não apenas de jurisprudência – sobre democracia; 2) o STF não apenas julga, mas “legisla” de maneira geral e abstrata sobre “democracia”; 3) o STF age como um novo “poder moderador” em julgamentos sobre democracia, mesmo quando não há conflito jurídico referente a regras procedimentais do regime político democrático.

Este estudo parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal adota práticas de fundamentação que se alinham a padrões previsíveis

58 Conforme se verá, a análise se restringiu ao biênio 2013–2014, por tratar-se de estudo-piloto.

59 Por *veto player* institucional, entende-se um ator político que pode impedir ou autorizar que ocorra uma mudança do status quo. Para mais informações, veja Tsebelis (2002).

de comportamento judicial, como sustentado na literatura de *Law and Politics* (“Direito e Ciência Política”)⁶⁰. Para isso, optou-se por adotar um “modelo legalista” como referência metodológica, priorizando o exame de decisões judiciais com base em categorias jurídicas internalizadas nos discursos dos ministros, especialmente no que tange à democracia. A análise qualitativa de conteúdo, neste contexto, permite investigar empiricamente a incidência e a frequência dessas categorias, contribuindo para mapear a presença (ou ausência) de fundamentos doutrinários especializados nas decisões proferidas entre 2013 e 2014.

A ideia de uma corte constitucional que atua política e judicialmente para “prevenir” e “solucionar” conflitos sobre procedimentos amplos e gerais do jogo democrático não é nova na literatura. A propósito, há estudos sobre a ampliação da judicialização do domínio da política (*politics*) para o domínio do macrossistema político (*polity*), ocasionando o fenômeno de cima para baixo (*from-above*) da judicialização da “mega-política” (*mega-politics*), que se refere ao processo decisório que define as normas fundamentais de todo o sistema político, seja nacionalmente, ou subnacionalmente (Hirschl, 2008).

Além disso, estudos comparados mostram que haveria uma judicialização da política pura (*pure politics*), na qual as cortes constitucionais atuariam não só nos conflitos jurídicos, mas também nos conflitos políticos que dependeriam, na verdade, de legitimidade eleitoral, com o intuito de determinar conceitualmente o direito que estrutura/regula o sistema democrático (*law of democracy*). Nesse caso, os juízes constitucionais performariam, inclusive, o papel de árbitros do regime político (*lords of democracy*) (Miller, 2004).

60 Essa é a interpretação de Shapiro, à qual aderimos: [I]aw and Politics is one of the many ‘law and ...’ movements that have arisen in recent years, the most notable of which, of course, is law and economics. (...). Perhaps the simplest way to look at the matter is to treat the “and” movements as marking the intersection of two disciplines. If so, it would be clearer to relabel law and politics as law and political science. (Shapiro, 2008, p. 767).

Em síntese, o objetivo foi realizar um teste exploratório por meio do software ATLAS.ti, relatando as decisões metodológicas adotadas, desde o treinamento prático até a codificação e o tratamento dos primeiros dados. Espera-se que esta experiência contribua para discutir a execução de um desenho de pesquisa qualitativo, seus limites metodológicos e seu potencial de replicação e compreensão no meio acadêmico e profissional do Direito.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa-piloto de análise de conteúdo temático aplicada a tópicos conceituais discursivos no processo de formulação de normas, ou seja, desde a fonte do direito denominada “jurisprudência”, na linha do proposto por Salehijam (2018) e Brook (2021). Nesse vértice, dado que é uma pesquisa-piloto, ajustamos a pergunta de pesquisa para: entre os anos de 2013 e 2014, como foi tratado o tema da democracia no STF?

Assim, por meio da apresentação deste “exercício” exploratório, os testes aqui tentados e realizados poderão servir para se discutir sobre: i) a execução de desenho de pesquisa sobre análise conceitual e sobre análise de conteúdo temático em decisões judiciais; ii) as (in) consistências teóricas e metodológicas observadas; e iii) os aspectos referentes à compreensibilidade da pesquisa no meio acadêmico e profissional do Direito, além de questões sobre confiabilidade e replicabilidade da investigação.

2 DEFINIÇÃO DOS MARCOS CONCEITUAIS E CATEGORIAS ANALÍTICAS DA “DEMOCRACIA”

2.1 A “DEMOCRACIA” SEGUNDO A DOUTRINA TRADICIONAL BRASILEIRA DE “TEORIA GERAL DO ESTADO”

Se a intenção é construir uma codificação dedutiva para análise conceitual e temática sobre a “democracia”, a partir dos precedentes vinculantes do STF, é necessário compreender qual base doutrinária

justifica a escolha de determinada definição conceitual em detrimento de outras.

Portanto, uma estratégia é utilizar a própria conceitualização doutrinária de “democracia”, a qual compreende, na maioria dos casos, um conjunto de subcategorias.

Seguindo a sugestão de Tomaz (2024, p. 39), consideramos como Teoria Geral do Estado brasileira tradicional – ou “doutrina tradicional” – os seguintes autores: Miguel Reale, Dalmo de Abreu Dallari, Paulo Bonavides, Darcy Azambuja e Sahid Maluf.

Em cada doutrinador, indicamos: i) a fundamentação teórica utilizada na conceitualização de “democracia”; ii) a perspectiva analítica⁶¹; iii) o conceito geral escolhido para “democracia”; e iv) as subcategorias propostas pelo próprio doutrinador referentes ao conceito escolhido de “democracia”. Essa descrição segue apresentada no Quadro 1 abaixo:

61 Como “perspectiva analítica”, entendemos a discussão que faz Ferraz Júnior, com base na terminologia de Theodor Viehweg, sobre os tipos de investigar um problema jurídico, no caso a “zetética empírica pura”, a “zetética empírica aplicada”, a “zetética analítica pura”, a “zetética analítica aplicada”, e a “dogmática jurídica”. Para mais detalhes, ver Ferraz Júnior (2018). A dogmática jurídica, nesse sentido, designa o esforço de interpretar e aplicar o direito a partir de pontos de partida fechados. Já a zetética jurídica refere-se à investigação aberta, especulativa e questionadora das premissas do direito, assumindo uma função predominantemente informativa e crítica. Ferraz Júnior ainda diferencia entre uma zetética empírica, voltada para a observação de regularidades do direito como fenômeno social, e uma zetética aplicada, dedicada à análise de problemas jurídico-políticos visando efeitos concretos sobre o ordenamento. Assim, por exemplo, obras que apresentam elementos de análise institucional, de crítica à dogmática normativa ou de incorporação de ciência política empírica foram aqui classificadas como “zetética analítica aplicada” ou “empírica aplicada”, conforme seus objetivos e metodologias predominantes. Já manuais de perfil expositivo, que sistematizam conceitos, foram identificados como “dogmática”. Com essa tipologia, buscamos destacar, prima facie, a diversidade de enfoques presentes no desenho da Teoria (Geral) do Estado brasileira, sem pretensão de esgotamento classificatório.

Quadro 1 - Análise conceitual de “democracia” segundo a Teoria Geral de Estado brasileira tradicional⁶²

Autor (obra)	Base teórica	Perspectiva analítica	Conceito central de democracia	Subcategorias principais encontradas na obra
Miguel Reale (2000 [1940])	Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, Teoria Política	Zetética analítica pura	Ideal de autodeterminação progressiva da pessoa, com harmonia entre autoridade e liberdade, sob princípios cristãos	Democracia liberal, parlamentar, corporativa; ideal de democracia pura; democracia e estatalidade do direito
Sahid Ma-luf (2023 [1957])	Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado	Dogmática	Democracia como sistema formal e substancial, baseado em soberania popular, pluralismo partidário e garantia de direitos	Democracia formal/material, social-democracia, igualdade jurídica e econômica
Paulo Bonavides (2000 [1967])	Teoria Política, Filosofia do Direito	Dogmática clássica	Governo do povo, para o povo, pelo povo; crítica à redução liberal do conceito	Democracia direta, representativa, semidireta, relação com partidos
Darcy Azambuja (2005 [1967])	Filosofia do Direito	Dogmática	Democracia como equilíbrio entre direitos individuais e sociais, com participação popular na lei e governo	Democracia política e social, representativa, crítica à ditadura
Dalmo Dallari (2013 [1971])	Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional, Ciência Política	Zetética aplicada e dogmática	Democracia como ideal realizável contra o absolutismo, com base na liberdade, igualdade e vontade popular	Estado democrático ideal, democracia e igualdade, democracia tradicional e moderna

Fonte: elaboração própria, com base nos doutrinadores acima indicados

62 Trata-se de versão resumida de descrição doutrinária mais exaustiva disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rIXDnmGpzkSSpvZuO6JUq1SDQEt1Tav>

Dadas as conceitualizações sobre democracia da doutrina “clássica” ou tradicional brasileira em Teoria Geral do Estado, notamos, em comum, a utilização simultânea de conceitos oriundos de outros campos do conhecimento do eixo jurídico fundamental, como a Filosofia Política, a Sociologia Política, o Direito Constitucional e, de certa forma, a Ciência Política.

Essa abordagem decorre tanto de seu caráter paradidático – voltado ao letramento jurídico na graduação – quanto da predominância de uma perspectiva dogmática e formalista. Em conjunto, isso resulta numa abordagem totalizante, enciclopédica e sincrética, criticada por Tojal (1997), que propunha uma renovação analítico-empírica da disciplina, enquanto uma “nova” ciência social.

2.2. A “DEMOCRACIA” SEGUNDO A NOVA DOUTRINA BRASILEIRA DE “TEORIA DO ESTADO”⁶³

Em comparação com a tradição anterior, a nova doutrina brasileira de Teoria do Estado trouxe efetivamente novas perspectivas analíticas. No Quadro 2 abaixo, seguindo os mesmos procedimentos no Quadro 1, indicamos as principais obras brasileiras que foram originalmente publicadas entre os anos 2000 até a presente data, todas com intenção expressa de servirem como manuais de nível de graduação para a disciplina de Teoria (Geral) de Estado na atualidade:

63 Incluímos nessa seção apenas livros com pretensão de “manual” ou “compêndio” doutrinário em Teoria (Geral) do Estado para os cursos de Graduação. Portanto, não incluímos artigos científicos, nem obras mais amplas, que não se nomeiam expressamente como produção acadêmica específica de Teoria do Estado, pertencendo ao Direito Público, em especial ao Direito Constitucional ou ao Direito Administrativo.

Quadro 2 - Análise conceitual de “democracia”
segundo a nova Teoria de Estado brasileira⁶⁴

Autor (obra)	Base teórica	Perspectiva analítica	Conceito central de democracia	Subcategorias principais encontradas na obra
Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014 [2006])	Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, Teoria do Direito Crítico	Zetética pura e aplicada	Democracia como invenção permanente; crítica ao modelo liberal; exige justiça social e arcabouço normativo mínimo	Diversidade de modelos: liberal, participativa, deliberativa, operária, protetora, delegativa, constitucional, social-democracia, desenvolvimentista
Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga (2024 [2008])	Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, Ciência Política	Dogmática	Sem conceito atual explícito; sistematização histórica da democracia	Democracia antiga, liberal/constitucional, governada
Nina Ranieri (2023 [2013])	Teoria Geral do Estado, Teoria Constitucional, Ciência Política empírica	Zetética aplicada, empírica e dogmática	Democracia como resposta estatal à cidadania ativa; conexão com o Estado Democrático de Direito	Modalidades democráticas por período histórico; foco no pluralismo e na proteção de direitos fundamentais
José Geraldo Brito Filomeno (2019 [2014])	Teoria Geral do Estado, Teoria Constitucional, Teoria do Direito	Zetética aplicada e dogmática	Democracia como filosofia política da convivência das diferenças e da escuta social	Democracia direta, indireta, semidireta; autocracia; democracia clássica

64 Trata-se de versão resumida de descrição doutrinária mais exaustiva disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rIXDnmGpzkSSpvZuO6JUq1SDQUEt1Tav>

Camilo Onoda Caldas (2018)	Teoria Crítica, Teoria Geral do Estado, Jus-marxismo	Zetética empírica e dogmática	Participação e sufrágio como requisitos mínimos de legitimidade democrática	Democracia direta, representativa, semidireta
João Roberto Gori-ni Gamba (2023 [2019])	Teoria Geral do Estado, Ciência Política contemporânea	Zetética aplicada, empírica e dogmática	Regimes democráticos caracterizados por garantias mínimas e pluralismo político	Democracia direta, indireta, semidireta; autocracias e regimes autoritários contemporâneos

Fonte: elaboração própria, com base nos doutrinadores acima indicados

A leitura comparada do Quadro 2 permite afirmar que a nova doutrina de Teoria do Estado no Brasil busca superar a conceituação unitária e formalista da democracia típica da tradição clássica. A pluralização das subcategorias conceituais de “democracia” – como “democracia participativa”, “deliberativa”, “social-democracia”, “democracia desenvolvimentista”, entre outras – revela um esforço para captar a complexidade das dinâmicas democráticas contemporâneas, considerando fatores como justiça social, diversidade institucional e o papel das lutas sociais.

Destacam-se obras como a de Streck e Moraes, que avançam para uma concepção material e crítica da democracia, associada a uma práxis transformadora do Estado, e a de Ranieri, que articula os pressupostos da ciência política empírica à defesa do Estado Democrático de Direito como fórmula integradora entre soberania popular e garantia de direitos fundamentais.

Além disso, nota-se que a abordagem zetética, que perpassa boa parte das obras analisadas, sugere um abandono progressivo da perspectiva puramente dogmática, típica da doutrina clássica, em direção a uma Teoria do Estado com ambições analíticas, descritivas e institucionais. Ao mobilizarem fontes teóricas diversificadas (Filosofia, Ciência Política, Teoria Crítica, Direito Internacional dos Direitos Humanos), esses autores constroem um campo teórico mais

atento às condições sociais e históricas da democracia, e menos afeito à normatividade abstrata. Essa tendência indica que, embora ainda incipiente, há um movimento de renovação metodológica da disciplina, o que pode, eventualmente, reabilitar seu papel na formação crítica de juristas, o que dependerá, entretanto, da superação da crescente tendência à centralização doutrinária pelo Judiciário.

2.3 EXCURSUS: A “DEMOCRACIA” SEGUNDO A CIÊNCIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Comparativamente, na Ciência Política contemporânea, conceitualizar a democracia depende de mensuração empírica, e ocorre de maneira variada, dentro do espectro desde um polo conceitual mais “minimalista” com foco nas eleições, como propõe Przeworski et al. (2000) a outro polo conceitual mais “maximalista” com *n*-atributos, como propõe Beetham (1999).

Em uma revisão sistemática da literatura de Ciência Política, diante da ausência de consenso terminológico sobre o conceito de democracia, Coppedge et al. (2011), no contexto da fundamentação do projeto *Varieties of Democracy* (V-Dem), apresentaram uma tipologia consolidada de seis concepções principais: “democracia eleitoral”; “democracia liberal”; “democracia majoritária”; “democracia participativa”; “democracia deliberativa”; e “democracia igualitária”. Essa tipologia é apresentada na Tabela 3 a seguir:

Tabela 3 – Conceitos de “democracia”

Conceito de democracia	Princípios institucionais fundamentais	Pergunta-foco	Instituições características
<i>I. Democracia Eleitoral</i> ("elitista", "minimalista", "realista" ou "schumpeteriana")	Contestação, competição	Os cargos governamentais são preenchidos por eleições multipartidárias livres e justas?	Eleições, partidos políticos, competitividade e alternância no poder

<i>II. Democracia Liberal</i> ("consensual" ou "pluralista")	Governo limitado, múltiplos pontos de veto, responsabilidade horizontal, direitos individuais, liberdades civis, transparência	O poder político é descentralizado e limitado?	Múltiplas instituições independentes e descentralizadas, com foco especial na mídia, grupos de interesse, Judiciário e constituição escrita com garantias explícitas
<i>III. Democracia Majoritária</i> ("responsible party government")	Regra da maioria, centralização, responsabilidade vertical	A maioria (ou a pluralidade) governa?	Estrutura consolidada e centralizada, com foco especial no papel dos partidos políticos
<i>IV. Democracia Participativa</i>	Governo pelo povo	Os cidadãos comuns participam da política?	Lei eleitoral, sociedade civil, governos locais, democracia direta
<i>V. Democracia Deliberativa</i>	Governo pela razão	As decisões políticas são resultado de deliberação pública?	Mídia, audiências, painéis e outros órgãos deliberativos
<i>VI. Democracia Igualitária</i>	Igualdade política	Todos os cidadãos são igualmente empoderados na política?	Instituições desenhadas para garantir participação, representação, proteção e recursos politicamente relevantes de forma igualitária

Fonte: Coppedge et al. (2011, p. 254; adaptado, com tradução livre)

Atualmente, a literatura de Ciência Política ainda aponta que a conceitualização de democracia decorre necessariamente de mensuração em casos concretos (Knutsen et al., 2023), não havendo um conceito, como na doutrina brasileira de Teoria (Geral do) Estado, que se aplique a todos os casos existentes na realidade. Vemos, portanto, algumas diferenças na conceitualização de democracia pela literatura jurídica tradicional, que postula um conceito "geral", enquanto a Ciência Política defende uma conceitualização voltada à mensuração empírica.

3. EXECUÇÃO DO MÉTODO

A pesquisa foi iniciada a partir das bases de dados oficiais do STF, por meio de busca textual simples com o verbete “democracia”, no período de 2013 a 2023. Foram identificadas 534 decisões, incluindo ações de controle concentrado e difuso⁶⁵.

Como já indicado, para fins de teste-piloto, restringimos o banco de dados ao biênio 2013–2014, totalizando 15 decisões de mérito, sendo 12 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 1 Ação Declaratória de Constitucionalidade e 2 Recursos Extraordinários com repercussão geral.

Aplicou-se, de forma preliminar, a metodologia de análise de conteúdo temático, sem aplicação de testes de confiabilidade ou validação intersubjetiva, como requerem as versões mais robustas da análise categorial (Cervi, 2014; Sampaio e Lycarião, 2018).

Diferentemente da análise do discurso, a análise de conteúdo busca sistematizar e reduzir o conteúdo a unidades significativas, permitindo a comparação entre elementos recorrentes (Carlomagno e Rocha, 2016). Dessa forma, nosso objetivo é investigar a relação entre as menções à “democracia”, descrevendo, categorizando e quantificando sistematicamente todas as ocorrências de suas conceitualizações, a fim de entender quais tipos de democracia foram discutidos pelo pleno do STF.

O enfoque adotado foi predominantemente qualitativo, voltado à síntese dos elementos temáticos contidos nas decisões analisadas, com vistas à produção de inferência sobre a utilização institucional do conceito de “democracia” pelo STF. Para essa finalidade, foram seguidos procedimentos metodológicos de codificação de conteúdo, aplicação de códigos e visualização de categorias em pesquisa qualitativa aplicada, utilizando Saldaña (2012) e Gupta (2024) como guias.

65 Detalhamento do procedimento de busca e banco de dados completo em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1-vC8BlBLmgqKLjaOtdP2Hjc7dReLxg1Xh_PHG_Uk5Fc.

A partir de nosso conjunto de dados, o trabalho foi realizado com unidades de codificação, que se referem a trechos textuais ou palavras unitárias sistematicamente classificadas por meio de códigos. Os códigos simbolizam, assim, um atributo temático dentro de uma dada categoria (Saldaña, 2012), ao mesmo tempo em que busca capturar o significado qualitativo do fenômeno em estudo (Gupta, 2024).

O primeiro ciclo de codificação, automatizado via inteligência artificial (IA), foi realizado sem supervisão humana direta. Devido aos tamanhos dos documentos (alguns com aproximadamente 300 páginas), a estratégia foi rodar a codificação não-intencional inicialmente para apenas três documentos do ano de 2013.

O processo de execução da codificação livre por IA gerou 296 códigos, em 87 categorias, totalizando 1267 citações⁶⁶. Considerando que o termo “democracia” não apareceu nem como categoria, essa codificação não atendeu aos objetivos da pesquisa, sendo, por isso, descartada por não oferecer dados relevantes. Ato contínuo, ainda tendo como objeto de análise as três decisões do ano de 2013, decidimos testar um segundo ciclo de codificação, agora intencional, também por IA, com base em um prompt textual alinhado ao desenho do projeto-piloto⁶⁷. Ao final, foi proposta a seguinte categorização: i) “conceitualização de democracia”; ii) “temas em democracia”; iii) “fundamentação doutrinária”; e iv) “padrões de comportamento judicial”.

66 Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/18T8QrCz6eVK8pOMSdHLWa8IbzC7zL7xT>

67 O prompt foi o seguinte: 1) Pergunta de pesquisa: Como a democracia é conceitualizada em decisões judiciais de cortes constitucionais?; 2) Contexto: análise de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal brasileiro para se verificar o conceito de democracia utilizado para justificar decisões. A análise também se refere ao debate sobre judicialização da política no Brasil nos últimos 10 anos; 3) Material: decisões judiciais; 4) Método: análise de conteúdo temático, a fim de se extrair os principais temas de cada decisão judicial relacionados, nesta ordem, ao conceito de democracia e à fundamentação doutrinária utilizada para construir este conceito; e 5) Objetivo de pesquisa: identificar padrões no comportamento judicial institucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Resultou que a codificação intencional por IA nos ofereceu 678 códigos, em 10 categorias⁶⁸. Referente ao tema da “democracia”, nos foi proposta a categoria “conceptualização da democracia”, com 51 códigos, como, por exemplo, “autogoverno”, “instituições” e “instituição de região metropolitana”. Adicionalmente, houve a criação das categorias “*democracy conceptualization*”, “temas da democracia” e “temas relacionados à democracia”. Além da categoria “fundamentação doutrinária” (71 códigos), foi criada também uma categoria distinta, denominada “*doctrinal foundation*” (44 códigos).

Percebemos que, nesses três ciclos de codificação, foram gerados múltiplos códigos sobrepostos e sem cobertura exaustiva, o que comprometeu sua utilidade para eventuais fins estatísticos (Krippendorff, 2004). Em suma, a codificação por IA embora pudesse dar alguns insights, nos ofereceu uma codificação aberta (*open coding*), o que, por sua vez, exigiria muito tempo para sua readequação.

Desse modo, dada a inadequação das codificações por IA em relação à pergunta de pesquisa, e visto que há apenas uma pessoa codificadora – o autor – decidiu-se, como terceiro ciclo, pela elaboração manual de uma codificação dedutiva (*deductive coding*), com a criação de códigos a partir da terminologia indicada pela Teoria Geral de Estado tradicional e pela nova Teoria do Estado atual, como detalhada na Introdução deste texto.

