REVISTA JURÍDICA

ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE

ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

ISSN 2764-1968

ESJUD
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE

REVISTA
JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE

ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

A Revista Jurídica é um periódico científico interdisciplinar, editado pela Escola do Poder Judiciário do Acre, órgão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

REVISTA JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE
ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

Equipe Técnica

Organização

Marcos Alexandre

Breno Nascimento

Capa

Fotografia da obra em marchetaria “Deusa da Justiça da Amazônia”, do artista acreano Maqueson Pereira da Silva, em painel instalado no Palácio da Justiça.

Formatação

Breno Nascimento

Edição

Marcos Alexandre

Breno Nascimento

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre / Escola do Poder Judiciário do Acre. - Ano. 2, n.3 (dez. 2022). - Rio Branco: ESJUD, 2022 -

Semestral.
Disponível em versão eletrônica:
https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/

ISSN: 27641988

1. Direito – Periódico. I. Escola do Poder Judiciário do Acre, ESJUD - Tribunal de Justiça do Estado do Acre.
CDD: 340.05

Elinei Carvalho Santana – CRB 11/1063
Bibliotecário – Tribunal de Justiça do Estado do Acre

REVISTA JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE
ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

Corpo de Pareceristas

Andréia Schneider Nunes Carvalhaes
Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Arlen José Silva de Souza
Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Bernardina Ferreira Furtado Abrahão
Doutora pela Universidade de São Paulo - USP

Cleber de Deus Pereira da Silva
Doutor pelo Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro

Débora Gomes Galvão
Doutora pela Universidade Católica de Santos

Eveline Gonçalves Denardi
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Fabiana David Carles
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Fábio Fernandes Neves Benfantti
Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Felipe Chiarello de Souza Pinto
Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Flávio de Leão Bastos Pereira
Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Francisco Raimundo Alves Neto
Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais

Franklin Vieira dos Santos
Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro
Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Larissa Dias Puerta dos Santos
Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Paula Zambelli Salgado Brasil
Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Paulo Campanha Santana
Doutor pelo Centro Universitário de Brasília

Reinaldo Rosa dos Santos
Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo

Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli
Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

REVISTA JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE
ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

Composição do Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Biênio 2021/2023

Desembargadora Waldirene Cordeiro
Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador Roberto Barros
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador Elcio Mendes
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargadora Regina Ferrari
Diretora da Esjud

Desembargadora Eva Evangelista

Desembargador Samoel Evangelista

Desembargador Pedro Ranzi

Desembargadora Denise Bonfim

Desembargador Francisco Djalma

Desembargador Laudivon Nogueira

Desembargador Júnior Alberto

Desembargador Luis Camolez

REVISTA JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE
ANO II
EDIÇÃO III
RIO BRANCO-AC
DEZEMBRO, 2022

Conselho Consultivo da Escola do Poder Judiciário do Acre
Biênio 2021/2023

Desembargadora Regina Ferrari
Diretora do Conselho

Desembargador Júnior Alberto
Vice-Diretor do Conselho

Juíza de Direito Zenice Cardozo
Coodenadora Pedagógica

Juíz de Direito Giordane Dourado
Coordenador Científico

Desembargador Samoel Evangelista
Desembargador Francisco Djalma
Desembargador Laudivon Nogueira

Juíza de Direito Louise Kristina
Juíz de Direito Marcelo Carvalho
Juíz de Direito Danniel Bomfim

Servidora Iriá Farias
Servidora Silni Figueiredo
Servidor Fagner Lopes

Equipe Editorial

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Professor Dr. Orides Mezzaroba

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Juiz de Direito Giordane Dourado

CONSELHO EDITORIAL

Juiz de Direito Danniel Bomfim
Juíza de Direito Zenice Mota
Juíza de Direito Maria Rosinete
Juiz de Direito Anastácio de Menezes
Juiz de Direito Cloves Ferreira
Analista Judiciário Marcos Alexandre

SECRETÁRIA

Cleide Prudêncio

A PUBLICAÇÃO

A Revista Jurídica da Esjud é uma publicação gratuita, semestral, cujo propósito é incentivar a elaboração do saber científico, empírico e pragmático dos profissionais da Justiça, colaboradores e comunidade jurídica. O periódico também tem o intuito de fomentar a produção científica de magistrados, servidores do Poder Judiciário e comunidade jurídica.

DOS DIREITOS AUTORAIS

É permitida a reprodução dos artigos em outros meios, desde que seja citada a fonte. Todos os direitos são reservados à ESJUD. O Conselho Editorial da revista não assume quaisquer responsabilidades pelas ideias, dados, informações e opiniões expressos nos artigos, os quais são de inteira responsabilidade dos autores. A revista utiliza a licença Creative Commons CC-BY 4.0, com o viés de “atribuição não comercial” e “não adaptada”.

CONTATO E SUBMISSÃO

A software de gerenciamento e publicação de revistas eletrônicas que usamos é o Open Journal Systems (OJS). Os artigos científicos, correspondências aos editores, sugestões, dúvidas e outras informações devem ser enviados no portal de periódicos da ESJUD, no endereço https://esjud.tjac.jus.br/periodicos. Em caso de dúvida, fale conosco pelo *e-mail* revistaesjud@gmail.com. Os interessados também podem consultar os editais de submissão do material.

DA POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Nomes e endereços contidos nesta Revista serão abordados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, de modo que não serão disponibilizados para quaisquer outras finalidades ou mesmo a terceiros.

Sumário

11 SAUDAÇÃO
Desembargadora Regina Célia Ferrari Longuini

13 APRESENTAÇÃO
Desembargadora Waldirene Oliveira da Cruz Lima Cordeiro

15 APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Ana Clara Chaves Marques

40 DISCURSOS QUE PÕEM EM RISCO A ESTABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E A DEMOCRACIA DO BRASIL
Fabiane da Fontoura Messias de Melo
Maria Rosinete dos Reis Silva

55 HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL DO CONSUMIDOR E PADRÕES SOMBRIOS NO E-COMMERCE: ENTRE PERSUASÃO E MANIPULAÇÃO
Mirla Regina da Silva

79 ICMS SOBRE TRANSFERÊNCIA DE GADO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE
Allan Nunes Callado

ARTICULISTAS CONVIDADOS

94 TEMPOS INTERESSANTES DE UM LUGAR NO MUNDO
Eva Evangelista de Araújo Souza

98 A PENUMBRA FÁTICA NAS DECLARAÇÕES E DEPOIMENTOS: ALGUMAS TÉCNICAS PARA INQUIRIÇÃO E VALORAÇÃO DOS FATOS
Tiago Gagliano Pinto Alberto

122 A PROTEÇÃO DO AMBIENTE NOS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS ITALIANO, PORTUGUÊS E BRASILEIRO
Marco Anthony Steveson Villas Boas

CENTRAL DE REGULAÇÃO DE VAGA: UMA PROPOSTA PARA O ENFRENTAMENTO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO
129 DO ACRE
Andréa da Silva Brito

SUSTENTABILIDADE COMO VETOR AXIOLÓGICO PARA AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRANSNACIONAIS
154 Maria Cláudia da Silva Antunes De Souza
Josemar Soares

179 LIÇÕES E DESAFIOS DA PANDEMIA DE COVID-19 PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
Carlos Affonso Pereira de Souza
Janaina Costa
João Víctor Vieira Carneiro

RESULTADO DO TRABALHO DO NÚCLEO DE PESQUISAS JURÍDICAS DA ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE – NUPEJ/ESJUD

ANÁLISE DOS PERFIS SOCIOECONÔMICOS DOS ADOLESCENTES INTERNADOS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DO ACRE
Regina Célia Ferrari Longuini
198 Bono Luy da Costa Maia
Jhenyfler da Silva Andrade

SAUDAÇÃO

"O potencial da humanidade é infinito e todo ser tem uma contribuição a fazer por um mundo mais grandioso. Estamos todos nele juntos. Somos UM."
Helena Blavatsky

Com pouco tempo de existência, a Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre (ESJUD) alcança lugar de relevância no horizonte do conhecimento. Esta já é a 3ª Edição do periódico, desde o seu lançamento em novembro de 2021, além da Edição Inaugural.

Aos poucos e, cada vez, mais a publicação tem atraído olhares de quem acredita nos caminhos e possibilidades descortinados pelos saberes, inclusive para refletir e propor a análise de fenômenos sociais. Teoria e prática acabam convergindo para a compreensão da vida e abrem janelas para o bem comum. Assim, a educação e a ciência são vetores de transformação de uma sociedade. Albert Einstein já dizia que "toda a nossa ciência, comparada com a realidade, é primitiva e infantil – e, no entanto, é a coisa mais preciosa que temos."

A essência do periódico reside na visão de país do jurista brasileiro Ingo Sarlet: "Onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças". Portanto, fortalecer o debate, incentivar o amadurecimento de ideias, promover o diálogo são diretrizes desta revista, que reforçam a inegociável crença nos melhores ideais de Justiça e no papel das Instituições.

As palavras não poderiam ser outras senão de agradecimento. Gratidão aos que estão perto, incluindo membros do Conselho Consultivo, coordenadores, gerentes e assessores, a equipe responsável por esta publicação, e aos colegas de tantas partes, inclusive de além-mar – que nos confiam o resultado de suas pesquisas, pensamentos e reflexões. Contribuições valiosas que engrandecem ainda mais o trabalho de avaliadores, não menos que competentes e dedicados à árdua missão de emitir pareceres construtivos e efetivos ao processo editorial. O resultado são artigos de excelência, que colocam em discussão retratos do cotidiano sobre o aprimoramento do sistema jurídico e acerca de problemas que afetam o Acre e o Brasil.

Orgulha-nos ter chegado até aqui e gratifica-nos a estrada a ser percorrida nas próximas tantas edições. Que sejam iluminadas pelos sábios e mestres, pavimentadas pelo êxito, a serviço da ciência, onde brotam lições para o florescer de uma humanidade civilizada, ciosa do respeito aos direitos de todos. Porque todos somos UM!

Desembargadora Regina Ferrari
Diretora da Escola do Poder Judiciário do Acre

APRESENTAÇÃO

Temos a honra de apresentar a 3ª Edição da Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Estado do Acre - ESJUD, que congrega uma série de artigos científicos com abordagens preciosas sobre diversos assuntos da atualidade, que permitirão ao leitor ampliar a sua reflexão acerca do cenário que vivenciamos no campo político, jurídico, social, ambiental e econômico.

Contribuir para o conhecimento, de modo amplo, é objetivo conato da ESJUD, assim, a publicação de mais um periódico se traduz em disseminação de conteúdos de relevada importância, produzidos com absoluta responsabilidade por autores que se dedicaram, de forma louvável, no compartilhamento de suas experiências jurídicas e sociais.

A Revista Jurídica da ESJUD funciona como um eficiente veículo de transmissão de conhecimento, diante do cenário que vivenciamos onde as informações são conduzidas de forma rápida por meio de sites, blogs, redes sociais, dentre outras vias eletrônicas. Além disso, o periódico concretiza parte dos esforços empreendidos nos estudos e nas produções de conteúdos acadêmicos.

No prelúdio dessa edição, Ana Clara Chaves Marques enfoca a possibilidade da *Aplicabilidade do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*, ressaltando a necessidade de se preservar uma proteção mínima de direitos e garantias, conforme os julgados.

Com o tema *Discursos que põem em risco a estabilidade das instituições e a democracia do Brasil*, Fabiane de Fontoura Messias de Melo e Maria Rosinete dos Reis Silva, apresentaram elementos retóricos que robustecem a estreitada relação entre a retórica e a democracia, a partir da função reguladora do direito, diante de estratégias discursivas que podem importar em risco à democracia.

Hipervulnerabilidade digital do consumidor e padrões sombrios no ecommerce: entre persuasão e manipulação foi o tema abordado pela Juíza de Direito Mirla Regina da Silva que ao enaltecer os pontos positivos para a economia em decorrência da célere propagação da tecnologia móvel, apresenta contraponto ao enfocar a vulnerabilidade digital do consumidor ante as práticas indevidas de manipulação.

No artigo *ICMS sobre transferência de gado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Acre*, Allan Nunes Callado demonstrou o firme posicionamento do Poder Judiciário do Estado do Acre quanto à inconstitucionalidade de incidência do ICMS sobre a transferência de gado para estabelecimento do mesmo proprietário, bem ainda o entendimento embrionário quanto a cobrança de tributo na cessação do diferimento pela saída em pé de gado bovino.

Ao destacar sobre a transmudação do processo judicial físico ao 100% virtual, a Desembargadora Eva Evangelista de Araújo Souza, com o trabalho Tempos interessantes de um lugar do mundo, possibilita ao leitor a realizar uma importante reflexão, em meio à evolução tecnológica na seara do sistema de justiça, acerca da necessidade de não se olvidar dos chamados "excluídos digitais", sendo a parcela da população que não dispõe de acesso digital. Sob este aspecto, relata experiências do Poder Judicário do Acre que se revelam como verdadeiras políticas públicas de Estado que conferem ao cidadão o efetivo acesso à justiça, conforme assegura a Constituição Federal.

Em *Penumbra fática das declarações e depoimentos: algumas técnicas para inquirição e valoração dos fatos*, Tiago Gagliano Pinto Alberto ao abordar a problemática da valoração das declarações e dos depoimentos, no ambiente processual, bem ainda a verificação do grau de

confiabilidade das narrativas pelo magistrado, sugere a adoção de técnicas a servirem como parâmetros de aferição da confiabilidade das narrativas.

Na área ambiental, Marco Anthony Steveson Villas Boas, no artigo *A proteção do ambiente nos sistemas constitucionais italiano, português e brasileiro*, ao enfatizar a necessidade da proteção jurídica no ambiente em decorrência dos desastres ambientais nas décadas de 60 e 70, discorreu acerca do tema nas diversas constituições, capitaneadas pela Constituição da República Portuguesa e influenciadas pelo ordenamento jurídico internacional.

Sob o enfoque do sistema prisional, a Juíza de Direito Andréa da Silva Brito, com o título *Enfrentamento da superpopulação carcerária no Estado do Acre*, apresenta proposta de implementação da Central de Regulação de Vagas no sistema prisional acreano, pelo Tribunal de Justiça do Acre, como forma estratégica para o enfrentamento da superpopulação carcerária no Acre.

O artigo *Sustentabilidade como vetor axiológico para as relações jurídicas transnacionais*, por Maria Cláudia da Silva Antunes Souza e Josemar Soares, enfoca a sustentabilidade não como premissa ideológica, mas como condição que tem origem na relação do homem com a natureza, que se estende como vetor axiológico nas relações jurídicas, revelando-se necessária para a preservação e qualificação da vida humana no planeta.

O trabalho Lições e Desafios da Pandemia da Covid-19 para a proteção de dados pessoais, Carlos Affonso Pereira de Souza, Janaina Costa e João Victor Vieira Carneiro, enaltecem três aspectos relevantes relacionados à: importância do tratamento dos dados pessoais para a elaboração das políticas públicas; a pertinência da disciplina jurídica da proteção de dados de pessoais a servir de limitação a abusos e excessos no tratamento de dados da saúde e a indicação de exemplos nacionais e internacionais, na adoção de tecnologias no combate à pandemia, de forma a demonstrar como o contexto possibilita novos riscos à privacidade e à tutela dos dados pessoais.

Na seara do sistema socioeducativo, o *artigo Analise dos perfis socioeconômicos dos adolescentes internados no sistema socioeducativo do Acre*, pela Desembargadora Regina Célia Ferrari Longuini, Bono Luy da Costa Mais e Jhenyfler da Silva Andrade, tratou de elaborar relatório pormenorizado dos perfis dos adolescentes ingressos no sistema socioeducativos, de modo a servir de subsídio à elaboração de políticas públicas com vista ao aperfeiçoamento do sistema socioeducativo do Estado do Acre, bem ainda a contribuir com sugestão de boas práticas e controle aos órgãos reguladores competentes.

Na certeza de que os textos publicados se apresentam como preciosas contribuições para a nacionalização do conhecimento, rendemos agradecimentos a todos os colaboradores, porquanto é certo que o sucesso dessa revista se interliga com a disponibilidade dos juristas, escritores e pesquisadores a apresentarem seus trabalhos à Escola do Poder Judiciário do Estado do Acre – ESJUD.

Por derradeiro, diante da dinamicidade dos fatos sociais a exigir da comunidade jurídica a evolução do pensamento e a propositura de estratégias capazes de atender os interesses sociais, vislumbra-se nessa revista jurídica o espaço propício à congregação de ideias e caminhos que possam contribuir de maneira exitosa ao atendimento dessas necessidades.

Tenham todos uma boa leitura!

Waldirene Oliveira da Cruz Lima Cordeiro
Desembargadora Presidente do Tribunal de Justiça do Acre

APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

APPLICABILITY OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Ana Clara Chaves Marques [1]

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como escopo analisar se é possível a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil. Trata-se de tese bastante criticada pela doutrina, pois supostamente afronta direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente no que diz respeito ao tratamento do infrator. Entretanto, há um anseio social por uma mudança legislativa mais repressiva, em virtude dos crimes que abalam a sociedade, há um pressuposto de que a sanção normativa aplicada é desproporcional ao fato praticado, por tais motivos o presente estudo foi elaborado. A pesquisa cientifica foi realizada através de uma abordagem geral e contextualização acerca do direito penal do inimigo, averiguando se a tese criada pelo jurista alemão está coadunada com ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, neste trabalho foi realizado uma revisão legislativa e bibliográfica, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Como resultado da análise, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo é aplicável no sistema normativo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos e Garantias. Direito Penal do Inimigo. Sistema normativo.

ABSTRACT

The present academic work has the intention of analyzing if it is possible to apply the Criminal Law of the Enemy, created by Gunther Jakobs, in Brazil. This thesis is very criticized by the doctrine, because it supposedly violates fundamental rights presented in the Constitution Federative Republic of Brazil of 1988, specially regarding the treatment of the delinquent. However, there is a social yearning that requires a repressive legislative change due to the crimes that affect the society. There is a presupposition that the normative sanction applied is disproportionate to the fact practiced, for these reasons the present study has been elaborated. The scientific research has been accomplished through a general perspective and contextualization about the criminal law of the enemy, verifying if the thesis created by the German jurist conform to the Brazilian legal system. Furthermore, this paper brings a legislative and bibliographic review using the hypothetical-deductive method. As a result of the analysis, it is concluded that the Criminal Law of the Enemy is applicable in the Brazilian normative system.

KEYWORDS: Enemy's Criminal Law. Normative System. Rights and guarantees

1 Pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Dom Bosco (2022), pós graduada em Direito Processual Civil (2021) pelo Instituto IBMEC/Damásio, graduada em Direito pela U:VERSE (2020), servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo abordar os aspectos gerais do Direito Penal do Inimigo, desenvolvido na Alemanha pelo Gunther Jakobs e sustentada por ele desde 1985. Trata-se de política criminal baseada na premissa no "direito penal do autor", nesta tese, Jakobs propõe um tratamento diferenciado para os indivíduos que cometem certos crimes em virtude do grau de periculosidade e da personalidade do agente.

Atualmente, há um anseio social, reforçado pela mídia, que postula pela criação de leis massivas e endurecimento de penas, em virtude de determinados crimes praticados que chocam a sociedade, pois parte da sociedade entende que o Estado não é mais capaz de ressocializar os indivíduos e que a pena não atinge a devida finalidade.

Tendo em vista a demanda e a necessidade de atualização jurídica, o presente trabalho visa verificar se é possível aplicação da teoria desenvolvida pelo Jaboks no Brasil e se há um liame com os direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No primeiro capítulo, é realizado uma contextualização histórica do direito penal do inimigo, explica a aplicação da tese em comento e a diferenciação entre o "direito penal do cidadão" e "direito penal do inimigo", conclui-se que o objeto de estudo visa manter a observância da lei e os perigos gerados pelo delinquente devido a inobservância do contrato social, prejudicando toda uma coletividade.

No segundo capítulo é estudado o que são os direitos e garantias fundamentais, realiza-se uma interpretação normativa da Constituição e dos tratados que o Brasil é signatário. Além disso, é apresentado julgados que defendem a relativização dos direitos e garantias fundamentais, sob o prisma do princípio da igualdade material.

No terceiro capítulo é apresentado uma compilação de críticas realizada pela doutrina. Em suma, os doutrinadores entendem que se trata de política criminal subjetiva ineficaz, meramente simbólica e antigarantista. Além disso, entendem que promoveria prática de arbitrariedades em virtude do Estado de Polícia.

Por fim, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo pode ser possivelmente aplicado no Brasil, em que pese as inúmeras garantias e direitos fundamentais elencados na CRFB de

1988. Pois a norma é criada para atingir um fim social e não para ser escudo de práticas ilícitas, além disso, a própria Constituição prescreve o princípio da igualdade material. Desta forma, os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Desde os primórdios a humanidade é marcada por um sistema de punições, pois aqueles que atentavam contra a sociedade e o bem comum, recebiam uma correção por ter transgredido a legislação costumeira ou codificada, com o objetivo de manter o equilibro social e não propagar o estado de barbárie.

Diante da necessidade em reprimir adequadamente o transgressor, surgiram diversas teorias, sendo uma delas "O Direito Penal do Inimigo", também conhecido como direito penal da terceira velocidade. Trata-se de teoria desenvolvida e consolidada por Gunther Jakobs em 1985. Acerca deste direito penal genuinamente alemão, Cordeiro e Oliveira (2019) lecionam que:

> Consiste em um movimento político-criminal reacionário face à disseminação da criminalidade – sobretudo a organizada –, com fulcro no combate aos agentes causadores da desordem social, outrossim conhecidos como os inimigos do Estado.

Segundo Faria Júnior (2010, p. 05) essa teoria foi dissipada e passou a ser discutida após os ataques terroristas no dia 11 de setembro de 2001 provocados pela Al – Qaeda, uma organização islâmica fundamentalista. Na referida data, 19 (dezenove) terroristas sequestraram 04 (quatro) aviões comerciais e colidiram com as Torres Gêmeas no Complexo *World Trade Center* (NYC, NY, EUA) e o Pentágono (Washington, D.C, EUA), conforme divulgado pelo G1 (2019).

Através de uma análise histórica, verifica-se que a teoria é amplamente aplicada desde os primórdios. O Direito Romano foi empregado de forma notória no Terceiro Reich, ou seja, na Alemanha Nazista, pelo Adolf Hitler entre 1933-1945, pois retirou as garantias e direitos fundamentais de todos os judeus, ciganos, homossexuais e comunistas que eram considerados inimigos do estado alemão, pois, em tese, colocavam em risco a sociedade ariana, conforme leciona Greco (2019).

Também é possível verificar aplicação entre os séculos XV e XVIII devido as perseguições religiosas, conhecido como Caça às Bruxas, na Alemanha, Inglaterra, Escócia e

outros países do continente europeu, marcado pelo castigo e execução sumária através dos Tribunais de Execução, segundo as lições de Veras (2019).

Essas pessoas eram supostamente contra a ordem e aos princípios cristãos, sendo taxadas como feiticeiras (os) e bruxas (os). Inclusive não era realizado qualquer distinção entre curandeiros (pessoas que tinham conhecimentos medicinais) e aqueles que "praticavam as artes das trevas", pois para os Tribunais de Inquisição tudo estava intimamente ligado, sendo assim condenados à fogueira, afogamento, soterramento e enforcamento, dentre outros meios. O referido tribunal atuava através da seletividade penal e criação de padrões criminosos, conforme os estudos de Barbosa (2019).

Já hodiernamente, o discurso de adoção de medidas mais severas retorna com o aumento da criminalidade e o desenvolvimento de grandes facções criminosas, tendo em vista a ocorrência de incêndios em transportes coletivos, roubos, homicídios, fugas e massacres em presídios, ataques as delegacias, bem como a depredação do patrimônio público.

Há um anseio social observado através de debates, principalmente em redes sociais, acerca do endurecimento da legislação, pois consideram que tais indivíduos não têm condições de conviver em sociedade e que a legislação aplicada é mais leve, ante a desproporção entre as sanções cominadas e os atos praticados, principalmente com relação a disseminação de facções criminosas e os fatos praticados, razão pela qual se faz presente a necessidade da discussão do direito penal.

2.1 CONCEITOS DO DIREITO PENAL

O convívio social é possível graças a um complexo de normas disciplinadoras, responsáveis por definir regras a serem seguidas pela sociedade. Há vários tipos de normas, como por exemplo, as normas civilistas que regulam os atos da vida civil, como emancipação, contratos, obrigações e entre outras. Entretanto, o complexo de normas criadas pelo Estado, responsáveis por proibir condutas sob ameaça de sanção, estabelecendo os princípios gerais norteadores e os pressupostos para a aplicação e das medidas de segurança, é chamado de direito penal.

Nas lições de Nucci (2016, p.03), o Direito Penal é "o conjunto de normas jurídicas que são voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação no caso concreto".

O Direito Penal faz parte do ordenamento jurídico e necessita da devida atenção do Estado, uma vez que lida com diversos bens jurídicos, colocando em jogo a liberdade e direitos individuais do cidadão, já que define o fato que constitui crime e comina uma sanção, tendo como principal função: proteção dos bens jurídicos violados.