Nesse sentido, utilizamos como lente interpretativa códigos “pré-existentes”, ou seja, “dedutivos”, conforme identificado pela nossa revisão conceitual de subcategorias da doutrina brasileira de Teoria do Estado⁶⁹. Esse terceiro ciclo tampouco produziu resultados satisfatórios, gerando inconsistências na execução da análise e limitando a confiabilidade das categorias atribuídas. Isso ocorreu, pois as categorias novamente não eram exaustivas, fazendo que a

68 Disponível em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ZNpxfda_dt0aVQZI1Njtp2qGuYvLE_V

69 Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1rsuVH0qRqnJ76V-jMbFGOEa-G0wp0Wce>

codificação, por sua vez, além de prolixa, não se mostrasse confiável para produção de inferências.

A partir desta terceira codificação, fizemos um quarto ciclo de codificação dedutiva, agora sob a inspiração dos conceitos indicados por Coppedge et al. (vide Tabela 3 acima), com reutilização da codificação anterior, onde cabível. Assim, na categoria “Conceitualização de Democracia”, reordenamos internamente as antigas 18 subcategorias, excluindo aquelas que não foram codificadas, isto é, com valor de “magnitude” 0 (zero).

Passamos, então, a ter apenas 6 subcategorias, que são: i) “democracia deliberativa”; ii) “democracia eleitoral”; iii) “democracia igualitária”; iv) “democracia liberal”; v) “democracia majoritária”; e vi) “democracia participativa”⁷⁰.

Operacionalmente, o modelo de codificação dedutiva a partir de subcategorias da Ciência Política produziu a categorização mais precisa dentre as testadas, de modo que decidimos realizar, com base nesses códigos, os seguintes grupos de testes: i) análise de coocorrência, para examinar – por meio de tabulação – o número de citações que se associam aos códigos; e ii) análise de código-documentação, para comparar uma categoria específica de códigos através das decisões judiciais por ano⁷¹.

Sendo uma pesquisa-piloto de caráter exploratório, esta investigação apresenta algumas limitações relevantes que precisam ser consideradas. Em primeiro lugar, como aqui informado, optou-se por uma análise qualitativa restrita ao biênio 2013–2014, o que limita a validade externa e o potencial de generalização dos achados. A amostragem reduzida justifica-se pelo objetivo de ensaio metodológico e treinamento de codificação.

Além disso, o processo de codificação foi realizado por um único pesquisador, o que acarreta riscos de viés subjetivo na atribuição

70 Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/18T8QrCz6eVK8pOMSdHLWa8IbzC7zL7xT>

71 Os dados estatísticos da codificação “final” estão disponíveis em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1B8-kh2wuDXI1MITDfRRM-tAyto84h22m>

de sentidos aos dados. Não foram empregados testes formais de confiabilidade intercodificador, nem técnicas de triangulação com outros métodos ou abordagens empíricas. Embora a análise por software (ATLAS.ti) tenha oferecido recursos avançados de visualização e organização temática, a ausência de validação cruzada limita a robustez das inferências.

Ressalte-se, por fim, que a codificação dedutiva aplicada exigiu uma delimitação conceitual prévia que pode ter deixado de capturar categorias emergentes do material empírico. Essas limitações deverão ser enfrentadas nas próximas etapas do projeto, por meio da ampliação da equipe de análise, expansão da amostra e aplicação de métricas formais de confiabilidade e validação empírica.

4 RESULTADOS PRELIMINARES E DISCUSSÃO

A partir da análise de coocorrência, foi possível visualizar graficamente as associações entre categorias e códigos, bem como identificar as frequências relativas de cada categoria nas decisões judiciais analisadas.

As tabelas permitiram a comparação entre os valores do Coeficiente C, que expressa a força de associação entre dois códigos, em que $C = \frac{a}{a+b}$, onde: a representa o número de coocorrências entre os códigos; b é o número ou frequência de citações (*groundedness*) no primeiro código; e c é o número ou frequência de citações (*groundedness*) no segundo código. Semelhantemente ao coeficiente de correlação, o valor-C pode variar entre 0 (zero) a 1 (um), indicando que, quanto mais próximo de 1, mais forte será a associação entre os dois códigos analisados.

Do conjunto de códigos, identificamos dois valores-C mais significativos: i) o valor-C de 0.45 entre “direitos sociais” e “democracia igualitária”, o que indica uma correlação moderada e positiva, no sentido em que “direitos sociais” são moderadamente associados à ideia de uma “democracia igualitária”; e ii) o valor-C de 0.75 entre “separação de poderes” e “democracia liberal”, o que indica uma

correlação forte e positiva. Assim, há uma forte associação entre os dois códigos, ou seja, quando “separação de poderes” é mencionado, também é mencionado “democracia liberal”, e vice-versa, o que sugere que tais conceitos são frequentemente articulados conjuntamente nas decisões do STF, indicando padrões discursivos normativos consistentes com essas concepções de democracia.

Já, na análise código-documentação, examinamos os códigos da categoria “Conceitualização de Democracia”, em termos de frequência absoluta e relativa. Observamos, em primeiro lugar, uma distribuição levemente superior de ocorrências no ano de 2014, o que pode indicar maior contestação normativa em torno do conceito de democracia nesse ano, possivelmente influenciada por decisões como a ADI 5136-MC/DF, que tratou do pleito da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de “Lei Geral da Copa” (Lei Federal nº 12.663/2012) que foi questionado por, alegadamente, impor limitações à liberdade de expressão nos estádios, extrapolando o texto constitucional.

No período todo, a subcategoria “Democracia Liberal” foi a mais recorrente, mantendo-se estável entre os dois anos analisados (50% em 2013 e 50% em 2014). Por outro lado, as referências à “Democracia Eleitoral” aumentaram consideravelmente em 2014, o que pode refletir a influência de eventos políticos específicos naquele contexto (passando de 22% em 2013 para 78% em 2014), a exemplo da ADI 5136-MC/DF.

Ademais, a categoria “Democracia Majoritária”, ausente em 2013, apareceu somente em 2014, sugerindo sua introdução recente na pauta jurisprudencial. Já a “Democracia Participativa” apresentou uma distribuição equilibrada ao longo dos dois anos, mantendo certa constância temática (51% em 2013 e 49% em 2014). Por fim, tanto a “Democracia Deliberativa” quanto a “Democracia Igualitária” apresentaram frequência reduzida, com ligeira queda em 2014, o que indica que essas categorias ainda ocupam espaço marginal nas decisões analisadas.

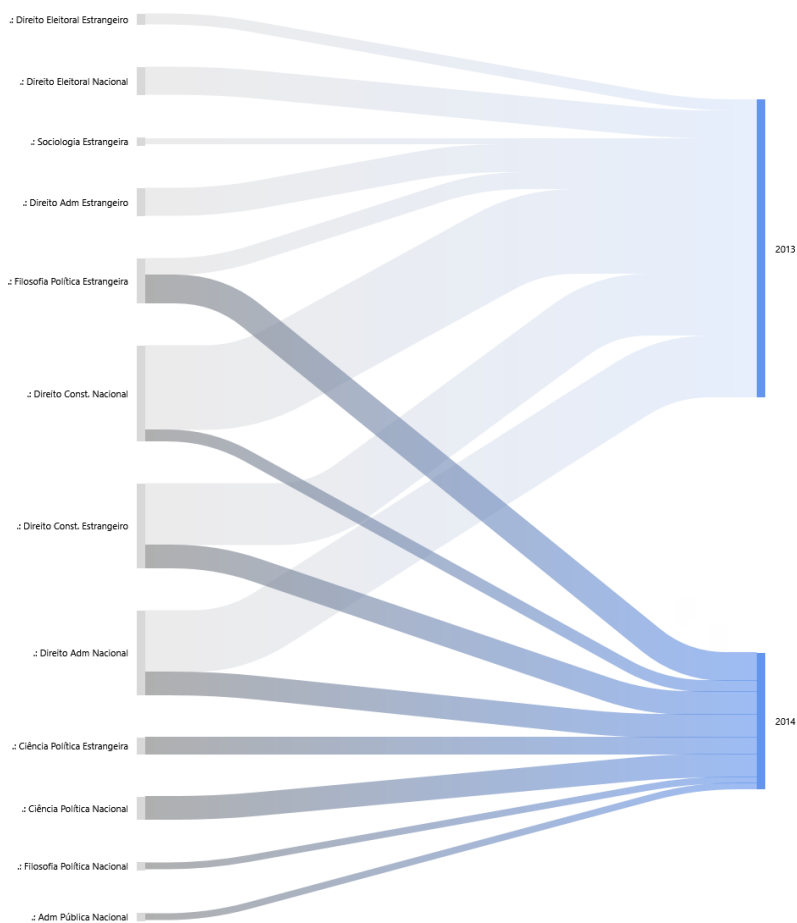
Por fim, executando a análise código-documentação, foram extraídos diagramas de Sankey, com o objetivo de se verificar

a densidade dos conceitos de democracia e da fundamentação doutrinária utilizada pelo STF por ano determinado. Para informação, os diagramas de Sankey indicam a força da relação entre códigos-fonte (lado esquerdo) com determinada variável dependente (lado direito). Assim, indicando o “fluxo” dinâmico de um valor para o outro, a largura de um fluxo se faz proporcional ao valor do coeficiente *C* do código.

Para fins desta análise, concentramos a atenção no diagrama de Sankey – Diagrama 1 abaixo – que mostra a relação entre várias disciplinas nos dois anos de 2013 e 2014. Conforme o livro de códigos, as disciplinas foram divididas em dois subtipos principais (“estrangeira” e “nacional”), com diversas subcategorias dentro desses subtipos.

Os resultados indicam a predominância do Direito Público – especialmente o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, em suas variantes nacional e estrangeira – como fundamento doutrinário das decisões do STF. Exemplos encontrados foram: J. J. Gomes Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”); Celso Antônio Bandeira de Mello (“Curso de Direito Administrativo”); Maurizio Fioravanti (“*Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*”); José Afonso da Silva (“Curso de Direito Constitucional Positivo”); Gustavo Binbenbujm (“Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”); e Rodrigo Brandão (“Supremacia judicial versus diálogos constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?”).

Diagrama 1 – Áreas disciplinares das “doutrinas” utilizadas pelo STF por ano (2013-2014)



Fonte: elaboração própria via ATLAS.ti

Em termos quantitativos, nas 15 decisões entre os dois anos de 2013 e 2014, foram encontradas 70 citações de “doutrina” a partir dessas categorias⁷². Conforme nossa codificação de origem doutrinária/justeórica, não houve menção a nenhum dos doutrinadores da Teoria (Geral) do Estado nas decisões referentes à “democracia”.

⁷² Dados disponíveis em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/16zCyMsb8GYg6M9BbGGG0pgYRpibQn6jj>

O quadro geral observado na análise de conteúdo e nas representações visuais indica que a categoria de “democracia” mais presente nas decisões do STF no biênio 2013–2014 foi a de democracia liberal, fortemente associada à separação de poderes. Tal associação demonstra a predominância de uma leitura normativa formal e institucional da democracia, fundada em mecanismos de freios e contrapesos e na proteção de direitos civis sob o império da legalidade.

Por outro lado, conceitos como “democracia igualitária”, “participativa” ou “deliberativa” aparecem com menor frequência, ainda que marcando presença relevante, sobretudo em decisões de 2014. Esses dados sugerem que o STF tende a operar com um modelo de democracia limitado à estabilidade institucional, com raras incursões em modelos mais substanciais, como os que envolvem justiça social ou protagonismo cidadão.

Contudo, mais preocupante do que a predominância de certa concepção de democracia é o silêncio sistemático quanto à doutrina jurídica especializada em Teoria do Estado.

Como indicam os dados codificados, nenhum autor clássico ou contemporâneo da disciplina é citado como fundamento jurídico nas decisões analisadas, o que corrobora a hipótese central deste artigo: a Teoria do Estado, como campo doutrinário autônomo, tem sido marginalizada como fonte do direito, sugerindo um deslocamento do centro de produção conceitual – da doutrina jurídica tradicional para a jurisprudência constitucional – com riscos de autolegitimação argumentativa por parte do próprio STF. Isso pode, ao mesmo tempo, consolidar o “grau zero” da doutrina enquanto dogmática jurídica, que passa a ser importante apenas para apresentar listas de normas existentes (noticiário legislativo) ou apenas para descrever decisões do STF, sem qualquer crítica (noticiário forense), algo já apontado por autores nacionais (vide Dimoulis, 2021).

A ausência da Teoria do Estado como categoria citada explicitamente nos fundamentos das decisões do STF parece, à primeira vista, validar parte da crítica proposta por Tojal e Gaspardo (2018). No caso dos dados aqui analisados, tal ausência pode indicar um

esvaziamento doutrinário-normativo da disciplina, que teria perdido sua função como fonte de direito. Essa hipótese, no entanto, ainda requer verificação com base em um escopo temporal mais amplo de decisões.

Nesse sentido, funções atribuídas à doutrina jurídica, como a “função de controle” (avaliação da consistência interna e externa da argumentação judicial) e a “função heurística” (aplicação do instrumentário doutrinário para avaliar decisões judiciais), conforme Alexy (2001), parecem não estar sendo exercidas pela Teoria do Estado, o que pode estar indicando um deslocamento do centro de gravidade da interpretação do fenômeno estatal para disciplinas não jurídicas, mas validadas como “doutrina” pelo próprio Judiciário.

Não obstante, ainda que as categorias de democracia utilizadas na codificação tenham origem na Ciência Política, sua adoção em nosso projeto-piloto se justifica, pois se trata de um campo que, de fato, nos ofereceu categorias analíticas estáveis e replicáveis, com alto grau de precisão conceitual, algo ainda raro na literatura de Teoria do Estado.

Portanto, a Ciência Política conseguiu nos fornecer uma estrutura útil metodologicamente para organizar e testar empiricamente a presença – ou ausência – desses conceitos no discurso judicial. Isso indica que a Teoria do Estado, mesmo em sua formulação contemporânea, não se mostrou suficientemente operacionalizável para o desenho de pesquisa proposto, talvez pelo maior foco “zetético” da doutrina na atualidade.

CONCLUSÃO

Este estudo-piloto teve como objetivo testar a viabilidade de uma codificação dedutiva do conceito de democracia, aplicada a decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade. Para tanto, foram adotadas como referencial inicial categorias consolidadas na literatura da Ciência Política,

visando conferir maior clareza analítica e rigor metodológico à análise temática qualitativa de decisões judiciais. A amostra restringiu-se ao biênio 2013–2014, permitindo uma abordagem inicial e controlada, voltada à identificação de padrões de uso do conceito de democracia em decisões definitivas de mérito.

Os resultados iniciais indicam que os procedimentos qualitativos de análise temática de conteúdo são promissores. Os dados indicam que, ao menos nesse período, a concepção de democracia predominante nas decisões do STF alinha-se com o modelo liberal-representativo, fortemente vinculado à ideia de separação dos poderes e à estabilidade institucional. Modelos alternativos – como a democracia participativa, deliberativa ou igualitária – surgem de forma esparsa, ainda que presentes em momentos relevantes. Mais importante, contudo, é constatar a ausência completa da Teoria do Estado como referência doutrinária explícita, seja no plano dos fundamentos normativos das decisões, seja na linguagem jurídica empregada pelos Ministros.

Assim, ao abdicar da tarefa de construir conceitos operacionais aplicáveis à prática jurídica, a doutrina de Teoria (Geral) do Estado perde espaço. Com isso, o Judiciário assume, ele próprio, a formulação desses conceitos, muitas vezes sem o devido controle teórico ou epistêmico. Nesse sentido, a crítica proposta por Tojal e Gaspardo (2018), ao defender que a Teoria do Estado deve afastar-se de uma função normativa e concentrar-se na engenharia institucional, pode contribuir, talvez, para esse esvaziamento.

Tal movimento pode ser interpretado como parte de uma tendência mais ampla de “jurisprudencialização da doutrina”, na qual o próprio Judiciário passa a construir, consolidar e validar os conceitos fundamentais do regime democrático. Isso reforça a tese de que, no atual cenário institucional brasileiro, a doutrina da Teoria do Estado encontra-se epistemicamente marginalizada como fonte de direito. Ao recusar sua função propositiva, a Teoria do Estado pode estar abrindo caminho para uma “centralização hermenêutica” no Poder Judiciário, em que decisões judiciais adquirem o status de fonte única

de doutrina jurídica, restando aos doutrinadores apenas o papel de ecoar ou comentar os fundamentos lançados *ex post* pelos Ministros.

A experiência aqui relatada sugere, portanto, que a reabilitação da Teoria do Estado como doutrina jurídica exige mais do que revisão didática. Ela requer a capacidade de disputar, conceitualmente, o sentido de categorias fundamentais como “democracia” no interior do próprio campo jurídico. A Ciência Política oferece instrumentos valiosos para a análise empírica e para a codificação temática. Contudo, a definição do que conta como doutrina continua sendo uma tarefa do pensamento jurídico comprometido com o controle do poder. Este artigo busca, assim, contribuir, ainda que de forma modesta, para esse esforço.

No esforço de cientificização secundária da disciplina integrando os estudos empíricos da Ciência Política, corre-se o risco de comprometer sua capacidade crítica e sua função formadora. A reconstrução da Teoria do Estado exige mais do que rigor metodológico: demanda um projeto epistêmico próprio, com vocação para disputar conceitualmente o sentido do Estado e da democracia dentro da arena jurídica. Reabilitar a doutrina como fonte do direito não é apenas uma questão de prestígio acadêmico, mas de resgatar a capacidade do pensamento jurídico de orientar, criticar e limitar o poder.

Em síntese, os achados aqui apresentados devem ser lidos como um alerta à Teoria do Estado: ou a disciplina reassume sua função de produção doutrinária propositiva, ou será reduzida a uma “ciência triste”, caso permaneça desprovida de capacidade normativa, devido à sua substituição por análises empíricas avulsas ou por “captura” pela jurisprudência enquanto nova forma de ortodoxia constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ASSIS, L. G. B. Teoria Geral do Estado ou Teoria do Estado? *In*: BUCCI, M. P. D.; GASPARDO, M. **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 109-134.
- ATIENZA, M. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- AZAMBUJA, D. **Introdução à Ciência Política**. 17^a ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BEETHAM, D. **Democracy and human rights**. Cambridge: Polity, 1999.
- BERCOVICI, G. As possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n.º.49, jul./dez., 2006, p. 81-100.
- BIX, B. H. **Teoria do Direito**: fundamentos e contextos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BROOK, O. Politics of coding: on systematic content analysis of legal. *In*: BARTL, M. CEBULAK, P.; LAWRENCE, J. **Behind the method**: the politics of European legal research. Edward Elgar Publishing, 2021 (Forthcoming manuscript, July 15, 2021).
- BUCCI, M. P. D. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo. **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 27-74.
- CALDAS, C. O. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.

CARVALHO NETTO, M. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CERVI, E. U. **Análise de dados categóricos em Ciência Política**: uso de testes estatísticos em tabelas de contingência com fontes secundárias de dados. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Paraná, 2014.

CICCO, C.; GONZAGA, A. de A. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

COPELLI, G. M. Uma Teoria do Estado em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito. **Consultor Jurídico**, 10 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/diario-classe-teoria-estado-dialogo-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 30 mar. 2025.

COPPEDGE, M.; GERRING, J.; ALTMAN, D; BERNHARD, M.; FISH, S.; HICKEN, A.; KROENIG, M.; LINDBERG, S. I.; MCMANN, K.; PAXTON, P.; SEMETKO, H. A.; SKAANING, S.; STATON, J.; TEORELL, J. Conceptualizing and measuring democracy: a new approach. **Perspectives on Politics**, 9(2), 2011, p. 247-67.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, D. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021.

FILOMENO, J. G. B. **Teoria do Estado e da Constituição**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GAMBA, J. R. G. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 3^a ed. Barueri: Atlas, 2023.

GUPTA, A. **Qualitative methods and data analysis using ATLAS.ti: a comprehensive researchers' manual**. Cham, Switzerland: Springer, 2024.

HIRSCHL, R. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**. Vol. 11, 2008, p. 93-118.

KNUTSEN, C. H.; MARQUARDT, K. L.; SEIM, B.; COPPEDGE, M.; MEDZIHORSKY, J.; EDGELL, A. B.; PEMSTEIN, D.; TEORELL, J.; GERRING, J.; LINDBERG, S. I. **Conceptual and measurement issues in assessing democratic backsliding**. Working Paper, May 2023, Series 2023:140, The Varieties of Democracy Institute/V-Dem Institute, Department of Political Science University of Gothenburg, Sweden, 2023.

LEITE, A.; TEIXEIRA, A. **Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e ao desafio brasileiro**. Parecer, Consulente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020.

MALUF, S. **Teoria Geral do Estado**. 36^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MILLER, R. A. Lords of democracy: the judicialization of “Pure Politics” in the United States and Germany. **Washington and Lee Law Review**, Vol. 61, Issue 2 (3), 2024.

PRATES, L. S. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa responsiva da democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2025.

PRZEWORSKI, A.; ALVAREZ, M. E.; CHEIBUB, J. A.; LIMONGI, F. **Democracy and development: political institutions and well-being in the world - 1950–1990**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

RANIERI, N. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 3^a ed. São Paulo: Almedina, 2023.

REALE, M. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALDAÑA, J. **The coding manual for qualitative researchers**. London: Sage, 2013.

SALEHIJAM, M. The value of systematic content analysis in legal research. **Tilburg Law Review**. Volume 23 (1-2), 2018, p. 34-42.

SAMPAIO, R. C.; LYCARIÃO, D. **Análise de conteúdo categorial**: manual de aplicação. Brasília: Enap, 2021.

SHAPIRO, M. Law and politics: the problem of boundaries. In: WHITTINGTON, K. E.; CALDEIRA, G. A. (eds). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 767-74.

STRECK, L. L. A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito? **Consultor Jurídico**, 30 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/a-democracia-e-compativel-com-a-jurisprudencializacao-do-direito/>. Acesso em: 30 mar. 2025.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TOJAL, S. B. B. **Teoria Geral do Estado**: elementos de uma nova ciência social. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TOJAL, S. B. B.; GASPARD, M. A democracia sob a ótica da Teoria do Estado: esboço de um programa de pesquisa. In: BUCCI, M. P. D.; GASPARD, M. (orgs.). **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: SaraivaJur. 2018, p. 75-107.

TOMAZ, M. R. **A história não contada da Teoria Geral do Estado no Brasil**: juristas adaptáveis, ditadura e ensino jurídico no Estado Novo (1937-1945). Avaré: Contracorrente, 2024.

TSEBELIS, G. **Veto players**: how political institutions work. Princeton: Princeton University Press, 2002.

ANÁLISE DA REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE LOTEAMENTOS URBANOS EM UM MUNICÍPIO DE MÉDIO PORTE NO NORDESTE BRASILEIRO

*Francisco Francinildo Oliveira Lima*⁷³

*Odorico Konrad*⁷⁴

*Anny kariny Feitosa*⁷⁵

*Roberto Marcolino Graciano*⁷⁶

INTRODUÇÃO

O processo de urbanização é um fenômeno global que ocorre de forma diferenciada em cada país, dependendo de suas condições econômicas e sociais. No Brasil, a urbanização ocorre de maneira acelerada e desordenada, resultando em diversos problemas ambientais, sociais e econômicos. Essa expansão descontrolada leva ao surgimento de loteamentos irregulares, impactando diretamente a qualidade de vida da população e desafiando a atuação do poder público na regulação e fiscalização desses espaços.

73 Doutor em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Vale do Taquari. Servidor Administrativo do Instituto Federal do Ceará. Advogado. ID Lattes 6685370002509502.

74 Doutor em Engenharia Ambiental e Sanitária pela Montanuniversitat Leoben (Austria) e Engenheiro Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor e pesquisador na Universidade Vale do Taquari. ID Lattes 9946679953072196.

75 Doutoranda em Direito pela ITE - Bauru. Pós-doutora pela Universidade Federal do Cariri. Pós-doutora pela Universidade de Aveiro (Portugal). Doutora em Ambiente e Desenvolvimento pela Univates. Advogada. Docente no Instituto Federal do Ceará. ID Lattes 6604861578850716.

76 Doutorando em Direito (ITE - Bauru) Mestrado com foco em Direito Constitucional. Pós-graduado (lato sensu) com pesquisa voltada ao CEJUSC. Bacharel em Direito. Mediador, Conciliador, Supervisor de Mediação, Analista, Presidente da Comissão Especial de Gerência dos Recursos oriundos das Penas Pecuniárias e Membro da Comissão de prevenção ao assédio moral, assédio sexual e todas as formas de discriminação no TJSC. Prof. de Direito Constitucional, Administrativo, Família, JEC e Ciências Políticas. E-mail: rmg25892@gmail.com. ID Lattes: 7586055427106075.

Este capítulo tem como objetivo analisar a regulação e fiscalização dos loteamentos urbanos, abordando a legislação aplicável, os desafios da sua implementação e os impactos da expansão urbana na cidade de Iguatu, CE, um município de médio porte no nordeste brasileiro. A pesquisa baseou-se em análise documental, entrevistas com gestores, loteadores e moradores, além da análise crítica das normativas existentes e sua aplicabilidade prática.

Na cidade de Iguatu-CE, o crescimento urbano tem ocorrido majoritariamente por meio de loteamentos, que, apesar de atenderem à demanda habitacional, apresentam falhas significativas no cumprimento das normas legais e ambientais. A ausência de fiscalização efetiva e a desatualização da legislação municipal comprometem a organização territorial da cidade, resultando em problemas estruturais e socioeconômicos que poderiam ser evitados com políticas públicas eficazes.

2 APARATO LEGAL DOS LOTEAMENTOS URBANOS NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um conjunto de normas que regulamentam o parcelamento do solo urbano, especialmente por meio dos loteamentos. O principal objetivo desse aparato legal é garantir que o crescimento das cidades ocorra de forma planejada, ordenada e sustentável, assegurando infraestrutura básica, acesso à moradia e preservação do meio ambiente.

A regulação dos loteamentos urbanos no Brasil é fundamentada em diversos dispositivos legais, com destaque para a Lei nº 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Essas legislações estabelecem diretrizes para a ocupação do solo, determinam a obrigatoriedade de infraestrutura mínima e asseguram a proteção ambiental. Além disso, instituem mecanismos de fiscalização e controle a serem exercidos pelo poder público, a

fim de promover o desenvolvimento urbano com justiça social e sustentabilidade.

A Lei n.º 6.766/1979 determina os requisitos para a criação de loteamentos, estabelecendo normas para a divisão do solo, a infraestrutura mínima exigida e a necessidade de aprovação municipal para novos empreendimentos. No entanto, apesar dessas exigências, a fiscalização deficiente permite que muitos loteamentos sejam implantados sem atender integralmente às disposições legais, comprometendo o ordenamento urbano e a qualidade de vida dos moradores.

O Estatuto da Cidade reforça a necessidade de planejamento urbano integrado, exigindo que municípios com mais de 20 mil habitantes elaborem um Plano Diretor. Este instrumento deve direcionar o desenvolvimento urbano de maneira sustentável, garantindo a função social da cidade e da propriedade. Segundo Nascimento e Torres (2023, p. 07),

[...] os Planos Diretores são os instrumentos que direcionam o desenvolvimento urbano e territorial e garantem a função social que a cidade deve desempenhar, atendendo as reivindicações dos munícipes. Suas diretrizes devem ser incorporadas pelo plano plurianual, pelas diretrizes orçamentárias e pelo orçamento anual do município.

Na análise dos autores, o plano diretor é essencial para que a propriedade cumpra a sua função social, desde que atenda às necessidades fundamentais da cidade. O Plano Diretor, ao ser amplamente discutido entre representantes de entidades da sociedade civil, do governo e da iniciativa privada, deve partir do levantamento de demandas e da necessidade de planejamento urbano. A partir disso, poderá propor soluções que orientem as ações da gestão pública rumo a um desenvolvimento urbano organizado. Essa organização visa

prevenir construções irregulares e o descumprimento da legislação, que deve ser formulada com base na equidade.

Além disso, o Plano Diretor deve permitir a elaboração de políticas públicas eficazes no enfrentamento das desigualdades sociais, promovendo uma ocupação ordenada dos espaços territoriais. Dessa forma, será possível instituir uma política municipal alinhada aos princípios legais e às normas governamentais vigentes, evitando a degradação ambiental, a geração de cenários econômicos prejudiciais à sociedade e promovendo o planejamento adequado de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento social sustentável.

Entretanto, em muitos municípios brasileiros, incluindo Iguatu, o Plano Diretor está desatualizado e não atende às demandas contemporâneas, tornando-se um entrave para a organização territorial e o crescimento sustentável. As licenças ambientais, por sua vez, constituem-se como instrumentos de regulação e meios de fiscalização em loteamentos, possibilitando ações de mitigação em caso de ocorrência de danos ambientais. A obrigatoriedade da segurança coletiva e do uso adequado da propriedade urbana em benefício do bem comum é uma diretriz que deve orientar a política urbana no Brasil, conforme estipula o Estatuto da Cidade em seu arcabouço jurídico.

Dentre os instrumentos de regulação previstos no referido estatuto, destaca-se o Estudo de Impacto de Vizinhança, que determina à gestão municipal a definição das atividades permitidas para funcionamento, de modo a evitar prejuízos aos moradores de áreas urbanas e a assegurar o desenvolvimento sustentável do espaço, considerando, entre outros aspectos, a viabilidade viária e o fluxo de veículos.

Para a implantação dos loteamentos, as legislações exigem a obtenção de três licenças principais: a Licença Prévia, que avalia a viabilidade do empreendimento; a Licença de Instalação, que autoriza os procedimentos iniciais às obras; e a Licença de Operação, que marca o início da atividade do empreendimento.

Além das licenças mencionadas, há também a necessidade de uma licença ambiental, que certifica que todos os procedimentos voltados para a preservação do meio ambiente foram devidamente realizados, contribuindo para evitar danos ou até mesmo a degradação ambiental na área.

Observa-se, assim, que as licenças, tanto aquelas referentes à implantação propriamente dita do loteamento quanto as voltadas para a preservação ambiental, são ferramentas essenciais à disposição do poder público para a fiscalização adequada dos procedimentos a serem adotados na área.

3 A FISCALIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS E SEUS DESAFIOS

A fiscalização dos loteamentos urbanos é um dos maiores desafios enfrentados pelos municípios brasileiros. Em Iguatu, constatou-se que a atuação dos órgãos responsáveis é insuficiente, tanto por falta de recursos humanos e financeiros quanto por limitações estruturais. O resultado é a implantação de loteamentos que não cumprem plenamente as exigências legais, gerando impactos negativos para o meio ambiente e para a população.



Figura 1 – Área verde de loteamento
Fonte: Próprios autores (2024).

Figura 2 – Situação das vias urbanas com ausência de fiscalização
Fonte: Próprios autores (2024).

Figura 3 – Situação após fortes chuvas.
Fonte: Rádio MAIS FM de Iguatu – Ceará.

Os dados da pesquisa revelam que 73% dos moradores consideram que a pavimentação dos loteamentos onde residem não atende à legislação municipal vigente. Além disso, 83% dos entrevistados

adquiriram imóveis por meio do programa Minha Casa, Minha Vida e relataram que o projeto apresentado na planta não corresponde à realidade atual, evidenciando falhas na fiscalização do cumprimento das exigências legais pelos loteadores.

Outro ponto crítico é a negligência na fiscalização ambiental. A legislação exige a obtenção de licenças ambientais para a implantação de loteamentos, incluindo a Licença Prévia, a Licença de Instalação e a Licença de Operação. No entanto, os estudos indicam que muitos empreendimentos não passam por uma análise criteriosa de impacto ambiental, resultando em problemas como desmatamento, descarte irregular de resíduos e comprometimento de cursos d'água.

Entre os moradores entrevistados, 90% afirmaram que os problemas atualmente encontrados nos loteamentos, como buracos nas ruas, acúmulo de água e problemas estruturais nas casas, são consequência da ausência de fiscalização dos órgãos competentes em relação às obras dos loteamentos, como escolha do terreno e serviços de terraplanagem. Além disso, 73% desses moradores consideraram que a pavimentação existente nos loteamentos onde residem não atende à legislação municipal vigente para a implantação de loteamentos.

A pesquisa revelou uma série de problemas decorrentes da falta de uma fiscalização ambiental e estrutural efetiva e atuante em todas as etapas da constituição do loteamento. A legislação desatualizada e seu descumprimento por parte dos envolvidos nos projetos de expansão urbana possibilitam, conseqüentemente, a ocorrência de reflexos socioeconômicos e ambientais nessas áreas urbanas.

4 IMPACTOS DA EXPANSÃO URBANA DESORDENADA

Os impactos da expansão urbana desordenada vão além das questões legais e administrativas, afetando diretamente a vida da população e o equilíbrio ambiental. Em Iguatu, os principais problemas identificados incluem:

- **Impactos Ambientais**

A urbanização sem planejamento adequado tem causado degradação ambiental significativa. A destruição de áreas verdes, a impermeabilização do solo e a falta de drenagem urbana eficiente resultam em alagamentos frequentes, erosão e contaminação de recursos hídricos. A pesquisa indicou que 93% dos moradores acreditam que a criação de áreas verdes com praças e parques melhoraria significativamente sua qualidade de vida.

- **Impactos Sociais**

A falta de infraestrutura nos loteamentos prejudica a mobilidade urbana e o acesso a serviços essenciais, como saúde, educação e segurança. Muitos loteamentos são implantados em áreas afastadas, sem transporte público adequado, dificultando a vida dos moradores e aumentando a desigualdade socioespacial. Além disso, 60% dos moradores afirmam que a prefeitura não realiza fiscalização eficiente das obras, permitindo irregularidades na construção e na infraestrutura urbana.

- **Impactos Econômicos**

A ausência de fiscalização e planejamento afeta diretamente o valor dos imóveis e a arrecadação municipal. A desvalorização dos loteamentos devido à infraestrutura precária gera prejuízos para os moradores, enquanto a falta de investimentos na urbanização compromete o desenvolvimento econômico local. No ambiente econômico, a ausência de um planejamento para atender as demandas com habitação, emprego e renda das pessoas que irão participar desse processo de urbanização, terá como consequência um reflexo econômico forte diante da vida das pessoas daquele ambiente territorial, decorrente do subemprego, da violência instalada, moradia precária, entre outras situações vividas, que inclusive destoam dos objetivos de desenvolvimento sustentáveis, em especial e mais particularmente o ODS 11, que trata das questões urbanas e qualidade de vida dos moradores.

Em relação aos reflexos sociais que se instalam como decorrência dos problemas econômicos, eles passam a existir por várias situações, entre elas a ausência de uma união de forças de toda a sociedade, sejam representantes do governo, entidades, moradores, para construir ferramentas de enfrentamento aos problemas não apenas sociais, mas todos que influenciam no seu surgimento. Dentre essas ferramentas destacamos um plano diretor estratégico e atualizado diante das demandas existentes, uma política de uso e ocupação do solo ladeada pela legislação pertinente, uma discussão de política habitacional como forma de utilizar os espaços de forma ordenada e em cumprimento às normas existentes.

Outro fator a ser destacado nos reflexos sociais é a criação de legislação construída de forma igualitária, onde todos, independentemente de classes sociais ou condição financeira, precisam cumprir as mesmas regras legais estabelecidas. Em um país onde não existe homogeneidade entre classes sociais, a ausência da equidade é fator impactante para se perpetuar a desigualdade social entre as pessoas, ou manter as classes sociais devidamente separadas. Assim, se quem está inserido em uma classe social não consegue cumprir as legislações no que se refere às edificações, por exemplo, será condicionado a edificar fora dos padrões legais, em geral favelas e áreas de risco.

Conclui-se, desta forma, que o próprio mercado imobiliário funciona como divisor urbanístico, ou seja, é ele que constrói a política de mercado e interfere nas questões sociais, uma vez que determina onde as classes sociais irão se fazer presentes no processo de urbanização.

5 ODS 11 E A SUSTENTABILIDADE NA EXPANSÃO URBANA

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) constituem uma ferramenta instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), envolvendo todos os países membros para proteger o planeta

e possibilitar que as pessoas vivam com dignidade em seus mais variados aspectos. Kuzaqui *et al.* (2024), destacam que os ODS não possuem vínculos de controle ou orçamento específico para sua implementação, nem a urgência que, segundo os autores, seria necessária para sua efetivação.

Além disso, consideram que o número de metas é excessivo: são 17 objetivos que, ao todo, desdobram-se em 169 metas. Os autores também destacam que os ODS são caracterizados como metas e não como direitos da população, e argumentam que existe uma grande dificuldade em sustentá-los, uma vez que não há um compromisso universal obrigatório para sua execução. Além disso, os resultados são demorados, o que pode reduzir o interesse em seu cumprimento.

Embora os ODS sejam compostos por 17 objetivos, o ODS 11 possui uma ligação mais direta com as questões de expansão urbana e seu desenvolvimento, abrangendo, ao todo, 6 metas a serem atingidas até 2030, conforme previsão da ONU. Essas metas incluem: garantir o acesso à moradia e a serviços básicos adequados, seguros e a preços acessíveis; proporcionar acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e econômicos, com ênfase no transporte público; aumentar a urbanização inclusiva e sustentável; proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural mundial; assegurar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais; e proporcionar acesso universal a áreas verdes e espaços públicos seguros, inclusivos e acessíveis.

Nesse contexto, conclui-se que o ODS 11 é fundamental em estudos que se propõem a avaliar o desenvolvimento urbano em uma cidade. No contexto de Iguatu, verifica-se que o descumprimento de normas urbanísticas e a ausência de planejamento adequado dificultam a implementação dos princípios do ODS 11.

Dados da pesquisa apontam que 93% dos moradores acreditam que a criação de espaços públicos e institucionais dentro dos loteamentos reduziria a necessidade de deslocamento para outras regiões, promovendo o desenvolvimento local e a qualidade de vida. Além disso, a falta de áreas verdes, a precariedade na infraestrutura

urbana e a degradação ambiental demonstram que os loteamentos não têm sido planejados com foco na sustentabilidade.

Matos *et al.* (2024, p. 2), ratificam que “[...] A conexão entre saúde mental, espaços verdes urbanos e design sustentável, é uma área de pesquisa e prática crescente à medida que as cidades se expandem e as demandas por ambientes urbanos saudáveis se intensificam”. Os autores destacam que espaços criados e preservados sob princípios sustentáveis, podem servir como refúgios de paz e descanso, especialmente para aqueles que vivem uma vida acelerada nas áreas urbanas.

É necessário enfatizar que o ODS 11 busca promover cidades e comunidades sustentáveis, o que implica que não basta garantir acesso à moradia e aos serviços básicos; é preciso assegurar um projeto de urbanização que contemple infraestrutura digna, transporte acessível e sustentável, saneamento, entre outros aspectos que mitiguem possíveis reflexos socioeconômicos ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação e fiscalização dos loteamentos urbanos são fundamentais para assegurar um crescimento ordenado das cidades. No entanto, em municípios como Iguatu, a ausência de fiscalização eficiente e a defasagem da legislação comprometem esse objetivo.

A análise desenvolvida ao longo deste capítulo demonstrou que a urbanização no município de Iguatu (CE), especialmente no que se refere à implantação de loteamentos urbanos, está intrinsecamente ligada a questões ambientais e socioeconômicas que requerem uma abordagem regulatória mais eficaz e integrada.

A partir da avaliação dos mecanismos de regulação ambiental e da legislação local, verificou-se que, embora o ordenamento jurídico pátrio, por meio da Lei 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo) e do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), estabeleça diretrizes para a ordenação do uso do solo, a adoção eficaz desses instrumentos tem

vido limitada em razão da aplicação fragmentada e da insuficiente fiscalização nos loteamentos.

Os dados coletados no estudo de caso realizado em Iguatu, por meio de questionários aplicados a moradores, loteadores e gestores, revelaram que muitos loteamentos implantados na cidade não cumprem integralmente as exigências estabelecidas em lei, especialmente no que se refere ao cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas nas licenças prévias e de instalação.

Essa lacuna na implementação prática das normas decorre, em parte, da ausência de uma fiscalização contínua e eficiente por parte dos órgãos municipais e estaduais responsáveis, que muitas vezes tratam os licenciamentos ambientais como meras formalidades burocráticas, sem realizar inspeções adequadas durante o desenvolvimento dos empreendimentos, limitando-se frequentemente ao olhar administrativo dos projetos apresentados.

Esse fenômeno corrobora as observações presentes na literatura de que a fiscalização, quando reduzida a um instrumento administrativo, perde sua capacidade de prevenir danos ambientais e sociais decorrentes de loteamentos urbanos mal planejados, inclusive sem providências mitigadoras diante de eventuais danos ambientais nessas áreas durante ou após a implantação do loteamento, devido à falta de conhecimento *in loco* da área e sua correspondência com o projeto apresentado aos órgãos de fiscalização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 6.766/1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

BRASIL. **Lei n.º 10.257/2001**. Estatuto da Cidade.

MATOS, Ana Luiza dos Santos; CARVALHO, Nicolas Brandão; FERROLI, Paulo Cesar Machado. **Espaços Verdes Urbanos: Uma Abordagem Sustentável Para O Bem-Estar Mental Nas Cidades**. ENSUS 2024 – XII Encontro de Sustentabilidade em Projeto – UFMG – Belo Horizonte - 07 a 09 de agosto de 2024;

NASCIMENTO, F.; TORRES, J. **Planos Diretores e a Função Social da Cidade**. Revista Brasileira de Direito Urbanístico, 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Acesso em: 25 mar. 2025.

PEREIRA, A. et al. Urbanização e Impactos Socioeconômicos no Brasil. **Cadernos de Planejamento Urbano**, 2022.

O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES À LUZ DA OBRA “O PROCESSO” DE FRANZ KAFKA

*Viviane Angélica Ferreira Zica*⁷⁷

*José Roberto Anselmo*⁷⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade às hipóteses de redirecionamento de execuções fiscais para sócios e administradores da pessoa jurídica devedora principal, utilizando como premissa o enredo da aclamada obra literária escrita por Franz Kafka no início do século XX, denominada “O Processo”, na qual é narrada a trajetória de Joseph K., um jovem bancário que se vê injustamente colocado na posição de réu em um processo, num contexto de arbitrariedade e violação a Direitos fundamentais.

O drama vicienciado pelo protagonista, que se esforça para compreender os meandros da justiça e do processo, é revivido hodiernamente por terceiros absolutamente alheios a dívidas fiscais perseguidas em juízo pela Fazenda Pública, que são surpreendidos com sua abrupta inclusão no polo passivo de execuções fiscais, sem observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa, e de outros

77 Doutoranda em Direito pela ITE/SP. Mestre em Direito de Empresas pela Faculdade Milton Campos/MG. LLM em Direito Tributário pela PUC/MG. MBA em Direito de Empresas pelo IBMEC. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade de Itaúna/MG. Pós-graduada em Direito de Estado pela Universidade Candido Mendes/RJ. Advogada. E.mail: viviane@vivianeferreira.com.br. ID Lattes 1364044610926727

78 Pós Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/ SP. Mestre em Direito Constitucional pela ITE Bauru. Professor do Centro Universitário de Bauru da Instituição Toledo de Ensino. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa em Seres Humanos do HRAC-USP. Procurador do Município de Bauru e Advogado. <http://lattes.cnpq.br/5737676944237134>

princípios constitucionais que devem nortear o redirecionamento das execuções fiscais para terceiros que não tiveram possibilidade de se defender no processo administrativo e na formação do título executivo.

Assim, consagrou-se o uso da expressão “KAFKIANA” para designar situações absurdas ou de extrema injustiça, vivenciadas no sistema jurídico, nas quais o sujeito é vítima de acusações incompreensíveis e perseguições infundadas.

O artigo busca traçar um paralelo entre a ficção descrita na obra de Kafka e a realidade vivenciada no Direito tributário moderno, demonstrando que este, sob as vestes de neutralidade e imparcialidade, acaba priorizando os interesses arrecadatários da Fazenda Pública, em detrimento dos Direitos e garantias fundamentais dos sócios e administradores da sociedade empresária.

Kafka descreve situações absurdas, a partir das quais eleva a discussão sobre a justiça do processo ao patamar filosófico, por meio da literatura. A vivência de deturpações e mazelas procedimentais de consequências trágicas pelo personagem principal, desmascara e expõe a fragilidade do fundamento de validade do procedimento atualmente utilizado para redirecionamento das execuções fiscais aos sócios e administradores, carente e desarraigado dos princípios constitucionais.

Ficará demonstrado, ao final, que a garantia do correto redirecionamento da execução fiscal para quem realmente ostente a condição de responsável tributário reside no fiel cumprimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no atual digesto processual civil, aplicado de forma subsidiária aos processos executivos fiscais.

Por meio de uma pesquisa desenvolvida sob a metodologia histórico-crítica, com base na técnica de pesquisa bibliográfica, o artigo estabelece uma relação entre a situação fictícia narrada na obra literária analisada e o atual procedimento utilizado no Brasil para redirecionamento da execução fiscal para os sócios e administradores da pessoa jurídica devedora principal, concluindo pela imprescindibilidade de instauração do incidente de desconsideração

da personalidade jurídica, para que o pleito executivo não se torne, na prática, um processo *Kafkiano*.