O sistema jurídico penal e processual penal está atrelado à "Política Criminal", figura que consiste no estudo e sistematização de estratégias, táticas e instrumentos de controle social da criminalidade. Trata-se de um conjunto de princípios e regras que estuda como ocorrerá a aplicação normativa, é definido por Zaffaroni (2015, p. 126) como a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Não obstante, Schecaira (2004, p.41) afirma que a política criminal implica em um conjunto de estratégias adotadas pelo Estado no que concerne a criminalidade e ao controle. Por isso é muito importante, pois segundo Nucci (2016, p.5), a ausência de uma política criminal definida espelha um ordenamento penal desconexo, repleto de falhas, lacunas e contradições.

Em busca de uma política criminal mais eficiente e capaz de combater as novas modalidades de crimes praticados, surgiu o Direito Penal do Inimigo, em alemão *Feindstrafrecht*, tendo como base o estudo de políticas públicas voltadas ao combate da criminalidade em esfera nacional e internacional, defendendo aplicação da legislação penal menos garantista àqueles que desvalorizam a soberania do estado, a sociedade e um completo desvalor as normas.

Trata-se de uma medida de exceção que deve ser imposta contra pessoas que através de reiteradas condutas "teriam supostamente declarado guerra" ao Estado, ignorando totalmente a soberania normativa. Segundo Padilha (2016, p. 26), o Direito Penal do Inimigo é uma modalidade de norma punitiva destinada aos indivíduos que optaram por viver no "estado de natureza". Já Zaffaroni (2007, p.76) entende que essa terceira velocidade da norma penal:

> [...] dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro direito penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial na mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O direito penal tem como uma de suas marcantes características o combate a perigos, isso representa, em muitos casos, a antecipação de punibilidade, na qual o inimigo é

> interceptado, em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele não é mais o homem o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente socionormativo [...]"

Essa teoria visa a flexibilização de certos direitos e garantias previstos tanto na Carta Magna (1988), Código Penal – decreto lei nº 2.848 (1940) e do Código de Processo Penal – decreto lei nº 3.689 (1941), devido a violação do pacto social (contrato social), seguindo uma tendência expansiva. Martin (2007, p. 75-76) defende o seguinte:

Do ponto de vista geral, é possível dizer que esse Direito Penal do Inimigo seria clara manifestação dos traços característicos do chamado Direito Penal moderno, isto é, da atual tendência expansiva do Direito Penal, que com frequência origina formalmente uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, um desconhecimento, ou, pelo menos, uma clara flexibilização ou relaxamento, e, com isso, um menoscabo dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito.

O Direito Penal do Inimigo tem como pressuposto a violação do contrato social, isto é, acordo de convivência social e organização através da figura do Estado. Trata-se de uma teoria desenvolvida por Thomas Hobbes e trabalhada na obra "Leviatã" (publicado em 1641), por isso a pessoa deve ser tratada de forma diferenciada, pois ela violou as regras instituídas para o bem comum.

Conforme os estudos de Hobbes, haveria um consenso entre o agrupamento humano, marcado pela transição do Estado de Natureza para o Estado Social. Compreende-se por Estado Natural como a possibilidade de o homem possuir liberdade e as características naturais que nascem com ele, marcado pelas guerras constantes e permanentes, além do egoísmo, arbitrariedades e vontades voltadas para prática delitiva.

Com objetivo de coibir e possibilitar a convivência social, criou-se a ideia do "Estado Social", propondo a constituição de um governo superior que controlaria as guerras e conflitos humanos, com a instituição dessa autoridade seria trocado a liberdade natural pela segurança social, surgindo uma série de direitos e deveres, o soberano seria, em tese, o "Leviatã".

Além de Hobbes, Jean Jaques Rousseau também defende a ideia do pacto social na obra "O Contrato Social" (publicado em 1762), entende que o indivíduo ao praticar um delito estaria declarando guerra ao Estado, tornando-se traidor da pátria, devendo deixar de ser membro, rompendo assim com o tratado social.

Para Hobbes, o ser humano pode ser conservado como pessoa, mas desde que não cometesse uma "alta traição", demonstrado pelo desprezo a soberania do Estado e recusa a praticar os deveres impostos, preferindo possuir a liberdade natural e exercer o próprio poder, em razão disso deve ser tratado como inimigo.

A harmonia social só é possível através do Estado Civil, pois no Estado Natural o ser humano vive em constante estado de guerra, marcado por sentimentos não nobres, como a inveja, a frieza, ambição, cobiça e egoísmo, levando o agente praticar atos ilícitos e desumanos. Neste sentido, Emmanuel Kant (1795, p. 12):

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança.

Ademais, Kant (1795 p.12-13) pondera, em linhas gerais, que não se pode proceder de forma hostil contra ninguém exceto só quando já houve uma lesão, e isto é também inteiramente correto se ambos se encontram num estado civil. Com efeito, por este ter ingressado no mesmo estado proporciona àquele a segurança requerida. Mas o homem, no simples estado de natureza, priva os demais da segurança e prejudica em virtude desse estado, devido à ausência de leis o indivíduo está constantemente ameaçado por ele. Razão pelo qual se faz necessária a elaboração de normas e do pacto social.

Ante essa imposição de direitos e deveres, o delinquente não pode despedir-se de forma arbitrária da sociedade através de seus atos, devendo ser punido, já que a pena tem função preventiva, reparadora e reafirmadora da norma, essa resposta penal deve ser adequada ao fato delituoso.

Neste sentido, o Direito Penal do Inimigo também é criticado, pois entende-se que Jakobs criou um conceito que divide os seres em "pessoa" e "não pessoa", devendo, portanto, haver diferenciação na aplicação de direitos e garantias constitucionais e processuais, pois a depender do crime cometido o delinquente não seria digno de possuir "status de pessoa", cujo a pena cominada teria os seguintes efeitos:

1) Antecipação da punição do inimigo;

2) Prevenção;

3) Desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais;

4) Criação de leis severas com o objetivo de combater: terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros;

5) Punição de atos preparatórios.

O fim da pena é manter a vigência da norma como um modelo de tratado social. Com o a conduta inadequada do agente, o infrator acaba com as expectativas da norma, por isso a sanção deve demonstrar para a sociedade, que em que pese a norma tenha sido descumprida, é possível que se possa continuar confiando e dando credibilidade na vigência das normas.

Essa teoria não tem como escopo definir que toda pessoa que concorre para prática de ilícito penal seja considerada um inimigo de Estado, muito pelo contrário, estipula que uma minoria de criminosos ingressa nesse rol por praticar atos inerentes e semelhantes ao terrorismo, provocando crimes brutais e através de circunstâncias perversas.

2.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DO CIDADÃO

O *Feindstrafrecht* idealizado por Jakobs (2007 p.42), entende que o direito penal possui dois polos, o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, um para o acusado que possui o direito de ser considerado um cidadão e o outro para o inimigo, sendo aquele que pelo fato praticado perdeu o direito de ser considerado membro do estado. Esses polos não se excluem, atuam conjuntamente. De um lado o indivíduo como cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e de outra banda, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade.

Esse direito penal do cidadão é garantista, reconhece e respeita os direitos e garantias inerentes ao ser humano, punindo e aplicando penas severas quando necessárias, fundamentado na culpabilidade do agente, por isso é um direito retrospectivo, uma vez que analisa o passado, examinando o que o agente fez ou deixou de fazer, determinando uma punição por isso.

Por outro lado, o direito penal do inimigo, aplicado de forma residual e restrita somente para os indivíduos que transgridam a lei em determinadas circunstâncias, suprimindo

determinados direitos e garantias do ser humano diante do fato praticado, com o objetivo de realizar de forma adequada e proporcional a reprimenda, considerando a indiferença e o desprezo para com o Estado, bem como o alto grau de periculosidade e a multirreincidência.

Entende-se que os "inimigos" do Estado devem receber uma espécie de despersonalização devido ao grau de periculosidade, assim esses indivíduos devem ter a aplicação da pena diferenciada, ante ao fato praticado, as consequências do ato e o grau de reprovabilidade. Essa despersonalização se fundamenta no seguinte argumento apresentado por Jakobs (2007, p.42):

> Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

O "inimigo" supostamente viola o contrato social da forma mais reprovável possível, ameaçando a sociedade e o Estado, portanto deve deixar de fazer parte do Estado, pois está em guerra, sofrendo assim certa limitação de direitos e garantias; e com relação a isso, Jakobs sustenta que a separação entre Direito Penal do cidadão e Direto Penal do inimigo visa proteger a legitimidade do Estado de Direito, certamente voltado para o cidadão (JAKOBS, 2005, p. 30-37). Segundo Thomas Hobbes, o inimigo é "aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza, ou seja, homens em estado de natureza são todos iguais" (HOBBES, 1997, p.113).

Justamente pelo fato do indivíduo ter rompido gravemente com o pacto social e menosprezado o ordenamento jurídico e a coletividade, deverá receber uma reprimenda diferenciada, devido ao alto grau de periculosidade, com objetivo de coibir futuros atos lesivos praticados pelo agente, bem como a paz e a segurança social. Neste sentindo, Hobbes (1997, p.237) entende que "as leis civis são feitas para os cidadãos, não estando, os inimigos sujeitos a elas, pois negaram a autoridade do Estado, dessa forma, poderão receber o castigo que o representante do Estado achar conveniente".

Ademais, Jakobs (2007, p.42) entende que devido as circunstâncias do crime praticado dois procedimentos deverão ser adotados: enxergar o agente como alguém que simplesmente delinquiu e cometeu um erro ou impedir mediante coação que o ordenamento jurídico seja destruído.

Logo, conclui-se que o Direito Penal do Cidadão tem como objetivo manter a observância da lei e o direito penal do inimigo visa combater os perigos. O primeiro trabalha

com o direito penal do fato, já o segundo está ligado ao direito penal do autor, combatendo a periculosidade do agente, considerando que o agente violou o contrato social, reiteradamente violou diversos princípios e optou por retornar ao Estado de Natureza.

3 RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

As garantias fundamentais podem ser conceituadas como um rol de normas que asseguram o exercício de interesse individual e asseguram um direito declarado, trata-se de instrumentos e meios previstos em lei, utilizados para garantia e prática dos direitos fundamentais.

Os defensores da teoria, ora estudada, entendem que certas garantias fundamentais previstas em lei podem ser relativizadas com objetivo de evitar que o ordenamento seja utilizado como um escudo para a impunidade e prática de ilícitos penais.

É certo que os direitos e garantias fundamentais, bem como todos aqueles inerentes aos direitos humanos, devem ser observados. Atualmente, é muito discutido o respeito às garantias fundamentais dos detentos, ocorre em que pese a necessária discussão, a sociedade e a vítima também devem ter seus direitos respeitados, mas muitas vezes são esquecidos, já que não há políticas públicas sérias e efetivas que venham garantir de fato a segurança.

O ofendido, por vezes, não é lembrado pelo Estado e não recebe as mesmas garantias constitucionais que o delinquente em algumas situações e, muitas vezes, o fato em que figurou como vítima não é reprimido adequadamente, pois em determinados casos tais direitos e garantias são utilizados como escudo pelos infratores.

O entendimento acima é utilizado pela jurisprudência atual, visando a proteção dos direitos da sociedade, buscando sempre uma maior proteção à vítima e a sociedade, sendo possível, portanto, a relativização de determinadas garantias fundamentais. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

> Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (RHC 143206 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 3.4.2019) (BRASIL, 2019a)

Os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 são de suma importância, inclusive são cláusulas pétreas e inerentes a todo e qualquer ser humano, independentemente de raça, cor e origem. Contudo, os direitos, criados de forma benéfica, não

podem ser utilizados como escudos para prática de ilícitos, pois desrespeita a função para o qual a norma foi criada, por isso deve haver a relativização em determinados casos, sob pena desrespeitar o Estado Democrático de Direito.

O próprio Pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional com natureza supralegal, admite a possibilidade de flexibilização de determinadas garantias nos seguintes casos: guerra, perigo público ou outro fato que venha ameaçar a independência e a segurança do Estado, conforme disposição do artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), a seguir:

> Artigo 27 - Suspensão de garantias
>
> 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
> 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
> 3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspendido, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão. (ONU, 2019)

A própria Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição (1789), dispõe que o indivíduo ao transgredir uma norma está declarando uma guerra contra a sociedade. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) também prevê a possibilidade de flexibilização de alguns direitos, uma vez que determinadas garantias não podem ser utilizadas em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas, segundo a disposição do artigo 29 do referido tratado:

> Artigo 29
>
> 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
> 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
> 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. (ONU, 2019)

Da análise do artigo acima verifica-se que não há que se falar em impossibilidade de flexibilização, uma vez que as próprias declarações que visam a cooperação internacional, objetivando a manutenção da paz e segurança, proteção aos direitos humanos (tais como: direito à vida, liberdade de expressão de opinião e religião, saúde, educação e trabalho) e assistência humanitária, preveem a possibilidade de relativização em determinados casos, com objetivo de manter a segurança do indivíduo.

Essa segurança é um direito natural e imprescritível, consistente em uma proteção, concedida pela sociedade com objetivo de conservação, bem como respeito às leis e os costumes, conforme o artigo 2º e artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão (1793).

O direito deve ser aplicado e corresponder à máxima realidade do Estado e atuar de forma eficaz, a cada dia os crimes tornam-se cada vez mais especializados e praticados de forma desumana, bem como bárbaros, violando diversos direitos. Em razão disso, defende-se a relativização através da ponderação de princípios, devendo ser utilizado o princípio da concordância prática, neste sentido Moraes (2003, p. 61):

> Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete devem utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

O direito penal do inimigo não visa extirpar todos os direitos e garantias constitucionais penais, bem como as processuais, mas, sim, limitar determinados direitos do indivíduo que optou por romper com o contrato social, transgredindo a lei da pior forma possível, atentando contra o Estado e a sociedade.

O direito penal do inimigo visa aplicação em face daqueles que negam a soberania estatal e romperam com o pacto social. Por isso, faz-se necessário um Direito Penal eficaz e rígido, contudo, equilibrado, atuando de forma razoável e proporcional.

O Estado não pode relativizar de forma extrema os direitos e garantias fundamentais do acusado, contudo, isso não pode ser utilizado como escudo para prática do ilícito, devendo haver a devida ponderação entre os direitos conflitantes no caso concreto, a sociedade não pode viver a mercê de um determinado grupo de pessoas.

É necessário observar o princípio da igualdade material, tratando-se os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, contudo, respeitando, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, além de um patamar mínimo de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

4 CRÍTICAS

A doutrina em geral faz duras críticas ao direito penal do inimigo, sob o fundamento de que essa política criminal contraria o Estado Democrático de Direito, violando todo os direitos e garantias fundamentais que surgiram com a redemocratização em 1988 após 20 (vinte) anos de Regime Militar.

Acredita-se que as leis duras em conjunto com interpretações arbitrárias e violentas não seriam capazes de mudar o quadro da criminalidade do país. Essa implementação para alguns doutrinadores romperia como Princípio do Estado de Direito e causaria o Estado de Polícia, contrariando princípios pós iluministas, acerca disso Zaffaroni (2007, p.190) entende que:

> o princípio do Estado de direito não admite a legitimação de nenhuma exceção, pois esta significa a sua neutralização como instrumento orientador da função do direito penal na dialética que opera no interior de todo Estado de direito real ou histórico com o Estado de Polícia.

Os garantistas entendem que a política criminal é meramente simbólica e contrária aos preceitos constitucionais, não sendo efetiva e fornecendo uma prevenção ineficaz contra a prática de crimes e segura social, além do caráter subjetivista em determinar que um indivíduo deva ser considerando “inimigo do Estado”.

Essa classificação do indivíduo como “inimigo do Estado” pelas características que apresenta, relembra as ideias de Cesare Lombroso apresentada no livro “O homem delinquente”, pois supostamente um infrator com alto grau de periculosidade poderia ser identificado através de alguns traços, sendo possível identificar um criminoso nato.

Sob essa taxatividade, como “inimigo”, Manoel Câncio Meliá, crítico do direito penal do inimigo, entende que há uma imprudência na escolha dos supostos “infratores especiais” e falha nas tipificações, uma vez que não está preocupado com o fato praticado em si, mas sim com quem praticou, a seguir Meliá (2003, p.70), afirma que:

> [...] a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declara-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina coma do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo [...]

Ademais, essa teoria é criticada pois ao conferir o estado de "pessoa" a um indivíduo e de "não pessoa" à outra pessoa, os direitos e garantias conferidos pelo Estado Democrático de Direito estariam sendo violados, e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Desta forma entende Greco (2005, p.223):

> o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta a idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de Mezger ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de Carl Schmitt; a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito; ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; ela configuraria um inadmissível direito penal de autor. Contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer idéias bélicas; a idéia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno; a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito; a idéia decorreria de raciocínios circulares; tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigência; o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito. Ofereceram-se também várias diagnoses: o direito penal do inimigo seria conseqüência de um excessivo eficientismo, mas apesar disso ineficaz; ele decorreria do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema, ou de uma combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista; ou ele representaria nada mais do que a estrutura geral dos discursos jurídico penais autoritários.

Em razão disso, o direito penal do inimigo é visto como um retrocesso e configura o direito penal do autor, tendo em vista que subtrai os direitos fundamentais do agente, condenada e leva em consideração a pessoa e não o fato praticado, além de negar o "status" de pessoa aos indivíduos.

Devido ao anseio social e pela forte mídia o direito penal assume um caráter punitivista e expansivo, tornando-se através dessa política criminal, uma regra e não uma exceção, contrariando o Princípio da Última *Ratio*, segundo o qual o Estado deverá usar o ordenamento penal quando for o último recurso, havendo extrema necessidade, para resolução dos conflitos quando afetados bens jurídicos importantes.

Entende-se que é inadmissível conferir um status de pessoa a um grupo e de outra banda retirar essa qualidade, pois, em tese, seria uma medida antidemocrática e que suprime o

devido processo legal e todas as garantias penais e processuais, assim conclui Silva Filho (2010, p. 106):

> Desta forma, conclui com a elevação da criminalidade em todos os países do mundo, os cidadãos clamam por uma medida mais severa por parte do Estado, com o objetivo de se eliminar a violência, de modo que uma legislação mais rígida e severa é medida que se impõe, todavia, em hipótese alguma é compreensível um Estado tratar o infrator como um inimigo ou um irracional, afinal é um ser humano e, por mais grave que seja sua conduta, não é crível a atuação de um Estado com intolerância em relação a uma pessoa, que perde de vista normativas internacionais de direitos humanos, faz uso de procedimentos sem garantias processuais e penais, pois somente é possível uma legislação penal que esteja em harmonia com a Constituição do Estado, porque forma diversa seria dilacerar a estrutura de um Estado Democrático de Direito.

É inadmissível para um Estado Democrático a aplicação de uma legislação penal desvinculada de garantias e pautado em um mero simbolismo, apenas para atender os anseios sociais e mascarar a realidade fática. Tais garantias são contrárias às constituições democráticas (elaborada pelos representantes do povo), uma vez que essas cartas possuem como principal característica a limitação do Estado através de um rol taxativo de direitos e garantias fundamentais, com objetivo de coibir a expansão da cultura punitivista e antecipação dos juízos em prol do simbolismo.

Os preceitos do Direito Penal do Inimigo estão ligados aos Estados Totalitários ou Autoritários e associados ao regime fascista e nazista no século XX. Baseados no Direito Penal do Autor, não do fato em si, pelo qual o agente é criminalizado pela sua personalidade e não pela conduta praticada que violou a norma penal. Segundo Pilati (2009 p.11), a punição poderia ser estipulada sem que houvesse a prática do delito:

> O Direito Penal do inimigo pressupõe a aplicação do Direito Penal de autor. De fato, a teoria de Jakobs defende o tratamento diferenciado àqueles que não oferecem segurança de que agirão em conformidade com a norma, pretendendo individualizar um grupo de criminosos e antecipar a punição deles, sem que exista, necessariamente, a prática de um delito.

Esse tratamento diferenciado é visto como um extremismo e retrocesso, uma vez que a pessoa passa a ser punida pelo que é, não pelo ato praticado, visando apenas a proteção e vigência da norma, não havendo critérios para aplicação, perfeito para ditadores contemporâneos, acerca da gravidade da expansão da teoria Delmanto Júnior (2008, p. 463) afirma:

> [...] o retrocesso, como têm inúmeros outros autores enfaticamente alertado, é terrível, aproximando-se de um 'direito penal do autor', típico de regimes totalitários como da Escola de Kiel, durante o nazismo (…) com a agravante de que este 'Direito penal do inimigo' estaria sendo admitido em Estados tradicionalmente democráticos, como os Estados Unidos e a Inglaterra, sobretudo após os ataques às torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque, no dia 11.09.2001.[...]

Através das críticas apontadas, verifica-se que possivelmente a repressão legislativa não produziria os devidos efeitos, apenas logrando êxito como uma legislação tendente ao arbítrio e homologadora de arbítrios praticados no exercício do poder estatal.

Portanto, segundo as críticas, o Estado como garantidor não pode permitir que arbitrariedades aconteçam, devendo respeitar todos aqueles que integram a sociedade, pois não é admissível o extermínio de direitos, contudo, o Estado também não pode deixar de proferir resposta proporcional, razoável e eficaz ao ato praticado, nem deixar de usar os meios possíveis em detrimento da coletividade em prol de um único ser humano ou grupo.

5 ANÁLISE LEGISTLATIVA

No Brasil, o Direito Penal do Inimigo surge através do clamor social, como consequência das práticas de condutas socialmente intoleráveis divulgadas pela mídia, sucessivos atos de violência, bem como pelo aumento da população carcerária e o *modus operandi* dos crimes dolosos contra a vida. Em razão disso, a sociedade requer aplicação de um direito penal máximo, ou seja, um direito penal de emergência.

Hodiernamente, há algumas leis oriundas de manifestações sociais criadas com o objetivo de tornar a lei mais severa diante dos fatos praticados. Em regra, o Brasil não é assumidamente adepto do direito penal máximo, mas há leis que possuem traços do direito penal do inimigo, conforme Padilha (2019) e Espíndula (2019).

Desta forma, tais leis são: Lei n º8.072, de 1990 (Lei de Crimes Hediondos) Lei nº 10.792 de 2003 (Regime Disciplinar Diferenciado), Lei nº 12.850 de 2013 (Lei da Organização Criminosa).

5.1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS

O termo “hediondo” é aplicado para adjetivar um evento ou fato que cause repulsa e indignação moral, aparece pela primeira vez no ordenamento pátrio na Constituição Federal de 1988, através do artigo 5º, inciso XLIII e posteriormente foi promulgado a Lei nº 8.072/90 em 25 de julho de 1990 que trata acerca da hediondez de determinados crimes praticados.

A Lei nº 8.072/90 foi responsável por indicar quais crimes são considerados hediondos, o regime diferenciado no cumprimento da pena e, além disso, peculiaridades no

tratamento do agente infrator após eventual condenação, como por exemplo a imposição do regime fechado e a progressão de regime, se o réu for primário em um crime "comum" deverá cumprir 16% (dezesseis por cento) da pena para progredir de regime, mas se o fato criminoso for hediondo é necessário o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, conforme o art. 112 da Lei de Execução Penal.

Em razão dessa distinção na aplicação da pena devido a natureza dos crimes, Habib (2016, p.26) leciona que a lei de crimes hediondos retrata o Direito Penal do Inimigo, a seguir:

> [...] conclui-se que a Lei dos Crimes hediondos trouxe uma série de medidas excepcionais/extraordinárias, retratadas em vedações até então inexistentes na legislação brasileira, que caracterizam perfeitamente um Direito Penal e Processual Penal do inimigo, sempre no intuito de neutralização do imputado [...]

As medidas excepcionais apresentadas pela Lei nº 8.072/90 retratam o Direito Penal do Inimigo, em razão da relativização dos direitos e garantias fundamentais, bem como pela punição do agente pela periculosidade devido ao fato praticado.

5.2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - Lei nº 10.792/2003

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar especial aplicada ao custodiado, em virtude da prática de faltas graves previstas na Lei de Execução Penal. Segundo Mirabete (2004, p.116) é um regime de disciplina especial, marcado pelo isolamento do preso, restrições de contato com o mundo externo e aplicado como sanção disciplinar ou cautelar.

O art. 52 da Lei nº 10.792/03 prevê o recolhimento do preso em cela individual, direito ao banho de sol por 2 (duas) horas diárias, duração de 365 (trezentos sessenta e cinco) dias do regime, sem prejuízo de eventual prorrogação no caso de nova falta grave.

Nota-se que a norma prevê a segregação entre os presos, o que coaduna com o Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que Jakobs (2006, p.141) leciona que lecionou:

> [...] os integrantes da criminalidade organizada, não podem ser tratados como pessoas, juntamente com outras categorias de criminosos, elegidos como inimigos do Estado, uma vez que se apartaram de modo permanente do direito [...].

O Regime Disciplinar Diferenciado tem como característica do Direito Penal do Inimigo a reafirmação da própria normal, uma vez que o custodiado em virtude de fato criminoso é submetido à uma sanção por descumprimento de uma norma interna durante o encarceramento, sem prejuízo de eventual penalidade.

5.3 LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - Lei nº 12.850 de 2013

O § 1º, do art. 1 º da Lei nº 12.850/13, prevê:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2019b)

Extrai-se que a organização criminosa é uma associação de pessoas, com uma estrutura, um organismo estabelecido e marcado pela divisão de tarefas, considera-se membro de organização criminosa aquele que promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por meio de outrem o grupo criminoso.