Kafka aponta a necessidade de concretização dos Direitos fundamentais, chamando a atenção do leitor para a ineficácia das normas que visam garantir a proteção do cidadão. Por esse motivo, a escolha da obra “O Processo”, com as desventuras experimentadas pela personagem Joseph K., assinala que a análise jurídica sobre a validade do processo deve se dar em um campo teórico universal e abrangente.

A partir dessa análise, conclui-se pela necessidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos redirecionamento das execuções fiscais aos sócios e administradores por meio da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, positivado na modalidade intervenção de terceiros, a fim de remediar um mal que acomete a persecução da dívida ativa tributária e não tributária, considerando que o seu rito procedimental assegura o contraditório, a ampla defesa e, por conseguinte, o devido processo legal e a segurança jurídica.

Sem a observância dos mencionados princípios constitucionais, os sócios e administradores das pessoas jurídicas estão fadados a reviver a obra KAFKIANA, porque podem ser surpreendidos a qualquer tempo, assim como Joseph K, com sua inclusão ilegal e arbitrária em processos de execução fiscal, com todas as mazelas dela decorrentes, como: constrição de bens e Direitos, inclusive por meio de bloqueio de numerários depositados em contas bancárias; inscrição em cadastros de inadimplência; negativa de certidão de regularidade fiscal, restrições creditícias; impossibilidade de fruição de benefícios fiscais, inaptidão para participação em licitações; vedação à transferência de bens sem que seja reservado patrimônio suficiente para solvência da dívida da pessoa jurídica, dentre outros inconvenientes.

Sob esse prisma, o presente artigo pretende lançar um novo olhar sobre os redirecionamentos das execuções fiscais à luz da obra “O Processo”, de Franz Kafka e as situações narradas na obra literária analisada, evidenciando, mediante análise jurídico-filosófica, a

atualidade das questões processuais denunciadas por Kafka, dadas a universalidade e a atemporalidade de que desfrutam.

1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES DAS PESSOAS JURÍDICAS NO CONTEXTO ATUAL

Incontáveis fenômenos jurídicos vêm sendo retratados nos redirecionamentos de execuções fiscais, sem que haja possibilidade de discussão da legitimidade passiva antes de garantir o juízo, na forma dos artigos 9º e 11º da Lei nº 6.830/80.

Tão logo entrou em vigor o CPC/15, em face da problemática enfrentado por terceiros em decorrência de redirecionamentos das execuções fiscais, sem que lhes fossem possibilitados apresentação de defesa antes da citação para pagar e/ou oferecer bens para garantia do débito, defendemos⁷⁹ que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 poderia ser a panaceia para remediar este mal que amargavam pela falta de previsão legal e processual de um procedimento que lhes garantissem o contraditório pleno, a ampla defesa e demais garantias constitucionais.

Decorridos mais de nove anos da entrada em vigor do CPC/15, ainda não foi pacificado o entendimento de que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica deve ser instaurado como condição para o redirecionamento das execuções fiscais em face de sócios e administradores das pessoas jurídicas.

As mesmas mazelas continuam acontecendo no processo executivo fiscal e as garantias constitucionais dos sócios e administradores continuam sendo violadas, porque ainda são surpreendidos com redirecionamento de execução fiscal sem

⁷⁹ ZICA, Viviane Angélica Ferreira. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e a responsabilidade de terceiros por débitos das pessoas jurídicas. In: Guilherme de Almeida Henriques Marciano Seabra de Godoi Rafael Frattari Bonito Valter de Souza Lobato. (Org.). **Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário**. 01ed. BELO HORIZONTE: Editora D'Plácido, 2016, v. 01.

possibilidade de discussão da imputação de responsabilidade tributária independentemente de garantir integralmente o crédito tributário executado. Assim, situações como redirecionamento de execuções fiscais em face de mero inadimplemento de obrigação tributária pela pessoa jurídica (Contribuinte) bem como sob o fundamento de que teria ocorrido dissolução irregular da empresa, são alguns, dentre muitos, dos fenômenos processuais que têm levado a violações flagrantes dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo.

1.1 MERO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Entendimento sumulado do Colendo STJ (Súmula 430) é no sentido de que o simples inadimplemento de obrigação tributária não caracteriza infração à lei capaz de ensejar a responsabilização de terceiros.

Não obstante o entendimento consagrado no mencionado verbete sumular, não são raras as vezes em que nos deparamos com situações em que a Fazenda Pública, mesmo em caso de mero inadimplemento, lança inadvertidamente o nome do sócio administrador, dirigente ou procurador na CDA.

Citada a empresa e sendo esta omissa quanto ao pagamento do débito ou oferecimento de bens em garantia da dívida no prazo legal, a Fazenda requer o redirecionamento da execução em face dos sócios e administradores, o que é, na maioria das vezes, deferido pelo Judiciário.

Isso decorre da aplicação equivocada do entendimento consagrado pelo STJ na Súmula 393, no sentido de que, se o nome do terceiro consta na CDA, cabe ao mesmo comprovar que não agiu de má-fé e que, para isso, seria necessária dilação probatória, cabível apenas em sede de embargos à execução fiscal. Nesta seara, é notório, a defesa dos sócios e administradores somente pode ocorrer após constrição de bens de valor bastante e suficiente para garantia integral do crédito tributário executado.

1.2 DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE

O Colendo STJ considera que a dissolução irregular da empresa caracteriza infração à lei e, nesse caso, autoriza a imputação de responsabilização de terceiros, com o redirecionamento da execução fiscal.

Questões tormentosas têm pairado sobre as execuções fiscais nestes casos. Situações diversas de (não) comprovação da ocorrência da dissolução irregular tem levado o Judiciário, muitas vezes, a redirecionar a execução, por exemplo, exclusivamente com base em documento unilateral da Fazenda Pública de cancelamento de inscrição estadual, sem que tenha havido diligência de oficial de justiça no local do estabelecimento; comparecimento do Oficial de Justiça por uma única vez no local do estabelecimento sem que tenha havido o mínimo de esforço em encontrar o contribuinte; encerramento de atividades da filial enquanto a matriz continua em pleno funcionamento e diversas outras situações em que não houve diligência satisfatória para encontrar o contribuinte e que o pedido de redirecionamento da execução é feita de forma açodada.

Nesta toada, a Fazenda Pública inclui o responsável no bojo da CDA, requer o redirecionamento da execução, tendo seu pedido quase sempre deferido. Mas e se o sócio-administrador ou dirigente da pessoa jurídica não possuir bens para garantia do juízo? Padece com seu bom nome em cadastro restritivo de crédito, certidão positiva de débitos, com executivo fiscal em seu desfavor e todas as mazelas dele decorrente.

Essa anomalia do sistema deve ser remediada com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica que vem acompanhado com a possibilidade de contraditório pleno e ampla defesa antes da inclusão do terceiro no polo passivo da execução fiscal.

2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CPC/15

2.1 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica é o instituto que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, permite que o juiz a desconsidere, para que os efeitos de determinadas relações jurídicas sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica reprime a utilização indevida e abusiva da pessoa jurídica que não atende a sua função social e visa impedir as fraudes e abusos de Direito perpetrados com utilização do instituto da pessoa jurídica, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho. Para este Autor, a disregard doctrine visa preservar o instituto da pessoa jurídica, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de o desvirtuamento vir a comprometê-lo. Heleno Taveira Torres⁸⁰ adverte, não obstante, que a desconsideração deve ser utilizada apenas em casos excepcionais.

2.2 PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Os pressupostos relativos à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica dependem do ramo do Direito em que será aplicada. No entanto, alguns são comuns a todos os ramos, como os que estão previstos no artigo 50 do Código Civil que dispõe sobre a

80 TORRES, Heleno Taveira. Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III do CTN. In: Heleno Taveira Torres e Mary Elbe Queiroz (Coord). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. Página 50

imprescindibilidade de que tenha havido desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração), ato abusivo, ocorrência de prejuízo para os interesses de terceiros ou dano, a impossibilidade de reparação do dano pela pessoa jurídica, dolo ou culpa do sócio administrador ou dirigente da pessoa jurídica.

O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica é utilizada para fins indevidos e diversos dos previstos nos seus atos constitutivos. A confusão patrimonial refere-se ao rompimento do limite entre os patrimônios da pessoa jurídica e os sócios ou acionistas, ante a mistura entre ambos. O abuso de Direito é o uso de um poder, de uma faculdade ou de um Direito além do que razoavelmente permitido pelo Direito ou pela sociedade. O efetivo prejuízo aos interesses de terceiros deve ser comprovado. Sem que ocorra dano patrimonial, não há interesse jurídico a ser tutelado.

Entretanto, vige em nosso ordenamento jurídico, com supremacia, o princípio da autonomia patrimonial. Assim, somente diante da impossibilidade de a pessoa jurídica cumprir a obrigação e esgotados os meios de excutir seus bens, pode haver a aplicação da teoria. Fábio Ulhoa Coelho professa que, enquanto não exaurido o patrimônio social, não se pode cogitar de comprometimento do patrimônio do sócio para satisfação da dívida da sociedade.

A *disregard doctrine* somente pode ser aplicada se o administrador ou dirigente tiver agido com a vontade livre e consciente de causar prejuízo a terceiro ou com má gestão e, portanto, com dolo ou culpa, assim entendida a conduta omissiva ou comissiva com negligência, imperícia ou imprudência. Em matéria tributária, além dos pressupostos gerais autorizativos previstos no artigo 50 do Código Civil, existem os pressupostos específicos disciplinados no art. 135 do CTN.

2.3 APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

Questão polêmica na doutrina e pouco explorada na jurisprudência, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário e a alta indagação se o art. 135 do CTN é ou não a posituação da teoria, é ponto de suprema relevância. O instituto regulado pelo CPC/15, pode ser a panaceia para remediar males causados pelo atual sistema, que vem prejudicando sócios, administradores, dirigentes de pessoas jurídicas e empresas alegadamente pertencentes a grupos econômicos, que têm contra si redirecionamentos de executivos fiscais de forma canhestra.

Parte da doutrina entende ser desnecessária a instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica como meio de imputação de responsabilização de terceiros porque o patrimônio do sócio já é atingido com a aplicação do art. 135 do CTN *de per si*.

Entendimentos de nossos tribunais não são pacíficos, ao revés, são totalmente conflitantes. Apenas para demonstrar a necessidade imperiosa de se aprofundar na temática cujo debate pretende instaurar, cita-se entendimento no seio dos tribunais regionais federais e do Superior Tribunal de Justiça.

Em razão dos diversos posicionamentos dentro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em São Paulo requereu a instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual foi processado sob o n. 0017610-97.2016.4.03.0000. Em 10/2/2021, o e. Órgão Especial daquela Corte fixou entendimento de que é necessária a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica para responsabilização de terceiro em decorrência de dissolução irregular, formação de grupo econômico e outras hipóteses que delimita. Malgrado o IRDR possua efeito vinculante no âmbito da Terceira Região, os efeitos da decisão estão suspensos, pois está pendente de jolamento do recurso especil da Fazenda Pública.

No Superior Tribunal de Justiça, há decisões versando sobre o tema tanto na Primeira quanto na Segunda Turma.

No Recurso Especial n. 1.786.311/PR, a 2ª Turma do STJ, em 9 de maio de 2019, entendeu não ser exigível o IDPJ para redirecionamento de execução fiscal a sócio Pessoa Jurídica, sob o fundamento de que o CPC foi expresso quanto aos casos em que o IDPJ é aplicável aos microssistemas, não estando a execução fiscal entre eles, e de que a exigência do IDPJ em execuções fiscais facilitaria a dilapidação patrimonial e transferiria à Fazenda Pública o ônus de ajuizar medidas cautelares fiscais e tutelas provisórias.

Já no Recurso Especial n. 1.775.269/PR, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 21 de fevereiro de 2019, entendeu que independe da desconsideração da personalidade jurídica a pretensão da Fazenda Pública de redirecionar a execução fiscal para alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução fiscal, na medida em que esse redirecionamento decorre de hipóteses de responsabilização de terceiros já prevista no Código Tributário Nacional. Nos termos do próprio voto condutor do acórdão, *“a responsabilização de terceiros tratada no Código Tributário Nacional não necessita da desconsideração da pessoa jurídica devedora”*, daí porque não ser cabível, nessas hipóteses, falar-se na instauração do IDPJ.

O raciocínio adotado pela 1ª Turma se pauta na circunstância de que os artigos 134 e 135 do CTN já autorizam, independentemente da desconsideração da personalidade jurídica, que a execução fiscal seja redirecionada aos corresponsáveis indicados na CDA. Da mesma forma, entendeu-se que o redirecionamento será possível, também, com fundamento na *“prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto”* (art. 135 do CTN), ainda que não constem na CDA na condição de corresponsáveis, porquanto, nessas hipóteses, a própria Lei autoriza o redirecionamento caso haja a comprovação, pela Fazenda, da caracterização da hipótese legal.

É verdade e não se nega que, com a aplicação do art. 135 do CTN, o patrimônio do sócio administrador é atingido para dar cumprimento

à obrigação tributária da empresa. Portanto, os efeitos práticos tanto da regra de responsabilização de terceiros, quanto da desconsideração da personalidade jurídica, são os mesmos.

Entretanto, quando se requer o redirecionamento da execução com base no artigo 135, III do CTN e aplica-se a regra de responsabilização de terceiros puramente e *de per si*, o faz com todas as anomalias apontadas neste palco.

Para a desconsideração da personalidade jurídica ser levada a cabo pelo juiz de forma válida, exige-se pressupostos materiais complementares (art. 50 do CC) e processuais muito mais rígidos e extensos do que as hipóteses de responsabilização de terceiros previstos no art. 135 do CTN.

Se antes bastava a regra de responsabilização tributária prevista no art. 135, III do CTN para o redirecionamento da execução fiscal, que se fazia sem o contraditório pleno e a ampla defesa, agora, com o CPC/15, que se aplica inexoravelmente às Execuções Fiscais (art. 1º da Lei 6.830/80), exige-se todos os requisitos e regras processuais previstas nos artigos 133 a 137 do CPC/15.

Esta conclusão é alcançada se se analisar a questão sob os auspícios do Direito consagrado do contraditório pleno e da ampla defesa, conferido pela Constituição Federal no art. 5º, LV e assegurado no artigo 135 do CPC/15 ao terceiro no bojo da execução fiscal, bem como do devido processo legal previsto no artigo 5º LIV da CF e da inafastabilidade do controle jurisdicional disposto no artigo 5º, XXXV da CF/88.

Portanto, a inclusão dos sócios de pessoas jurídicas, como responsável tributário para responder pessoalmente por débitos do contribuinte ou devedor originário, deverão ocorrer mediante intervenção de terceiro, por meio do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

É justamente a isso que se propõe o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, no sentido de assegurar que pessoas naturais tenham o Direito de se pronunciar antes de sofrer constrições patrimoniais e cobranças por créditos que por essência não são seus.

O propósito da regra processual é evitar que alegações unilaterais sejam bastantes para que sujeitos sejam responsabilizados por débitos de terceiros, sem que seja assegurado ao menos o contraditório e a ampla defesa.

Nesse novo cenário, portanto, analisando o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz dos princípios constitucionais tributários, defendemos a sua aplicação nos processos executivos fiscais, considerando que sua aplicação garante à parte o exercício do contraditório e de sua ampla defesa, assegura a proteção dos seus bens mediante o devido processo legal, bem como submete à apreciação do judiciário a responsabilidade pessoal tributária independentemente da constrição de bens.

3 UM DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL - PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO APLICADOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Como salientado, os sócios e administradores são autorizados a apresentar defesa em execuções fiscais e demonstrar a ausência de atos que legitimem sua responsabilidade tributária apenas se houver garantia do juízo com a constrição dos seus bens, por meio de Embargos à Execução Fiscal.

Com isso, tem sido negado aos sócios e administradores a concretização do Direito ao contraditório e da ampla defesa, posto que se não possuem bens suficientes para a garantia do crédito tributário executado, seu Direito de defesa fica alijado.

Busca-se, assim, uma alternativa para que seja concretizado o Direito ao contraditório e a ampla defesa independente da constrição dos bens particulares dos sócios e administradores, a fim de que seu patrimônio não seja atingido sem o devido processo legal, submetendo à apreciação do Judiciário a possibilidade ou não de se imputar a responsabilidade tributária com fulcro o artigo 135, III do CTN.

Os princípios da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, garantem ao indivíduo o livre acesso ao Judiciário, sem condições ou limites, para o exercício dos seus Direitos.

Dessa forma, o fato de o Exequente/Fazenda Pública incluir o sócio e administrador na CDA e apenas em face disso, o Juiz como um autômato determinar o redirecionamento da execução fiscal aos terceiros, sem possibilitar a defesa prévia ao sócio e administrador, exceto se houver a penhora dos seus bens pessoais no valor integral do crédito tributário executado, como pressuposto do exercício das garantias constitucionais, viola o artigo 5º, XXXV e LV, da CF/88, o qual prestigia e garante o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Nesse sentido, afirma-se que o acesso à justiça, como Direito fundamental, compreende dois sentidos:

- em sentido formal, garante a todos, sem qualquer tipo de discriminação, o acesso livre e em igualdade de condições ao órgão competente para tutelar os Direitos subjetivos materiais lesados ou ameaçados;
- em sentido substancial, assegura que todo e qualquer procedimento desenvolvido em juízo, após o adequado contraditório, deve proporcionar provimentos jurisdicionais justos, adequados e efetivos, aptos a atuar o Direito material objeto do processo.

Pode-se afirmar, em suma, que a ação em sentido constitucional não é um mero “Direito ao processo”, mas sim um Direito a uma tutela jurisdicional efetiva e justa.

Uma vez fixado o teor da garantia constitucional contida no inciso XXXV do art. 5º da CF, é possível constatar que, ante a recusa da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, resta violado o seu Direito de contraditório e ampla defesa para se defender da imputação de responsabilidade tributária.

Portanto, a conclusão pela imprescindibilidade da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios e administradores é alcançada se analisar a questão sob os auspícios do Direito constitucionalmente consagrado do contraditório pleno e da ampla defesa, conferido pela Constituição Federal no art. 5º, LV, bem como do devido processo legal previsto no artigo 5º LIV da CF e da inafastabilidade do controle jurisdicional disposto no artigo 5º, XXXV da CF/88.

4 A OBRA “O PROCESSO” DE KAFKA

4.1 APRESENTAÇÃO DO AUTOR E BREVE SÍNTESE DA OBRA

Franz Kafka nasceu em Praga, na república Checa em 1883 e faleceu em 1924⁸¹. Foi um advogado e escritor, embora nenhuma de suas obras tenha sido publicada enquanto ainda era vivo. As publicações ocorreram após a sua morte por um amigo, haja vista que antes de morrer não tinha esse interesse, tendo solicitado, inclusive que tudo fosse queimado, o que não se tornou realidade.

Na famosa obra do autor tcheco Franz Kafka intitulada “O Processo” o personagem principal Joseph K. é preso ao acordar no seu 30º aniversário, sendo conduzido coercitivamente por policiais sem saber o motivo, tendo como única informação durante todo a história, que foi instaurado um processo criminal contra ele. Durante todo o livro, o protagonista procura respostas a respeito do seu processo, ou seja, quais são suas acusações e o prospecto de seu caso sem conseguir alcançar nenhuma resposta, nem mesmo consegue acesso ao juiz.

O personagem Joseph K. busca respostas durante todo o enredo, encontrando-se com diversas figuras que parecem compreender que o sistema é de fato incompreensível e mesmo ficando desanimado, Joseph K. nunca desiste. Pensa em todas as formas de se defender e até mesmo em realizar uma defesa relatando todas as ações que praticou

81 PENSADOR. **Biografia de Franz Kafka**. Disponível em: https://www.pensador.com/autor/franz_kafka/biografia/. Acesso em: 20 junho. 2024.

em sua vida, justificando-as por não saber qual delas é o motivo de estar enfrentando este processo.

Ao fim do romance, Joseph K. acaba sendo derrotado por um sistema injusto em que perpassa todo o livro, tentando compreender e não logrando êxito em tal feito, foi ao final executado por carrascos, sem mesmo saber o motivo e após ser condenado por um tribunal do qual não tinha conhecimento e não teve participação.

Kafka critica diversos aspectos do Estado como a intensa burocracia e principalmente a violação de diversos Direitos fundamentais no âmbito processual, fazendo com que o leitor reflita a importância do Estado Democrático de Direito e todos os Direitos e garantias que devem ser assegurados aos cidadãos.

O sentimento de impotência vivenciado pelo protagonista, possui certas semelhanças com casos concretos atuais como no redirecionamento da execução fiscal aos sócios e administradores sem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com todos os princípios e garantias a ele inerentes.

Isso porque, assim como Joseph K., o sócio e administrador de uma pessoa jurídica é surpreendido com a imputação de responsabilidade tributária, sem a possibilidade de apresentar sua defesa independentemente da constrição de seus bens, sendo, portanto, uma clara violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, além do cerceamento de defesa e violação dos Direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

O devido processo constitucional, a forma com que vêm sendo redirecionadas as execuções fiscais e a obra de Kafka estão intimamente ligados, principalmente quando se considera princípios basilares como o da presunção da inocência, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, inafastabilidade do acesso à justiça, da legalidade e da publicidade.

5 “O PROCESSO” DE KAFKA E O DIREITO BRASILEIRO

5.1 CITAÇÕES EM DECISÕES PROFERIDAS PELO STF

O clássico livro da literatura universal de Franz Kafka intitulado “O Processo” tem sua importância cementada de tal forma na ciência do Direito que é utilizado como paradigma até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal na fundamentação de suas decisões.

Como exemplo, cite-se o acórdão proferido no *Habeas Corpus* 85.200-9, de relatoria do ministro Eros Grau, julgado em 08/11/2005, no qual o STF anulou o feito com base no interrogatório, reconhecendo a existência, no Brasil, de “processo *kafkiano*” e que, no caso específico, foi repelida a condenação criminal aplicada nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, sem a observância do devido processo legal, afrontadas que foram as garantias constitucionalmente asseguradas à acusada.

Segundo o acórdão, a paciente fora condenada sem ter tido a possibilidade de indicar testemunhas e sem acesso a uma defesa, apesar de presa em outro Estado da Federação, sob a alegação de que poderia contatar a defensora por carta ou telefone, tendo o juiz negado pedido da defesa de requisição da presa para realizar a entrevista.

A decisão da Corte Suprema é marco do próprio termo “kafkiano” em nosso processo pátrio, sustentando a paridade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa.

Ainda no STF, “O Processo” de Kafka foi citado no acórdão do julgamento do tema nº 1232 de repercussão geral, em que é discutida a inclusão no polo passivo da execução trabalhista de sociedades empresárias que, mesmo não tendo participado do processo de conhecimento, são do mesmo grupo econômicos de outras sociedades que tiveram essa participação. A discussão cinge-se em definir se existe ou não um processo de conhecimento para cada sociedade empresária e apenas após esse procedimento seria possível a execução trabalhista.

A partir da análise da decisão é possível perceber que a obra clássica é de tamanha importância para o mundo jurídico

contemporâneo que seus ensinamentos e críticas foram abordados nos votos dos ministros do STF ao justificarem seu posicionamento quanto ao tema. Desse modo, Dias Toffoli traz à tona a importante crítica feita pelo autor europeu no início do século XX que ainda nos dias atuais é uma feroz crítica à realidade jurídica brasileira.

O processo, muitas vezes, acaba se tornando um fim em si mesmo, e não um meio para alcançar uma solução. Muitas vezes são negados princípios constitucionais basilares do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa. Com isso, o processo se torna uma ferramenta para que o estado exerça seu autoritarismo, o que pode ser percebido quando as autoridades públicas interpretam as normas de forma completamente distorcida e descabível, fazendo com que suas ações se tornem abusivas afirmando ser em prol de uma suposta justiça. Assim, o que muitas vezes ocorre é o processo ser utilizado de formas antidemocráticas e não como um instrumento do Estado Democrático de Direito que garante os Direitos e liberdades individuais.

5.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Mesmo não sabendo o motivo, todos apontam Joseph K. como culpado por algo desconhecido por ele e pela maioria dos envolvidos. Está atrelada à obra de Kafka, a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica antes de redirecionar a execução fiscal em face dos sócios e administradores, a fim de que estes possam apresentar sua defesa antes da constrição de seus bens e independentemente de possuí-los, possibilitando que demonstrem e comprovem que não estão presentes os requisitos para a imputação de responsabilidade tributária.

Lado outro, em não havendo a instauração do incidente, os sócios e/ou administradores já serão citados para pagar ou garantir a execução fiscal, como se a responsabilidade pelos créditos tributários cobrados da pessoa jurídica fosse presumidamente dos sócios e

administradores, sem que lhes fossem permitidos os meios de defesa antes ou independentemente da constrição de seus bens.

5.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O cerceamento de defesa em “O Processo” de Kfaka, reside na falta de acesso à defesa técnica, haja vista que não consegue um advogado competente para fazê-lo tendo que ficar responsável por sua própria defesa sem os conhecimentos jurídicos necessários, sendo privado, portanto de ter uma defesa técnica adequada e coerente feita por um profissional capacitado para tal.

O Direito de ser ouvido e de participar do processo é a expressão capaz de caracterizar o princípio do contraditório. Joseph K. tem esse direito negado ao ter seu interrogatório interrompido, por exemplo, e também ao não ter acesso ao seu processo para que seja possível realizar sua defesa.

No entanto, esse princípio também é intimamente violado quando o sócio ou administrador de uma sociedade não perpassa por um procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, sendo automaticamente incluído na lide e tendo a execução fiscal redirecionada contra si e contra seus próprios bens pessoais, sem ter o Direito de ser ouvido e nem mesmo tendo passado por um processo de conhecimento que o considere responsável pelo descumprimento da obrigação tributária.

5.4 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

O protagonista não tem acesso aos autos do processo e seu advogado também não o tem, o que é a percepção e crítica à violação de um dos principais princípios do devido processo legal constitucional que é o princípio da publicidade. Devido a violação desse princípio, Joseph K. não sabe do que se defender e como se defender chegando até mesmo, devido a pensamentos desesperados a pensar em elaborar

uma defesa com justificativa para todas as ações que já realizou durante sua vida e de que se recorde.

Não raras vezes, o Juiz da execução fiscal defere pedido da Fazenda Pública e redireciona a execução fiscal contra o sócio e o administrador simplesmente por figurarem como tal no contrato social/estatuto da sociedade empresária. Ainda que seja mero inadimplemento da obrigação tributária este redirecionamento tem sido deferido, sem nenhum fundamento de ordem legal se sem analisar os requisitos-condições que a legislação tributária impõe para o redirecionamento.

5.5 DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A partir da leitura da obra clássica abordada, a importância do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito é evidente, principalmente com o intuito de perceber a importância do devido processo legal constitucional para evitar o autoritarismo estatal como é demonstrado na obra de Kafka.

Mesmo com certo grau de diferença, a crítica apontada pelo autor tcheco em sua obra, é extremamente cabível na situação ora analisada, ao considerar o cenário do sócio e/ou administrador que ao não se submeter a um processo de conhecimento próprio, não tendo, portanto, um devido processo legal, sofre pelas mãos de um estado autoritário que o impede de ter Direitos básicos garantidos dentro do processo. Isso porque, apenas por serem sócios e/ou administradores são vítimas de uma forte insegurança jurídica causada por um estado que se recusa a garantir os princípios constitucionais como o devido processo legal, assegurando ampla defesa e o contraditório.

CONCLUSÃO

Com a contextualização temporal da obra “O Processo” perceber-se que, malgrado o enredo aconteça num cenário de arbitrariedade,

no qual a justiça é administrada mediante forças alheias ao alcance do acusado, o protagonista Joseph K. reconhece a ideia de Constituição e limites do Estado.

Esta consciência de Joseph K. permite inserir o Estado em que ele vivia, independentemente de ser ele arbitrário ou não, no contexto moderno constitucional, possibilitando uma contextualização do pensamento do início do século XX à modernidade e nos leva a compreender que desde priscas eras, o processo deve observar em seu trâmite, Direitos e garantias individuais.

Está assertiva é o ponto de partida para o mergulho na ficção Kafkiana. Estando inserido o protagonista e o Estado no contexto moderno, malgrado com uma face claramente arbitrária, mas com vestes constitucionais, não se pode olvidar que a herança estrutural acerca da forma de ver o mundo e, especialmente, da forma de ver o Direito, traz em seu bojo a imprescindibilidade de obediência aos princípios constitucionais do processo.

Joseph K., em “O processo” tem um final trágico: desacreditado de tudo, prefere a morte por dois desconhecidos. Entretanto, tal opção não pode estar disponível num Estado Democrático de Direito, pois é teratológico imaginar que mesmo após a Carta de Redemocratização Política de 1.988, nossa lei adjetiva e processual civil e tributária permita o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios e administradores sem permitir-lhes o contraditório pleno, a ampla defesa, o acesso à justiça com todas as suas garantias e a constrição e perda dos seus bens sem o devido processo legal.

Kafka, ao reunir situações-limite nas quais essas características do “processo” foram violadas de modo explícito, com requinte de crueldade e excesso de individualismo, pretende aguçar no leitor o estranhamento, para, em seguida, efetuar questionamento sobre a situação de que ninguém gostaria de passar por algo semelhante.

Através do irreal, Kafka cria uma trama que evidencia a importância de um devido processo legal para a efetivação da justiça, revelando o que acontece quando princípios como o Contraditório, a Ampla Defesa, a Presunção de Inocência, o Princípio da Legalidade,

o Direito de acesso à justiça e a um justo processo, o Princípio da Imparcialidade do Juiz, o Princípio da Publicidade Processual, o Princípio da Verdade Real, o Princípio da Isonomia e o essencial Princípio da Dignidade da Pessoa humana são ignorados, havendo, portanto, uma crítica contundente a um ambiente jurídico que suprime as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. As críticas colocadas em suas linhas podem, também, se aplicar à contemporaneidade, já que a obra Kafkiana é atemporal.

O processo de execução fiscal brasileiro pode ser tão arbitrário quanto aquele que condenou Joseph K., pois a inobservância dos princípios constitucionais apontados neste palco, afasta-nos de um processo justo e avizinha-se da opressão, da arbitrariedade e do autoritarismo.

Isso porque, não logrando êxito em obter a satisfação do crédito tributário pela pessoa jurídica (contribuinte) a Fazenda Pública requer o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios e administradores, estejam eles previamente inscritos na CDA ou não. Por meio de embargos à execução fiscal os sócios e administradores podem se defender dos redirecionamentos à execução fiscal, o que exige constrição do seu patrimônio para garantia do juízo.

Mas, visando concretizar o Direito que o sócio e administrador tem ao contraditório a ampla defesa, ao devido processo legal e o acesso à Justiça, deve lhe ser possibilitado, independentemente da penhora de seus bens, o Direito de se defender contra a imputação fiscal de responsabilidade tributária.

Tratando-se de Direito público subjetivo do responsável tributário e não tendo regramento específico diverso previsto na Lei de Execuções Fiscais, deve ser aplicado subsidiariamente o CPC/15 à Lei de Execuções Fiscais e, para incluir o sócio e/ou administrador no polo passivo da execução fiscal, o procedimento deve seguir os requisitos-condições do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Qualquer tentativa da Fazenda Pública e do Poder Judiciário no sentido de se aplicar exclusivamente o artigo 135, III do CTN, sob o fundamento de que referido dispositivo já prevê a possibilidade de

responsabilização de terceiros com o atingimento do seu patrimônio, sem a necessidade de desconsideração de personalidade jurídica, viola os princípios constitucionais apontados.

A problemática ora levantada não decorre apenas dos privilégios que gozam a cobrança executiva do crédito tributário, mas da forma com que a Fazenda Pública e o Poder Judiciário vem tratando a questão, já que não prioriza nem aplica os princípios constitucionais do processo.

O olhar filosófico, tendo como mote “O Processo, de Kafka, sinaliza-nos que mesmo em arcabouços sólidos, a aplicação da lei pode vir a ser desvirtuada. Ou seja, o “processo”, em sua construção, como instrumento do Direito, tem de ser elaborado efetivamente em respeito às regras estabelecidas e sempre atendendo as garantias individuais e fundamentais dos cidadãos, para o cumprimento da sua finalidade. Quando isso não acontece, o “processo” se transforma em mecanismo arbitrário, cujo resultado não é diferente de outras formas de uso da força.

Quando há a inaplicabilidade dos princípios constitucionais do processo, tendo como consequência decisões judiciais arbitrárias, ter-se-á um processo como o enredo que vitimou Joseph K., que arcou com as drásticas consequências, como a perda de seus bens, da liberdade e de sua honra. Na obra de Kafka, a personagem pagou com a própria vida, como forma de advertir-nos que o processo *Kafkiano* por ele vivenciado, demonstra que a inaplicabilidade dos princípios constitucionais do processo leva à corrosão do sistema constitucional e processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília:SenadoFederal,1988.Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>. Acesso em: 01 agosto. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 85.200. [...] Cerceamento de defesa: ausência da ré nos atos processuais. Impossibilidade de entrevistar-se com a defensora nomeada em outra unidade da federação [...]. Relator: ministro Eros Grau, 8 nov. 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91818/false>. Acesso em: 3 agosto 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 1232 de repercussão geral. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em: 10 agosto 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol.02**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, 528p.

KAFKA, Franz. **O Processo**. 11. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005. Tradução e Posfácio de: Modesto Carone.

PENSADOR. **Biografia de Franz Kafka**. Disponível em: https://www.pensador.com/autor/franz_kafka/biografia/. Acesso em: 20 junho. 2024.

TORRES, Heleno Taveira. Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III do CTN. In:Heleno Taveira Torres e Mary Elbe Queiroz (Coord). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005,p. 21-68.

ZICA, Viviane Angélica Ferreira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade de terceiros por débitos das pessoas jurídicas. In: Guilherme de Almeida Henriques Marciano Seabra de Godoi Rafael Frattari Bonito Valter de Souza Lobato. (Org.). **Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário**. 01ed. BELO HORIZONTE: Editora D'Plácido, 2016, v. 01, p. 01-345.

POLIGAMIA, ULTRAJE SOCIAL E DIREITO: A TENSÃO ENTRE PROTEÇÃO DE MINORIAS COMPORTAMENTAIS E IGUALDADE DE GÊNERO

*João Georgeton Barbosa da Silva*⁸²

*Thiago de Mello Azevedo Guilherme*⁸³

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família tem passado por profundas transformações ao longo das últimas décadas. Da concepção oitocentista centrada no casamento civil entre homem e mulher, sob a chefia masculina, após muitas lutas e embates, chegou-se ao reconhecimento constitucional das famílias monoparentais (art. 226, § 4º, CF/1988) e,

82 Doutorando em Direito (ITE/Bauru). Mestrado em Processo Constitucional (ITE/Bauru). Professor do Centro Universitário Unisaesiano Auxilium Araçatuba/SP. Advogado. Técnico em Contabilidade. E-mail: j.gbs@hotmail.com. ID Lattes: **5990220702833761**.

83 Pós-Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2025-2026). Doutor em Direito (Teoria e Filosofia do Direito) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2021). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP (2005). Mestre em Direito Constitucional - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP (2010). Especialista en Resolución de Conflictos: Negociación y Mediación, Universidad Castilla-La Mancha, Espanha, 2014; Pós-graduado em Direitos Fundamentais e Tutela Jurisdicional dos Direitos - pela Universidade de Pisa, Itália (2015). Linhas de Pesquisa: Garantias de Acesso à Justiça e Concretização de Direitos; Antropologia do Direito e Pluralismo Jurídico; Sociologia do Direito e Legitimidade Judicial. Experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Teoria do Direito e Teoria Geral do Processo. Membro efetivo do Grupo de Pesquisa "Direito Civil Constitucional" da ITE-Bauru. Associado ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito; Associado à LSA - Law and Society Association, Estados Unidos; Associado ao IVR - International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie). Advogado inscrito na OAB/SP sob número 250.301. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação. Professor da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Integrante do Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Membro efetivo da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo. Integrante do Núcleo de Memória da OAB-SP (Gestão 2022/2024 e 2025/2028). ID Lattes: **1744912628656412**

mais recentemente, ao reconhecimento jurisprudencial das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 132 e ADI 4.277, julgadas em 2011).

Cada uma dessas etapas representou a superação de um *ultraje*, ou seja, de uma reação social de reprovação moral diante de formas de vida que desafiam o padrão dominante. Nesse contexto, as uniões poliafetivas, entendidas como arranjos familiares que envolvem três ou mais pessoas em vínculos simultâneos de afeto e relacionamento amoroso e sexual, representam a fronteira mais recente e controversa desse processo.

A poligamia, compreendida em sentido amplo como a manutenção de múltiplas uniões conjugais simultâneas, não constitui fenômeno novo. Ao longo da história, diversas sociedades a praticaram e muitas ainda a praticam. Segundo dados compilados por George P. Murdock, de 849 sociedades estudadas, 708 (83,5%) autorizavam alguma forma de poligamia, enquanto apenas 137 (16%) a proibiam expressamente (PEREIRA, 2021). Contudo, no Ocidente moderno, e particularmente no Brasil, a poligamia permanece proscribida pelo ordenamento jurídico, tipificada como crime de bigamia (art. 235, CP) e vedada como impedimento matrimonial (art. 1.521, VI, CC/2002).

A questão que este artigo pretende enfrentar, todavia, não é meramente descritiva. O problema central é de natureza *jusfilosófica*: em que medida a proscrição da poligamia se fundamenta em razões jurídicas legítimas, tais como a proteção da igualdade de gênero e a prevenção de danos concretos, e em que medida ela se apoia, antes, no mero *ultraje* moral da maioria diante de uma forma de vida que lhe parece inaceitável? Dito de outro modo: qual é a fronteira entre a reprovação moral legítima, que pode e deve informar o direito, e a imposição jurídica e legal autoritária de padrões comportamentais majoritários sobre minorias que se conduzem de modo diverso?

Para enfrentar esse problema, o artigo mobiliza o célebre debate entre H.L.A. Hart e Lord Devlin sobre os limites da imposição da moralidade pelo direito, examina a contribuição de autores como John Stuart Mill, Ronald Dworkin, Simone de Beauvoir e Norberto Bobbio,

analisa a jurisprudência brasileira sobre uniões poliafetivas e propõe a desigualdade de gênero como limite legítimo (mas não como pretexto para a mera imposição de costumes) ao reconhecimento jurídico de arranjos familiares plurais.

2 CONCEITO E MODALIDADES DE POLIGAMIA

A palavra *poligamia*, derivada do grego *polygamía* (πολυγαμία), designa a prática de manter múltiplas uniões conjugais simultaneamente. Distinguem-se, classicamente, duas modalidades principais: a *poliginia*, em que um homem possui várias esposas, e a *poliandria*, em que uma mulher possui vários maridos. A poliginia é historicamente prevalente e encontra-se difundida em sociedades da África Subsaariana, do Oriente Médio e da Ásia; a poliandria, por sua vez, é rara e restrita a contextos culturais específicos, como certas comunidades tibetanas e nepalesas.

Ao lado dessas formas tradicionais, desenvolveu-se contemporaneamente o conceito de *poliamor*, que designa relacionamentos amorosos e afetivos com múltiplas pessoas, relações estas baseadas no consentimento recíproco e na transparência, sem a necessidade de estrutura hierárquica ou de formalização matrimonial. O termo, embora descreva uma realidade de fato muito anterior, surgiu formalmente em maio de 1990, com a publicação do artigo “Um Buquê de Amantes” (*A Bouquet of Lovers*), de Morning Glory Zell-Ravenheart, conforme relata Anna Hopkins (2017). Em setembro de 2006, o vocábulo foi inserido no *Oxford English Dictionary* (M, 2007).

No âmbito jurídico brasileiro, a expressão *poliafetividade* tem sido preferida para designar tais arranjos. Veiga (2018, p. 33) a define como a relação “entre mais de duas pessoas, mediante a troca recíproca de afeto”. Observe-se que a definição não estipula quantidade específica de pessoas, nem exige identidade ou diversidade de gênero entre os envolvidos, tampouco impõe formato particular à dinâmica relacional, o que essencialmente a distingue, ao menos conceitualmente, das

formas tradicionais de poligamia fundadas em estruturas patriarcais que utilizavam as estruturas matrimoniais e sexuais como armas de controle social e dominação das relações familiares.

3 PANORAMA HISTÓRICO E CULTURAL

A poligamia possui raízes profundas em tradições culturais e religiosas diversas. No mundo antigo, era prática corrente entre hebreus, egípcios, persas e numerosos povos africanos. No contexto da colonização das Américas, a poligamia praticada por povos indígenas representou obstáculo central à obra missionária cristã: como observa Moreira (2018, p. 33), “a poligamia impedia a conversão e o batismo dos adultos, comprometendo seriamente o sucesso da obra missionária”, de modo que seu combate se tornou propósito estratégico da evangelização colonial.

Na contemporaneidade, a poligamia permanece legalmente admitida, ainda que em graus variados, em cerca de cinquenta países, a maioria dos quais com população predominantemente muçulmana. De acordo com pesquisa da Pew Research Center divulgada em 2020, aproximadamente 2% da população mundial vive em lares polígamos, com concentração significativa na África Subsaariana, onde mais de 10% da população mantém uniões com mais de um cônjuge.

Nos países ocidentais, por outro lado, observa-se uma progressiva flexibilização da rigidez monogâmica, ao menos no plano dos costumes. Pesquisa conduzida pela YouGov em 2016 revelou que 34% dos americanos entrevistados escolheram algum grau de não monogamia como formato relacional desejável⁸⁴. Em 2023, o mesmo

84 A título ilustrativo, vale mencionar o caso da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (Mórmons), nos Estados Unidos. O fundador do movimento, Joseph Smith, introduziu a doutrina do “casamento celestial” (*celestial marriage*) na década de 1840, que incluía a prática da poliginia como mandamento divino, fundamentada em leitura própria de passagens bíblicas do Antigo Testamento relativas aos patriarcas Abraão, Jacó e Davi. A prática foi oficialmente sustentada pela Igreja até 1890, quando o presidente Wilford Woodruff publicou o chamado *Manifesto*, suspendendo os casamentos plurais sob pressão do governo federal, que condicionara a admissão do Território de Utah como estado da federação à abolição da poligamia. A decisão da

instituto refez a pesquisa e constatou que o percentual de americanos que idealizam um relacionamento exclusivamente monogâmico caiu de 61% para 55%, enquanto o percentual de indecisos saltou de 5% para 11%. Sem representar o abandono da monogamia, os dados sugerem que parcelas crescentes da população consideram arranjos alternativos.

No Brasil, o fenômeno também se manifesta. Há relatos de uniões poligâmicas em várias regiões do país, e em 2012 foi lavrado em cartório da cidade de Tupã (SP) o registro da primeira escritura pública de união estável entre três pessoas, especificamente duas mulheres e um homem, embora o Conselho Nacional de Justiça tenha posteriormente determinado a invalidade do ato. O episódio, contudo, evidenciou que a realidade social precede, e inequivocamente pressiona, por sua realidade viva e pela atuação administrativa e jurisprudencial, o ordenamento jurídico.

4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro é expresso na vedação à pluralidade de vínculos conjugais simultâneos. O art. 226 da Constituição Federal de 1988 reconhece a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, e disciplina o casamento e a união estável como entidades familiares. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.521, inciso VI, veda o casamento de pessoas já casadas, e o art. 235 do Código Penal tipifica a bigamia, com pena de reclusão de dois a seis anos.

Suprema Corte em *Reynolds v. United States* (1878), que negou a proteção da liberdade religiosa à poligamia mórmon, foi o precedente judicial determinante nesse processo. Não obstante a renúncia oficial, grupos fundamentalistas dissidentes — como a *Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints* (FLDS), continuam a praticar a poligamia nos Estados Unidos até os dias atuais, invocando a mesma fundamentação teológica cristã. O caso mórmon demonstra que a poligamia não é fenômeno exclusivo do Islã, mas encontra raízes também em certas leituras cristãs das escrituras, o que reforça a inadequação de associações simplistas entre poligamia e uma única tradição religiosa.

A jurisprudência, contudo, não é monolítica. Em caso emblemático, a Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Vicente (SP) enfrentou pedido de reconhecimento de união estável formulado por duas mulheres que mantinham relação afetiva com o mesmo homem. A decisão foi desfavorável, sob o fundamento de que “a Constituição e o Código Civil brasileiros não amparam a pluralidade de uniões simultâneas”, sendo a monogamia “princípio basilar do Direito de Família brasileiro” (Processo n.º 1000542-29.2020.8.26.0590). O juízo de primeiro grau qualificou a estrutura monogâmica como norma de ordem pública, inderrogável por vontade das partes.

Em sentido diverso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão relatado pelo Desembargador João Batista Damasceno, decidiu que “à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de constituição de famílias”, a vedação à poligamia não pode servir de pretexto para negar direitos patrimoniais e sucessórios em relações reconhecidamente estáveis e duradouras (Apelação Cível n.º 0111946-98.2016.8.19.0001). O tribunal reconheceu parcialmente o pleito, estabelecendo que, embora a união poliafetiva não possa ser equiparada ao casamento ou à união estável tradicional, ela merece tutela jurídica para efeitos patrimoniais e sucessórios.