Trata-se de norma penal aberta, abstrata e formal, por isso basta que o indivíduo integre para ser considerado um ato ilícito, ainda que não tenha praticado crime, por isso o legislador acaba por punir atos meramente preparatórios, visando assegurar os objetos jurídicos.

A punição dos atos preparatórios caracteriza a antecipação da tutela penal defendida pelo Direito Penal do Inimigo.

De mais a mais, a lei 12.850/13 prevê a infiltração de agentes e o acesso a registro de dados cadastrais como meio de obtenção de provas, assim há uma relativização da garantia da inviolabilidade de dados e comunicações (art. 5º, inciso XII, CRFB/88) em prol da persecução penal e investigação criminal, visando também a prevenção dos delitos.

Outra medida prevista na lei em comento é a infiltração de agentes, caracterizada pelo ingresso de profissionais da segurança pública na esfera privada do indivíduo para investigar as possíveis atividades criminosas, o que ocorrerá pelo prazo de 6 (seis) meses sem limite de prorrogação, na forma do art. 10 da Lei 12.850/13, restringindo a vida privada e a intimidade do transgressor.

Acerca do direito a intimidade e à privacidade, assegurado pelo inciso X, art. 5º da CRFB/88, Bastos (2000, p.48) comenta que a garantia imposta:

> [...] oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir- lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Desta feita, o crime de organização criminosa constitui um delito autônomo com traços do direito penal preventivo, pois antecipa a tutela penal e pune atos preparatórios sem a

necessidade de um resultado naturalístico, isto é, a modificação no mundo externo por meio de uma conduta praticada pelo agente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país democrático, possui inúmeros direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, conferidos à brasileiros e estrangeiros, independentemente de raça, cor, gênero, idade, na medida das igualdades e desigualdades, em razão de ser um estado garantista.

Em razão de ser um estado garantista, deve conferir a todos os direitos independentemente de qualquer coisa, principalmente a segurança e os direitos do ofendido, como garantidor não pode permitir que arbitrariedades aconteçam e que direitos criados com um fim social, seja utilizado como escudo e proteção para prática de atos particulares que colocam em risco toda uma coletividade.

No que diz respeito ao Direito Penal do Inimigo, trata-se de hipótese de política pública criada por Gunther Jaboks em 1985, diferencia o "Direito penal do Cidadão" e o "Direito Penal do Inimigo", produzindo os seguintes efeitos: (i) Antecipação da punição do inimigo; (ii) Prevenção; (iii) Desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; (iv) Criação de leis severas com o objetivo de combater: terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros; (v) Punição de atos preparatórios.

Jakobs propõe aplicação de um direito penal diferenciado para pessoas de alta periculosidade, pois para estas o "direito penal para o cidadão normal" não é eficiente, devido ao grau de periculosidade, circunstâncias em que o crime foi praticado, personalidade e antecedentes etc.

Ao analisar o estudo de Jakobs, verifica-se que o jurista alemão não visava extirpar todos os direitos e garantias constitucionais penais e processuais, mas, sim, limitar determinados direitos do indivíduo que optou por romper com o contrato social, pois atentou impiedosamente contra o Estado. Além disso, observa-se que postula pela aplicação em face daqueles que negam a soberania estatal.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o Brasil possui tratados e jurisprudências que reconhecem a possibilidade de flexibilização, objetivando manutenção da paz e segurança, bem como a proteção aos direitos humanos e, inclusive, há leis

que flexibilizam os direitos e garantias fundamentais do delinquente, como a Lei de Organização Criminosa, tendo em vista que: antecipam a tutela penal, punem atos meramente preparatórios e de caráter preventivo, além da relativização das garantias fundamentais.

O Estado não pode relativizar de forma extrema os direitos e garantias fundamentais do acusado, contudo, isso não pode ser utilizado como escudo para prática do ilícito, devendo haver a devida ponderação entre os direitos conflitantes no caso concreto, a sociedade não pode viver a mercê de um determinado grupo de pessoas.

Além disso, observa-se que sob o prisma do princípio da igualdade material, é possível uma flexibilização, consequentemente, aplicação do direito penal do inimigo em determinados casos, mas desde que haja proteção de um patamar mínimo de direitos e garantias, conforme os julgados.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 são importantes, criados de forma benéfica, por isso não podem funcionar como defesa para ilicitude, sob pena desrespeitar a função normativa e o Estado Democrático de Direito, sendo necessário realizar uma ponderação entre os direitos individuais do infrator e o direito coletivo, o que já vem sendo feito conforme visto no presente estudo.

Logo, é possível a flexibilização de direitos e garantias fundamentais do infrator, tendo em vista que o bem estar social, a repressão criminal adequada e a prevenção social possuem assento constitucional, por isso o direito da vítima ter uma tutela penal justa e adequada não pode ser sacrificado em prol de um interesse meramente individual de quem optou transgredir norma criada visando a paz social, razão pela qual é possível a aplicação do direito penal do inimigo no Brasil, com objetivo de manter a comunidade, bem como integridade do Estado e das normas, entretanto deve ser respeitado um patamar mínimo de garantias.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de Albuquerque. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=125:direito-penal-do-inimigo-autora-camila-menezes-de-albuquerque-orientador-prof-msc-mauro-jose-do-nascimento-campello&id=22:2011-1&Itemid=314. Acesso em: 10 Abril 2019.

ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; MARQUES, Ronaldo Garcia; SOARES, Jesana Gomes; OLIVEIRA, Walysther Caio Lopes. **O Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/467. Acesso em: 20 fev 2019.

BARBOSA, Aline Vieira Montenegro. **O Direito Penal Do Inimigo e a Seletividade do Sistema Penal: Dois Lados da Mesma Moeda**. Disponível em: http://www.pucrs.br//wp-content/uploads/sites/11/2017/09/aline_barbosa_20171.pdf, Acesso em: 25 fev 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direto constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTENCOURT JUNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentias e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10711. Acesso em: 21 Set 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 05 Maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ªTurma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº143206/RS**. Recorrente: Marco Antônio Farias Sabetta. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339845457&ext=.pdf. Acesso em: 05 Abril 2019a.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasilia, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 20 maio 2019b.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

CARVALHO, Jô de; COSTA, Renato Lopes; FERREIRA, Bruno Martins; OLIVEIRA, Douglas Moreira de. **Direito Penal do Inimigo: Suas faces no direito penal brasileiro**. Disponível em: http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/download/124/pdf. Acesso em: 23 maio 2019.

CARVALHO, Renata Fernanda de. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/3126/2887. Acesso em: 08 Set 2019.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; OLIVEIRA, Giovana Aparecida de. **O Direito Penal do Inimigo como Política Criminal decorrente da Sociedade do Medo**. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/2644. Acesso em: 5 abril 2019.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Do iluminismo ao "direito penal do inimigo"**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

FÁRIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 2013. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10711/1/Faria%20J%c3%banior.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2016

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7. p. 211 – 247. dez. 2005.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo Acesso em: 10 Jun 2019.

G1. **Conheça os 19 sequestradores que atuaram no dia 11 de setembro.** Disponível em: http://g1.globo.com/11-de-setembro/noticia/2011/09/conheca-os-19-sequestradores-que-atuaram-no-11-de-setembro.html. Acesso em: 18 fev 2019.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei dos Crimes Hediondos.** 2.ed.Niterói: Editora Impetus, 2016.

HOBBES, Thomas. Do cidadão. 3ª. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. **A pena estatal: significado y finalidad**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijo Sánchez. Navarra:Thomson Civitas, 2006.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEONELLO, Caroline; MARQUES, Fernando Tadeu. **O Direito Penal do Inimigo frente ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/view/27/17. Acesso em: 15 maio 2019.

LEMES, Flávia Maria. **Manifestações do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro/7. Acesso em: 15 Maio 2019.

MACIENTE, Roberta Oliveira. Direito Penal do Inimigo – Punição alternativa frente à evolução do crime. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13360-13361-1-PB.pdf. Acesso em: 21 fev 2019.

MARQUES, Fernando Tadeu; RIBEIRO, Hugo Leça. **A Teoria do Direito Penal do Inimigo: Uma análise Constitucional e Legal à luz da História**. Acesso em: 21 Abril 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processo penal.** 3. ed. Campinas: Millennium, 2009.

MATOS, Bruno Florentino de. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo. Acesso em: 25 Maio 19.

MEDEIROS, Paulo Henrique. **Direito Penal do Inimigo e sua aplicação no ordenamento jurídico**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54554/direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 02 julho 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Aline Cristine Boska de Moura; VARGAS, Ana Paula Ovçar. **Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira**. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170601130904.pdf. Acesso em: 01 Mar 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf Acesso em: 19 mar 2019.

NASCIMENTO, Vinicius Cauê Del Mora. **A relativização dos direitos e garantias fundamentais em face do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5253. Acesso em: 23 maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

ONU. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 25 fev 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 25 fev 2019.

ONU. Unicef. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 25 fev 2019.

PADILHA, Alessandro Marcello Gurjão. **Direito Penal do Inimigo e Primeiro Comando da Capital: Observações jurídicas e sociológicas**. Disponível em: http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12821/1/PDF%20-%20Alessandro%20Marcello%20Gurj%C3%A3o%20Padilha.pdf. Acesso em: 21 fev 2019.

PARREIRAS, Núbio Mendes. **Algumas dificuldades da defesa no "Direito Penal do Inimigo"**. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/defesa-direito-penal-do-inimigo/ Acesso em: 25 Abril 2019.

PILATI, Rachel Cardoso. **Análise crítica do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs**. Disponível em: http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/1333/1066 pilati. Acesso em: 24 Maio 2019.

PRATES, André Guilherme Rovina. **A Teoria do Direito Penal do Inimigo e a sua influência na legislação brasileira**. Disponivel em: https://jus.com.br/artigos/73320/a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-e-sua-influencia-na-legislacao-brasileira/7 Acesso em: 02 Julho 2019.

ROUSSEAU, Jean – Jaques. **O Contrato Social: Princípios do Direito Político**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

ROCHA, Klessius. **Estado mínimo e o direito penal do inimigo**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estado-minimo-direito-penal-do-inimigo/. Acesso em: 25 Mar 2019.

SANTINI, Thiago Campos. **A Expansão do Direito Penal do Inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1. Acesso em: 21 fev 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo – aspecto jus-filosóficos e normativos**. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3454/discurso_sobre.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 fev 2019.

SILVA FILHO, Lídio Modesto da. **Direito penal do inimigo**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá, v.12, n.1, p.93-106, 2010.

SILVEIRA, Daniel Soares. **Hobbes e Locke: Estado de natureza e estado civil**. Disponível em: https://seer.ufs.br/index.php/omanguezal/article/view/7480. Acesso em: 20/03/2019 às 23h:19 min.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Direito Penal do Inimigo, (o debate) de Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-do-inimigo-o-debate-de-gunther-jakobs-e-manuel-cancio-melia. Acesso em: 25 fev 2019.

SUZUKI, Claudio Mikio et al. **Estudos Críticos de Direito Penal e Processo Penal**. Volume 1. São Paulo: Editora Nelpa. 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire**. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLFO, Andreia Cadore; LOBO, Adriano de Sousa. **A Teoria do Direito Penal do Inimigo frente às garantias da constituição brasileira**. Disponível em: http://trabalhos.congrega.urcamp.edu.br/index.php/jpgp/article/view/716. Acesso: 15 fev 2019.

TRINDADE, Paula Gabriela. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**: uma análise de legitimidade à luz dos princípios constitucionais e sua contribuição para a ressocialização do condenado. Disponível em: https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/PAULA-GABRIELLA-TRINDADE.pdf. Acesso em: 20 fev 2019.

VASCONCELOS, Akami Emanoella Braga. **Análise do Direito Penal do Inimigo e um Direito Penal Brasileiro Contaminado**. Disponível em: http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5302/1/PDF%20-%20Akemi%20Emanoella%20Braga%20Vasconcelos.pdf. Acesso em: 10 Maio 2019.

VERAS, Thatiana Katiussia de Sousa. **Direito Penal de Jakons e Kafka**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35693/direito-penal-de-jakons-e-kafka/2. Acesso em: 25 Fev 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/view/201. Acesso em: 22 fev 2019.

DISCURSOS QUE PÕEM EM RISCO A ESTABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E A DEMOCRACIA DO BRASIL

DISCOURSES THAT ENDANGER THE STABILITY OF BRAZIL'S INSTITUTIONS AND DEMOCRACY

FABIANE DA FONTOURA MESSIAS DE MELO[1]

MARIA ROSINETE DOS REIS SILVA[2]

RESUMO

Este artigo objetiva buscar elementos teóricos que reforcem a estreita relação entre retórica e democracia, a partir do papel regulador do Direito diante de determinadas estratégias discursivas que possam representar risco à democracia. Elaborou-se como pergunta norteadora a seguinte questão: "De que modo uma teoria retórica do direito pode contribuir para o debate sobre como determinadas narrativas podem colocar em risco a estabilidade das instituições e a democracia?". O trabalho utiliza a Retórica como referencial teórico, adota a concepção de democracia de Jürgen Habermas e destaca que somada a grave crise sanitária mundial em decorrência da pandemia de COVID-19, temos presenciado no contexto brasileiro inúmeros retrocessos democráticos e um novo arranjo das relações entre política, parlamento, Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), governos estaduais e outros entes federativos da nação. Crises, embates e disputas de poder sempre estiveram presentes no Estado Brasileiro e compõem a construção de uma sociedade democrática. Contudo, as narrativas adotadas pelo presidente Jair Bolsonaro em diversas circunstâncias sobre fraudes nas eleições de 2018, sem nenhum conteúdo probatório, colocam em risco a própria democracia, pois, ao desacreditar a Justiça Eleitoral, pode fazer com que muitos eleitores deixem de votar ou contestem o resultado das próximas eleições. Embora o sistema de urnas eletrônicas seja seguro, garantindo um processo de votação ágil e eficiente, tais narrativas colocarão em dúvida a legitimidade das próximas eleições. Estudar a Teoria Retórica possibilitou a compreensão desses discursos que ameaçam a democracia e as instituições que a protegem.

Palavras-chave: Retórica. Discursos. Direito. Democracia.

Abstract

1 Doutoranda em Direito (UNB). Mestre em Psicologia (UNIR). Graduada em Psicologia (UFMS). Professora do Magistério Superior da Universidade Federal do Acre (UFAC). E-mail? Fabiane.melo@ufac.br

2 Doutoranda em Direito (UNB). Mestre em Direito (UNB). Professor do Centro Universitário Estácio de Rio Branco – Estácio – Unimeta. Juíza de Direito do TJ/AC. E-mail: mariarosinetesilva@gmail.com

This article aims to seek theoretical elements that reinforce the close relationship between rhetoric and democracy, from the regulatory role of law in the face of certain discursive strategies that may pose a risk to democracy. The following question was elaborated as a guiding question " How can a rhetorical theory of law contribute to the debate on how certain narratives can endanger the stability of institutions and democracy?". The work uses rhetoric as a theoretical framework, adopts the conception of democracy by Jürgen Habermas and highlights that in addition to the serious global health crisis due to the COVID-19 pandemic, we have witnessed in the Brazilian context numerous democratic setbacks and a new arrangement of relations between politics, Parliament, Supreme Federal Court (STF), Superior Electoral Court (TSE), state governments and other federal entities of the nation. Crises, clashes and power disputes have always been present in the Brazilian state and make up the construction of a democratic society. However, the narratives adopted by President Jair Bolsonaro in various circumstances about fraud in the 2018 elections, without any evidentiary content, put democracy itself at risk, since, by discrediting electoral justice, it can cause many voters to stop voting or contest the result of the next elections. Although the electronic voting system is secure, ensuring an agile and efficient voting process, such narratives will cast doubt on the legitimacy of the upcoming elections. Studying rhetorical theory has made it possible to understand these discourses that threaten democracy and the institutions that protect it.

Keywords: Rhetoric. Speech. Right. Democracy.

1 Introdução

O presente artigo utilizará a Retórica como referencial teórico por entender que ela permite um diálogo interessante e necessário entre o Direito e a democracia no contexto brasileiro atual, de constantes embates e entraves entre a política e o sistema judiciário, em meio a uma grave crise sanitária decorrente da COVID-19. Este trabalho também adotará a concepção de democracia em Jürgen Habermas, como um campo permanente de possibilidade do dissenso, sendo essa condição de existência e de preservação do Estado de Direito. Além disso, o filósofo "vem sendo redescoberto por uma ampla gama de pesquisas dedicadas à transformação dos contextos democráticos atuais — como pode ser verificado em estudos dedicados à ascensão do populismo, às novas tecnologias de manipulação e controle da esfera pública" (HABERMAS, 2020, p. 23).

O objetivo do estudo é buscar elementos teóricos que reforcem a estreita relação entre a retórica e a democracia, a partir do papel regulador do Direito diante de estratégias discursivas que possam representar risco à democracia. Elaborou-se como pergunta norteadora: "De que modo uma teoria retórica do direito pode contribuir para o debate sobre como determinadas narrativas podem colocar em risco a estabilidade das instituições e a democracia?".

O interesse na dimensão estratégica-retórica do discurso jurídico originou-se da relação da retórica e autores como Theodor Viehweg e Charles Perelman. A preocupação não era construir um modelo crítico de análise de decisão, mas entender "como o discurso jurídico constrói uma realidade simbólica linguística própria e nessa são disputadas, mais do que pretensões de racionalidade, pretensões de construção de sentido e de poder por intermédio da persuasão nos discursos" (ROESLER, 2018, p. 32). A teoria retórica, a partir das técnicas retóricas utilizadas, quer demonstrar as variações do discurso, as repetições e as estratégias utilizadas pelos juízes para resolver questões jurídicas. Além disso, permite vislumbrar a maneira como juízes e tribunais utilizam esforços persuasivos em determinadas partes de uma decisão. Assim, seria possível evidenciar o apelo emocional, constituindo uma referência à famosa tripartição de Aristóteles entre *logos*, *pathos* e *ethos* como mecanismos presentes da decisão judicial.

Para as teorias retóricas, a noção de Direito não corresponde ao do pós-positivismo, mas é considerada uma prática social, que refuta a concepção de que a prática no campo jurídico seria compreendida em termos de valores morais e políticos (ROESLER, 2018). Nesse ponto, Isaac Reis (2014) e Claudia Roesler (2018) defendem que a retórica não se limita nem à ornamentação de discursos nem a estratégias de persuasão, adotando a divisão da retórica em três níveis: 1) como cosmovisão (que corresponderia ao mundo simbólico em que os sentidos são compartilhados); 2) como estratégia de persuasão (recursos são utilizados para o convencimento das pessoas, em que é possível identificar os *topoi* mais usados e eficientes, o, táticas e gestos que poderiam levar ao objetivo desejado), e por fim; 3) como instrumento de análise de discursos. Segundo o autor, essa tripartição é didática e dinâmica, pois um discurso pode situar-se em qualquer uma das tipologias. O autor menciona Viehweg, Ballweg, Schreckenberger, Sobota/von Schlieffen e Adeodato como referências fundamentais à construção de noções da teoria retórica do Direito.

Isaac Reis (2020) apresenta importantes contribuições ao movimento da retórica: possibilidade de propor respostas no âmbito humano e suas complexidades, no campo das estratégias de persuasão pode orientar para a deliberação democrática, pode colaborar na tomada de decisões e o dinamismo da retórica reforça a constituição do mundo através da linguagem.

O percurso da escrita será realizado em três momentos: inicialmente, abordará como a retórica foi vista e compreendida ao longo da história, uma vez que concepções de cunho negativo e pejorativo frequentemente ainda estão associadas à retórica. Posteriormente,

será tratada a íntima relação entre democracia, retórica e direito, pois Ballweg (1990, p. 8 *apud* Roesler, 2018) frisa que democracia e retórica condicionam-se como um fundamento importante presente nas democracias ocidentais, especialmente na democracia deliberativa, em que é necessária a participação de cidadãos envolvidos com capacidade lógica-argumentativa para a tomada de decisões e ações. Por fim, a partir da concepção de "democracia radical" presente em Jürgen Habermas, serão abordados os retrocessos que gradativamente destroem as conquistas alcançadas com a Constituição Federal de 1988 e podem gerar o desmonte do Estado Democrático de Direito.

2 A retórica ao longo da história

A primeira fase das discussões sobre retórica foi realizada pelos sofistas. Há uma série de elementos que mostram a ligação desse momento inaugural e os períodos subsequentes, principalmente no que diz respeito aos campos que se interseccionam: o que é retórica, qual a diferença entre retórica, argumentação, lógica e persuasão (BRETON; GAUTHIER, 2001; REBOUL, 2004).

O surgimento da retórica da antiguidade clássica coincide com sociedades laicas, democráticas e pacíficas, mas também desconfiadas de verdades absolutas. Um ponto merece destaque: é difícil precisar o período no qual essas elaborações foram escritas e faladas. Contudo, sabe-se que foram produzidas na Grécia (BRETON; GAUTHIER, 2001).

As reflexões dos sofistas estão associadas à ascensão da democracia considerada direta, na qual homens acima de uma certa idade e com algum tipo de rendimento são considerados cidadãos, portanto, excluindo os estrangeiros, os escravos e as mulheres. Nesse cenário, surgem as condições da democracia, do debate público e de um movimento de pensamento que inclui a retórica, obras literárias e artísticas.

As sociedades laicas compreendem o momento em que se procura buscar, em todos os campos do conhecimento, explicações sobre a constituição da natureza, o ser, a moralidade, a política e outras questões sem necessariamente estar fundamentada na vontade divina ou em algum elemento religioso.

Um outro ponto destacado pelos autores é o fato de que os gregos viviam esse momento histórico permeados por uma série de disputas, que envolviam tanto violência e guerra, como persuasão. É interessante observar que o ato de convencimento por meio do

esforço persuasivo implica em renunciar a obrigar o outro a fazer algo pela força (BRETON; GAUTHIER, 2001).

Quanto à evolução histórica das teorias da argumentação no âmbito da retórica, Philippe Breton e Gilles Gauthier (2001) a divide em quatro momentos: o primeiro, por volta de 450-440 a.C na Sicília Grega, inclui os primeiros manuais retóricos e de ensino dos logógrafos e dos sofistas. O segundo compreende a obra de Aristóteles. O período seguinte é o do declínio, em que a retórica perde a centralidade e uma banalização do seu uso. E por fim, a partir da segunda metade do século XX, o período de renovação, com Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Lucie Orbrechts-Tyteca e Stephen Toulmin. Claudia Roesler (2018) complementa explicando que no final da década de 1970 ocorre um movimento importante compreendido como o nascimento da teoria da argumentação *standard* com Robert Alexy e Neil Maccormick. Nos anos seguintes, vieram as contribuições de Aulis Aamio, Aleksander Peczehik e Manuel Atienza.

O debate entre sofistas, socráticos-platônicos e entre platônicos e aristotélicos persiste até a contemporaneidade, especialmente no que se refere ao uso da persuasão para finalidades incorretas, por exemplo, nos discursos políticos de natureza populista.

De maneira geral, resume-se o nascimento da retórica ao contexto do aparecimento dos logógrafos, sujeitos que escrevem discursos sob encomenda e começam a escrever manuais sobre como convencer o público. A retórica do verossímil de Córax e Tísias e a retórica psicagógica de Empédocles e Górgias são consideradas as versões fundadoras da retórica. Umas das contribuições do pitagorismo é considerar a antítese como forma de argumentar, a percepção de que é necessário estilos e argumentos distintos segundo o auditório a que se destina e a noção do kairós, ou seja, como a oportunidade de fazer um discurso adequado para cada ocasião. Há também uma influência de Parmênides, que traz uma discussão sobre a linguagem. Para Protágoras, um dos principais sofistas desse período, o homem é a medida de todas as coisas das que são enquanto são e das que não são enquanto não são. Ele rejeitou a influência pitagórica, propunha treinamento retórica e redefiniu a ideia de Kairós, no qual a ênfase deve ser na busca de palavras adequadas para expressão, criando discursos levando em consideração a oportunidade de discurso (REBOUL, 2004).

No que diz respeito às discussões socrático-platônicas sobre a retórica, mais especificamente no campo do debate da distinção entre doxa e episteme em Parmênides, entre realidade e aparência, Platão postula que o mais importante é conhecer a verdade pela Filosofia.

As formas ou as ideias não são perceptíveis aos sentidos, mas fruto de árdua busca, estruturada pela dialética. Nesse embate com os sofistas, Platão defende a ideia de que todos os aspectos da vida dos homens, todas as formas de conhecimento, da matemática à ética, devem ser estruturadas nesse conhecimento da verdade. Só quando se compreende o que é essencial por detrás de cada coisa é possível afirmar que o conhecimento é propriamente verdadeiro, ou seja, em episteme. Nesse sentido, todo o resto seria doxa e, consequentemente, menos relevante e enganador. Entende-se, então, que a dialética seria o modo principal pelo qual a verdade pode ser buscada. Da multiplicidade que nos rodeia, é preciso a capacidade de síntese, o que significaria superar aquilo que os nossos sentidos apontam (BRETON; GAUTHIER, 2001; REBOUL, 2004).

Nessa posição socrático-platônica, a virtude deve ser ensinada com base no conhecimento daquilo que é o real, que não é fácil de adquirir. O debate em Atenas entre meados dos séculos IV e V também diz respeito à questão se a verdade pode ser ensinada. Platão compreende o ensino dos sofistas como baseado numa mera experiência chamada de empiria, portanto, seria, simplesmente, a reprodução da multiplicidade enganadora que vem das observações baseadas nos sentidos, estando longe da verdade. A posição socrática-platônica entende os sofistas como equivocados e prejudiciais.

A dialética como arte da discussão envolvendo forma e conteúdo na busca da verdade contrapõe-se à retórica na concepção platônica. A retórica é desqualificada e se caracteriza como uma arte de persuadir sem preocupação com o conteúdo. Essa definição permaneceu no pensamento ocidental e está na base de muitas opiniões pejorativas sobre a retórica até os dias atuais.

A retórica para ele só se justificaria se estivesse vinculada ao uso prévio da dialética. Nesse cenário, inicialmente vem a dialética, descobre-se a verdade e os resultados dessa descoberta podem ser retoricamente ordenados para transmissão adequadamente.

Num primeiro momento, há uma identificação em Platão entre retórica e a adulação como uma espécie de deturpação. Philippe Breton e Gilles Gauthier (2001) sintetizam quatro críticas principais: 1- retórica produz uma linguagem artificial distinta do falar cotidiano, que nos afasta ainda mais da verdade; 2- a retórica é uma técnica mercenária a serviço das piores causas; 3- a retórica deve ser um instrumento a serviço da verdade e não uma simples arte do convencimento; e por fim, 4- a retórica produz um risco político. No Fedro, há uma mudança de posicionamento baseada, sobretudo, numa avaliação mais positiva da retórica. A boa retórica

é aquela que vem depois da dialética, a serviço da divulgação do que é a virtude, do belo, do justo, tem conteúdo e forma, ambos articulados a partir da dialética. A retórica seria a serva de dialética.

Embora tenham existido reformulações importantes com os romanos, como Cícero e Quintiliano, o período aristotélico é considerado o período do auge da produção sobre retórica, contribuindo inclusive para as discussões nos séculos seguintes. Apesar de haver uma variação da posição de Aristóteles, ele busca resgatar a retórica, mudando sua perspectiva em relação aos socrático-platônicos e os sofistas. Um primeiro aspecto importante é a tentativa de eliminar o aspecto irracional, resgatando a retórica como instrumento da filosofia. O lugar possível para a retórica em Aristóteles está ligado à distinção entre diferentes níveis de realidade: mundo da necessidade, contingência e do caos. Para Olivier Reboul (2004), seu principal mérito foi ter transformado a retórica em um sistema, procurando dar um tratamento ordenado. Um outro ponto importante é a dupla separação aristotélica, na qual há uma separação entre retórica e verdade, e em segundo lugar a separação entre a retórica dos raciocínios e a retórica das paixões. Aristóteles situa a retórica no âmbito das técnicas e não como arte de persuadir. Portanto, ela não é um discurso persuasivo, mas um discurso que descobre o que pode servir para persuadir em cada caso, uma investigação sobre a natureza da persuasão, a identificação dos melhores recursos para se preparar discursos. Também a situa dentro das ciências poéticas assim como a medicina e as artes poéticas em geral.

Um outro ponto relevante é que, para Aristóteles, a dialética produz conhecimento e a retórica é uma metodologia capaz de convencer. Nesse sentido, não se subordinam uma à outra, mas são análogas. Ambas retiram suas premissas (lugares comuns) da tópica – como reservas de pontos de partidas para argumentos. Um lugar comum é o que diz respeito a uma certa concordância, consensual, aceita por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e que está na base da dialética e da retórica. Aristóteles sistematiza e ordena as estratégias retóricas, propondo os gêneros do discurso: epidítico, judicial e deliberativo e o *ethos* (que se baseia no caráter do orador), *pathos* (que busca interferir nas paixões do auditório) e *logos* (com foco no conteúdo do discurso) como elementos que se interseccionam e operam juntos (REBOUL, 2004).

3 Retórica, democracia e direito

A evolução histórica da retórica traz a compreensão de sua definição, desde a interação comunicativa humana – telepatia – até a hipnose (máximo da manipulação), conforme

apontado por Isaac Reis (2020). Ainda assim, não há uma definição que reúna todos os seus significados.

Segundo Claudia Roesler (2018), em meados do século XX houve uma retomada do interesse pela retórica e pela argumentação jurídicas e duas perspectivas teóricas que tomam como referência os enunciados da Antiguidade Clássica: a teoria da argumentação jurídica *standard* e a teoria retórica. Salienta-se que o presente artigo não tem o intuito de oferecer paralelos entre elas, restringindo-se ao campo de estudos da retórica.

Isaac Reis (2014), fundamentado nos trabalhos de João Maurício Adeodato, reforça que a retórica não pode ser reduzida e limitada a um conjunto de estratégias de persuasão, engodo ou manipulação. Nesse contexto, representaria uma maneira de resistir à "violência pura e simples, da barbárie e da lei do mais forte, funcionando como um modo de conciliar opiniões opostas, esclarecer questões controversas e proporcionar tomadas de decisão diante de pontos de vista divergentes" (REIS, 2014, p. 29).

Para Isaac Reis (2018), um fundamento básico de uma teoria retórica do direito é de que os discursos jurídicos (judiciais, legislativos, acadêmicos, doutrinários) são retórico-estratégicos. Afirma que uma decisão ou a apresentação dessa decisão contém um conjunto de estratégias muitas vezes não explícitas de persuasão em relação a uma retórica material ou uma cosmovisão e uma visão do Direito. Essa persuasão não se dá de modo individual, mas comunitária. A retórica, portanto, se afasta de uma perspectiva cartesiana do sujeito individual produtor de discursos. Sendo assim, o discurso não é um indício de que há algo nele oculto nem é um monumento. Ele é a prática em si na qual os sujeitos agem.

A título ilustrativo, esse processo de tessitura pode ser verificado em algumas narrativas do Presidente da República e do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acerca do voto impresso. Seu discurso desacredita o sistema eleitoral, cujas falas são no sentido de afirmar que as eleições no Brasil são fraudadas. Segundo a Justiça Eleitoral, desde 1996, não há qualquer comprovação de fraude no sistema das urnas eletrônicas. São relatos concorrentes que retratam o mundo real, sendo este "(...) ao mesmo tempo um fenômeno empírico e linguístico ou, como se diz aqui, 'retórico' (...)" (ADEODATO, 2013, p. 13).

Em reportagem, publicada na Agência Senado, feita por Ricardo Westin (2021) sob o título "Entenda a polêmica em torno da PEC do voto impresso", tem-se uma breve análise do discurso do Presidente da República, que alega fraude nas eleições que o elegeu, em 2018. O TSE refuta as acusações: "Desde que foi adotada, em 1996, a urna eletrônica já contabiliza 13

eleições gerais e municipais, além de um grande número de consultas populares e pleitos comunitários, sempre de forma bem-sucedida, sem qualquer vestígio ou comprovação de fraude". O Presidente da República, mesmo sendo intimado, por decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do TSE, em junho deste ano, para apresentar provas de suas acusações contra o sistema eletrônico de votação, não o fez. Além disso, o Presidente da República, em duas ocasiões, mencionou risco de haver atos violentos no futuro:

> Se nós não tivermos o voto impresso em 2022, uma maneira de auditar o voto, nós vamos ter problema pior que os Estados Unidos — afirmou em janeiro, referindo-se à invasão do Congresso norte-americano por eleitores que não aceitaram a derrota do presidente Donald Trump na tentativa de se reeleger; o saldo do golpe fracassado foram cinco pessoas mortas, dezenas feridas e centenas presas e processadas.
>
> Se [o Congresso] promulgar, teremos eleições, sim, com voto auditável. Caso contrário, teremos dúvida nas eleições. Podemos ter um problema seríssimo. Pode um lado ou outro não aceitar e criar uma convulsão no Brasil — voltou a falar no tema, em junho (WESTIN, 2021)

Nessa realidade conflitiva, a política apresenta-se como o lugar que buscará legitimar o relato vencedor por meio de estratégias retóricas, dentre as quais estão a persuasão, a ameaça de violência e o engodo (REIS, 2014). O Presidente da República já chegou a afirmar, por exemplo, que sem o voto impresso não haverá eleição em 2022. A dimensão política do debate tem levado especialistas em direito, tecnologia e ciência política a se manifestarem acerca do tema que está longe de uma simples questão técnica. Diz Diogo Rais: "Numa democracia, o debate é sempre válido, mas os motivos [da discussão] têm sido uma confirmação de agressão institucional" (*apud* BOLDRIN, 2021, n.p). Podemos mencionar ainda a negação do Estado em reconhecer as violações cometidas por seus agentes no período ditatorial as quais são reforçadas nesse contexto agravado pela utilização de estratégias do governo Bolsonaro, inclusive de revisionismo histórico e inclusão de militares em pastas importantes.

Nesse momento começam a aparecer sinais de uma ideia que talvez nunca tenha sido sepultada, de uma legitimidade do Estado para perseguir cidadãos considerados potencialmente perigosos ou "inimigos". Os estudos de Eneá de Stutz e Almeida (2021) são importantes nesse sentido, pois explicam que com as eleições de Jair Bolsonaro, há uma deterioração de um processo que já guardava suas fragilidades. Há também uma mudança significativa no campo da narrativa: anistiado político é considerado terrorista, o momento de Estado de exceção passa a ser chamado de revolução gloriosa ou revolução de 64 e as forças armadas são vistas como guardiões contra a ameaça comunista.

Com as eleições de 2018 e a posse de Jair Bolsonaro, importantes órgãos e comissões foram encerradas ou reformuladas de maneira a atender às narrativas sustentadas

pelo governo sobre a ditadura. Além disso, negacionismo e revisionismo histórico, além da participação militares em importantes esferas do governo, somaram-se para compor o quadro (CUNHA; GÓMEZ, 2020). As comissões adotaram uma visão revisionista e negacionista do governo; a exaltação de Carlos Alberto Brilhante Ustra – o primeiro torturador oficialmente reconhecido pela justiça brasileira e a perspectiva de anistiados como terroristas compuseram o cenário antidemocrático.

Em junho de 2020, a ministra Damares Alves, responsável pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, anulou a declaração de anistia política de cerca de 300 cabos da Aeronáutica. Recentemente a Marinha desfilou com veículos blindados e outros veículos militares em frente ao Palácio do Planalto para entregar um convite ao presidente Jair Bolsonaro no mesmo dia da votação do voto impresso. Um ato de tentativa de intimidação, uma vez que o voto impresso é defendido por Bolsonaro e aliados.

Esses e outros aspectos compõem um conjunto de retrocessos que gradativamente destroem as conquistas alcançadas com a Constituição Federal de 1988 e podem gerar o desmonte do Estado Democrático de Direito. De uns anos para cá, nota-se o aparecimento de narrativas, inclusive com pedidos explícitos em manifestações populares, valorizando a repressão, o autoritarismo e a violência.

Um dos pontos importantes da obra de Jürgen Habermas (2020) é compreender o vínculo entre direito e democracia. O filósofo argumenta que a teoria da ação comunicativa posiciona o direito como categoria central e forma um contexto apropriado para uma teoria discursiva do Direito. Para a teoria do discurso as condições de validade do direito remetem a uma tensão entre positividade jurídica e sua aceitabilidade racional. Esta última, por sua vez, só pode ser atingida através de processos discursivos que atravessem toda a ordem jurídica e as estruturas discursivas de uma formação democrática da opinião e da vontade.

A concepção de "democracia radical" do autor implica estruturas comunicativas na sociedade civil, das quais emergem fontes de autocompreensão e autodeterminação social, e exige procedimentos democráticos inclusivos em termos de seus participantes, problemas e questionamentos considerados. Ou seja, é fundamental que todos os agentes possam participar dos processos discursivos de produção normativa. Essa ideia de que não é possível a existência nem a preservação do Estado de Direito em democracia radical significa que déficits democráticos colocam em risco o regime da legalidade, comprometendo a sustentação e o equilíbrio de uma integração social realizada através do direito. Acrescenta que a fragilidade de

uma democracia ameaça a solidariedade social, ou seja, nas palavras de Habermas (2020, p.15) "sem serem constantemente irrigadas pelas fontes sociais de solidariedade próprias do entendimento comunicativo, as estruturas jurídicas se enrijecem, ossificam e tendem a ruir". Vale destacar que a solidariedade, além do dinheiro e do poder administrativo, caracteriza-se como uma terceira fonte de integração social e surge indiretamente do direito, permitindo a estabilização de expectativas de comportamento e assegurando "relações simétricas de reconhecimento recíproco entre portadores abstratos de direitos subjetivos" (HABERMAS, 2020, p. 683).

Conforme ressalta Isaac Reis (2020, p. 148), esse processo retórico pressupõe-se democrático e o Direito deverá regular essa disputa para impor "limites a retóricas que possam utilizar-se de mecanismos (como o abuso de poder econômico e o uso de *fake news*) que colocam em risco o próprio jogo democrático e o livre mercado do sentido".

A legitimidade de uma constituição democrática para Müller (2003) não pode ser obtida para sempre, mas somente em um processo de permanente renovação. Nesse ponto em especial, é interessante mencionar que no livro *Como as democracias morrem*, Levitsky e Ziblatt (2018) analisam diferentes contextos de declínio democrático no mundo, contudo concentram-se no sistema político norte-americano, em especial na ascensão de Donald Trump. Apontam que apenas a Constituição ou as regras constitucionais são insuficientes para garantir a democracia, pois ela apresenta um caráter de incompletude, com lacunas e ambiguidades. As interpretações conflitantes também marcam essa impossibilidade de garantia. Portanto, os autores lançam luz à questão trazendo alguns fatores de proteção à democracia: desenvolvimento de normas democráticas fortes, inclusive com regras informais, código de conduta aceitos por seus membros, normas sólidas de tolerância mútua entre oponentes políticos e a reserva institucional[3]. Um ponto que merece destaque é:

> Em quase todos os casos de colapso democrático que nós estudamos, autoritários potenciais – de Franco, Hitler e Mussolini na Europa entreguerras a Marcos, Castro e Pinochet, durante a Guerra Fria, e Putin, Chávez e Erdoğan mais recentemente – justificaram a sua consolidação de poder rotulando os oponentes como uma ameaça à sua existência (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 122).

Como afirma Isaac Reis (2020), é nesse "(...) processo complexo, fragmentado, difuso e conflituoso pelo qual a teia da realidade é retoricamente tecida (...)" (REIS, 2020, p. 151). São discursos coagulados em instituições políticas, em que, de um lado, o Presidente da

[3] Na compreensão dos autores como "o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 122).

República busca desacreditar a Justiça Eleitoral com uma campanha contra as urnas eletrônicas. É preciso lembrar que essa "teia retórica" está sendo tecida em um Estado Democrático de Direito, que deverá impor limites a discursos que coloquem em risco a própria democracia.

Os discursos tecidos pelo Presidente da República há cerca de três anos, atacando instituições e afrontando diretamente a própria Constituição Federal, chegam aos seus destinatários de modo, ao mesmo tempo, sutil e violento. Trata-se de um desrespeito levado a cabo pelo chefe da República, a quem cabe observar o mesmo sistema eleitoral que o colocou no poder. Essas reflexões, ainda que breves e gerais, servem para analisar como determinadas retóricas podem ameaçar a própria democracia.

Os discursos de fraude nas urnas eletrônicas, todos vindos do Presidente da República, sem nenhuma comprovação, agrava um momento político já extremamente tensionado. São estratégias retóricas, pois constituem afirmações, narrativas, destituídas de arrimo fático-comprobatório com a finalidade de criar um espaço de incertezas, fanatismo e intolerância, na tentativa de retirar a solidez e os valores das instituições democráticas.

A condição de chefe de uma Nação não o exime das obrigações de prestar conta de suas ações. Ao contrário, conforme afirma Jürgen Habermas (2020, p.169), "(...) A liberdade comunicativa apenas existe entre atores que procuram se entender acerca de algo segundo um enfoque performativo, esperando uns dos outros tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas".

Daí a necessidade de fundamentação dessas afirmações de fraude no voto impresso. Isso porque, no exercício da liberdade comunicativa, a pretensão levantada por essa fala do Presidente da República, de existência de fraude no voto impresso para desacreditar a Justiça Eleitoral, encontra-se vinculada a obrigações ilocucionárias, ou seja, à necessidade de apresentar argumentos e provas da pretensão levantada com seu ato de fala.

Contudo, essa liberdade comunicativa não está presente nesses discursos do Presidente da República, que, a todo tempo, toma decisões em posse de sua liberdade subjetiva. Afinal, ele não parece se importar se suas afirmações serão ou não aceitas pelos demais participantes do discurso. Essa liberdade de ação subjetiva, que afasta a necessidade de prestar contas publicamente de seus planos de ação, é uma saída da ação comunicativa e a recusa das ações ilocucionárias (HABERMAS, 2020).

Não se pode admitir que discursos autoritários, desprovidos de poder social, ameacem a democracia e as instituições. Elas precisam ser constantemente protegidas, daí a necessidade de se reforçar a "teia retórica", pois se esta for rompida, a democracia desaparecerá, podendo dar lugar, a uma "(...) democracia tutelada, em que um grupo autoritário convicto controla eleições e o Judiciário, censura à imprensa, tem o poder de fechar o Congresso e o STF, prende, tortura e mata opositores (...)" (NOBRE, 2020, p. 38). Disso desponta a necessidade de uma regeneração da democracia no país, por meio de maior participação da comunidade nessa "teia retórica". A retórica exige esse envolvimento cotidiano na defesa dos valores e práticas essenciais para a manutenção da democracia e manter a peste do autoritarismo adormecida (CAMUS, 1997).

4 Considerações finais

Como proposta, esse artigo apresentou elementos teóricos que reforçam a estreita relação entre retórica e democracia, a partir do papel regulador do Direito diante de estratégias discursivas que possam representar risco à democracia. Parte-se, como exemplo, das narrativas do Presidente da República sobre o voto impresso, que diz ter havido fraudes nas eleições de 2018, a mesma em que fora eleito. Ao proferir afirmações dessa natureza, sem nenhum conteúdo probatório, coloca em risco a própria democracia, pois, ao desacreditar a Justiça Eleitoral, pode fazer com que muitos eleitores deixem de votar nas próximas eleições.

O Presidente da República insiste nessa narrativa, que certamente trará grande instabilidade ao processo democrático, pois, ainda que o plenário da Câmara dos Deputados tenha rejeitado a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 135/19, com 229 favoráveis, 218 contrários e uma abstenção, levando ao seu arquivamento – pois não foram obtidos os 308 votos necessários para a matéria seguir para o segundo turno – o dano é irreversível. Isso porque, muitos continuarão acreditando nessa suposta falta de lisura das urnas brasileiras, já que as afirmações de fraude partiram do próprio Presidente da República (BRASIL, 2019; SIQUEIRA, 2021).

Embora o sistema de urnas eletrônicas seja seguro, e garanta um processo de votação ágil e eficiente, narrativas como essas colocarão em dúvida a legitimidade das próximas eleições. Estudar a teoria retórica possibilitou a compreensão desses discursos que ameaçam a democracia e as instituições que a protegem.

Referências

ADEODATO, João Maurício A. Retórica analítica como metódica jurídica. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica**, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho, n. 18, p. 11-29, jan.-jun., 2013. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1-18/pdf_25. Acesso em 22 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 135/2019**. Autora: Bia Kicis - PSL/DF. 13/09/2019. Ementa: Acrescenta o § 12 ao art. 14, da Constituição Federal, dispondo que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292. Acesso em: 19 set. 2021.

BOLDRIN, Fernanda. Voto impresso: da questão técnica ao golpismo de Bolsonaro. 07 de jun de 2021. **Jornal Nexo**. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/06/07/Voto-impresso-da-quest%C3%A3o-t%C3%A9cnica-ao-golpismo-de-Bolsonaro. Acesso em: 04 set. 2021.

BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. **História das teorias da argumentação**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Bizâncio, 2001.

CAMUS, Albert. **A peste**. Trad. Valerie Rumjanek Chaves. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

CUNHA, Pedro L. da; GÓMEZ, José M. As políticas de justiça transicional e as disputas pela memória pública sobre a ditadura militar (1964-1985) no período 2014-2020. **XXVIII Seminário de Iniciação Científica e Tecnológica da PUC-Rio**. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2020/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-Pedro%20Levy%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 11 mar. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NOBRE, Marcos. **Ponto-final**: a guerra de Bolsonaro contra a democracia. São Paulo: Todavia, 2020.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REIS, Isaac C. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional**: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife. 265f Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11241. Acesso em: 03 set. 2021.

REIS, Isaac C. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. *In*: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 121-150.

REIS, Isaac C. A retórica da crise: democracia e estabilidade institucional no Brasil em tempos da pandemia de coronavírus. *In:* **Revista NAU Social, v.** 11, n.20, p. 145-155, maio-out. 2020.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? *In*: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44.

SIQUEIRA, Carol. Câmara rejeita proposta que tornava obrigatório o voto impresso. **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/792343-camara-rejeita-proposta-que-tornava-obrigatorio-o-voto-impresso/. Acesso em: 28 set. 2021.

STUTZ E ALMEIDA, Eneá de. O processo constitucional da transição brasileira. *In*: STUTZ E ALMEIDA, Eneá de (org.). **Justiça de transição e democracia.** Salvador, BA: Soffia10 Assessoria Socioculturais e Educacionais, 2021 (*E-book*). Disponível em: https://justicadetransicaoedemocracia.blogspot.com/p/download.html. Acesso em: 11 mar. 2022.

WESTIN, Ricardo. Entenda a polêmica em torno da PEC do voto impresso. **Agência Senado**. Publicado em 06/07/2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/entenda-a-polemica-em-torno-da-pec-do-voto-impresso. Acesso em: 19 set. 2021.

HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL DO CONSUMIDOR E PADRÕES SOMBRIOS NO *E-COMMERCE*: ENTRE PERSUASÃO E MANIPULAÇÃO

Mirla Regina da Silva [1]

RESUMO

O avanço e a popularização das tecnologias digitais nas últimas décadas têm levado as pessoas a um consumo massivo pela *internet*, gerando vendas anuais bilionárias. Na proporção em que aumenta a popularização do comércio eletrônico, incrementa-se, paralelamente, forte concorrência entre os fornecedores de produtos e serviços, e, nesse processo, as lojas *online* apresentam interfaces com recursos que tornam o processo de compra mais atrativo ao consumidor, incluindo padrões sombrios, de modo a garantir que não procurem outras lojas eletrônicas para suas compras, caso encontrem dificuldades para navegação. O uso de padrões sombrios está cada vez mais comum, porque são eficazes em manipular veladamente os consumidores, levando-os a agir até mesmo contra suas próprias preferências, o que denota sérios riscos àqueles que são expostos a esses padrões, transcendendo as fronteiras interdisciplinares do direito, da economia comportamental, da psicologia, das ciências da computação, da propaganda e do *marketing*. A metodologia descritiva adotada ostenta propósito de esclarecimento acerca dos padrões sombrios. A pesquisa descritiva expõe o fenômeno a partir do mapeamento das práticas encontradas no *e-commerce* para, com isso, estabelecer distinções, identificar influências prejudiciais ao consumidor, analisar e diagnosticar o problema apresentado a partir das normas existentes, respondendo em que medida o direito aborda a questão. Este artigo aborda a noção de padrões sombrios, a ideia de hipervulnerabilidade a partir de uma leitura crítica da ideia de manipulação e conclui com a necessidade de redimensionamento das políticas públicas e normas de proteção ao consumidor e de urgente regulamentação ética e sancionatória do *marketing*.

Palavras-chave: consumidor; comércio eletrônico; manipulação; padrões sombrios; hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The advancement and the popularization of digital technologies in recent decades have led people to massive consumption over the internet, generating billions in annual sales. In proportion to the increase in the popularization of electronic commerce, there is, at the same time, strong competition between suppliers of products and services, and in this process, online stores present interfaces with resources that make the purchase process more attractive to the

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Acre (1993), pós-graduação em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco (2002), mestrado profissional (MBA) em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Atualmente é juíza de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

consumer, including “dark patterns”, so as to ensure that they do not look to other electronic stores for their purchases if they encounter difficulties in browsing. The use of “dark patterns” is increasingly common, because they are effective in covertly manipulating consumers, leading them to act even against their own preferences, which poses serious risks to those who are exposed to these patterns, transcending the interdisciplinary boundaries of the law, behavioral economics, psychology, computer science and marketing. The descriptive methodology has a clear purpose of clarifying the dark patterns. The descriptive research describes the phenomenon from the mapping of practices found in e-commerce to, with this, establish distinctions, identify harmful influences to the consumer, analyze and diagnose the problem presented from the existing norms, answering to what extent the law addresses the question. This article approaches the notion of “dark patterns”, the idea of hypervulnerability from a critical reading of the idea of manipulation and concludes with the need to resize public policies and consumer protection norms, and urgent ethical and sanctioning regulation of marketing.

Keywords: consumer; e-commerce; manipulation; black patterns; hypervulnerability.

1. Introdução

O Brasil passou por um avanço substancial na popularização e acesso à *internet* nas últimas décadas. Esse aumento pode ser explicado pela rápida difusão da tecnologia móvel, o principal meio de conexão à *internet*.