A contradição entre essas decisões revela que o problema não é apenas técnico-normativo, mas fundamentalmente valorativo: o que está em jogo não é apenas a interpretação de dispositivos legais, mas a própria concepção sobre a função do direito diante de formas de vida que desafiam padrões morais consolidados. É precisamente esse problema que o enquadramento teórico a seguir pretende iluminar.

5 ULTRAJE SOCIAL E DIREITO: O DEBATE HART-DEVLIN E A PROTEÇÃO DE MINORIAS COMPORTAMENTAIS

Em 1957, o *Relatório Wolfenden*, elaborado por comissão parlamentar britânica, recomendou a descriminalização de práticas

homossexuais consentidas entre adultos em ambiente privado, sob o argumento de que “não é função do direito intervir na vida privada dos cidadãos nem buscar impor qualquer padrão particular de comportamento”. A publicação do relatório desencadeou um dos debates mais fecundos da filosofia do direito contemporânea: a controvérsia entre Lord Patrick Devlin e H.L.A. Hart.

Devlin, em sua conferência *The Enforcement of Morals* (1959), sustentou que toda sociedade possui uma moralidade constitutiva cuja preservação é condição de sua própria sobrevivência. Segundo Devlin, quando uma conduta provoca nos membros da sociedade um sentimento de “repugnância”, de “ultraje” ou de “intolerância” genuíno e difundido, essa reação constitui evidência de que a conduta ameaça o tecido moral da comunidade e pode, legitimamente, ser objeto de proibição jurídica (mesmo que não cause dano a terceiros identificáveis). Para Devlin, a distinção entre esfera pública e esfera privada não é absoluta: condutas praticadas na intimidade podem minar a coesão social se a comunidade as percebe como intoleráveis.

Hart, em resposta, desenvolvida e publicada na obra *Law, Liberty and Morality* (1963), retomou a tradição liberal de John Stuart Mill e argumentou que o mero sentimento de repugnância moral da maioria é insuficiente para justificar a restrição da liberdade individual. Para Hart, o direito penal só se justifica quando se destina a prevenir danos concretos a terceiros (*harm principle*); o sentimento de ultraje, por mais intenso e difundido que seja, não constitui, por si só, um “dano” no sentido juridicamente relevante. Admitir o contrário equivaleria a entregar a liberdade individual ao arbítrio das preferências morais da maioria, convertendo o direito em instrumento de tirania dos costumes.

Este debate possui aplicação direta ao problema da poligamia. A proscrição jurídica das uniões poliafetivas no Brasil repousa, em larga medida, sobre o argumento de que a monogamia é “princípio de ordem pública”. Mas o que exatamente significa qualificar a monogamia como “ordem pública”? Se o fundamento é a proteção de direitos concretos, tais como igualdade de gênero, proteção patrimonial, prevenção de

abuso, o argumento se situa no terreno legítimo do *harm principle*. Se, contudo, o fundamento é a reprovação moral da maioria diante de uma forma de vida percebida como escandalosa ou inaceitável, então estamos no terreno de Devlin: o direito estaria funcionando como instrumento de imposição de costumes, e não como mecanismo de proteção de direitos.

A distinção é decisiva. Ela permite separar, analiticamente, duas objeções muito diferentes à poligamia: a objeção baseada em danos concretos (desigualdade de gênero, exploração econômica, vulnerabilidade psicológica) e a objeção baseada em reprovação moral (o ultraje diante do comportamento desviante). Somente a primeira constitui fundamento legítimo para a intervenção jurídica em uma ordem constitucional que se pretende pluralista e protetora de minorias.

6 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS COMO TRUNFO

A tradição liberal fornece instrumentos teóricos adicionais para o enfrentamento do problema. John Stuart Mill, em *On Liberty* (1859), formulou o célebre *harm principle*: a liberdade do indivíduo só pode ser legitimamente restringida para prevenir danos a terceiros. Aplicado ao contexto dos arranjos familiares, o princípio exige que se pergunte: a opção por relacionamentos poliafetivos causa danos a terceiros? A resposta é contingente: se o arranjo é fundado no consentimento livre e informado de todos os envolvidos, e se não há exploração ou subordinação, o *harm principle* não autoriza a intervenção estatal. Se, ao contrário, há coerção, dependência econômica ou assimetria estrutural de poder, os danos a terceiros são identificáveis e a intervenção se justifica.

O mesmo Mill, em *A Sujeição das Mulheres* (1869), fornece a contraface necessária: a liberdade formal de consentir não basta quando as condições materiais impedem o exercício efetivo da

autonomia. Mill argumenta que a subordinação feminina no casamento não decorre apenas da lei, mas de estruturas sociais que limitam a educação, a independência econômica e a capacidade de autodeterminação das mulheres. O argumento se aplica à poligamia: a mera existência de consentimento formal não garante que as mulheres envolvidas exerçam autonomia efetiva, quando inseridas em contextos de dependência econômica e assimetria de poder.

Ronald Dworkin, em *Taking Rights Seriously* (1977), oferece contribuição decisiva ao sustentar que os direitos individuais funcionam como “trunfos” (*trumps*) contra preferências majoritárias, inclusive preferências morais. Para Dworkin, o fato de a maioria considerar uma conduta imoral ou repugnante não constitui razão suficiente para restringir o direito individual de praticá-la. A distinção dworkiniana entre “preferências pessoais” (sobre como eu quero viver) e “preferências externas” (sobre como os outros devem viver) é iluminadora: a proscrição da poligamia, quando fundada exclusivamente no ultraje moral majoritário, constitui imposição de preferências externas sobre a autonomia individual, imposição esta que é exatamente o tipo de interferência que os direitos fundamentais existem para impedir.

Benjamin Constant, em *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos* (1819), já assinalava que a liberdade individual é a verdadeira liberdade moderna, e que a liberdade política, ou seja, a participação dos cidadãos na formação do ordenamento jurídico, tem como finalidade última a garantia das liberdades individuais. A regra estatal, em sua essência, deveria espelhar a vontade dos indivíduos e não constrangê-la arbitrariamente.

Bobbio (1992), ao analisar a coercitividade do direito, recupera o pensamento de Christian Thomasius, representante do jusnaturalismo racionalista do final do século XVII. Thomasius distinguia entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* e, ao aplicar essa distinção ao casamento, asseverava que “o interesse do Estado em que os súditos se casem, para que o povo não se extinga, é somente um *jus imperfectum* e, portanto, uma lei que tornasse o matrimônio obrigatório representaria um ato

de ilícita violência” (p. 149). A lição é transponível: se o Estado não pode impor o casamento, a *fortiori* não deveria impor uma forma específica de arranjo afetivo, salvo quando existam razões de proteção de direitos que o justifiquem.

7 O PARALELO COM O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVA

O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4.277 (2011), oferece precedente analógico indispensável à reflexão sobre as uniões poliafetivas. Durante décadas, as relações entre pessoas do mesmo sexo provocaram na sociedade brasileira exatamente o tipo de reação que Devlin descreveria como “repugnância” ou “ultraje” moral. A união homoafetiva era vista como ameaça à instituição familiar, à moralidade pública e à “ordem natural” das relações humanas.

Não obstante, o STF reconheceu que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e do pluralismo familiar exigiam a proteção jurídica dessas uniões, independentemente do ultraje que pudessem provocar em parcelas da sociedade. O tribunal afirmou que a Constituição não autoriza o uso de “padrões morais majoritários” como critério para excluir formas legítimas de convivência familiar do âmbito de proteção do direito.

O paralelo com a poligamia é instrutivo, mas não perfeito. No caso das uniões homoafetivas, o argumento de dano a terceiros era inexistente: a união entre duas pessoas do mesmo sexo não causa, por si só, qualquer prejuízo identificável a quem quer que seja. No caso da poligamia, contudo, o argumento de dano é mais robusto: há evidências empíricas de que arranjos poligínicos tradicionais (nos quais um homem mantém múltiplas esposas) tendem a reproduzir e exacerbar desigualdades de gênero, com efeitos concretos sobre a saúde mental, a autonomia econômica e os direitos das mulheres envolvidas. É precisamente essa assimetria que impede a transposição

automática do precedente homoafetivo para o caso poliafetivo e que exige uma análise mais nuançada.

8 POLIGAMIA E DESIGUALDADE DE GÊNERO: O LIMITE DO ARGUMENTO LIBERTÁRIO

A desigualdade de gênero constitui o argumento mais sério, e também o único verdadeiramente decisivo, contra o reconhecimento irrestrito das uniões poliafetivas. Não se trata de ultraje moral, mas de proteção de direitos fundamentais.

Simone de Beauvoir, em *O Segundo Sexo* (1949), argumenta que a poligamia institucionaliza a subordinação da mulher ao posicioná-la como bem multiplicável ao arbítrio do homem. A análise beauvoiriana revela que, nas estruturas poligínicas tradicionais, a mulher não é sujeito de direitos em pé de igualdade, mas objeto de uma economia afetiva e patrimonial controlada pelo cônjuge masculino. A prática perpetua a objetificação feminina e reforça estruturas patriarcais que limitam a autonomia, a educação e a independência das mulheres.

Estudos empíricos confirmam essa análise teórica. A pesquisa de Altman e Ginat (1996) aponta que mulheres em casamentos poligínicos experimentam, em comparação com mulheres em uniões monogâmicas, níveis mais elevados de ansiedade, depressão e baixa autoestima, atribuídos à competição entre coesposas e à insuficiência de atenção emocional por parte do cônjuge masculino. No plano jurídico internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), em seu art. 16, promove a igualdade de direitos no âmbito do casamento, premissa que a poligamia tradicional frequentemente infringe.

Seria errôneo, contudo, extrair dessa constatação a conclusão de que *toda* forma de poliafetividade é intrinsecamente desigualitária. O argumento de gênero é poderoso contra a poliginia tradicional, mas perde força quando aplicado a arranjos poliafetivos contemporâneos fundados em consentimento informado, transparência e igualdade

material entre os envolvidos. A questão, portanto, não é simplesmente “poligamia sim ou não”, mas: *sob quais condições* o direito pode reconhecer arranjos poliafetivos sem chancelar estruturas de dominação? O desafio para o legislador e para o intérprete é construir mecanismos de proteção que distingam entre a poliafetividade igualitária e a poligamia patriarcal, em vez de proscrever todas as formas de pluralidade afetiva com base em um juízo moral indiferenciado.

9 “O ESTRANGEIRO” DE ALBERT CAMUS: JULGAMENTO MORAL, CONFORMISMO E A CONDIÇÃO DAS MINORIAS

A obra *O Estrangeiro* (1942), de Albert Camus, embora não trate diretamente da poligamia, oferece uma reflexão literária sobre um problema que está no cerne deste artigo: a forma como a sociedade mobiliza o aparato jurídico para punir não o dano concreto, mas a *inadequação moral* do indivíduo que se recusa a conformar-se aos padrões de comportamento esperados.

O protagonista Meursault é levado a julgamento pelo assassinato de um homem numa praia em Argel. Contudo, o que o tribunal efetivamente julga não é o homicídio em si, mas o caráter moral de Meursault: sua indiferença diante da morte da própria mãe, sua recusa em demonstrar remorso, sua incapacidade (ou recusa) de conformar-se às convenções emocionais e sociais que a comunidade espera dele. Meursault é condenado menos pelo que fez do que pelo que *é*, ou seja, um ‘estrangeiro’ às normas morais de sua sociedade.

A analogia com a situação das minorias comportamentais, incluindo aqueles que optam por arranjos familiares não convencionais, é reveladora. Assim como Meursault é punido pelo tribunal não propriamente pelo crime, mas pelo ultraje que sua forma de vida provoca na comunidade, também as pessoas que vivem em uniões poliafetivas enfrentam a sanção jurídica (dentre elas, sobretudo a sanção social) não necessariamente pela produção de dano concreto,

mas pela inadequação de sua conduta aos padrões morais dominantes. O “estrangeiro” de Camus é, nesse sentido, uma figura paradigmática de toda minoria comportamental: aquele que, por não se adequar ao que a maioria espera, é transformado em objeto de reprovação, marginalização e punição.

A lição camusiana não implica, evidentemente, que toda norma social seja arbitrária ou que toda punição seja injusta. O que a obra sugere é a necessidade de distinguir, com rigor, entre a resposta jurídica ao dano efetivo e a resposta social ao *desvio moral*. Quando o direito se deixa contaminar pelo ultraje, vale dizer, quando pune o estrangeiro não pelo que fez, mas pelo que é, ele deixa de cumprir sua função protetiva e se converte em instrumento de conformismo. Aplicada ao contexto da poligamia, a reflexão de Camus reforça a tese central deste artigo: a proscrição jurídica das uniões poliafetivas só se justifica quando fundada na proteção de direitos concretos, e não na mera reprovação moral da forma de vida alheia.

10 APONTAMENTOS DE DIREITO COMPARADO

A abordagem jurídica da poligamia varia consideravelmente entre as diferentes tradições jurídicas. No direito islâmico, a poligamia é permitida sob condições estritas, conforme estabelecido no Alcorão (Sura 4:3), que autoriza o homem a casar-se com até quatro mulheres, desde que possa tratá-las de maneira equitativa. A exigência corânica de equidade, contudo, enfrenta desafios práticos significativos, e diversos países de maioria muçulmana têm progressivamente restringido ou condicionado a prática, como a Tunísia, que a proibiu integralmente em 1956, e o Marrocos, cuja *Mudawwana* de 2004 impõe condições rigorosas.

Nos Estados Unidos, a poligamia permanece criminalizada na maioria dos estados, com fundamento na jurisprudência firmada em *Reynolds v. United States* (1878), em que a Suprema Corte estabeleceu que a liberdade religiosa não ampara práticas contrárias aos “valores

democráticos e à igualdade de direitos”. Não obstante, decisões mais recentes (como *Brown v. Buhman* (2013), no estado de Utah, centro mundial da Igreja Mórmon) têm relativizado a criminalização da coabitação polígama, reconhecendo que a mera convivência plural, sem bigamia formal, pode estar protegida pela liberdade de associação.

Na Europa, a tendência predominante é de proscrição formal, embora alguns países reconheçam efeitos jurídicos a casamentos polígamos celebrados no exterior, para fins de imigração, previdência e direito de família. A abordagem europeia ilustra a tensão entre o universalismo dos direitos humanos e o respeito ao pluralismo cultural, tensão que atravessa, igualmente, o debate brasileiro sobre uniões poliafetivas.

CONCLUSÃO

A poligamia, apesar de suas profundas raízes históricas e culturais, apresenta ao direito contemporâneo um desafio que não pode ser enfrentado com respostas simplistas. A análise empreendida neste artigo permite concluir que a proscrição jurídica das uniões poliafetivas no Brasil se apoia, em parte significativa, em fundamentos que pertencem ao terreno da moral convencional, ou seja, o ultraje da maioria diante de uma forma de vida que lhe parece inaceitável, e não ao terreno da proteção de direitos fundamentais.

O debate Hart-Devlin oferece a chave teórica para distinguir essas duas ordens de razões. A lição de Hart, tributária de Mill, é que o mero sentimento de repugnância moral não constitui fundamento legítimo para a restrição da liberdade em uma sociedade que se pretende democrática e pluralista. A lição de Dworkin é que os direitos individuais funcionam como trunfos contra preferências majoritárias, inclusive preferências morais. E a lição de Camus, transposta para o plano jurídico, é que o direito não deve punir o “estrangeiro” pela inadequação de seu modo de vida, mas apenas pelo dano concreto que cause.

Isso não significa, porém, que a poligamia deva ser admitida sem condições. A desigualdade de gênero é um limite legítimo e necessário ao argumento libertário. A experiência histórica e os dados empíricos demonstram que, em contextos de assimetria estrutural de poder, a poligamia tende a reproduzir e exacerbar a subordinação feminina. O reconhecimento jurídico de arranjos poliafetivos só se justifica, portanto, quando acompanhado de garantias efetivas de igualdade material entre os envolvidos: consentimento livre e informado, autonomia econômica, proteção patrimonial e sucessória equitativa, e mecanismos de tutela contra a coerção e a exploração.

O paralelo com as uniões homoafetivas é instrutivo, mas não autoriza transposição automática. Enquanto o reconhecimento homoafetivo enfrentou apenas o obstáculo do ultraje moral, sem qualquer argumento plausível de dano a terceiros, o reconhecimento poliafetivo enfrenta, além do ultraje, o desafio real da proteção de gênero. O direito brasileiro precisa amadurecer essa distinção: nem proscrever todas as formas de pluralidade afetiva com base em juízo moral indiferenciado, nem reconhecê-las acriticamente sem atentar para as condições concretas de igualdade.

A exemplo do que ocorreu com as uniões homoafetivas, a realidade social já precede o ordenamento jurídico. Uniões poliafetivas existem e produzem efeitos que demandam tutela, especialmente no campo patrimonial, sucessório e alimentar. Ao direito cabe não fechar os olhos a essa realidade, mas enfrentá-la com os instrumentos que a Constituição lhe fornece: os princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade e da proteção das minorias. O desafio é construir um regime jurídico que proteja sem oprimir, que reconheça sem cancelar a desigualdade, e que distinga, com rigor, entre o ultraje moral do conformismo e a proteção legítima de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 e ADI 4.277.** Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 5 maio 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.526.605/MG.** Relator: Min. João Otávio de Noronha, 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0111946-98.2016.8.19.0001.** Relator: Des. João Batista Damasceno.

BRASIL. **Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Vicente/SP. Processo n.º 1000542-29.2020.8.26.0590.**

ALTMAN, Irwin; GINAT, Joseph. **Polygamous Families in Contemporary Society.** New York: Cambridge University Press, 1996.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo.** Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

CAMUS, Albert. **O Estrangeiro.** Tradução Valerie Rumjanek. São Paulo: Record, 1979.

CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. In: CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DEVLIN, Patrick. **The Enforcement of Morals**. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878).

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HART, H.L.A. **Law, Liberty and Morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HOPKINS, Anna. **The family that inspired the word polyamorous**. Daily Mail, 2017. Disponível em: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-4685902/Inside-relationship-inspired-polyamory-Oberon.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

M, Alan. **“Polyamory” enters the Oxford English Dictionary, and tracking the word’s origins**. Polyamory in the News, 2007. Disponível em: <https://polyinthemedia.blogspot.com/2007/01/polyamory-enters-oxford-english.html>. Acesso em: 14 ago. 2021.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. London: Longman, Roberts & Green, 1859.

MILL, John Stuart. **A Sujeição das Mulheres**. Tradução Débora Ginza. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. **Casamento e política entre os índios no Brasil colonial**. Revista Tempo, Niterói, v. 24, n. 1, p. 22-45, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VEIGA, Cintia Guedes. **Poliafetividade: reconhecimento jurídico e efeitos**. São Paulo: [s.n.],

A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DO STAY PERIOD NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PROTEÇÃO NECESSÁRIA OU INCENTIVO AO DEFAULT ESTRATÉGICO?

Igor Caiafa Ferreira Silvério⁸⁵

Ludmila Lopes Lima⁸⁶

O presente artigo analisa o instituto do *stay period*⁸⁷ no processo de recuperação judicial à luz da Análise Econômica do Direito - AED⁸⁸. Busca-se compreender se essa suspensão das ações e execuções contra o devedor representa uma ferramenta eficiente para a preservação da empresa e de seus *stakeholders* (partes interessadas ou afetadas pelas atividades, decisões e resultados de uma organização) ou se, ao contrário, cria incentivos perversos ao uso estratégico do instituto – o chamado *default estratégico*⁸⁹. Com base na doutrina de autores como Marcelo Sacramone, Luciana Yeung e Bradson Camelo, além da comparação com o regime do *Chapter 11*⁹⁰ estadunidense, o estudo

85 Mestrando em Direito (ITE). Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (IFNMG). Especialista em Direito Empresarial e Recuperação de Empresas. Professor do UNEC – Campus Nanuque. Advogado. e-mail: igor@limacaiafa.com.br

86 Doutoranda em Direito (ITE). LL.M. em Direito Empresarial (IBMEC). Mestra em Gestão Integrada do Território (UNIVALE). Professora AlfaUnipac. Advogada. e-mail: ludmila@limacaiafa.com.br

87 *Stay Period* – Instituto previsto no art. 6º, §4º da Lei nº 11.101/2005, trata-se do prazo de 180 dias durante o qual ficam suspensas todas as execuções e ações contra o devedor. Serve à proteção do patrimônio empresarial, impedindo que credores atomizados destruam valor na corrida individual.

88 Análise Econômica do Direito (AED) – Abordagem teórica que aplica princípios e ferramentas da economia ao direito, buscando identificar incentivos e desincentivos criados pelas normas jurídicas, avaliando eficiência, externalidades e efeitos redistributivos.

89 *Default Estratégico* – Importado do vocabulário financeiro, refere-se à inadimplência proposital ou planejada. No contexto da recuperação judicial, ocorre quando o devedor recorre ao processo sem estar em crise real, mas com o intuito de obter benefícios negociais, ganhar tempo ou paralisar execuções.

90 *Chapter 11* – Capítulo do Código de Falências dos EUA que regula o processo de reorganização empresarial. Prevê a suspensão automática das execuções, mas com mecanismos de supervisão rígidos e o risco de conversão em falência caso não haja um plano viável aprovado.

propõe um debate sobre a eficiência, limites e possíveis reformulações do instituto.

A recuperação judicial, como instrumento de superação da crise econômica de empresas, objetiva preservar a função social do empreendimento, os empregos, os créditos e a dinâmica de mercado. No Brasil, a Lei nº 11.101/2005 prevê o *stay period* - período de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra o devedor. Esse prazo busca assegurar a estabilidade necessária para que a empresa, seus credores e o judiciário possam negociar e estruturar um plano viável de recuperação.

Contudo, sob a lente da Análise Econômica do Direito - AED, surge o debate sobre a real eficiência dessa suspensão. Embora sirva à função estabilizadora, o *stay period* pode ser desvirtuado quando utilizado de forma oportunista, dando margem ao chamado *default estratégico* - hipótese na qual o devedor se vale da recuperação judicial não como medida genuína de superação da crise, mas como meio de postergar o cumprimento de obrigações, blindar patrimônio ou obter vantagem negocial indevida.

Diante desse contexto, a presente pesquisa busca identificar se o *stay period* cumpre sua função de modo eficiente ou é, em alguns casos, um incentivo ao oportunismo. A análise parte da perspectiva econômica do direito para avaliar se os custos sociais e econômicos desse instituto justificam sua manutenção nos moldes atuais.

A análise parte da concepção de AED, conforme Luciana Yeung, para quem a aplicação da racionalidade econômica ao direito visa compreender os incentivos criados pelas normas e avaliar se os efeitos gerados são socialmente desejáveis. Para a autora, “a análise econômica do direito é uma forma de entender o comportamento dos agentes diante de regras jurídicas” (Yeung, 2014).