Segundo o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI[2], no ano de 2020, a proporção de domicílios com acesso à *internet* chegou a 83%, o que representa aproximadamente 61,8 milhões de domicílios com algum tipo de conexão à rede. A pesquisa indica que a proporção de usuários de *internet* aumentou principalmente entre moradores de áreas rurais: 70% em comparação com 53% da pesquisa de 2019.

A participação de pessoas com 60 anos ou mais no mundo *online* também aumentou: de 34% para 50% no mesmo período.

O avanço e a popularização das tecnologias digitais nas últimas décadas também têm levado as pessoas a um consumo massivo pela *internet*.

[2] CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC.br); NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.br); COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASI (CGI.br). **Pesquisa TIC Domicílios 2020**. Resumo Executivo. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201505/resumo_executivo_tic_domicilios_2020.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE[3] apontam que as vendas brasileiras de *e-commerce* foram avaliadas em R$ 53.2 bilhões (USD 14.6 bilhões) em 2018, um aumento de 12%, comparado a 2017, refletindo uma taxa de crescimento anual estimada em 11% no período de 2015-19.

Diversos varejistas multinacionais de grande porte e plataformas *on-line* (ex: Mercado Livre e Amazon) são ativos no país. Até 2019, apenas 54% das empresas brasileiras (10 funcionários ou mais) possuíam seu próprio *website*, em comparação com uma média global de 78% registrada na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

O percentual brasileiro pode ser explicado pelo fato de que as pequenas e microempresas são muito mais propensas a utilizar contas comerciais em redes sociais de baixo custo, como canal de comunicação, em vez de *websites*. Leva-se em consideração o fato de que os internautas brasileiros são grandes usuários de redes sociais.

Com isso, as empresas brasileiras ficam muito acima da média da OCDE no que se refere ao uso de redes sociais (76% e 57% respectivamente).

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, as tecnologias digitais são facilitadoras da inovação e da produtividade das empresas e podem ajudar a reduzir desigualdades:

> Redes de banda larga de alta velocidade fornecem às pessoas e às empresas, acesso aos serviços governamentais e mercados internacionais, além de poder ajudar a reduzir desigualdades. A digitalização pode ajudar a reduzir encargos regulatórios e a informalidade. Também pode aumentar a eficiência dos gastos públicos, oferecendo, portanto, mais recursos para políticas. Recursos para a educação on-line oferecem novas ferramentas de ensino e fornecem novas oportunidades de formação, ademais de contribuir para a melhoria das qualificações dos trabalhadores e pessoas em geral. (OCDE, 2020, p. 16)

Para além dos aspectos positivos e dos significativos lucros acima relatados, fica claro que o *e-commerce*, amplificado pelo uso de *smartphones*, propicia maior competitividade no mercado e incrementa a acessibilidade do consumidor a produtos e serviços no plano nacional e internacional.

Se por um lado, o *e-commerce* apresenta um meio mais cômodo e facilitado para o consumo, por outro, apresenta desvantagens, já que ele pode ser utilizado mediante práticas

[3] Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. **A Caminho da Era Digital no Brasil**. OECD Publishing: Paris, 2020, p. 72-244. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/a-caminho-da-era-digital-no-brasil_45a84b29-pt. Acesso em: 20 maio 2022.

abusivas ou indevidas de engajamento e manipulação do usuário. Uma dessas práticas é a utilização de padrões sombrios – "*dark patterns*" – técnicas que subtraem a capacidade de escolha livre e consciente do consumidor.

Com isso, o uso crescente das tecnologias da informação, das redes sociais, dos *sites* de comércio eletrônico também aumenta a preocupação com a vulnerabilidade do consumidor, especialmente com respeito à tomada de decisões em ambientes virtuais.

Trata-se de tema que levanta questões importantes como a autonomia da vontade, o direito à privacidade e à integridade, todos com impacto não apenas no direito, mas também na economia, na psicologia, nas neurociências e no uso de novas tecnologias, a exigir a busca por soluções que alcancem um equilíbrio entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor.

A partir dessa constatação, o presente artigo procura descrever e delimitar as práticas admitidas de persuasão para compra diante das condutas reprováveis de manipulação comportamental. A metodologia descritiva utilizada neste estudo ostenta nítido propósito de esclarecimento acerca dos padrões sombrios. A pesquisa descritiva detalha o fenômeno a partir do mapeamento das práticas encontradas no *e-commerce* para, com isso, estabelecer distinções, identificar influências prejudiciais ao consumidor, analisar e diagnosticar o problema apresentado a partir das normas existentes, respondendo em que medida o direito encontra-se apto a solucionar a questão. Este artigo aborda a noção de padrões sombrios, o conceito de hipervulnerabilidade a partir de uma leitura crítica da ideia de manipulação e conclui com a análise da necessidade de redimensionamento das políticas públicas e normas de proteção ao consumidor, além da urgente regulamentação ética e sancionatória do *marketing* e da propaganda.

2. A sociedade de consumo

O homem passa por uma reelaboração de sua identidade na sociedade pós-moderna, que é marcada, segundo Zigmunt Bauman[4], pela flexibilização ou fluidez dos vínculos. Defronta-se o homem do século XXI com uma realidade "líquida", que não lhe garante uma perspectiva de permanência de valores a serem alcançados a longo prazo, nem lhe outorga facilmente qualquer porção de autorrealização, porque as convicções e estilos de vida são tão

[4] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

fugidios e instáveis, que não lhe dão tempo suficiente para autoconhecer-se e construir-se em sua individualidade.

Em meio a esse fluxo "líquido", dá-se a atividade da aquisição de bens e serviços, o consumo, aspecto central e inseparável do cotidiano humano, do qual advém, por sua vez, o consumismo, uma transformação advinda da necessidade de associar a felicidade não à satisfação de suas necessidades básicas, mas à satisfação de desejos "sempre crescentes", o que implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a essa satisfação. Ao ato de adquirir e juntar acrescenta-se agora "a necessidade de descartar e substituir"[5].

Além do mais, pelo fato de os mercados de consumo se concentrarem "na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham"[6], o sentimento de insatisfação com a identidade adquirida nessa cultura consumista é uma constante na vida de seus membros.

Como resultado, o homem moderno torna-se refém de modismos, padrões ditados pelo mercado e pela sociedade de consumo, e sua avaliação mede-se pela capacidade de adquirir as últimas novidades e mercadorias do momento.

Para Lazaratto[7], o capitalismo tornou-se um produtor de subjetividades. É necessário que os desejos inconscientes sejam mostrados na televisão como disponíveis a todos, e sejam testados pelos consumidores:

> Atualmente vigora um capitalismo social e do desejo. Na primeira fase do capitalismo se tratava, acima de tudo, de produzir, e depois vinha o consumo. Hoje é ao contrário: um carro se produz depois de ter sido vendido, quero dizer, depois de ter sido constituído como objeto de desejo. Aqui entra a publicidade, o marketing.

Para Bauman, a sociedade de consumidores "representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas"[8]. Tem-se assim uma associação da noção de felicidade à do consumo, que culmina por vulnerabilizar ainda mais o consumidor.

---

[5] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

[6] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008, p.128.

[7] LAZZARATO, Maurizio. Atualmente vigora um capitalismo social e do desejo. [Entrevista concedia a] Pedro Lipcovich. Trad. Anne Ledur. **Jornal Página 12**, 20 dez. 2010. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/categorias/173-noticias-2011/39543-atualmente-vigora-um-capitalismo-social-e-do-desejo-entrevista-com-maurizio-lazzarato. Acesso em: 28 jun. 2022.

[8] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008, p.71.

No dizer de Bauman, o grau de soberania em geral atribuído ao sujeito para narrar a atividade de consumo é questionado e posto em dúvida de modo incessante: "A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação de consumidores em mercadorias, ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias".[9]

É Giles Lipovetsky[10] que cria a expressão "turboconsumidor" para se referir às rápidas mudanças sociais e econômicas que levaram o ser humano não apenas a um consumo em massa, mas a uma situação de individualização e hiperindividualização do consumo, como se este fosse o direcionador dos sentimentos em torno do ser feliz, o que atingiria todas as esferas sociais (os que querem e podem consumir, excluindo-se o oposto a este quadro) e idades (adultos e crianças ansiosos por consumir).

Com isso, constata-se a representação do homem alimentado por modismos do século XXI, fortemente marcada pela busca de felicidade individual, cuja satisfação constitui o alvo do mercado, apropriando-se este de técnicas de psicologia associada ao *marketing*, com a promessa de entregar a tão sonhada e fugidia felicidade.

Essas constatações conduzem à reflexão sobre um aumento significativo do grau de vulnerabilidade a que chega o consumidor no século XXI, pois as práticas do mercado avançaram para alcançar a mente, a subjetividade, o desejo e a vontade do consumidor. Em outras palavras, a sua consciência. E nessa busca, perde-se a ética e o respeito pelos direitos humanos mais básicos.

De acordo com as reflexões de Lipovetsky, o homem contemporâneo vive em um estado de desamparo constante, tornando-se o único responsável por atingir seu êxito, e muito mais suscetível a frustrações e ansiedades.

A nova humanidade do século XXI é, por assim dizer, muito mais vulnerável psicologicamente, com sua subjetividade dependente de um estado de satisfação ilusória que perpassa pelo excesso de aquisições materiais e avança sempre para a produção de novas e efêmeras necessidades de consumo. Trata-se de um quadro que exige o redimensionamento do conceito de vulnerabilidade nos novos tempos.

[9] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

[10] LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal:** ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

Na lição do professor Bruno Miragem, "o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo."[11]

Miragem afirma que "certas qualidades pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada, ou como também vem denominando a doutrina, **hipervulnerabilidade** do consumidor" (grifos nossos).

Para Miragem, o efeito dessa distinção mais agravada cria um critério de interpretação e aplicação das normas de proteção – ou, como sugere a doutrina, originando um dever de cuidado especial –, atendendo a essa situação peculiar de certos consumidores, como os idosos, os analfabetos, as crianças e as pessoas com deficiência.

Ocorre que a situação peculiar ensejadora da vulnerabilidade não pode ser vista como exceção, mas como uma situação que adquire contornos de generalidade no contexto digital.

Com isso, há necessidade de uma revisão ou ampliação da ideia de vulnerabilidade como situação peculiar que exige cuidado especial, não apenas com aqueles tipos de consumidores apontados por Miragem, mas também com os usuários do *e-commerce*, dado que, no contexto das práticas de *marketing* e dos recursos tecnológicos indevidamente utilizados pelas empresas, aliado ao contexto do consumismo exacerbado dos novos tempos, essas pessoas adquirem a característica da hipervulnerabilidade como se verá a seguir.

3. A utilização de recursos tecnológicos nas práticas de publicidade e propaganda – padrões sombrios no *e-commerce*

O mundo do mercado sempre foi historicamente marcado pela adoção de técnicas de persuasão para vendas. Diariamente, as pessoas adquirem bens ou serviços, presencialmente ou pelo *e-commerce*. Diariamente, elas analisam produtos e serviços, fazem escolhas e tomam decisões sobre o que lhes parece melhor.

[11] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020.

Na proporção em que aumenta a popularização do comércio eletrônico, aumenta paralelamente a concorrência entre os fornecedores de produtos e serviços, e nesse processo, as lojas *online* apresentam interfaces com recursos que tornam o processo de compra mais atrativo ao consumidor, de modo a garantir que não procurem outras lojas eletrônicas para suas compras, caso encontrem dificuldades para navegação.

Denomina-se experiência do usuário, designada comumente pela sigla **UX**[12], a tradução do que uma pessoa sente ao interagir com uma empresa no contexto da tecnologia digital:

> Experiência do usuário descreve o que as pessoas experimentam quando navegam por um site, utilizando um aplicativo móvel ou interagindo de alguma outra maneira com produtos ou serviços digitais da empresa. Há vários elementos que contribuem para a concepção de boas experiências para o público, como a interface do usuário, usabilidade e mecanismos de busca. No entanto, o design da experiência não é o mesmo que experiência do usuário. Parece redundante, mas UX é o que as pessoas de fato experienciam, e não os elementos separados que profissionais de UX reúnem para influenciar a experiência. Otimizar e refinar os componentes do design podem consideravelmente afetar como o usuário final se sente, mas sempre haverá alguns elementos que estão fora do controle do designer. Embora não haja nenhuma razão pela qual a experiência do usuário não possa ser aplicada a interações físicas, o termo é geralmente reservado para interações com a tecnologia digital. Isso é evidenciado na maneira que as metodologias UX focam em áreas como wireframing, usabilidade e outros processos digitais específicos.

Dito de outro modo, **é a concorrência** que leva as empresas do comércio eletrônico ao desenvolvimento de *sites* com experiências de usuário que promovam certo sentimento de gratificação, prendam a atenção de seus clientes e os levem a concluir seus processos de compra. Aperfeiçoando a experiência do usuário (UX), as lojas impedem a evasão dos consumidores para outros *sites*. Isso é feito com adoção de elementos de computação projetados para influenciar o comportamento dos usuários.

Ciente desses processos de escolhas mentais dos consumidores, o mercado digital lança mão da persuasão, mediante uso de padrões computacionais, para convencer os consumidores a comprarem determinados produtos ou serviços.

Vale destacar que a persuasão, em si, não é um recurso ilegítimo no comércio. Na verdade, a persuasão é uma estratégia de comunicação que consiste em utilizar recursos emocionais ou simbólicos pra induzir alguém a aceitar uma ideia, uma atitude, ou realizar uma

[12] REYES, Christine. O que é experiência do usuário? **Liferay**. 2021. Disponível em: https://www.liferay.com/pt/resources/l/user-experience. Acesso em: 28 jun. 2022.

ação. É o emprego de argumentos, legítimos ou não, com o propósito de conseguir que outro indivíduo adote certa linha de conduta, teoria ou crença.

A persuasão do consumidor, de acordo com Aldrighi[13], "inclui formação de atitude, assim como inclui condicionamento comportamental".

Para isso, é necessário utilizar recursos que consigam induzir o indivíduo a tomar essa atitude, como evidencia Aldrighi[14]: "a propaganda trabalha com arte, criatividade, raciocínio, moda, cultura, psicologia, tecnologia, enfim, um complicado composto de valores e manifestações da capacidade humana".

Cita-se, como exemplo de persuasão, a chamada "**prova social**"[15], que consiste na indicação de certos produtos ou serviços por influenciadores digitais, artistas, jogadores de futebol ou pessoas socialmente admiradas.

No intuito de situar as ocorrências de desequilíbrio na relação consumidor-fornecedor e a vulnerabilidade do consumidor, importa distinguir a persuasão da manipulação. Esta, por sua vez, consiste na "redução mais completa possível da liberdade de o público discutir ou de resistir ao que lhe é proposto. Essa estratégia **deve ser invisível**, já que seu desvelamento indicaria a existência de uma tentativa de manipulação"[16] (grifos nossos).

Com o uso da manipulação, é possível influenciar um indivíduo até mesmo contra a vontade deste. Um exemplo bastante comum de manipulação consiste na **falsa demonstração de escassez** do produto ou serviço, mediante indicação de que há somente um ou dois itens restantes para o encerramento da promoção de venda, quando essa informação não é verídica, mas funciona como um gatilho mental, que induz o consumidor a apressar a aquisição.

Apesar de serem conceitos aproximados, é possível estabelecer algumas distinções entre persuasão e manipulação.

---

[13] RIBEIRO, Júlio *et al*. **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. São Paulo: Atlas, 2008, p.64.

[14] RIBEIRO, Júlio *et al*. **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. São Paulo: Atlas, 2008, p.57.

[15] LUBY, Gustavo. Prova social: O que é, como funciona e por que ela é importante. **Leadster**. 27 maio 2021. Disponível em: https://leadster.com.br/blog/prova-social-o-que-e-como-funciona-e-por-que-ela-e-importante/. Acesso em: 28 jun. 2022.

[16] BRETON, Philippe. **A manipulação da palavra**. São Paulo: Loyola, 1999.

Enquanto a persuasão busca convencer alguém, a manipulação procura alterar forçadamente a vontade, e de forma invisível ou oculta. Se de um lado o consumidor tem conhecimento de que o vendedor pode utilizar argumentos ou métodos transparentes de persuasão para convencê-lo a uma transação, de outro, na manipulação, o consumidor não tem conhecimento da prática.

Sucede que, no *e-commerce*, a atuação das empresas por meio de recursos tecnológicos está lançando mão de práticas inaceitáveis, unindo persuasão e manipulação, por meio de padrões computacionais sombrios **ocultados à percepção do consumidor**, o que gera vulnerabilidade, já que induz o usuário a realizar compras desnecessárias e, por vezes, leva-o ao completo endividamento.

Para tanto, no intuito de evitar que os clientes abandonem seus carrinhos virtuais, os varejistas do comércio eletrônico recorrem ao uso de "padrões sombrios" nas plataformas de compra. Essas plataformas digitais são construídas por meio do uso de elementos computacionais de interação na interface de usuários (UX).

O estudo das práticas de manipulação do consumidor na *internet* é recente. Os estudos e pesquisas são bastante limitados e estão focados em gerar definições para padrões escuros, ou na criação de uma taxonomia para classificá-los.

Em ciência da computação, a ideia de criar um padrão é "capturar uma instância de um problema e uma solução correspondente, extraí-lo de um caso de uso específico e moldá-lo de uma forma mais genérica, para que possa ser aplicado e reutilizado em vários cenários correspondentes"[17] (tradução nossa).[18]

Segundo Christoph Bösch, o uso de padrões em projeto de *software* ganhou ampla aceitação em 1994, quando a chamada "Gangue dos Quatro" lançou seu conhecido livro sobre padrões de projeto de *software* para objetos-orientados.[19]

[17] BÖSCH, Christoph; ERB, Benjamin; KARGL, Frank; KOPP, Henning; PFATTHEICHER, Stefan. Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns. **Proceedings on Privacy Enhancing Technologies**, Issue 4(October 2016), p. 237-254. Disponível em: https://www.sciendo.com/article/10.1515/popets-2016-0038. Acesso em: 28 jun. 2022.

[18] […] capture an instance of a problem and a corresponding solution, abstract it from a specific use case, and shape it in a more generic way, so that it can be applied and reused in various matching scenarios.

[19] *Idem.*

Desde então, o uso de padrões se espalhou para vários ramos diferentes da ciência da computação e engenharia de *software*, incluindo arquitetura, *design* de interface do usuário, segurança de TI e privacidade.

Por sua vez, a ideia de padrões sombrios foi cunhada por Harry Brignull em 2011, quando publicou o artigo "Dark patterns: Deception vs. honesty in UI design"[20].

Brignull apontou os padrões sombrios como um termo genérico designado para as práticas que manipulam as interfaces de usuário para influenciar a capacidade de tomada de decisão:

> [...] todas as diretrizes, princípios e métodos que designers éticos usam para projetar sites utilizáveis podem ser facilmente subvertidos para beneficiar os empresários à custa dos usuários. Na verdade, é muito simples pegar nossa compreensão da psicologia humana e jogá-la no lado sombrio. (tradução nossa)[21]

Brignull identificou uma taxonomia[22] de doze tipos diferentes de padrões escuros e coletou os exemplos, descrevendo-os em seu **Hall da Vergonha**.

Posteriormente, o Hall da Vergonha – "Hall of Shame" – foi complementado por Gray *et al*.[23], Bösch *et al*.[24] e Mathur *et al*.[25], descortinando novas práticas ocultas adotadas para manipulação dos consumidores.

---

[20] BRIGNULL, Harry. Dark patterns: deception vs. honesty in UI design. *In*: **A list Apart**. Issue Nº 338, November 01, 2011. Disponível em: https://alistapart.com/article/dark-patterns-deception-vs.-honesty-in-ui-design/. Acesso em: 20 maio 2022.

[21] […] all of the guidelines, principles, and methods that ethical designers use to design usable websites can be easily subverted to benefit business owners at the expense of users. It's actually quite simple to take our understanding of human psychology and flip it over to the dark side.

[22] BRIGNULL, Harry. Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you. **The Verge**, on August 29, 2013. Disponível em: https://www.theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfaces-designed-to-trick-you . Acesso em: 20 maio 2022.

[23] GRAY, Colin M.; KOU, Yubo; BATTLES, Bryan; HOGGATT, Joseph; TOOMBS, Austin L. The Dark (Patterns) Side of UX Design. *In*: **Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems.** April 2018, paper nº 534, p. 1–14, Montréal, QC, Canada. dl.acm.org, 534:1–534:14. Disponível em: https://doi.org/10.1145/3173574.3174108. Acesso em: 20 maio 2022.

[242424] BÖSCH, Christoph; ERB, Benjamin; KARGL, Frank; KOPP, Henning; PFATTHEICHER, Stefan. Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns. **Proceedings on Privacy Enhancing Technologies**. V. 2016 (2016) - Issue 4 (October 2016), p. 237–254. Disponível em: https://doi.org/10.1515/popets-2016-0038 . Acesso em: 20 maio 2022.

[25] MATHUR, Arunesh; ACAR, Gunes; FRIEDMAN, Michael J.; LUCHERINI, Elena; MAYER, Jonathan; CHETTY, Marshini; NARAYANAN, Arvind. Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. **Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction**. V. 3, Issue CSCW, November 2019, Article nº 81, p. 1-32. Disponível em: https://doi.org/10.1145/3359183. Acesso em: 28 maio 2022.

Brignull[26] relaciona as seguintes práticas:

> **Perguntas de truque:** Ao preencher um formulário, você responde a uma pergunta que o leva a dar uma resposta que não pretendia. Quando examinada rapidamente, a pergunta parece perguntar uma coisa, mas quando lida com atenção, ela pergunta inteiramente outra coisa.
>
> **Esgueirar-se na cesta:** Você tenta comprar algo, mas em algum momento da jornada de compra o *site* insere um item adicional em sua cesta, geralmente por meio do uso de um botão de opção de exclusão ou caixa de seleção em uma página anterior.
>
> **Motel Barato:** Você entra em uma situação com muita facilidade, mas depois descobre que é difícil sair dela (por exemplo, uma assinatura *premium*).
>
> **Zuckering de privacidade:** Nomeado em homenagem ao CEO do Facebook, Mark Zuckerberg. Você é levado a compartilhar publicamente mais informações sobre você do que realmente pretendia.
>
> **Prevenção de comparação de preços:** O varejista torna difícil para você comparar o preço de um item com outro item, então você não pode tomar uma decisão informada.
>
> **Desvio de atenção:** O *design* foca propositadamente sua atenção em uma coisa para distrair sua atenção de outra.
>
> **Despesas ocultas:** Você chega à última etapa do processo de *checkout*, apenas para descobrir que algumas cobranças inesperadas apareceram, por exemplo, taxas de entrega, impostos etc.
>
> **Isca e troca:** Você se propõe a fazer uma coisa, mas uma coisa diferente e indesejável acontece.
>
> **Confirmação vergonhosa**: O ato de culpar o usuário a optar por algo. A opção de recusar é formulada de forma a envergonhar o usuário em conformidade.
>
> **Anúncios disfarçados:** Anúncios que são disfarçados como outros tipos de conteúdo ou navegação, para que você clique neles.
>
> **Continuidade forçada do contrato:** Quando sua avaliação gratuita com um serviço chega ao fim e seu cartão de crédito começa a ser cobrado silenciosamente sem nenhum aviso. Em alguns casos, isso é ainda pior, dificultando o cancelamento da associação.
>
> **Spam de amigos:** O produto solicita suas permissões de e-mail ou mídia social sob o pretexto de que será usado para um resultado desejável (por exemplo, encontrar amigos), mas envia *spam* a todos os seus contatos em uma mensagem que afirma ser sua. (tradução nossa)[27]

---

[26] BRIGNULL, Harry. Types of deceptive design. **Decptive Disign**. Disponível em: https://www.deceptive.design/types. Acesso em: 28 maio 2022.

[27] **Trick questions:** While filling in a form you respond to a question that tricks you into giving an answer you didn't intend. When glanced upon quickly the question appears to ask one thing, but when read carefully it asks another thing entirely.

Sneak into basket: You attempt to purchase something, but somewhere in the purchasing journey the site sneaks an additional item into your basket, often through the use of an opt-out radio button or checkbox on a prior page.

Roach motel: You get into a situation very easily, but then you find it is hard to get out of it (e.g. a premium subscription).

Privacy suckering: You are tricked into publicly sharing more information about yourself than you really intended to. Named after Facebook CEO Mark Zuckerberg.

Os padrões sombrios estão se tornando cada vez mais comuns porque as empresas sabem que são eficazes em estimular os consumidores a agir contra suas próprias preferências.

Em termos mais práticos, os usuários do *e-commerce* são levados a concluir suas compras ao serem notificados sobre a escassez do produto, com frases como "apenas duas cadeiras restantes neste vôo"; sobre a urgência de uma venda, como alertas de que "esta promoção termina em 25 minutos"; ou a relevância social do produto, com o aviso de que a pessoa "x" acabou de comprar esse item. Embora o produto tenha sido realmente comprado, é falso que a promoção esteja terminando ou que o item esteja em escassez, de modo que os alertas são adotados apenas no intuito de levar o consumidor a uma compra inadvertida.

É aqui que se constata a manipulação, pois a influência na tomada de decisão do consumidor não é explícita, mas sombria, como sugerido pelo próprio nome da prática.

Os padrões sombrios tiram proveito do processo de pensamento inconsciente por trás tomada de decisão do consumidor. Isso, por si só, sugere uma série de riscos àqueles que são expostos a esses padrões, pois até mesmo sua autonomia e suas decisões são "sequestradas".