Marcelo Sacramone, por sua vez, destaca que o *stay period* é fundamental para garantir a efetividade do processo recuperacional, sendo um “mecanismo de estabilização das relações jurídicas” (Sacramone, 2021, p. 547). No entanto, reconhece os riscos de uso abusivo, sobretudo quando não há uma real intenção de reestruturação.

Bradson Camelo propõe o olhar da AED para a recuperação judicial como forma de balancear os interesses dos credores com a continuidade da atividade empresarial, destacando a necessidade de que os institutos processuais, como o *stay*, gerem incentivos positivos à negociação e à transparência (Camelo, 2020).

Outro referencial importante é o *Chapter 11* do Código de Falências norte-americano, cuja inspiração é evidente na Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência brasileira. No modelo estadunidense, a suspensão automática (*automatic stay*) é vista como um mecanismo de fôlego financeiro, mas está condicionada a critérios objetivos e à demonstração de viabilidade do devedor.

A recuperação judicial precisa equilibrar dois objetivos centrais: a continuidade da atividade econômica e a satisfação dos credores. O *stay period* representa um momento de trégua, fundamental para a renegociação coletiva das dívidas. No entanto, esse instituto, ao conceder blindagem patrimonial temporária ao devedor, pode se tornar objeto de distorções.

A análise do *stay period* e da recuperação judicial à luz da Análise Econômica do Direito deve, necessariamente, considerar os fundamentos constitucionais da ordem econômica brasileira. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, estabelece que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo observar, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse contexto, a recuperação judicial não é um benefício concedido ao devedor, mas um instrumento jurídico que busca compatibilizar a preservação da empresa com os demais interesses sociais e econômicos envolvidos — como a manutenção de empregos, o pagamento aos credores e a estabilidade das relações comerciais. O próprio Supremo Tribunal Federal⁹¹, ao tratar do tema da recuperação, já reconheceu a sua relevância constitucional como meio de promoção

91 ADI 3.934/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 27/11/2019, DJe 17/12/2019).

da função social da empresa e de concretização dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput e inciso XXXVI) exige que o processo recuperacional seja conduzido de forma transparente e equilibrada, evitando abusos como o uso oportunista do *stay period* por empresas que não estejam genuinamente em crise. A boa-fé objetiva — derivada do princípio da dignidade da pessoa humana e aplicada às relações privadas (art. 1º, III e art. 5º, caput) — deve ser o norte de todas as condutas processuais e negociais durante a recuperação judicial.

Nesse passo, qualquer análise crítica sobre os efeitos econômicos do *stay period* deve estar ancorada na convergência entre eficiência econômica e constitucionalidade, assegurando que o sistema de insolvência brasileiro funcione como verdadeiro instrumento de justiça distributiva e estabilização do ambiente de negócios.

Sob a lente da AED, a suspensão das ações e execuções cria incentivos que devem ser cuidadosamente analisados. Um devedor que antevê o benefício do *stay period* pode decidir ingressar no processo mesmo sem estar em crise efetiva, apenas para suspender execuções, interromper o pagamento de dívidas e forçar renegociações em termos mais favoráveis. Esse comportamento caracteriza o *default estratégico*, que transfere o ônus do risco empresarial aos credores e distorce os objetivos da recuperação judicial.

Luciana Yeung alerta que “quando as regras do jogo são mal desenhadas, os agentes econômicos reagem de forma a extrair vantagem, mesmo que isso não seja socialmente eficiente” (Yeung, 2018). É nesse ponto que o *stay period* deve ser repensado. A AED sugere que normas que geram incentivos ao oportunismo precisam de revisão, seja por meio da criação de filtros mais rígidos de acesso ao benefício ou por sua vinculação à demonstração de boa-fé e viabilidade econômica.

Nos Estados Unidos, o *Chapter 11* impõe um ônus maior ao devedor, ele precisa apresentar, em curto prazo, um plano de reestruturação com viabilidade real, sob pena de conversão em

falência. No Brasil, embora a jurisprudência esteja mais atenta ao uso abusivo do *stay period*, ainda há margem para o seu uso oportunista, sobretudo pela ausência de uma filtragem econômica nos pedidos iniciais.

Marcelo Sacramone defende que o prazo de 180 dias seja interpretado de forma restritiva, com rigor no controle judicial de prorrogações e abusos. Bradson Camelo complementa ao afirmar que a previsibilidade e a segurança jurídica do sistema de insolvência dependem de um desenho institucional que evite o uso estratégico dos institutos processuais. Assim, a análise do *stay period* deve considerar seus benefícios – estabilidade e proteção temporária – mas também seus custos – incentivo ao oportunismo, atraso no pagamento aos credores e judicialização excessiva.

O *stay period* é um mecanismo de fundamental importância para a efetividade da recuperação judicial, pois assegura o tempo necessário para a negociação do plano com os credores. No entanto, a sua análise sob o prisma da Análise Econômica do Direito evidencia que, sem filtros adequados e mecanismos de controle, ele pode gerar incentivos perversos, como o uso estratégico da recuperação judicial por empresas que não enfrentam crise real.

É necessário pensar em reformas que tragam maior rigor na concessão do stay, com base em critérios objetivos de viabilidade, transparência e boa-fé. O controle judicial e a atuação ativa do Ministério Público e dos administradores judiciais também se revelam essenciais para coibir o uso abusivo do instituto.

Mais do que garantir um período de fôlego, o *stay period* deve ser parte de um sistema eficiente, que promova renegociações justas, preserve empregos e evite distorções que penalizam os credores e fragilizam o sistema de crédito. A eficiência econômica da recuperação judicial depende, em larga medida, da correção desses incentivos e do alinhamento das normas jurídicas com os objetivos de justiça e racionalidade econômica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Dispõe sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

CAMELO, Bradson. **A eficiência na recuperação judicial e a Análise Econômica do Direito.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SACRAMONE, Marcelo Fortes Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

TROSTER, Rodrigo. **A crise das empresas e o papel do stay period.** Revista de Direito Empresarial, São Paulo, n. 26, p. 77-98, 2022.

UNITED STATES. **Bankruptcy Code - Chapter 11. U.S. Code, Title 11 - Bankruptcy.** Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>>. Acesso em: 15 mar. 2025.

YEUNG, Luciana. **Direito e Economia: uma introdução à Análise Econômica do Direito.** São Paulo: Atlas, 2022.

CRISE DE SEGURANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIOLÊNCIA POLICIAL EM SÃO PAULO E O PARADIGMA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL⁹²

Amanda Martins Rosa Andrade⁹³

Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva⁹⁴

Iris Soier do Nascimento de Andrade⁹⁵

“Qualquer coisa que se mova é um alvo
E ninguém tá salvo⁹⁶”

INTRODUÇÃO

A segurança pública é um direito fundamental garantido pela Constituição da República (CR) de 1988, sendo responsabilidade do Estado garantir a proteção dos cidadãos de forma igualitária e justa. No entanto, no contexto paulista, observa-se um preocupante aumento da letalidade policial e dos casos de abuso de autoridade, especialmente em comunidades periféricas. O avanço dessas práticas levanta questionamentos sobre a violação sistemática de direitos fundamentais, incluindo o direito à vida, à dignidade humana, à integridade física e psicológica, à igualdade e à liberdade.

92 Apoiado pela CAPES (Código Financiamento 001), vinculado ao GP “Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho e da Seguridade Social”, da PUC Minas.

93 Mestre e Doutora em Direito pela Puc-Minas, doutorado com bolsa CAPES. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3282-949X>

94 Doutorando em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX (código 001). Pesquisador do grupo “Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho e da Seguridade Social”. ORCID 0000-0001-6880-0096

95 Doutoranda em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX (código 001). Pesquisador do grupo “Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho e da Seguridade Social”. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2734-8627>

96 ENGENHEIROS DO HAWAII. O Papa é Pop. O Papa é Pop. [CD]. Brasil: BMG Ariola, 1990.

Este artigo tem como objetivo examinar a atuação da Polícia Militar de São Paulo à luz do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que se caracteriza pela violação massiva e estrutural de direitos fundamentais, aliada à inércia estatal em reverter essa realidade. Para tanto, será realizada uma análise dos dados recentes sobre letalidade policial, casos emblemáticos de abuso e a resposta institucional a essas denúncias. Além disso, serão discutidos os fundamentos constitucionais que sustentam a tese de que a violência policial configura uma afronta aos direitos humanos e aos princípios democráticos.

O presente artigo será dividido em três partes. Na primeira parte, será exposta a realidade da violência policial paulista nos últimos meses, com base em dados estatísticos, relatos de casos emblemáticos e denúncias feitas por organizações de direitos humanos. O objetivo dessa seção é demonstrar que a atuação da Polícia Militar tem sido marcada por uso excessivo da força e seletividade racial e social, resultando em violações sistemáticas de direitos fundamentais.

Na segunda parte, será analisado o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e sua possível aplicação ao caso da violência policial em São Paulo. Serão examinados os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para o reconhecimento de um ECI e a forma como essa abordagem poderia ser utilizada para exigir uma resposta institucional mais efetiva no combate às práticas abusivas das forças de segurança.

Na terceira e última parte, serão apresentadas propostas de soluções para a superação desse problema, considerando a necessidade de reformas estruturais na segurança pública, fortalecimento da fiscalização sobre a atividade policial e implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção e o respeito aos direitos humanos. A pesquisa busca contribuir para o debate sobre a urgência de medidas eficazes que garantam uma segurança pública legítima, equitativa e respeitosa aos princípios constitucionais.

Diante desse cenário, a pesquisa propõe soluções para a superação do problema, considerando a necessidade de reformas

estruturais na segurança pública, fortalecimento da fiscalização sobre a atividade policial e a implementação de políticas públicas baseadas na prevenção e na garantia dos direitos fundamentais. Com isso, busca-se contribuir para o debate sobre a urgência de medidas eficazes que garantam uma segurança pública legítima, equitativa e respeitosa aos princípios constitucionais.

1 A SISTEMÁTICA E RECORRENTE VIOLÊNCIA POLICIAL PAULISTA

Nos últimos meses pôde se observar um aumento no número de notícias relacionadas à violência policial no Estado de São Paulo. E não se trata apenas de um aumento na publicidade dada a casos de excesso da força, mas de uma realidade constatada em números expressivos.

Segundo levantamento realizado pelo Ministério Público, as mortes pela ação da polícia militar aumentaram 46% no Estado de São Paulo. O caso emblemático que levantou o debate recente sobre a questão foi o flagra de um policial militar arremessando um homem do alto de uma ponte na zona sul paulista, o que levou ao afastamento de 13 policiais envolvidos no caso (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Os dados revelam, ainda, que de janeiro até 17 de novembro de 2024, 673 pessoas foram mortas por policiais militares, sendo 577 dessas mortes causadas por policiais em serviço, levando a uma média de duas pessoas mortas por dia (G1 São Paulo, 2024, *online*).

No dia 3 de agosto, um policial militar, em serviço, deu dois tiros na cabeça de um suspeito de furto de veículo que já estava rendido e deitado no chão, mas que resistiu à prisão em Guarulhos, na Grande São Paulo. A ação foi registrada pela própria câmera corporal do agente, sendo possível observar o homem gritando por socorro enquanto era agredido com socos pelo policial (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Apesar do registro realizado pela câmera fixada na roupa do próprio agente, no pronunciamento oficial, a Secretaria de Segurança Pública alegou que o homem, cuja vida foi tirada pelo policial, teria

entrado em luta corporal e sacado um revólver contra este (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Outro caso emblemático foi a abordagem de um morador de Heliópolis que caminhava pela rua quando foi atingido por um spray de pimenta acionado por um policial militar em operação contra os “pancadões⁹⁷” realizados na favela paulista. Na época, o morador foi abordado pelo policial, que carregava um fuzil, sendo possível ver nos vídeos veiculados que a vítima não teria apresentado comportamento ameaçador para justificar a reação do agente (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Em outubro de 2024, dois jovens, um de 18 e outro de 21 anos, foram mortos durante uma intervenção policial no Jardim Vitória, em São Paulo. No enterro de um dos jovens, cinco policiais militares entraram no local e tentaram render um dos irmãos do falecido, que estava com a mãe ao lado do caixão. A mãe, ao tentar impedir que o filho fosse levado naquele momento, abraçou o filho, de maneira que ambos foram agredidos com golpes de cacetete, empurrões e tapas (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Em novembro de 2024, por volta das 20h, uma criança de 4 anos foi morta após ser baleada durante um confronto policial no morro São Bento, em Santos, no litoral de São Paulo. Na mesma ocasião, dois adolescentes foram atingidos, um de 15 e outro de 17 anos (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Também no mês de novembro, um estudante de medicina, de 22 anos, foi morto com um tiro na escadaria de um hotel na Vila Mariana, na zona sul de São Paulo, por ter dado um tapa no retrovisor de uma viatura policial. No boletim de ocorrência, os policiais alegaram que o jovem teria tentado pegar a arma de um dos agentes (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Ainda no mesmo mês, um jovem negro, de 26 anos, acusado de furtar quatro pacotes de sabão, foi executado a tiros em frente a um mercado no bairro Jardim Prudência, na zona sul de São Paulo. O

97 Um tipo de festa de funk, geralmente realizada em espaços abertos, ruas, comunidades ou até em locais fechados com som potente.

policial responsável pelo assassinato do jovem alegou que teria atirado em legítima defesa, visto que o jovem estaria armado e com a mão no bolso do moletom (G1 São Paulo, 2024, *online*).

Em todos esses casos a Secretaria de Segurança Pública informou que foram instaurados inquéritos para investigar a conduta dos agentes envolvidos, havendo afastamento de alguns policiais das ruas.

Apesar disso, as cenas de violência continuam presentes nos noticiários, criando um estado de instabilidade no que diz respeito à segurança pública no estado de São Paulo e aos direitos fundamentais dos moradores paulistas, sobretudo os de baixa renda.

Esses são apenas alguns exemplos dentre os vários casos de excesso no uso da força, abuso de autoridade e violência da polícia militar de São Paulo, que fizeram com que 81 organizações sociais se juntassem e denunciasses a violência sistêmica ocorrida no Estado à Organização dos Estados Americanos (OEA), incluindo na denúncia os nomes do atual governador, Tarcísio de Freitas, e do secretário de segurança pública, Guilherme Derrite (Agência Brasil, 2024, *online*).

No documento enviado à OEA, as entidades afirmaram que:

Esses episódios exemplificam a atuação racista e autoritária da polícia no estado, e cabe a nós exigir o fim da violência racial promovida em São Paulo pelo governador Tarcísio de Freitas e o Secretário de Segurança Pública, Guilherme Derrite! Nos últimos dois anos, os índices de letalidade policial no estado só aumentaram. As chacinas ocorridas na Baixada Santista resultaram na morte de mais de 70 civis. No ano de 2023, 460 pessoas foram mortas pela Polícia Militar de São Paulo. Até novembro de 2024, esse número subiu para 673 vítimas, sendo que a maioria, pessoas negras (Agência Brasil, 2024, *online*).

No documento em que formalizada a denúncia, as organizações afirmam que, embora a violência não tenha rosto e endereço, ela

acomete, principalmente, a população periférica, negra e pobre (Agência Brasil, 2024, *online*).

Diante desse cenário, cabe pontuar que a ação da Polícia Militar do Estado de São Paulo pode criar um estado de coisas incompatível com o rol de direitos previstos constitucionalmente, levando à necessidade de uma atuação coordenada para solução do imbróglio, conforme se demonstrará mais adiante.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E A REALIDADE POLICIAL PAULISTA

O presente artigo analisará os direitos fundamentais envolvidos no caso de violência policial paulista, sobretudo no que concerne à força normativa dos direitos previstos constitucionalmente. Para tanto, isso será feito levando-se em consideração o contexto do Direito Constitucional Contemporâneo, ou neoconstitucionalismo.

Segundo Luís Roberto Barroso (2005), o neoconstitucionalismo, que tem como marco filosófico o pós-positivismo, promove a ideia de que a Constituição, enquanto norma, precisa ter valor impositivo e ser respeitada, devendo, ao mesmo tempo, guardar relevância em relação aos valores de igualdade, de justiça e de Direitos Humanos e Sociais.

De acordo com o doutrinador, o constitucionalismo contemporâneo apresenta três relevantes características: (i) a força normativa da Constituição, a qual deixa de ser vista como um documento exclusivamente político para também ser considerada um documento jurídico, dotado de força normativa imediata e, por conseguinte, exigibilidade; (ii) a expansão da Jurisdição constitucional, a partir do fortalecimento das Cortes Constitucionais, como guardiãs das Constituições, relativizando o poder legislativo pela força do próprio texto constitucional; e a (iii) nova interpretação constitucional, que impõe ao intérprete o dever de buscar referência na Constituição ao fazer a interpretação de qualquer norma do ordenamento jurídico (Barroso, 2005).

Pode-se dizer, então, que, com o neoconstitucionalismo, o Direito, como um todo, passou a ser constitucionalizado, na medida em que: a Constituição adotou traços mais jurídicos e força vinculante; a supremacia material e formal da Constituição foi reconhecida; os demais ramos do Direito foram inseridos dentro do texto constitucional; as Constituições foram erigidas para o ápice do ordenamento jurídico e se tornaram fundadoras da ordem legal com a democracia; há um reconhecimento da força principiológica das Constituições; e um maior protagonismo do Poder Judiciário enquanto guardião das Constituições .

É possível compreender a constitucionalização dos ramos do Direito enquanto um processo. A primeira etapa do processo é a constitucionalização formal, que ocorre pela inserção de normas de determinado ramo do Direito dentro do texto constitucional. À medida que ocorre a constitucionalização formal, a interferência das normas e princípios previstos na Constituição devem ir modificando a realidade social (Almeida; Almeida, 2017).

A segunda etapa é a constitucionalização substancial, que ocorre quando a realidade fática dos cidadãos é alterada pela norma Constitucional com a observância prática das normas constitucionais de determinado ramo do Direito (Almeida; Almeida, 2017).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso explica que a Constituição passa a ser o centro do sistema jurídico, “de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (Barroso, 2005, 28)”.

Dito isso e observando que o neoconstitucionalismo tem como marca ideológica a busca pela concretização dos direitos fundamentais, faz-se possível adentrar no estudo do que vem a ser um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Cuida-se de uma criação doutrinária da Corte Constitucional Colombiana que, para proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reconhece, em função

de uma violação massiva e contínua de direitos, um estado de coisas inconstitucional (Campos, 2015).

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ECI:

Trata-se de decisão voltada a “conduzir” o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implica, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial. (Campos, 2015:87).

Embora se trate de uma tese criada no âmbito do Direito Colombiano, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), em setembro de 2015, reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, por meio de decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em função de inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos.

De acordo com o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, o reconhecimento do ECI no ordenamento jurídico brasileiro pressupõe uma inconstitucionalidade derivada da omissão estrutural do Poder Público em seus mais diversos níveis. Sendo assim, para a Concretização do Estado das Coisas Inconstitucional é preciso que haja: (i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada e; (iii) que a superação das transgressões exija a atuação de todas as autoridades políticas (Brasil, STF, 2015).

O papel da Corte Constitucional que identifica o ECI, o STF no caso do Brasil, é atuar como órgão gestor da solução do conflito, retirando os demais poderes (Legislativo e Executivo) da inércia para a correção do ECI.

No voto proferido pelo relator da ADPF 347, o Ministro Marco Aurélio, foram elencadas outras questões que teriam potencial capacidade de serem consideradas ECI no Brasil, tais como saneamento básico, saúde pública, violência urbana (Brasil, STF, 2015).

No entanto, ao longo do julgado o Ministro esclarece que nesses três casos há vontade por parte do poder público em solucionar a questão e, além disso, a solução destes problemas, além de ser pauta dos debates políticos é vista com bons olhos pelo cidadão médio. Para o Ministro Relator, a configuração do ECI exige um imbróglio que impeça a solução da questão, como por exemplo, a falta de desejo político em solucionar a questão ou o desinteresse social com a população afetada pelo ECI – como o que ocorre com os encarcerados no caso paradigma.

No caso de reconhecimento de um ECI, cabe ao STF, de forma excepcional, atuar de forma mais assertiva, a fim de “retirar os demais poderes da inércia, catalisar debates, discutir novas políticas públicas, coordenar ações e monitorar resultados” (Magalhães, 2019:8), na medida o papel do Supremo Tribunal Federal, sobretudo na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível para um debate permanente, com o fim de “resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso” (Barroso, 2015:51)

Partindo dos conceitos aqui expostos, passa-se à análise dos direitos fundamentais reiteradamente violados no caso da violência policial paulista observada nos últimos meses no Brasil.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS PELA VIOLÊNCIA POLICIAL

Antes de se adentrar na análise dos direitos fundamentais constitucionais violados nos casos de violência policial expostos no tópico anterior, cabe esclarecer que os direitos fundamentais ora violados trata-se de direitos humanos, assegurados a todos, independente de classe, raça, origem, etnia ou crença.

Os direitos, segundo a visão de Marco Aparicio Wilhelmi e Gerardo Pisarello Prados (2007: 9) “podem ser vistos como exigências dos mais fracos contra os mais fortes, ou seja, como reivindicações daqueles que se encontram em uma situação de vulnerabilidade diante daqueles que detêm algum tipo de poder, seja na esfera pública ou privada”.

Na mesma linha, Gerardo Pisarello (2009: 107) explica que “o aparato estatal burocratizado e militarizado, resistente à aceitação de limites e vínculos, representa uma ameaça à universalização dos direitos”. A partir disso, tem-se que a estrutura repressiva do Estado por meio de seus agentes, quando não fiscalizada, pode se tornar um mecanismo de violação sistemática de direitos fundamentais.

Por isso mesmo, o Ordenamento Jurídico traça diretrizes básicas a serem respeitadas, de modo a preservar o valor do ser humano, prevenir os abusos e garantir a responsabilização dos agentes do Estado.

Posto isto, passa-se a demonstrar como alguns, dentre vários outros, direitos fundamentais são violados com as práticas inconstitucionais dos policiais militares do Estado de São Paulo.

2.1.1 DIREITO À DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III)

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro. Qualquer conduta que reduza uma pessoa à condição de objeto ou a desumanize fere esse princípio fundamental, do qual

decorrem os demais direitos fundamentais – também violados pela ação policial no Estado de São Paulo.

Segundo Luís Roberto Barroso (2020:4), a dignidade da pessoa humana que tem origem bíblica, na busca do homem pela imagem e semelhança de Deus, passou pela filosofia com o advento do iluminismo e sua racionalidade, se tornando, no século XX, um objetivo político e, após a 2ª Guerra, migrou para o mundo jurídico, por meio de sua inclusão em diversos documentos e Constituições ao redor do mundo. No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi expressamente incluída no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição da República de 1988.