Por outro lado, os "d*ark patterns*" contrapõem-se ao conceito de "*digital nudging*" – incentivos digitais –, que, por sua vez, referem-se ao *design* de elementos de interfaces de usuário de uma maneira que influencie o comportamento dos usuários em ambientes de escolha

---

Price comparison prevention: The retailer makes it hard for you to compare the price of an item with another item, so you cannot make an informed decision.

Misdirection: The design purposefully focuses your attention on one thing in order to distract your attention from another.

Hidden costs: You get to the last step of the checkout process, only to discover some unexpected charges have appeared, e.g. delivery charges, tax, etc.

Bait and switch: You set out to do one thing, but a different, undesirable thing happens instead.

Confirmshaming: The act of guilting the user into opting into something. The option to decline is worded in such a way as to shame the user into compliance.

Disguised ads: Adverts that are disguised as other kinds of content or navigation, in order to get you to click on them.

Forced continuity: When your free trial with a service comes to an end and your credit card silently starts getting charged without any warning. In some cases this is made even worse by making it difficult to cancel the membership.

Friend spam: The product asks for your email or social media permissions under the pretence it will be used for a desirable outcome (e.g. finding friends), but then spams all your contacts in a message that claims to be from you.

digital, **de forma transparente**. O que diferencia os "nudges digitais" de outras formas de intervenção é que eles são projetados para preservar a plena liberdade de escolha[28].

Temos assim, padrões normais de incentivos digitais, com liberdade de escolha, e padrões sombrios de manipulação do consumidor.

4. Problemas decorrentes do uso de padrões sombrios no *e-commerce*

Os padrões sombrios possuem o objetivo central de garantir que o consumidor irá realizar determinada compra para a qual está sendo direcionado, mesmo que ele não possua essa vontade, ou condições para isso, inicialmente. É bastante cristalino que as empresas ganham benefícios ilegítimos, criando valor para o serviço que emprega padrões sombrios em interfaces de *e-commerce*, a partir do uso de gatilhos psicológicos associado a ferramentas manipuladoras, até o uso de dados do consumidor como um ativo.

Do ponto de vista do consumidor, os efeitos dos padrões escuros podem variar de leve aborrecimento à frustração, ao ser enganado. Isso pode resultar em problemas financeiros, perdas patrimoniais, cessão de dados pessoais e até mesmo em comportamento compulsivo e viciante[29].

A nosso ver, o principal problema, dentre outros aspectos, consiste no **superendividamento**, decorrente de compras desnecessárias e escolhas que ele poderia não ter feito se tivesse a oportunidade de escolher de outra forma; nos comportamentos compulsivos; e nas dificuldades para cancelamento de assinaturas e finalização de contratos.

O comércio digital associado à popularização da *internet* e ao *marketing* intenso nas redes sociais inunda os consumidores com informações sobre oportunidades imperdíveis de consumo, deixando-os, na maioria das vezes, sem tempo suficiente para ponderar e decidir adequadamente. Uma parcela significativa dos consumidores submetida a padrões sombrios no

[28] MIRSCH, Tobias; LEHRER, Christiane; JUNG, Reinhard. Digital Nudging: Altering User Behavior in Digital Environments. **Proceedings der 13. Internationalen Tagung Wirtschaftsinformatik (WI 2017)**. - St. Gallen, Suíça. Disponível em: https://www.alexandria.unisg.ch/250315/. Acesso em: 28 jun. 2022.

[29] MATHUR, Arunesh; ACAR, Gunes; FRIEDMAN, Michael J.; Lucherini, Elena; MAYER, Jonathan; CHETTY, Marshini; NARAYANAN, Arvind. Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. **Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction**. V. 3, Issue CSCW, November 2019, Article nº 81, p. 1-32. Disponível em: https://doi.org/10.1145/3359183. Acesso em: 28 maio 2022.

e-commerce torna-se vulnerável à manipulação e passa a apresentar comportamentos compulsivos de compras, com consequências financeiras graves, danos e sofrimentos psíquicos.

O consumo desenfreado de produtos e serviços no ambiente digital, o endividamento e o sofrimento psíquico podem ser listados como algumas das consequências da utilização dos padrões sombrios no *e-commerce*.

A Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor – PEIC[30] mostra que, em maio de 2022, 77,4% das famílias brasileiras com renda até dez salários mínimos encontravam-se em situação de endividamento, uma das maiores proporções nos últimos dez anos. Significa que, a cada dez famílias, pelo menos sete delas estão endividadas.

No ano de 2021, o cartão de crédito foi o tipo de dívida mais citado (82,6%) pelas famílias brasileiras que afirmaram ter dívidas, na média anual. Ao contrário do que se pensa, o consumidor não é o único responsável pelo seu endividamento, pois vários fatores contribuem para o fenômeno, sendo um deles a atuação agressiva de *marketing* dos fornecedores de crédito no mercado, agora associada ao mercado digital e seus padrões sombrios. Assim, esses padrões também estão relacionados ao aquecimento do mercado de crédito, inspirado na filosofia do "compre agora e pague depois", causando prejuízos inestimáveis a uma grande parcela de consumidores desprovidos de educação financeira, os quais acabam entrando em estado de endividamento ao ponto de perder o patrimônio, emprego e meios de sustento.

A popularização do acesso à *internet*, combinada com a hipervulnerabilidade e o uso de métodos de manipulação de vendas abusivos pelas empresas, mostra-se catastrófica, uma vez que contribui para o comprometimento de parcela significativa da renda dos consumidores, quando não a compromete integralmente e até mesmo ultrapassa sua capacidade de pagamento, ocasionando indesejável superendividamento.

5. Diagnósticos e soluções possíveis

O comércio eletrônico, ao lançar mão de instrumentos predatórios, sequestrou, na era digital, o controle psíquico-emocional dos indivíduos, sua consciência, seus desejos, sua subjetividade, sua autonomia.

[30] FECOMERCIO-SP. **Pesquisa de Endividamento e Inadimplencia do consumidor – PEIC**. Abril/2021-maio/2022. Disponível em: https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic. Acesso em: 28 jun. 2022.

Com isso, detecta-se que o problema central dos padrões sombrios reside na autonomia da vontade e no direito de informação. Nesse aspecto, a análise de uma perspectiva jurídica é vital para nossa compreensão de quais práticas podem efetivamente ser consideradas abusivas e como as políticas públicas podem avançar na solução dos problemas detectados.

A problematização da autonomia da vontade e do direito à informação se dá prioritariamente em virtude e **em face do postulado da livre iniciativa,** previsto no artigo 170 na nossa Constituição Federal, que possibilita o exercício do mercado em condições de apresentar livremente anúncios de vendas para convencer e conquistar o consumidor a adquirir bens e serviços.

Mas, como se observou no presente estudo, os padrões sombrios avançam muito além da livre iniciativa e ocasionam não só o comprometimento de direitos humanos básicos, mas da própria vida e da renda do consumidor, porque estimulam o consumo desnecessário, não sustentável, com altos níveis de endividamento. Além disso, ficou claro que os padrões sombrios interferem no controle consciente da mente humana, pois são eficazes em manipular e levar os consumidores a fazer o que eles não fariam quando confrontados com interfaces de usuário mais neutras. Cabe lembrar que a vulnerabilidade, além de integrar uma característica da parte mais fraca, manifesta-se sempre a partir de uma ação da parte mais forte na relação de consumo, como é o caso da publicidade e da propaganda.

A proteção do consumidor hipervulnerável, diante desse novo paradigma tecnológico, não se fará exclusivamente com base nas normas do direito do consumidor, mas deve dialogar, alinhar-se com outras normas que permitam atribuir um alcance ou contorno maior à ideia de hipervulnerabilidade a partir de outros tipos de violações.

Por exemplo, com respeito ao sequestro da autodeterminação do consumidor para tomar decisões e realizar as aquisições de bens e serviços, a Declaração Universal de Direitos Humanos, assegura-lhe, no artigo 19, o direito **à liberdade de opinião**.[31] Esse direito aqui é estendido da liberdade de se dizer o que pensa sem interferências, à liberdade do consumidor de emitir um julgamento ou opinião livre acerca de um produto ou serviço sem interferências ocultas em sua compreensão na relação comercial. Os padrões sombrios vulneram a liberdade de opinião, quando direcionada ao consumo.

[31] Declaração Universal de Direitos Humanos, Art. 19: Todos têm direito à liberdade de opinião.

Os padrões sombrios também violam o direito de consciência do consumidor, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso VI, no aspecto da liberdade de ter suas próprias convicções pessoais, sem interferências ocultas nos processos mentais e de raciocínio.

Os padrões sombrios violam a liberdade de pensamento do consumidor, prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, no sentido de que a ele, consumidor, deve ser assegurada a sua liberdade de análise das compras independentemente da visão ou interferência de terceiros.

Os padrões sombrios violam a vida privada do consumidor, assegurando-lhe a indenização pelo dano decorrente de sua violação, ainda que essa violação aconteça na privacidade de sua consciência, pensamentos íntimos e opiniões de consumo.

Nota-se que essa abordagem contempla verdadeira inovação jurídica, **a partir de uma extensão** na compreensão de vários conceitos que antes não alcançavam o direito do consumidor, mas que agora podem contribuir para assegurar a efetiva cidadania nos meios digitais.

Sob a ótica principiológica, a boa-fé objetiva, prevista no art. 4º, III, do Código do Consumidor, conquanto não possa funcionar como elemento limitador ao princípio da livre iniciativa, porque prevista em norma de grau inferior à norma constitucional, pode servir como argumento de harmonização e equilíbrio em uma relação de consumo contaminada por padrões sombrios:

> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Em reforço a essa compreensão, cabe assinalar que o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – reconheceu em seu artigo 2º, inciso II, que o uso da *internet* no Brasil tem como fundamento o "exercício da cidadania em meios digitais"[32], contemplando assim, a regulação de direitos e deveres do cidadão envolvido no *e-commerce*.

[32] BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

Ainda, tangenciando o uso de padrões sombrios na publicidade digital, o tratamento ordinário dado às práticas abusivas encontra-se disciplinado no art. 37, §2°, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

> § 2° É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Trata-se de rol não exaustivo, conforme a sua própria disposição "dentre outras" nos permite apreender. Portanto, outras hipóteses podem ser consideradas abusivas, como é o caso da publicidade que incite ao consumismo por meio de padrões sombrios e que tenha por consequência o superendividamento.

Na esfera administrativa, concernente à utilização de padrões sombrios no ambiente virtual de publicidade e propaganda, oportuno destacar que, no âmbito do Brasil, a matéria também é regulamentada pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, em cujo código prevê sanções leves aos infratores da regulação do *marketing*[33]:

> Artigo 50. Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:
> a - advertência;
> b - recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
> c - recomendação aos Veículos no sentido de que sustem a divulgação do anúncio;
> d - divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de Comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Nota-se que não há um efeito pedagógico ou uma gravidade nas sanções previstas na esfera administrativa, diante do problema encontrado, mostrando-se fraca a regulamentação do *marketing* nesta parte.

Em termos práticos, algumas soluções avultam diante dos padrões sombrios: o incremento das políticas públicas de educação do consumidor; o aperfeiçoamento da regulação; e a inovação jurídica e jurisdicional na extensão de conceitos antes não utilizados nesta área, a exemplo da liberdade de consciência, de pensamento e proteção da vida privada do consumidor, no aspecto da sua subjetividade.

[33] CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Capítulo V – Infrações e Penalidades, edição 2021/2022, p. 22. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 28 maio 2022.

Conquanto o problema encontrado nos padrões sombrios exceda a fronteira do direito do consumidor, alcançando contornos interdisciplinares, é importante realçar o **paradigma informacional** como núcleo central na esfera jurídica, a exigir um redimensionamento da ideia de hipervulnerabilidade no ambiente digital e políticas públicas tendentes a incrementar a educação do consumidor, bem como a previsão de sanções às plataformas digitais que insistam em práticas abusivas e indevidas de intromissão na autonomia da vontade, em última análise, na invasão da consciência do consumidor. As práticas de publicidade e *marketing* merecem igual atenção e especial regulamentação nesse contexto do *e-commerce*.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE publicou, em 17 de junho de 2021, um conjunto de ferramentas de implementação sobre ações legislativas para a cooperação na aplicação da proteção do consumidor[34], que os formuladores de políticas podem usar para melhorar sua resposta aos atuais problemas do consumidor, especialmente na recuperação após a crise sanitária deflagrada pela pandemia SARS-COV-2019. Trata-se de um recurso prático para as agências de proteção ao consumidor que atualmente não possuem a autoridade legal interna necessária para a cooperação de aplicação ou obtenção de ferramentas legislativas relevantes. Também fornece orientação para garantir que as reformas legislativas relacionadas sejam adequadas a esse objetivo. No entanto, o Brasil não foi um dos signatários da norma que divulgou essas ferramentas.

Ainda no âmbito internacional, existem duas diretrizes de políticas públicas da Organização das Nações Unidas voltadas ao consumo. São elas: a educação para consumo e a promoção do consumo sustentável.

O objetivo n. 12 do desenvolvimento sustentável da ONU volta-se ao consumo e produção sustentáveis e tem como uma de suas metas (Meta 12.1) a de assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis, mediante implementação do Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis. O Brasil comprometeu-se a implementar um Plano de Ação, em articulação com os seus entes federados. A "produção sustentável" pode ser

[34] OECD. Implementation toolkit on legislative actions for consumer protection enforcement co-operation. **OECD Digital Economy Papers**, 17 Jun 2021, n. 310, 70 p. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/implementation-toolkit-on-legislative-actions-for-consumer-protection-enforcement-co-operation_eddcdc57-en. Acesso em: 28 jun. 2022.

entendida como sendo a incorporação, ao longo de todo o ciclo de vida de bens e serviços, das melhores alternativas possíveis para minimizar impactos ambientais e sociais.[35]

A Meta 12.8 busca **garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante** e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza, até 2030. Tem como indicador o grau com que a (i) educação para a cidadania global e a (ii) educação para o desenvolvimento sustentável, incluindo a igualdade de gênero e os direitos humanos, são disseminadas a todos os níveis em: (a) políticas educativas nacionais, **(b) programas educativos,** (c) formação de professores e (d) avaliação de estudantes.

Com efeito, a educação do consumidor deve formar pessoas conscientes e informadas, no sentido de que possam conhecer e fazer respeitar seus direitos básicos, e também prevenir o superendividamento. Nesse sentido, faz-se necessária a construção e revisão de políticas públicas que desenvolvam programas de educação dos consumidores em espaços adequados e momentos oportunos.

6. Conclusão – Rumo a uma educação transformadora

A rápida difusão da tecnologia móvel, o principal meio de conexão à *internet* no Brasil, a par dos pontos positivos que apresenta para a economia, ostenta situações graves de vulnerabilidade digital do consumidor, diante das práticas indevidas de manipulação.

Na sociedade pós-moderna, o consumo está aliado à satisfação pessoal. A felicidade está intrinsecamente ligada ao ato de consumir, possuir e ostentar determinado produto ou serviço.

O consumo de bens e serviços supérfluos tem tomado o lugar de necessidades primárias. Isso pode ser verificado no comportamento massivo de consumidores que se endividam ao comprar um novo produto – convencidos de que era essencial tê-lo – e começam a ter prejuízos para o próprio sustento, ao não ter condições de arcar com aqueles custos, seja porque excederam o seu orçamento, ou por mudanças em seu cenário econômico.

[35] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. ODS12 – Consumo e Produção Sustentáveis. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods12.html#coll_12_8. Acesso em: 28 jun. 2022.

Como se observa, o tema é extenso e complexo. Somente agora está ganhando um maior campo de debates, de modo que a nossa abordagem não tem pretensão de esgotar todas as discussões possíveis. No entanto, é possível chegar a algumas conclusões.

Na Sociedade do consumo, o *e-commerce* é hoje o ambiente no qual o consumidor é mais enganado e se encontra em estado de vulnerabilidade agravada. Há necessidade de maior abrangência do conceito de hipervulnerabilidade para abarcar o consumidor do *e-commerce*, em razão dos padrões sombrios.

A adoção de padrões sombrios traz uma verdadeira ruptura na noção de autonomia da vontade, o que requer nova proteção normativa, inclusive constitucional, à liberdade de pensar, de escolher, de contratar. Talvez proteção até mesmo para a privacidade da mente humana, alcançada pelas práticas de *marketing* com padrões sombrios.

Há um campo aberto para inovação jurídica, talvez até jurisdicional, já que essas novas perspectivas podem ser reconhecidas pelos tribunais, a partir de uma argumentação consentânea com a realidade, na compreensão e extensão do alcance da noção de inviolabilidade da vida privada. O direito precisa se reinventar nesses novos tempos.

O ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente, em face da realidade atual, para assegurar, por si só, a dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor no mercado de consumo digital.

Na formulação de políticas públicas, uma ênfase especial deve ser dada à necessidade de agravamento das sanções para o *marketing* no *e-commerce* para incluir multas pecuniárias e, talvez, suspensão de *sites* etc.

É urgente um redimensionamento do conceito de hipervulnerabilidade para estendê-lo ao consumidor do *e-commerce*, bem como a criação de sanções mais pesadas às publicidades enganosas no âmbito da *internet*. Sobretudo, é a educação e a disseminação de informação ao consumidor que ostentam o potencial transformador da realidade detectada.

7. Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

BÖSCH, Christoph; ERB, Benjamin; KARGL, Frank; KOPP, Henning; PFATTHEICHER, Stefan. Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns. **Proceedings on Privacy Enhancing Technologies**, Issue 4(October 2016), p. 237-254. Disponível em: https://www.sciendo.com/article/10.1515/popets-2016-0038. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRETON, Philippe. **A manipulação da palavra**. São Paulo: Loyola, 1999.

BRIGNULL, Harry. Dark patterns: Deception vs. honesty in UI design. *In*: **A list Apart**. Issue Nº 338, November 01, 2011. Disponível em: https://alistapart.com/article/dark-patterns-deception-vs.-honesty-in-ui-design/. Acesso em: 20 maio 2022.

BRIGNULL, Harry. Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you. **The Verge**, on August 29, 2013. Disponível em: https://www.theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfaces-designed-to-trick-you. Acesso em: 20 maio 2022.

BRIGNULL, Harry. Types of deceptive design. **Decptive Disign**. Disponível em: https://www.deceptive.design/types. Acesso em: 28 maio 2022.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC.br); NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.br); COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASI (CGI.br). **Pesquisa TIC Domicílios 2020**. Resumo Executivo. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201505/resumo_executivo_tic_domicilios_2020.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Capítulo V – Infrações e Penalidades, edição 2021/2022, p. 22. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 28 maio 2022.

FECOMERCIO-SP. **Pesquisa de Endividamento e Inadimplencia do consumidor – PEIC**. Abril/2021-maio/2022. Disponível em: https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic. Acesso em: 28 jun. 2022.

GRAY, Colin M.; KOU, Yubo; BATTLES, Bryan; HOGGATT, Joseph; TOOMBS, Austin L. The Dark (Patterns) Side of UX Design. *In*: **Proceedings of the 2018 CHI Conference on**

Human Factors in Computing Systems. April 2018, paper nº 534, p. 1–14, Montréal, QC, Canada. dl.acm.org, 534:1–534:14. Disponível em: https://doi.org/10.1145/3173574.3174108. Acesso em: 20 maio 2022.

HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. PUC. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade. Acesso em: 28 maio 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. ODS12 – Consumo e Produção Sustentáveis. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods12.html#coll_12_8. Acesso em: 28 jun. 2022.

LAZZARATO, Maurizio. Atualmente vigora um capitalismo social e do desejo. [Entrevista concedia a] Pedro Lipcovich. Trad. Anne Ledur. **Jornal Página 12**, 20-12-2010. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/categorias/173-noticias-2011/39543-atualmente-vigora-um-capitalismo-social-e-do-desejo-entrevista-com-maurizio-lazzarato. Acesso em: 28 jun. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

LUBY, Gustavo. Prova social: O que é, como funciona e por que ela é importante. **Leadster**. 27 maio 2021. Disponível em: https://leadster.com.br/blog/prova-social-o-que-e-como-funciona-e-por-que-ela-e-importante/. Acesso em: 28 jun. 2022.

MATHUR, Arunesh; ACAR, Gunes; FRIEDMAN, Michael J.; Lucherini, Elena; MAYER, Jonathan; CHETTY, Marshini; NARAYANAN, Arvind. Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. **Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction**. V. 3, Issue CSCW, November 2019, Article nº 81, p. 1-32. Disponível em: https://doi.org/10.1145/3359183. Acesso em: 28 maio 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020.

MIRSCH, Tobias; LEHRER, Christiane; JUNG, Reinhard. Digital Nudging: Altering User Behavior in Digital Environments. **Proceedings der 13. Internationalen Tagung Wirtschaftsinformatik (WI 2017)**. - St. Gallen, Suíça. Disponível em: https://www.alexandria.unisg.ch/250315/. Acesso em: 28 jun. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Implementation toolkit on legislative actions for consumer protection enforcement co-operation. **OECD Digital Economy Papers**, 17 Jun 2021, n. 310, 70 p. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/implementation-toolkit-on-legislative-actions-for-consumer-protection-enforcement-co-operation_eddcdc57-en. Acesso em: 28 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A Caminho da Era Digital no Brasil**. OECD Publishing: Paris, 2020, p. 72-244. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/a-caminho-da-era-digital-no-brasil_45a84b29-pt. Acesso em: 20 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 18 set. 2020. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 28 jun. 2022.

REYES, Christine. O que é experiência do usuário? **Liferay**. 2021. Disponível em: https://www.liferay.com/pt/resources/l/user-experience. Acesso em: 28 jun. 2022.

RIBEIRO, Júlio *et al*. **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. São Paulo: Atlas, 2008.

ICMS SOBRE TRANSFERÊNCIA DE GADO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE

ICMS ON CATTLE TRANSFERENCE AND THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF ACRE

Allan Nunes Callado[1]

RESUMO

O presente estudo da área tributária visa à análise evolutiva dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Acre a respeito da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na transferência de gado bovino entre estabelecimentos e especificamente a respeito da questão da cessação do diferimento das operações internas com a saída do gado em pé. O artigo tem como método de abordagem o método indutivo e como método de procedimento o método monográfico por meio da pesquisa bibliográfica na doutrina tributária contemporânea e pesquisa documental, incluindo consultas ao repositório de jurisprudência da Corte de Justiça do Estado do Acre. Como resultados, verificou-se que o Tribunal de Justiça do Acre tem posição firme quanto à inconstitucionalidade de incidência do ICMS sobre a transferência de gado para estabelecimentos do mesmo proprietário. Porém, quanto à cobrança do tributo na cessação do diferimento pela saída em pé de gado bovino, os precedentes sobre o assunto são escassos e o entendimento ainda é incipiente, sendo possível concluir que o tema merece maior atenção dos pretores acreanos.

Palavras-chave: Tribunal de Justiça do Estado do Acre; jurisprudência; ICMS; transferência; gado.

ABSTRACT

The present study of the tax area aims at the evolutionary analysis of the precedents of the Court of Justice of the State of Acre regarding the incidence of the tax on the Circulation of Goods and Provision of Interstate and Intermunicipal Transport and Communication Services (ICMS) on the transfer of cattle between establishments and specifically with regard to the question of the cessation of the deferral of internal operations with the departure of standing cattle. The article has as its method of approach the inductive method and as a method of procedure the monographic method through bibliographic research on contemporary tax doctrine and documentary research, including consultations to the jurisprudence repository of the Court of Justice of the State of Acre. As a result, it was found that the Court of Justice of Acre has a firm position on the unconstitutionality of ICMS incidence on the transfer of cattle to establishments of the same owner. However, regarding the collection of the tax in the cessation of the deferral

1 Graduado em Direito, Especialistas em Filosofia do Direito (PUC/MG) e em Direito Processual Civil (Anhanguera). Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Professor Substituto do Curso de Direito da Universidade Federal do Acre. E-mail: allancallado@gmail.com

for the departure of cattle on foot, the precedents on the subject are scarce and the understanding is still incipient, being possible to conclude that the subject deserves greater attention of the acrean praetors.

Keywords: Court of Justice of the State of Acre; jurisprudence; ICMS; transference; cattle.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os tributos tornaram-se a principal forma de arrecadação dos entes federados para a satisfação das necessidades coletivas, de modo que o fenômeno tributário vem se tornando cada vez mais objeto de amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo quando incidente em operações de grande importância econômica para o Estado e para o empresariado.

Nesse sentido, pesquisas realizadas no Estado do Acre informam que sistemas de produção agropecuários têm participação predominante na economia do setor primário, sendo, também as atividades de maior impacto social e ambiental no meio rural do Estado (VALENTIM, 2006, p. 1).

Desse modo, referida atividade econômica possui grande potencial para ser tributada como manifestação de riqueza por meio de impostos. Não por menos, há incidência de Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na circulação específica dessa mercadoria no Estado do Acre e para fora de seus limites territoriais.

Não obstante os regramentos da Constituição Federal, leis federais, leis e decretos estaduais e convênios, a doutrina e a jurisprudência deparam-se com diversos questionamentos sobre a incidência do ICMS nas operações com gado bovino.

Por esse motivo, a pesquisa que se segue objetiva à análise evolutiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Acre a respeito da incidência ou não de ICMS na transferência de gado, abrangendo a transferência de gado bovino entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

O artigo tem como método de abordagem o método indutivo e como método de procedimento o método monográfico por meio da pesquisa bibliográfica na doutrina tributária contemporânea e pesquisa documental, incluindo consultas ao repositório de jurisprudência da Corte de Justiça do Estado do Acre.

No primeiro tópico, analisa-se o panorama normativo da incidência de ICMS sobre a transferência de gado bovino. Em momento seguinte, aborda-se a questão específica da não incidência do ICMS na transferência de gado entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Por fim, adentra-se ao ponto fulcral da pesquisa e realiza-se uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Acre sobre o assunto.

Não se objetiva, com o presente estudo, esgotar o conteúdo sobre matéria tão abrangente, mas tão somente contribuir com a sistematização da jurisprudência local sobre a tributação de atividade tão importante para a economia do Estado do Acre.

2 INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE GADO BOVINO

A autonomia dos entes federados somente pode ser mantida dentro do pacto federativo por meio do seu autofinanciamento, o que se dá, em regra, pelo exercício do poder de tributar e, excepcionalmente, pelo exercício da atividade econômica estatal (MACHADO, 2010, p. 29).

Dentre outros tributos da competência estadual, o ICMS exerce um importante papel na arrecadação de receitas tributárias que farão frente às despesas públicas. Previsto no artigo 155 da Constituição Federal, tem suas balizas normativas delineadas por lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, da Carta Constitucional, de modo que foi a Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir) que estabeleceu as normas gerais sobre esse tributo, sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 1966) na matéria não conflitante.

O artigo 1º da Lei Kandir estabelece que:

> Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (BRASIL, 1996).

No caso do Estado do Acre, o exercício do seu poder-dever de tributar a circulação de mercadorias deu-se com a elaboração da Lei Complementar n.º 55, de 1997, que instituiu o ICMS nas hipóteses que prevê em seu artigo 2º, estabelecendo, ainda, os demais elementos da hipótese de incidência (elementos pessoal, material, quantitativo, temporal e espacial). Outras questões mais específicas foram regulamentadas pelo denominado Regulamento do ICMS do Estado do Acre, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 8, de 1998.

Por sua vez, a "deliberação sobre a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS é realizada mediante convênios entre as Fazendas de tais entes políticos, firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz)." (PAULSEN, 2020, p. 269).

Embora seja um único imposto, o ICMS revela-se em diversas hipóteses de incidência: o imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias; imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; o imposto sobre serviços de comunicação; o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. São cinco impostos diferentes justamente porque têm hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes.

Com efeito, o que distingue um tributo do outro não é o nome que possui, nem a destinação do seu produto de arrecadação, mas a hipótese de incidência, confirmada por sua base de cálculo, nos termos do artigo 4º, do CTN.

Dentro da sistemática tributária, os princípios e regras de tributação aplicam-se no geral (por exemplo, a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade) ou de modo específico a alguns tributos ou somente a alguns de uma espécie tributária (por exemplo, o princípio da capacidade contributiva). No caso do ICMS, convém mencionar a aplicação do princípio (e técnica de tributação) da não cumulatividade. Segundo a doutrina de Leandro Paulsen:

> "A não cumulatividade é uma técnica de tributação que visa impedir que incidências sucessivas nas diversas operações de uma cadeia econômica de produção ou comercialização de um produto impliquem ônus tributário muito elevado, decorrente da tributação da mesma riqueza diversas vezes. Em outras palavras, a não cumulatividade consiste em fazer com que os tributos não onerem em cascata o mesmo produto." (PAULSEN, 2020, p. 228)

Colocado o panorama normativo do ICMS, importa a análise da principal hipótese de incidência, qual seja, a hipótese relativa às operações de circulação de mercadorias.

Conquanto pareça intuitiva a interpretação dessa hipótese de incidência, muitas são as divergências apontadas principalmente pela doutrina a respeito de cada um dos termos que compõem seu âmbito de abrangência, isto é, os termos "operação", "circulação" e "mercadoria".

Mauro Luís Rocha Lopes aponta qual seria o sentido do termo "mercadoria":

> "Mercadoria é expressão que há de ser entendida a partir do sentido próprio que lhe atribuiu o Código Comercial, vigente à época da promulgação da Constituição de 1988. De fato, o intérprete da lei tributária não pode modificar a definição, o sentido e o alcance de instituto de direito privado, quando este tenha sido utilizado expressamente pela Constituição para definir competência tributária (CTN, art. 110). Da redação do art. 191 da Lei 556/1950, vigente em 1988, extrai-se que o conceito de mercadoria engloba bens móveis e semoventes enquanto objeto de circulação econômica, ou seja, envolvidos em atividade mercantil." (LOPES, 2010, p. 410)

Por sua vez, Leandro Paulsen cita Paulo de Barros Carvalho para esclarecer o conceito de "operação":

> "Operações, no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios hábeis para provocar a circulação de mercadorias. Adquire, neste momento, a acepção de toda e qualquer atividade, regulada pelo Direito, e que tenha a virtude de realizar aquele evento.". (CARVALHO, 1981, p. 170 *apud* PAULSEN, 2013, p. 330)

Por fim, temos o conceito de "circulação", que para doutrina e jurisprudências remansosas, possui o sentido jurídico de efetiva transmissão dos direitos de disposição sobre a mercadoria, passando-se a titularidade a alguém com poderes jurídicos sobre a coisa, ainda que não seja necessariamente o proprietário (PAULSEN, 2013, p. 331).

Com base nesses parâmetros interpretativos, os Tribunais Superiores fixaram diversos precedentes sobre a incidência ou não incidência do ICMS.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: sobre a incidência de ICMS nas operações de *leasing* internacional (RE 206.069/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13.09.2005); sobre a não incidência de ICMS sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras (Súmula Vinculante n.º 32); que na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro (Súmula Vinculante n.º 48); que não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias (ICMS) a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato (Súmula 573, do STF); e que é legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete (Súmula 662, do STF).

Por sua vez, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os entendimentos de que: o fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação (Súmula 163, do STJ); não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte (Súmula 166, do STJ); o ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular

(Súmula 350, do STJ); as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (Súmula 432, do STJ).

No que se refere especificamente às operações de circulação de gado bovino, aplica-se a regra geral do artigo 2º, da Lei Complementar Estadual n.º 55, de 9 de julho de 1997:

> Art. 2º O Imposto incide sobre:
> I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados; (ACRE, 1997)

Assim, a transferência interna ou interestadual de gado configura circulação de mercadoria, incidindo o imposto com as respectivas alíquotas e base de cálculo: nas operações internas, 17% (dezessete por cento) do valor da operação (artigo 18, inciso I e artigo 6º, inciso I, alínea "a", da Lei Complementar Estadual n.º 55, de 1997) e nas operações interestaduais, 12% (doze por cento) do valor da operação (artigo 18, inciso II e artigo 6º, inciso I, alínea "a", da Lei Complementar Estadual n.º 55, de 1997).

3 TRANSFERÊNCIA DE GADO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE

A lei complementar estadual estabeleceu em seu artigo 5º que se considera ocorrido o fato gerador no momento da saída da mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Ocorre que, para os Tribunais Superiores, o simples deslocamento entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, sem negócio jurídico, não enseja a incidência do ICMS, pois não há a chamada circulação jurídica (BRASIL, 2022d). Desse modo, o comando normativo acima citado afigura-se inconstitucional.

Tal entendimento se tornou tão reiterado no conjunto dos precedentes pátrios que o Superior Tribunal de Justiça o consolidou no enunciado sumular n.º 166:

> "Súmula 166/STJ. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (BRASIL, 1996)

Já o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n.º 1.255.885, em sede de Repercussão Geral (Tema 1.099), reafirmou a jurisprudência da corte no sentido da não incidência do ICMS, do qual se colaciona a ementa:

> "EMENTA Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em unidades federadas distintas. Ausência de transferência de propriedade ou ato mercantil. Circulação jurídica de mercadoria. Existência de matéria constitucional e de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Agravo provido para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento de modo a conceder a segurança. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.
> (ARE 1255885 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020)" (BRASIL, 2020)

Por fim, em julgado mais recente, a Corte Constitucional brasileira declarou a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996. Vejamos a ementa do julgado da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 49:

> "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes. 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996.
> (ADC 49, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 03-05-2021 PUBLIC 04-05-2021)" (BRASIL, 2021)

De todos os julgados mencionados, destaca-se o julgamento da ADC 49 no qual o Tribunal Constitucional decidiu, por unanimidade, a improcedência dos pedidos formulados, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, nos termos do voto do Relator.

Em suas razões de decidir, o Ministro Relator Edson Fachin decidiu que a interpretação do termo "circulação" que melhor se adequa à Constituição Federal é a de

circulação jurídica, ou seja, aquela em que há transmissão da titularidade ao consumidor final, no que restou seguido pelos demais ministros da Suprema Corte. Vejamos:

> "(...)
> Há anos os julgamentos que discorrem sobre fato gerador do ICMS se dão no sentido de que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, visto que não há transmissão de posse ou propriedade de bens.
> (...)
> Em consequência a esta conclusão, este Supremo Tribunal Federal, a que compete manter a unidade e a autoridade da Constituição Federal, entende ser irrelevante que os estabelecimentos do mesmo contribuinte estejam no mesmo estado federado, ou seja, não configura como fato gerador de ICMS o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular em unidades federativas diferentes:
> (...)
> Dessa forma, interpretando-se segundo a Constituição da República, a circulação de mercadorias que gera incidência de ICMS é a jurídica. Entendo, assim, que o mero deslocamento entre estabelecimentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em unidades diferentes, não é fato gerador de ICMS, sendo este o entendimento consolidado nesta Corte, guardiã da Constituição, que o aplica há anos e até os dias atuais.
> Ainda que algumas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular possam gerar reflexos tributários, a interpretação de que a circulação meramente física ou econômica de mercadorias gera obrigação tributária é inconstitucional. Ao elaborar os dispositivos aqui discutidos houve, portanto, excesso por parte do legislador.
> Ademais, tem-se ainda, que recentemente, o Tribunal Pleno ratificou a sua jurisprudência no ARE n 1.255.885/MS, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), firmando a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1099: "Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.".
> É necessário, pois, que os tribunais brasileiros decidam em conformidade ao entendimento desta Suprema Corte, a fim de que reconheçam a força vinculante da Constituição e observem a sistemáticas de precedentes vinculantes em matéria tributária; consectária dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da confiabilidade.
> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido da presente ação, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996." (BRASIL, 2021)

Desse modo, é possível notar a consolidação do posicionamento dos tribunais superiores quanto à forma de interpretação do termo "circulação" que caracteriza a incidência de ICMS, entendimento totalmente aplicável às operações de transferência de gado bovino entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que em unidades da Federação distintas.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

Sistematizado o cenário da jurisprudência nacional, cabe adentrar de modo mais aprofundado no objeto da presente pesquisa, qual seja, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Acre a respeito da transferência de gado bovino, incluindo diversas situações, sobretudo a transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e a mais novel

manifestação pretoriana sobre a cessação do diferimento previsto nos artigos 21 e 22, do RICMS/AC (Decreto Estadual n.º 008/1998).

Em pesquisas realizadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Acre (consulta completa de jurisprudência) com a utilização dos termos “ICMS”, “transferência”, “gado” e “bovino”, a consulta retorna 18 (dezoito) precedentes. Em triagem desses documentos, verificou-se que apenas 13 (treze) dos processos analisaram, no mérito, a questão da legitimidade da cobrança do ICMS sobre o gado bovino, todas referindo-se à situação de transferência entre propriedades do mesmo contribuinte.

Na análise da fundamentação jurídica das decisões, percebeu-se que os Desembargadores vêm se atentando à jurisprudência vinculante dos Tribunais Superiores, especificamente à mencionada Súmula n.º 166, do STJ e ao Tema 1.099 da Repercussão Geral do STF. Vejamos os dois precedentes mais recentes nesse sentido:

> “REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE SEMOVENTES ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA TITULARIDADE DAS MERCADORIAS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO STJ E STF. SENTENÇA MANTIDA. 1. Consoante pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixado em súmula (enunciado n.º 166) e recurso repetitivo, "o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (...) A circulação de mercadorias versada no [art. 155, II, da Constituição Federal] refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade". (REsp Repetitivo n.º 1125133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 25.8.2010). 2. Idêntico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, estatuído em tese de repercussão geral, segundo a qual: "não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia" (ARE 1255885 RG, Rel. Min Dias Toffoli. J. 14.8.2020). 3. Caso dos autos: impugnação, em mandado de segurança preventivo, de possíveis lançamentos de ICMS em razão da transferência interestadual de gado bovino entre fazendas do mesmo titular, sem transferência da propriedade dos semoventes. 4. A transferência interestadual de gado bovino entre fazendas do mesmo titular, sem demonstração da transferência da propriedade dos semoventes, subsume-se perfeitamente à ratio decidendi dos precedentes que formaram o enunciado STJ n.º 166, bem assim do REsp 1125133/SP e do ARE 1255885 RG. 5. Digno de nota que o caso concreto julgado pelo STF no ARE 1255885 RG versou sobre controvérsia fática idêntica à veiculada neste processo: contribuinte proprietário de fazendas em mais de um estado da federação, com risco de cobrança de ICMS em razão da movimentação de gado entre suas propriedades, sem modificação da titularidade dos semoventes. 6. Remessa necessária improcedente.
> (Relator (a): Des. Laudivon Nogueira; Comarca: Rio Branco;Número do Processo:0700660-14.2021.8.01.0001;Órgão julgador: Primeira Câmara Cível;Data do julgamento: 24/02/2022; Data de registro: 24/02/2022) Cível 1ª Vara da Fazenda Pública” (ACRE, 2022a).

> “DIREITO TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE SEMOVENTES ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA TITULARIDADE DAS MERCADORIAS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO STJ E STF. SENTENÇA MANTIDA. 1. Consoante pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixado na Súmula n. 166 e em sede de recurso repetitivo, "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". De acordo com a Corte Superior, a circulação de mercadorias versada no art. 155, II, da CF/1988 refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade, o que não ocorre na espécie. 2. Idêntico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado em tese de repercussão geral, segundo a qual "não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia" (ARE 1255885 RG, Rel. Min Dias Toffoli. Julgado em 14/08/2020). Precedentes desta Corte de Justiça. 3. Remessa Necessária improcedente.
> (Relator (a): Des. Luís Camolez; Comarca: Rio Branco;Número do Processo:0700031-19.2021.8.01.0008;Órgão julgador: Primeira Câmara Cível;Data do julgamento: 16/02/2022; Data de registro: 16/02/2022) Cível 1ª Vara da Fazenda Pública” (ACRE, 2022b)

Nesse sentido, é importante relembrar que o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) estabeleceu algumas hipóteses de jurisprudência vinculante. Em seu artigo 927, incisos II e IV, restam assinalados os julgados do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Do mesmo modo, o diploma processual definiu em seu artigo 926 que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Trata-se da influência que sofreu o Código de Processo Civil pela teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, que em sua lógica interpretativista-construtivista concebe o direito – visto sob a melhor luz – como um conjunto íntegro e coerente de regras e princípios aptos a legitimar o uso da coerção na regulação do convívio social (DWORKIN, 2007).

É o que busca fazer o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre, mantendo a coerência de suas decisões com a jurisprudência já consolidada dos Tribunais Superiores e com o seu próprio histórico jurisdicional.

Por outro lado, ainda no campo da pesquisa realizada, há um único precedente que salta aos olhos: trata-se do acórdão do Agravo de Instrumento n.º 1000551-14.2019.8.01.0900. Nesse caso específico, o Tribunal de Justiça do Estado do Acre reconheceu a incidência do ICMS uma vez que a transferência de gado entre propriedades do mesmo contribuinte não configurou o fato gerador, mas tão somente o momento de cessação do

diferimento concedido pelo Regimento do ICMS/AC (Decreto Estadual n.º 008/1998). Vejamos o citado precedente:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE GADO ENTRE PROPRIEDADES RURAIS DO MESMO TITULAR. TUTELA DE URGÊNCIA. HIPÓTESE SUJEITA AO DIFERIMENTO. ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO COM A SAÍDA DOS SEMOVENTES PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LCE Nº. 55/97 E DO DECRETO ESTADUAL Nº. 008/98 (RICMS). AUSÊNCIA DO FUNDAMENTO RELEVANTE. RECURSO PROVIDO. 1. Diante do ordenamento jurídico vigente, em especial a a Lei Complementar Estadual nº. 55/97 e o Decreto Estadual nº. 008/98 (RICMS), imperiosa a incidência do ICMS no transporte interestadual de gado entre os estabelecimentos do impetrante, ainda que a mercadoria não tenha sua titularidade transferida, haja vista o encerramento do diferimento na espécie. 2. Hipótese em que não incide a Súmula nº. 166, do STJ, porquanto não há a tributação pelo simples fato da transferência interestadual de gado bovino, mas sim a configuração do ônus de recolher aquilo que já era pertinente quanto às operações de circulação anteriores. 3. Agravo de Instrumento provido.
> (Relator (a): Des. Roberto Barros; Comarca: Senador Guiomard;Número do Processo:1000551-14.2019.8.01.0900;Órgão julgador: Segunda Câmara Cível;Data do julgamento: 23/07/2019; Data de registro: 23/07/2019)" (ACRE, 2019)

Verifica-se que, no caso, o Estado do Acre passou a fundamentar seus autos de infração nos artigos 21 e 22, do RICMS/AC (Decreto Estadual n.º 008/1998), que preveem:

> "Art. 21. Ocorre o diferimento, quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre a saída da mercadoria ou da prestação de serviços forem transferidos para a etapa ou etapas posteriores de sua circulação ou execução, ficando o recolhimento do imposto a cargo do contribuinte destinatário.
> Parágrafo único. O diferimento previsto neste artigo não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte originário no caso de descumprimento, total ou parcial da obrigação pelo contribuinte destinatário.
> Art. 22. O imposto incidente sobre os produtos, a seguir enumerados, fica diferido para o momento previsto neste artigo:
> I - papel usado e aparas de papel, sucatas de metais, cacos de vidro, retalhos, fragmentos, resíduos de plásticos ou de tecidos, promovidas por qualquer estabelecimento, para o momento em que ocorrer:
> a) a entrada dos produtos no estabelecimento industrial;
> b) a saída daquelas matérias primas destinadas a estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação ou para o exterior;
> II - gado em pé, promovido pelo produtor, para o momento em que ocorrer:
> a) o seu abate ainda que efetuado em matadouro não pertencente ao produtor;
> b) a sua saída para outra Unidade da Federação ou para o exterior;
> (...)" (ACRE, 1998)

O diferimento refere-se a uma postergação do pagamento do tributo para momento mais oportuno para a Administração Fazendária. Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo aponta que:

> "No âmbito do ICMS é muito comum a instituição da substituição tributária acompanhada da figura da "antecipação do fato gerador", quando há a exigência antecipada do imposto antes da concretização do seu fato gerador, a chamada substituição tributária para frente ou progressiva. Outrossim, também se verifica a instituição da substituição tributária acompanhada do diferimento do pagamento do

> tributo, ou seja, da postergação do pagamento do ICMS para uma etapa posterior da cadeia de incidência do tributo, chamada substituição tributária para trás ou regressiva." (FIGUEIREDO, 2018, p. 35)

Porém, ainda que feito o *distinguishing*, percebe-se da leitura do voto da decisão do agravo que os julgadores não adentraram em outras questões a respeito do referido diferimento, sobretudo no aspecto material da hipótese de incidência, ou seja, quais foram os fatos geradores cujo pagamento foram postergados.

Com efeito, o regramento estadual também não deixa claro quais são as operações cujo pagamento é diferido, situação que pode gerar, inclusive, a tributação da transferência de gado entre propriedades do mesmo contribuinte de modo simulado pelo Fisco Estadual, ou seja, tributa-se como se diferimento fosse quando na verdade se está tributando a situação proibida pela jurisprudência nacional e do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Assim, em que pese esteja consolidada a inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre a transferência de gado entre propriedades do mesmo contribuinte, a jurisprudência sobre o diferimento ainda se encontra incipiente, inicial, e merece a submissão de novos questionamentos que poderão esclarecer questões importantes sobre essa nova forma de tributar a transferência de gado no Acre.

5 CONCLUSÃO

De toda a análise realizada, verificou-se que não há precedentes sobre a incidência do imposto nas operações entre estabelecimentos de contribuintes diversos ou ainda para o consumidor final em outra unidade da Federação, sobretudo porque a legislação é clara que nessa situação incide o imposto.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, seguindo a jurisprudência vinculante e obrigatória do STF e do STJ estabeleceu que não haverá a incidência quando a circulação ocorre entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que localizados em unidades da Federação distintas.

Por fim, percebeu-se que a Fazenda Estadual criou hipótese de substituição tributária na qual posterga para frente o pagamento de operações com o gado, determinando que o momento da cobrança é a saída do gado bovino em pé para outro Estado da Federação.

Porém, não restou definido nem na legislação e nem na jurisprudência que operações seriam essas.

Sobre esse último assunto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Acre ainda é incipiente, tendo caráter, *a priori*, de manter a incidência do tributo. No entanto, é preciso considerar diversos fatores, como a possibilidade de que tal prática pode configurar a tributação sem circulação jurídica de mercadoria, a qual já foi declarada ilegal e inconstitucional pelos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS

ACRE. *Decreto Estadual n.º 008, de 26 de janeiro 1998*. Regimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250372>. Acesso em 11 mar. 2022.

ACRE. *Lei Complementar Estadual n.º 55, de 9 de julho 1997*. Dispõe quanto ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2014/09/LeiComp55.pdf>. Acesso em 11 mar. 2022.

ACRE. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Agravo de Instrumento. *Processo n.º 1000551-14.2019.8.01.0900*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE GADO ENTRE PROPRIEDADES RURAIS DO MESMO TITULAR. TUTELA DE URGÊNCIA. HIPÓTESE SUJEITA AO DIFERIMENTO. ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO COM A SAÍDA DOS SEMOVENTES PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LCE Nº. 55/97 E DO DECRETO ESTADUAL Nº. 008/98 (RICMS). AUSÊNCIA DO FUNDAMENTO RELEVANTE. RECURSO PROVIDO. Órgão julgador: Segunda Câmara Cível. Comarca: Senador Guiomard. Relator Des. Roberto Barros. Data do julgamento: 23/07/2019. Data de registro: 23/07/2019. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=97338&cdForo=0>. Acesso em 11 mar. 2022.

ACRE. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Apelação em Mandado de Segurança. *Processo n.º 0700660-14.2021.8.01.0001*. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE SEMOVENTES ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA TITULARIDADE DAS MERCADORIAS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO STJ E STF. SENTENÇA MANTIDA. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Comarca: Rio Branco. Relator Des. Laudivon Nogueira. Data do julgamento: 24/02/2022. Data de registro: 24/02/2022. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2441977&cdForo=0>. Acesso em: 11 mar. 2022.

ACRE. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Apelação em Mandado de Segurança. *Processo n.º 0700031-19.2021.8.01.0008*. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO.

ICMS. TRANSFERÊNCIA DE SEMOVENTES ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA TITULARIDADE DAS MERCADORIAS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO STJ E STF. SENTENÇA MANTIDA. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Comarca: Rio Branco. Relator Des. Luís Camolez. Data do julgamento: 16/02/2022. Data de registro: 16/02/2022. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2441775&cdForo=0>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado 166*. Súmula. Primeira Seção, em 14.08.1996. DJ 23.08.1996, p. 29.382. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 49 / RN*. Inteiro Teor. Relator Min. Edson Fachin. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Interessado: Presidente da República. Interessado: Congresso Nacional. Processo Eletrônico. DJe-084. Divulgação: 03-05-2021. Publicação: 04-05-2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755741172>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ICMS não incide sobre deslocamento interestadual de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular*. Brasília. 25 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450285&ori=1#:~:text=Circula%C3%A7%C3%A3o%20de%20mercadorias,-O%20ministro%20Dias&text=Segundo%20o%20presidente%20do%20STF,o%20fato%20gerador%20de%20ICMS.>. Acesso em: 11 mar. 2022.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo. Substituição tributária para frente e antecipação do pagamento de tributos – limites constitucionais. 128 f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Direito tributário brasileiro.* 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo.* 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAULSEN, L. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Esmafe, 2013.

VALENTIM, Judson Ferreira. Produção e potencial para a agropecuária no Acre. Comunicado técnico. Recomendações técnicas. Programa Estadual de Zoneamento Econômico-Ecológico

do Estado do Acre - Fase II, 2006. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/125911/1/25688.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

TEMPOS INTERESSANTES DE UM LUGAR NO MUNDO

Eva Evangelista de Araújo Souza [1]

Na obra Entre o Passado e o Futuro, Hannah Arendt afirma que, para ser livre, o homem precisa de um lugar no mundo. O lugar, onde emprego esforços, pensamentos e energia para o exercício da jurisdição e dos programas sociais, ontem e hoje, abrange a população do estado do Acre, em especial os mais necessitados, moradores das periferias das cidades, a população rural formada por agricultores, trabalhadores rurais, ribeirinhos, seringueiros, crianças e adolescentes, jovens, os indígenas e as mulheres (presidiárias, inclusive) em situação de violência doméstica e familiar, os idosos, as parcelas invisíveis da sociedade e das políticas publicas, do acesso à justiça, sobreviventes da realidade causada pelo distanciamento físico e institucional resultado da indiferença e da falta de compaixão.