A Constituição da República, ao dispor em seu art. 1º inciso III que é um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, A proteção a dignidade humana da pessoa trabalhadora, impede que ela venha a ser tratada igual às coisas.

A ideia de que as pessoas são dotadas de uma dignidade intrínseca, tem se tornado pacífica e universal (Maurer, 2005:61). Contudo, ainda se observa uma dificuldade na definição do conceito da dignidade da pessoa humana, em razão da subjetividade do termo, de sua ampla abrangência. “A dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, plástico, plural”. (Barroso, 2010:19)

Luís Roberto Barroso, ao tratar da dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, explica que ela:

Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. (Barroso, 2010:10)

Ao tratar da dignidade humana, cujo conceito se mostra multifacetado, presente na política, no meio jurídico, na religião e na filosofia, Ingo Wolfgang Sarlet (2011:114) explica:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Ao tentar chegar a um conceito de dignidade, Béatrice Maurer explica que a dignidade humana se divide em três dimensões: a dignidade “para si”, a dignidade “para nós” e a dignidade “em si” (Maurer, 2005: 71-74).

A dignidade “*para si*” é a concepção pessoal que se faz da dignidade, a qual é condicionada pela educação, pelo contexto social, pela imagem que os outros fazem de si mesmos etc. Ela é perfeitamente capaz de progredir para chegar numa concepção de dignidade mais próxima da verdade (Maurer, 2005).

A dignidade “*para nós*” expressa relativo consenso social, representando os diferentes atores de uma sociedade. E do mesmo modo que a dignidade “para si” consegue evoluir para um melhor conceito, essa também pode progredir (Maurer, 2005).

Já a noção de dignidade “*em si*” é a dignidade absoluta da pessoa humana, ela é fundamental, uma qualidade da pessoa humana. Ela é a fonte e, ao mesmo tempo, a finalidade da pessoa humana (Maurer, 2005).

Observa-se que, considerando as dimensões da dignidade da pessoa humana, a dificuldade na conceituação se deve por se tratar

de definição que é, ao mesmo tempo, estática e dinâmica. Ou seja, da mesma forma que se pode ter consciência daquilo que não é dignidade da pessoa humana, é difícil, ou mesmo impossível, dizer o que ela é (Maurer, 2005:74).

Não obstante a dignidade da pessoa humana tenha se tornado um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, sendo mencionada em diversos documentos, constituições e instrumentos normativos, ainda se mostra extremamente complexo buscar por uma conceituação. Conforme afirma Luís Roberto Barroso, “ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade” (Barroso, 2010:2).

Em consonância com as dimensões da dignidade trazidas por Beátrix Maurer, Luís Roberto Barroso (2010) elenca, ainda, três elementos essenciais à dignidade humana: (i) o valor intrínseco da pessoa humana, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos; (ii) a autonomia da vontade, elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas, envolvendo a capacidade de autodeterminação de cada indivíduo; (iii) o valor comunitário, que traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa.

Além disso, o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) vinculou a dignidade e a igualdade. “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotados de razão e de consciência e devem agir, uns para com os outros, num espírito de fraternidade.” (ONU, 2018, não paginado).

Acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (2020, 15) faz três observações importantes:

A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao

contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais (...). Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.

Observa-se que a dignidade humana é parâmetro de ponderação de direitos fundamentais, não possuindo caráter absoluto, não obstante o seu valor intrínseco. Além disso, ela se mostra oponível nas relações com o Estado e nas relações privadas.

Todavia, a atuação da polícia militar paulista nos últimos meses demonstra um desrespeito latente à dignidade humana, tanto no que diz respeito às dimensões da dignidade quanto aos elementos expostos por Luís Roberto Barroso (2010).

O uso excessivo da força, os disparos em regiões letais e as abordagens abusivas cometidas por agentes do Estado ferem não apenas a integridade física e psicológica das vítimas, mas também comprometem os princípios fundamentais que sustentam a dignidade da pessoa humana em uma sociedade democrática, conforme será abordado em tópicos específicos a seguir.

Primeiramente, a violência policial viola o valor intrínseco da pessoa humana, visto que desconsidera a ideia de que todo ser humano possui um valor inalienável, independentemente de sua condição social, cor ou origem. Quando a polícia militar paulista age

de forma discriminatória⁹⁸ e desproporcional, especialmente contra jovens negros e moradores de periferia, demonstra um desprezo pelo caráter universal da dignidade.

Além disso, essa violência prejudica a autonomia da vontade, uma vez que indivíduos submetidos a agressões policiais, tortura ou execuções são privados de sua capacidade de autodeterminação. Na mesma medida, ainda no campo da autonomia, o medo imposto pela brutalidade da ação policial impede que cidadãos exerçam sua liberdade de maneira plena, restringindo sua capacidade de transitar livremente e de expressar suas opiniões sem o risco de represálias. Esse cenário gera um ciclo de repressão que sufoca o desenvolvimento pessoal e coletivo, inviabilizando a participação ativa dessas pessoas na sociedade.

Por fim, o valor comunitário também é severamente prejudicado, pois a violência policial compromete os padrões civilizatórios e os ideais de justiça e igualdade de uma sociedade justa e democrática. Quando as forças de segurança, que deveriam servir e proteger a sociedade, adotam práticas violentas e abusivas sem a devida responsabilização, cria-se uma cultura de medo e desconfiança entre a população e as instituições do Estado.

Em vez de promover a segurança e o bem-estar coletivo, a atuação truculenta da polícia gera mais instabilidade social e enfraquece o tecido comunitário, corroendo valores essenciais à convivência pacífica e ao respeito mútuo. Além disso, a violência policial paulista não apenas infringe direitos individuais, mas também compromete os princípios estruturantes de uma sociedade justa.

2.1.2 DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT)

O artigo 5º da Constituição da República, inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, determina que “todos são

⁹⁸ Considera-se como discriminatória na medida em que a denúncia realizada pelas organizações sociais à OEA aponta que a maioria das vítimas dos excessos policiais são negros, pobres e periféricos, apesar de não excluírem outros membros da população.

iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Brasil, 1988).

Com isso, tem-se que o Ordenamento Jurídico consagrou o direito à vida como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, sendo esse direito é a base e alicerce para todos os demais direitos humanos.

O direito à vida assegura que nenhum indivíduo pode ser privado de sua existência de maneira arbitrária e que o Estado deve adotar medidas para protegê-lo, promovendo políticas públicas que garantam dignidade, saúde, segurança e bem-estar à população.

No entanto, a violência policial no Brasil tem sido uma das principais formas de violação desse direito fundamental. Em diversas ocasiões, como as dos exemplos citados no primeiro capítulo deste artigo, agentes de segurança acabam recorrendo ao uso excessivo da força, resultando em execuções, especialmente contra jovens negros, pessoas pobres e moradores de periferias.

Essas ações contrariam não apenas a Constituição, mas também tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Além disso, a letalidade policial elevada, sobretudo a paulista, objeto deste estudo, demonstra falhas na atuação das forças de segurança, que deveriam proteger a sociedade em vez de serem responsáveis por um número significativo de mortes.

2.1.3 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA (ART. 5º, III)

O artigo 5º, inciso III, da CR prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Brasil, 1988).

Esse direito, assim como os demais aqui expostos, é essencial para a dignidade da pessoa humana e busca garantir que nenhum indivíduo sofra agressões físicas, psicológicas ou qualquer forma de abuso que viole sua integridade, sobretudo vindo daqueles que deveriam protegê-lo. Além disso, essa proteção é reforçada por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU.

No entanto, a violência policial representa uma grave violação desse direito, especialmente quando há uso excessivo da força, tortura e abordagens abusivas. Em diversas situações, cidadãos são submetidos a agressões físicas durante prisões, operações e abordagens, principalmente em comunidades periféricas. Esses atos não apenas desrespeitam a Constituição, mas também minam a confiança da população nas instituições de segurança pública.

Ressalte-se que, apesar de a Secretaria de Segurança Pública afirmar que são abertos inquéritos para apuração das denúncias, realizando o afastamento de policiais das ruas, a impunidade em muitos casos de violência policial reforça a prática desses abusos, perpetuando um ciclo de violação sistemática dos direitos humanos, inclusive da integridade física e psicológica.

2.1.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ART. 5º, CAPUT E I)

O princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, caput e inciso I, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo os homens e mulheres iguais em direitos e obrigações.

Em diversos aspectos, a Constituição da República buscou fundamentar a igualdade de direitos, a não discriminação, o reconhecimento de diplomas internacionais ratificados pelo Brasil para integrar o rol protecionista. Tudo a fim de garantir uma vida digna ao ser humano.

No entanto, na prática, a atuação das forças de segurança frequentemente se dá de forma seletiva, conforme demonstrou o levantamento realizado pelas organizações responsáveis pela denúncia dos abusos à OEA, atingindo desproporcionalmente determinados grupos sociais, como jovens negros, moradores de periferias e pessoas em situação de vulnerabilidade. Essa desigualdade na aplicação da força policial demonstra um tratamento discriminatório, em que certos cidadãos são vistos como alvos prioritários da repressão estatal, enquanto outros são tratados com maior respeito e garantias legais.

O racismo estrutural e a criminalização da pobreza são fatores que intensificam essa violação da igualdade. Estudos e dados sobre a letalidade policial em São Paulo mostram que a maioria das vítimas fatais das operações policiais são negros e periféricos, evidenciando um padrão de violência que não se aplica da mesma forma em bairros de classe média ou alta (Belchior, 2024, *online*).

Douglas Belchior, levantando a hipótese de racismo institucional operado pelo próprio estado, apontou que “Entre janeiro e agosto deste ano, as polícias Civil e Militar de São Paulo mataram 441 pessoas negras, de acordo com um levantamento feito pelo Instituto Sou da Paz. Entre 2023 e 2024 houve um aumento de 78% na letalidade policial contra corpos negros” (Belchior, 2024, *online*).

Além disso, abordagens policiais violentas e humilhantes são muito mais frequentes em favelas e comunidades carentes, conforme se pode observar sobre a localização dos casos trazidos no primeiro capítulo deste artigo, reforçando a ideia de que há cidadãos que recebem um tratamento diferenciado por parte do Estado, baseado em sua cor de pele e condição socioeconômica.

Essa prática não apenas fere a igualdade formal prevista na Constituição, mas também impede a construção de uma igualdade material, que considera as desigualdades históricas e busca reduzi-las.

É importante destacar, ainda, que a desigualdade gerada pela violência policial também afeta o acesso à justiça, visto que muitas vítimas de abusos enfrentam dificuldades em denunciar e buscar responsabilização dos agentes envolvidos, seja por medo de

represálias, seja pela morosidade e impunidade dentro das instituições que deveriam garantir justiça. Tanto é verdade que, em todos os casos citados no presente artigo foram abertos inquéritos para investigação das práticas abusivas dos policiais, sem, entretanto, um reflexo efetivo na prática.

2.1.5 DIREITO À LIBERDADE (ART. 5º, CAPUT E LXI)

O direito à liberdade é um dos pilares de uma sociedade justa, democrática e igualitária. Tanto é que a Constituição da República menciona o direito de liberdade em vários dispositivos, sempre sinalizando a preservação do direito de ir e vir, de locomoção e da prisão apenas quando legal. Apesar disso, esse direito vem sendo sistematicamente violado pela Polícia Militar paulista nos casos recentes do excesso do uso da força e da autoridade.

A atuação abusiva dos agentes do Estado, que deveriam primar pela segurança da população, frequentemente impõe limites ilegais ao direito de liberdade, especialmente contra populações vulneráveis, como jovens negros e moradores de periferias. Abordagens violentas, detenções arbitrárias e o uso desproporcional da força criam um ambiente de medo e repressão, no qual determinados grupos sociais veem sua liberdade severamente restringida.

Além das detenções injustificadas, a violência policial afeta diretamente a liberdade de ir e vir. Em muitas comunidades periféricas, operações policiais ocorrem de forma truculenta, impedindo que moradores circulem livremente sem o risco de serem abordados, humilhados ou até mesmo mortos – um exemplo disso foi o morador gratuitamente atingido pelo spray de gás de pimenta enquanto transitava pela rua da comunidade onde mora.

Esse tipo de ação viola o princípio de que todo cidadão deve ter o direito de se deslocar sem sofrer intimidação ou agressões do próprio Estado. Muitas vezes, as forças de segurança ocupam essas áreas de maneira ostensiva, impondo um regime de controle e vigilância

excessivo, que contrasta com a abordagem policial adotada em bairros mais ricos, onde o direito à liberdade é respeitado de forma mais ampla.

3 PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DA VIOLÊNCIA POLICIAL POR MEIO DE UMA COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL

O rol de direitos fundamentais violados não se esgota nos expostos no tópico anterior, já que a crise de segurança pública e respeito aos direitos humanos fundamentais vai muito além, sendo capaz de ferir a Carta Magna como um todo.

A partir dos dados coletados, pode-se observar que há reiteradas violações a direitos previstos tanto na Constituição quanto na legislação ordinária – que por sua vez, decorrem do próprio comando do art. 5º da CR.

Somado a isso, pode-se afirmar que há uma omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais no caso da violência policial paulista, visto que não há um efetivo interesse político em resolver o problema, na medida em que não é possível constatar se os policiais não são realmente punidos e medidas efetivas nem sempre são adotadas.

No Brasil, a atuação policial muitas vezes se dá de forma seletiva, com abusos direcionados a grupos marginalizados, sem que haja mecanismos efetivos de responsabilização. Com isso, “o absolutismo do Estado se torna um inimigo dos direitos quando seus órgãos atuam de maneira discricionária, sem participação nem justificativa suficiente, punindo arbitrariamente as vítimas de violações de direitos sociais” (Pisarello, 2009: 114).

Além disso, pode haver um desinteresse da própria população na solução do problema, visto que ao atingir, em sua maioria, grupos periféricos e de minoria, uma parcela da sociedade pode encarar a postura policial como necessária – seja para reprimir ações

relacionadas a crimes e pequenos delitos, seja para retroalimentar os preconceitos e sistema de estratificação social já existentes.

Justamente por isso, o Supremo Tribunal Federal deve atuar como verdadeiro guardião da Constituição, seja por exercício do controle de constitucionalidade (art. 102, da CR), seja por meio da realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição, que envolve a revogação de normas inconstitucionais anteriores e incompatíveis, seja com a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador (Barroso, 2005).

Cabe, então, a análise do enquadramento desse cenário no Estado de Coisas Inconstitucional para que, assim, o STF, em uma atuação conjunta com os demais poderes, possa proteger os direitos fundamentais violados no caso da violência policial retratada no presente artigo, bem como expedir medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração de direitos dos cidadãos, sobretudo daqueles mais vulneráveis.

Ao reconhecer a situação como um Estado de Coisas Inconstitucional, se assumiria que há uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente da violência policial e da inércia ou incapacidade estatal para enfrentá-la. Esse reconhecimento oficial criaria a base para medidas estruturais e integradas, a partir do precedente da ADPF 347.

Com isso, enquanto coordenador institucional para superação do Estado de Coisas Inconstitucional, O STF poderia emitir ordens estruturais vinculantes, direcionadas aos Três Poderes, para garantir uma resposta coordenada e eficaz.

No âmbito do Poder Executivo poderia envolver Criação de um Plano Nacional/Estadual de Combate à Violência Policial: Exigência de medidas concretas, como: Reformas no treinamento das forças policiais; Implementação de mecanismos de supervisão externa e interna; Estímulo ao uso de tecnologias para aumentar a transparência, como as câmeras corporais já citadas.

No âmbito do Poder Legislativo, poderia haver uma Revisão e Atualização da Legislação sobre Atuação Policial para Alterações legais para regulamentar o uso da força e armas de fogo e Tipificação de crimes de abuso policial de forma mais objetiva. Além disso, faz-se necessária a proposição de leis que fortaleçam o controle externo das atividades policiais, como defensorias públicas e ouvidorias.

Já no âmbito do Judiciário, tanto Estadual quanto Federal, poderia haver um Monitoramento e Punição de Abusos de forma mais incisiva, de modo a servir de marco para evitar situações futuras e a sensação de impunidade. Além disso, acredita-se que o estímulo à atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial poderia ajudar a minimizar os impactos negativos dos abusos constantes dos agentes de segurança.

Ademais, o Coordenador Institucional para superação do ECI da violência policial paulista poderia promover audiências públicas, com representantes do governo, organizações da sociedade civil e vítimas de violência policial para identificar as causas estruturais do problema e formularem medidas efetivas e legitimadas socialmente.

Além disso, se mostra necessário um acompanhamento contínuo de todas as propostas e medidas adotadas, com exigência de relatórios de cumprimento dos planos estabelecidos, devendo as medidas adotadas serem revisitadas para garantir a sua eficácia.

Tudo isso não exclui a necessidade de que o STF, na condição de coordenador institucional, colabore com os organismos institucionais como ONU e OEA em iniciativas de monitoramento, capacitação e supervisão de práticas policiais alinhadas aos direitos humanos.

Por fim, acredita-se que a educação efetivamente libertária pode ser uma importante aliada na busca da superação da violência estrutural e das injustiças contra os desfavorecidos, podendo, nesse sentido, o STF pode determinar que sejam implementados programas obrigatórios de formação em direitos humanos para policiais e agentes do sistema de justiça, promovendo uma cultura institucional de respeito à vida e à dignidade.

Crê-se, portanto, que ao adotar essas medidas, que podem ser complementadas com outras aqui não elencadas, o STF poderia atuar como catalisador de uma resposta integrada, respeitando a separação de poderes, mas garantindo que o Estado atue de forma eficaz para superar a violência policial e proteger os direitos fundamentais e humanos violados nos casos recentes de violência policial e abuso de poder na cidade de São Paulo.

CONCLUSÃO

A análise realizada ao longo deste artigo evidencia que a violência policial descortinada em São Paulo nos últimos meses configura uma grave violação de direitos fundamentais, comprometendo a dignidade humana e a própria noção de segurança pública democrática. A impunidade e a recorrência dos abusos demonstram que o problema não se restringe a casos isolados, mas a uma prática estrutural que afeta desproporcionalmente determinados grupos sociais, especialmente a população negra e periférica. Essa realidade, além de comprometer a legitimidade das instituições de segurança, reforça desigualdades e perpetua um ciclo de repressão e medo.

O reconhecimento dessa situação como um possível Estado de Coisas Inconstitucional abre espaço para uma intervenção mais efetiva do Judiciário e de outras instituições na busca por soluções concretas. Entre as propostas apresentadas, destacam-se a necessidade de uma fiscalização rigorosa das ações policiais, a implementação de câmeras corporais como mecanismo de transparência, a reformulação das práticas de treinamento das forças de segurança e a ampliação da atuação de órgãos independentes no controle externo da polícia.

Diante desse cenário, o combate à violência policial e a preservação do direito à vida exigem reformas estruturais na segurança pública, com maior fiscalização, transparência e responsabilização dos agentes envolvidos em abusos. O fortalecimento do treinamento policial, o incentivo ao uso de técnicas de mediação de conflitos e o

investimento em políticas de segurança baseadas na inteligência, e não na repressão descontrolada, são medidas fundamentais.

Para enfrentar esse problema, é fundamental a adoção de políticas públicas que promovam maior controle, transparência e responsabilização dos agentes de segurança. Medidas como o uso de câmeras corporais, capacitação contínua em direitos humanos e uma corregedoria policial independente podem ajudar a reduzir esses abusos. O Estado tem o dever não apenas de garantir a segurança da população, mas também de assegurar que essa proteção ocorra dentro dos limites legais e respeitando os direitos fundamentais de cada cidadão. A integridade física e psicológica é um direito inalienável, e qualquer violação por parte das forças de segurança deve ser firmemente combatida.

A superação desse problema exige reformas estruturais na segurança pública, fiscalização rigorosa e um compromisso efetivo com os direitos humanos, de modo a garantir que a dignidade humana seja respeitada em todas as suas dimensões.

Para combater o cenário de desigualdade, já que a repressão mais violenta atinge, principalmente, a população negra, pobre e periférica, é essencial implementar reformas na segurança pública, fortalecer a fiscalização sobre as ações policiais e garantir mecanismos de controle externo, assegurando que todos os cidadãos, independentemente de sua origem ou condição social, tenham seus direitos respeitados.

Para que a segurança pública cumpra seu papel constitucional de proteção e promoção da cidadania, é fundamental que o Estado assuma um compromisso real com a redução da letalidade policial e com a garantia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Somente por meio de reformas estruturais e de uma mudança de paradigma no modelo de policiamento será possível construir um sistema de segurança mais justo, equitativo e alinhado aos princípios democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. Organizações sociais denunciam violência policial em São Paulo à OEA. **Agência Brasil**, 04 dez. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-12/organizacoes-sociais-denunciam-violencia-policial-em-sao-paulo-oea> . Acesso em: 15 fev. 2025.

APARICIO WILHELMI, Marco; PISARELLO PRADOS, Gerardo. **Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas**. FUOC, 2007

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTR, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: http://www.professoraanafraza.com.br/files/atividades_docentes/2018-03-21-Tema_V_Leitura_III.pdf Acesso em 12 fev. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> Acesso em: 12 fev. 2025.

BELCHIOR, Douglas. Calar sobre a violência policial é apoiar o genocídio do negro brasileiro. **Carta Capital**, 05 fev. 2024. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/calar-sobre-a-violencia-policial-e-apoiar-o-genocidio-do-negro-brasileiro/> Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF 347**. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 12 fev. 2025.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 249 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ENGENHEIROS DO HAWAII. O Papa é Pop. **O Papa é Pop**. [CD]. Brasil: BMG Ariola, 1990.

G1 São Paulo. SP acumula casos de violência policial recentes; no ano, mortes pela PM no estado aumentaram 46%. **G1, São Paulo**, 04 dez. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/12/04/sp-acumula-casos-de-violencia-policial-recentes-no-ano-mortes-pela-pm-no-estado-aumentaram-46percent.ghtml> Acesso em: 15 fev. 2025.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. MAURER, Béatrice *et al.* (orgs.). Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://declaracao1948>.

com.br/declaracao-universal/declaracao=-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAiA7vTiBRA%20qEiwA4NTO670237x7auiP54SX2MoJdJe8Lz7AZSwWtoMIre20QwaBgqZbZCtIMhoCT90%20QAvD_BwE> Acesso em: 12 fev. 2025.

PISARELLO, Gerardo. Los enemigos de los derechos sociales y el papel de las Defensorías del Pueblo. Cuadernos Electrónicos N° 5. **Derechos Humanos y Democracia**, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 9ª Edição.