Com a memória voltada aos meus 46 (quarenta e seis) anos de exercício da magistratura – desses, 36 (trinta e seis) anos na segunda instância da judicatura no Tribunal de Justiça do Estado do Acre (instalado em 15 de junho de 1963) – conforta a dedicação de companheiras/os de jornada do sistema de justiça, pelo compromisso social, por vezes abrangendo municípios de Comarcas somente alcançadas pelos rios ou avião de pequeno porte, com olhar diferenciado ao cidadão dessa parte da Amazônia Ocidental, o torrão acreano conquistado pelos nordestinos comandados pelo gaúcho Plácido de Castro pela Revolução Acreana.

Embora um dos primeiros tribunais a oferecer 100% dos processos em formato eletrônico, existiu um tempo, não muito distante, que os servidores trabalhavam de forma artesanal, montando os processos, escrevendo à mão, datilografando e encadernando as folhas.

1Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Acre (TJAC). Coordenadora estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar do TJAC. Professora aposentada do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Acre (UFAC)

Então, a companheira de labor do servidor e do julgador era a máquina Olivetti e os sonoros estalidos das alavancas, acionadas por teclas pesadas, batendo na fita que transferiam as letras para o papel preso no cilindro que a cada toque mudava de posição para, de forma calculada, formar palavras, frases e textos. Um barulho ruidoso que, com a evolução da tecnologia, passou, aos poucos, a disputar espaço com o telefax, de barulho estridente ao ser acionado pelo sinal enviado a quilômetros de distância, pela linha telefônica, em que um aparelho emissor remetia documento escrito para outro aparelho receptor.

Também a rememorar a forma artesanal, em que os processos de papel eram costurados. Sentenças, a instrução processual, as audiências e decisões eram datilografados na máquina manual Olivetti. Posteriormente elétrica.

Sem dúvida, inconteste o salto tecnológico da máquina de escrever, do telefax, do computador, da internet e da digitalização dos processos, e a influência no desenvolvimento do trabalho das unidades judiciárias.

Certo é que o processo de instrumentalização tecnológica do Judiciário já era uma realidade e os esforços empregados nesse sentido, mas a pandemia da COVID-19 (corona virus disease) acelerou o passo e encurtou a expansão do processo judicial eletrônico, agora denominado de processo 100/o digital ou Justiça 5.0.

Contudo, o acesso à justiça, considerado direito fundamental de 4ª (quarta) geração, com assento em uma variada gama de dispositivos constitucionais (art.1º, incisos II e III; art.2º; art.3º; art.5º, incisos XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXXIX, XL, XLV, XLVI LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXV, LXXVII, LXXVIII; arts.92 a 126, dentre outros, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88) deve representar a busca permanente de todos que integram o sistema de justiça.

Embora a admiração e o reconhecimento aos benefícios introduzidos pela tecnologia em suas mais diversificadas formas do conhecimento humano, notadamente da comunicação, o anseio da sofreguidão digital não deve sobrepor a humanidade dos integrantes da magistratura e de seus servidores ante o compromisso com as pessoas da capital do estado, Rio Branco, e daquelas dos municípios e lugares mais remotos do Acre.

Em outros termos, conquanto vivamos em tempos de larga difusão dos meios tecnológicos e de verdadeira disrupção, não podemos perder a sensibilidade e empatia com os

setores da sociedade que, mesmo antes dessa profusão digital, não poderiam ser considerados incluídos no sistema de justiça brasileiro. É uma inferência lógica de que, se não o eram antes, não serão a internet e os avanços tecnológicos dela decorrentes, per si, que irão alterar essa realidade como em um toque de mágica, ainda que alavancados pela pandemia mundial ora vivenciada.

Nessa perspectiva, dados extraídos da rede mundial de computadores revelam a existência dos denominados "excluídos digitais", ou seja, parcela da população brasileira que sequer têm acesso à internet. Ao que consta, ¼ dos brasileiros estão considerados nessa condição, veja:

De acordo com o último estudo TIC domicílios, de 2019, produzido pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, mostra que 134 milhões de brasileiros ou 74% do total acessaram a internet nos últimos três meses.

Em outras palavras, isso significa que 26% dos brasileiros ou aproximadamente 47 milhões de pessoas simplesmente nunca acessaram a rede mundial de computadores. São os excluídos digitais – e que dificilmente deverão ingressar na lista de consumidores do comércio eletrônico nos próximos meses ou até anos.

Por seu turno, de acordo com o Mapa das Desigualdades Digitais no Brasil, produzido em parceria pela Rede de Informação Tecnológica Latino-America – RITLA, Instituto Sangari e o Ministério da Educação – MEC3, o Estado do Acre, conta com uma população estimada de 894.470 habitantes (dados do IBGE4), ocupa o incômodo 6º (sexto) lugar no índice das desigualdades digitais, conforme tabela 6 daquele mapeamento.

Por isso, compreendo que laborou bem o Conselho Nacional de Justiça ao expedir a novel Recomendação n.º 101, de 12 de julho de 20216, que considera a existência dos excluídos digitais e procura garantir uma transição entre a total digitalização dos processos judiciais e o atendimento presencial dessa população que não tem acesso aos meios de comunicação digitais e/ou não tenha possibilidade ou conhecimento para utilizá-los. A propósito dessa recomendação, destaco a redação de seu art.2º, com vênia:

Art. 2º Recomenda-se aos tribunais brasileiros disponibilizar, em suas unidades físicas, pelo menos um servidor em regime de trabalho presencial durante o horário de expediente regimental, ainda que cumulando funções, para atendimento aos excluídos digitais,

a fim de garantir o amplo acesso à justiça, efetuar o encaminhamento digital dos eventuais requerimentos formulados e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário.

Ainda assim, o acesso à Justiça não pode ser concebido unicamente como acesso aos prédios de fóruns ou a processos, ou ao direito de litigar em juízo. Vai além disso, porque consabido que parcela da população das cidades e aquela distanciada de fóruns e juizados não é atendida em suas demandas básicas.

Nesse aspecto, necessário mencionar experiências bem sucedidas do judiciário acreano com o programa social denominado Projeto Cidadão, realizado há mais de 25 anos, e a Justiça Comunitária, a partir de 2002. Tratam-se, na verdade, de políticas públicas de Estado que o Judiciário deve institucionalizar para conferir aos cidadãos o verdadeiro acesso à Justiça preconizado na Constituição Federal.

Ademais, o movimento de ir até o cidadão e assegurar não apenas direitos, mas também voz, reduz a distância do Poder Público. É certo que esse estado de coisas, ou seja, o contato direto com a sociedade, digitalização alguma deve alterar, em qualquer de seus níveis (4.0, 5,0, 5.1 ...).

De essencial, da experiência extraída das inúmeras viagens ao interior do estado do Acre desde 1975 e do contato direto com as populações menos abastadas, compreendo que ainda há muito a entregar para a sociedade em termos materiais, antes de oferecer a promessa do processo digital. E amplio a percepção de que esse dever de entrega não é apenas do Poder Judiciário, mas de todos os atores políticos, em um esforço conjunto, planejado e necessário, por vital para uma existência livre e digna.

Por ora, volvendo o olhar para o passado a centrar no presente e no futuro para enfim concretizar a entrega das promessas constitucionais assentadas em nossa Carta da República enquanto mero dever ser, democratizando materialmente o acesso à Justiça. Para então, ao depois, falar de integral acesso digital. Por enquanto, o chamado processo 100/o digital, a Justiça 5.0 não passa de um ensaio, que não contempla em sua inteireza a população ante a expressiva parcela digital excluída. Não há contemporizar nesse aspecto ou admitir sobressaltos ou atalhos, mesmo porque a jurisdição somente atinge a plenitude quando voltada a todos, em igualdade de condições, em especial à parcela da população invisível dantes referida.

Eis as percepções que extraio de uma longa vivência na magistratura de carreira, na Amazônia, no Acre, um estado da federação que completará 60 anos em 2022, mas com uma história densa, de nordestinos, os fortes, no dizer de Euclides da Cunha, atraídos pelo "ouro negro", a extração do látex, que remonta ao século XIX.

Verdadeiramente importa, parafraseando o Apóstolo Paulo, prosseguir para o alvo, combater o bom combate, acabar a carreira e, sobretudo guardar a Fé (2 Timóteo 4. 7-8). Tempos melhores virão de Justiça e Paz Social.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

AMB. Em atenção a sugestão da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (fonte: https://www.amb.com.br/cnj-atende-sugestao-da-amb-para-garantir-acesso-justica-para-46-milhoes-de-cidadaos/).

ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

Ventura**,** Ivan **. Excluídos digitais: um quarto dos brasileiros sequer tem acesso à internet**. Disponível em: https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/22/excluidos-digitais-acesso-internet/amp/.

Waiselfisz, Julio Jacobo. **Mapa das Desigualdades Digitais no Brasil**. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1285_1680_desigdigitalbrasil.pdf.

IBGE. **Panamora do Acre**. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ac/panorama.

AMB. Acesso a Justiça. Disponível em: https://www.amb.com.br/cnj-atende-sugestao-da-amb-para-garantir-acesso-justica-para-46-milhoes-de-cidadaos/).

CNJ. **RECOMENDAÇÃO N o 101**, DE 12 DE JULHO DE 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original185102202107146ef3216bda0d.pdf.

A PENUMBRA FÁTICA NAS DECLARAÇÕES E DEPOIMENTOS: ALGUMAS TÉCNICAS PARA INQUIRIÇÃO E VALORAÇÃO DOS FATOS

THE PHATIC PENUMBRA IN THE STATEMENTS AND TESTIMONIES: SOME TECHNIQUES FOR QUESTIONING AND VALUING THE FACTS

Tiago Gagliano Pinto Alberto [1]

RESUMO

Os objetivos do artigo são descrever o problema da valoração das declarações e dos depoimentos, no ambiente processual, assim como a maneira de o juiz aferir o grau de confiabilidade das narrativas. Tal aferição se baseia em técnicas inter e transdisciplinares, oriundas principalmente de ramos do pensamento científico em princípio alheios ao Direito. No artigo são explorados alguns achados científicos pertinentes à (i) duração do evento, (ii) estresse e o seu efeito na memória, (iii) dificuldade na percepção de traços pessoais, (iv) o Verbal Overshadowing effect, com a variação do weapon effect e (v) os fluxos (ou fatores) central e periférico da narrativa, todos em ordem a aferir o grau de corroboração entre o que é dito e a reconstrução do fato alegado. Ao final, o artigo sugere a utilização das técnicas destacadas como aptas a servir como parâmetro de aferição da confiabilidade das narrativas, mesmo em situações críticas, nas quais os elementos existentes nos autos são parcos, rarefeitos e contraditórios. A metodologia empregada é a dedutiva e método exploratório, com amparo em fontes doutrinárias consistentes em artigos e livros.
Palavras-chave: Valoração da prova. Técnicas de inquirição. Decisão.

ABSTRACT

This article aims to describe a problem involving the valuation of statements and testimonies in the procedural environment and how the judge can conduct the assessment of the degree of reliability of the narratives from inter and transdisciplinary techniques, originating mainly from branches of scientific thought in principle alien to the law. The article explores some scientific findings relevant to (i) the duration of the event, (ii) stress and its effect on memory, (iii) difficulty in perceiving personal traits, (iv) the Verbal Overshadowing effect, with the variation of the weapon effect and (v) the central and peripheral flows (or factors) of the narrative, all in order to assess the degree of corroboration between what is said and the reconstruction of the alleged fact. In the end, the article suggests the use of the techniques highlighted as capable of serving as a parameter for measuring the reliability of the narratives, even in critical situations, in which the existing elements in the records are scarce, rare and contradictory. The article uses

1 Pós-Doutor em Direito pela Universidad de León/ES e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Pós-Doutor em Psicologia Cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito no TJPR. Email: tiagogagliano@hotmail.com.

a deductive methodology and an exploratory method, supported by doctrinal sources consistent with articles and books.
Keywords: Evidence valuation. Inquiry techniques. Decision.

Sumário: 1. Introdução; 2. Algumas advertências inaugurais; 3. A duração do evento; 4. O estresse e o seu efeito na memória; 5. A dificuldade na percepção dos traços pessoais; 5.1 O verbal overshadowing effect; 5.2 O weapon effect; 6. Os fluxos (ou fatores) centrais e periférico da narrativa; 7. Considerações finais; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Imagine que determinado juiz se encontra conduzindo a tomada de declarações de uma possível vítima de um crime sexual, um estupro, por exemplo, em uma audiência de instrução e julgamento. Nos autos, há indícios da prática do delito, mas nada conclusivo; apenas indícios. Nenhum material genético foi encontrado no corpo da vítima e tampouco no ambiente onde ela diz ter ocorrido o cometimento do crime. Apenas há testemunhas que viram o Acusado próximo da vítima, pedindo um cigarro, de forma gentil e educada. O acusado, por outro lado, sustenta com todas as forças que a interação dele com suposta vítima foi apenas essa mesmo: a de pedir um cigarro; que não fez nada a mais e que logo após lhe ter sido negado o tabaco, foi embora, o que a testemunha não viu.

Diante desse quadro, como deverá decidir o juiz? Compreendendo a existência de indícios no sentido de que o Acusado esteve com a possível vítima, com ela interagiu e que, logo após, foi revelado todo o encadeamento fático por ela a respeito do ocorrido, deverá condená-lo? Ou, ao revés, considerando que não há elementos circunstanciais ou que, para além de qualquer dúvida, indiquem a ocorrência do delito, deverá então absolve-lo? Qual o fiel da balança?

Se esse fosse um caso real, como tantos outros parecidos, o juiz muito provavelmente agregaria todos os indícios mencionados, a declaração da possível vítima e, ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada e adotada em todas as demais Cortes de Justiça, no sentido de que a palavra da vítima ostenta especial relevância,

principalmente naqueles crimes cometidos às ocultas, e consideraria provada a ocorrência do crime (a materialidade) e a autoria, direcionada ao Acusado[2].

A decisão estaria correta sob o ponto de vista da lógica do sistema, mantendo a coerência em relação à *ratio decidendi* haurida do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a Corte responsável pela uniformização da compreensão do direito infraconstitucional. Mas, poderia o juiz fazer melhor do que isso? Poderia examinar mais de perto algumas circunstâncias fáticas não imediatamente visíveis à luz pouco clara das declarações da ofendida em contraste com a versão do Acusado? Acaso positivo, existiriam técnicas para isso?

O presente artigo tratará justamente dessa zona cinzenta, nada trabalhada pelo direito positivo, mas tão essencial para a reconstrução fática do evento ocorrido. Abordaremos algumas sugestões da psicologia do testemunho, psicologia experimental, neurociências e até mesmo da economia comportamental traduzidas por meio de perguntas que poderiam ser direcionadas à possível vítima e ao Acusado, a fim de obter melhor esclarecimento acerca dos eventos ocorridos. Também veremos alguns aspectos relacionados à valoração da resposta às perguntas feitas e como podem servir para elevar ou diminuir o grau de corroboração em relação ao que é sustentado pelos envolvidos no caso.

Se formos bem-sucedidos, ao final do trabalho teremos apresentado elementos relevantes a que casos da mesma natureza daquele imaginário apresentado possam ser julgados com maior precisão e sem recurso à jurisprudência do STJ como se fosse uma espécie de cláusula fática de fechamento, capaz de ser utilizada para resolver imbróglio que não logrou ser definido pelos elementos existentes nos autos.

2. Algumas advertências inaugurais

Para começar, devemos aclarar alguns termos que serão utilizados com bastante frequência ao decorrer do texto e que, bem por isso, necessitam ser considerados da maneira como se apresentam neste artigo, a fim de que não sejam produzidas confusões terminológicas.

[2] Vide a respeito: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-11_11-07_Jurisprudencia-em-Teses-destaca-relevancia-da-palavra-da-vitima-de-estupro.aspx. Acesso em 18 set. de 2022.

Verdade e mentira são termos que não serão utilizados. A concepção de verdade é desde sempre intrincada, quer sob o ponto de vista filosófico, quer em outras áreas[3]. De fora parte a possibilidade de ser ideologizada[4], para ser utilizada não se poderá prescindir da definição do marco teórico pertinente ao seu uso[5]. Por outro lado, nem sempre é tão claro, mesmo à pessoa envolvida em determinado evento, o que é verdade e o que não é[6]. Considere, por exemplo, as falsas memórias, que, de maneira induzida ou voluntária, podem obnubilar muito esse traço aparentemente distintivo entre a verdade e a mentira: para quem depõe (ou declara) imbuído de falsas memórias, estará falando a verdade, ao passo que o observador externo, que possui informação que pode contrastar a versão apresentada, assim não será[7].

Por isso, preferiremos: **(a)** reconstrução dos fatos ocorridos; e **(b)** grau de corroboração, este compreendido da maneira proporcional à coincidência entre a reconstrução dos fatos e a sua ocorrência[8]. É dizer: quanto maior o grau de corroboração, maior também a adequação na reconstrução dos fatos narrados; e vice-versa.

[3] Como adverte Giuliana Mazzoni: MAZZONI, Giuliana. **Psicología del Testimonio**. Traducción de Amparo Moreno. Madrid: Editorial Trotta, 2019, p. 25-41.

[4] Vide, a respeito, o caso Sacco e Vanzetti, talvez uma das mais acentuadas manifestações da ideologização da verdade, capaz de ensejar a execução indevida de duas pessoas que sequer estavam na mesma cidade ao momento do cometimento do crime pelo qual foram acusadas, processadas e condenadas, tudo sob o amparo da lei e a vigilância dos aparelhos estatais institucionalizados. LAZZARETTI, Lucas P. **Sacco e Vanzetti. Os espelhos da ideologia**. Curitiba: Juruá, 2018.

[5] Entre muitas referências epistemológicas possíveis acerca da existência de metateorias acerca da verificação da verdade, sugerimos: PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Sylvia Gemignani Garcia. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

[6] A visão da neurociência acerca dessa dificuldade pode ser consultada em: SAPOLSKY, Robert M. **Comporte-se. A biologia humana em nosso melhor e pior**. Tradução de Giovane Salimena e Vanessa Barbara. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

[7] PATIHIS, Lawrence; FRENDA, Steven J.; LEPORT, Aurora K. R.; PETERSEN, Nicole; NICHOLS, Rebecca M.; STARK, Craig E. L.; MCGAUGH, James L.; LOFTUS, Elizabeth F.. **False memories in highly superior autobiographical memory individuals**. *In*: PSYCHOLOGICAL AND COGNITIVE SCIENCES, November 18, 2013, 110 (52) 20947-20952.

[8] A expressão "grau de corroboração" é tributária à epistemologia Popperiana, cobrando o sentido de guia para a preferência de uma certa teoria, a partir do critério de falseabilidade de um cenário teórico em relação a outro. Vide, a propósito, a citação do Autor: "Não é tanto o número de casos corroboradores que determina o grau de corroboração, mas sim a severidade dos vários testes a que a hipótese pode ser e foi submetida. A severidade dos testes, por seu turno, depende do grau de testabilidade e, consequentemente, da simplicidade da hipótese: a hipótese falseável em maior grau ou a hipótese mais simples é, também, suscetível de corroboração em maior grau. O grau de corroboração efetivamente alcançado não depende, como é claro, apenas do grau de falsificabilidade: um enunciado pode ser falsificável em alto grau e, ainda assim, estar corroborado de maneira apenas superficial, ou estar falsificado. Sem ser falsificado, poderá ter sido abandonado em favor de uma teoria suscetível de submeter-se a um teste melhor, da qual ele próprio – ou um enunciado suficientemente próximo – venha a ser deduzido." POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 293. No artigo ora apresentado, no entanto, a expressão recebe carga semântica distinta, como destacado no corpo do texto, embora parta de ideia similar.

Ademais, consideraremos indistintamente, para fins dos efeitos mencionados ao decorrer do artigo, as expressões depoimentos ou declarações. O controle empreendido em relação às informações trazidas ao processo não está propriamente atrelado ao seu autor, que pode ser uma testemunha, informante, vítima ou acusado, mas sim ao conteúdo[9]. Em que pese existam, claro, estudos dirigidos, no Direito ou fora dele, a cada qual das pessoas mencionadas, os efeitos destacados neste artigo podem ser verificados em todos os atores de maneira idêntica; e, quando assim não ocorrer, a peculiaridade será destacada[10].

Dito de outro modo: não haverá, para os fins desse artigo, posição epistemicamente privilegiada, de modo que uma declaração (ou depoimento) não se sobreporá a outra(o) tão somente pelo fato de que advém de uma pessoa X ou Y. Caso contrário, estaríamos navegando nas turbulentas e pouco precisas águas da prova tarifada e em nada poderíamos contribuir para o desate da questão fática complexa[11].

Por último, algumas vezes serão mencionadas as expressões "contexto de descoberta" em contraposição a "contexto de justificação". Estas são expressões filosóficas cunhadas por Hans Reichenbach[12] e que, tomadas pela teoria da argumentação jurídica por Jerzy Wróblewski[13], passaram a identificar, respectivamente, **(i)** a análise da legitimidade argumentativa dos argumentos lançados na decisão e **(ii)** a percepção e valoração dos fatos. Quando se fala em contexto de justificação, a ideia é verificar a existência de metateorias de fundamentação, ou seja, se o decisor foi capaz de fundamentar e apresentar a correspondente justificação, epistêmica ou não, da fundamentação. Para tanto, há muitos caminhos já percorridos e a percorrer, variando desde a análise da linguagem, até a construção de modelos argumentativos. Entretanto, no contexto da descoberta, a ideia é que os fatos apresentem protagonismo e que se examinem a forma de percepção da realidade fática e a sua valoração, a fim de que o produto final, a massa fática, seja compreendida e trabalhada.

[9] Há outras formas de controle, prescindíveis, por ora, para o presente artigo e, por isso, não abordadas.
[10] Vrij, A., Mann, S., Leal, S., & Fisher, R. P. (2021). **Combining verbal veracity assessment techniques to distinguish truth tellers from lie tellers**. *In*: THE EUROPEAN JOURNAL OF PSYCHOLOGY APPLIED TO LEGAL CONTEXT, 13(1), 9-19. Disponível em https://doi.org/10.5093/ejpalc2021a2. Acesso em 18 set. de 2022.
[11] COMAR, Danielle Nogueira Mota; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Posições epistêmicas privilegiadas e sugestões metodológicas para a valoração da prova oral: alguns aportes**. *In.*: REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ, ano XVII – maio 2022, vol. 23, p. 199-220.
[12] REICHENBACH, H. **Experience and Prediction**. Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 5-6.
[13] WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.

Eis, portanto, as expressões que serão utilizadas com alguma frequência no presente trabalho. Estabelecidas essas premissas, retornemos ao problema inaugural.

3. A duração do evento

Uma primeira abordagem, em que a psicologia do testemunho pode auxiliar, diz respeito à duração do evento. Diversos estudos, conduzidos ao longo de décadas, têm demonstrado que a passagem do tempo não se opera da mesma maneira para os participantes do evento e os observadores externos. Não se trata de uma questão física, mas de percepção individual e interação com o ambiente e as pessoas nele inseridas[14].

Os achados científicos pertinentes a essa área têm demonstrado que a passagem do tempo se dá de maneira mais lenta na proporção em que a pessoa inserida em um evento está mais próxima do centro crítico da ocorrência e a depender do seu sexo. Vejamos o seguinte estudo, narrado por Elizabeth Loftus:

> In the secondy study (Johnson and Scott, 1976), unsuspecting subjects who were waiting do participate in an experiment overheard either a neutral or violent conversation going on in the next room. A person, referred to as the target, the departed from the room, spending approximately four seconds in the presence of the waiting subjects. Both males and females overestimated the amount of time they thought they had viewed the target. Females reported that they had viewed him for an average of twenty-five seconds while males claimed it had been seven seconds, on the average. Thus, we have ample evidence that people overestimate the amount of time that a complex event takes. Furthermore, there is evidence that wen a person is feeling stress or anxiety, the tendency to overestimate the passage of time is increased even further (Sarason and Stoops, 1978)[15].

Partindo dessa narrativa e adotando os parâmetros temporais e espaciais sugeridos pelo estudo, imagine um suposto roubo a uma loja de conveniências localizada em um posto de gasolina. Todo o evento dura cerca de 2 minutos, mas, para a funcionária da loja de conveniências, que teve contato com o roubador e que era ameaçada com uma arma e ordenada

[14] LOFTUS, Elizabeth F.; SCHOOLER, Jonathan W.; BOONE, Stanley M.; KLINE, Donald. **Time went by so slowly: Overestimation of event duration by males and females**. *In*: APPLIED COGNITIVE PSYCHOLOGY, jan./mr. 1987. Íntegra disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.2350010103. Acesso em 18 set. de 2022.

[15] Em tradução livre do Autor: "No segundo estudo (Johnson e Scott, 1976), sujeitos desavisados que estavam esperando participam de um experimento e ouvem uma conversa neutra ou violenta acontecendo na sala ao lado. Uma pessoa, referida como alvo, sai da sala, passando aproximadamente quatro segundos na presença dos sujeitos em espera. Tanto homens quanto mulheres superestimaram a quantidade de tempo que pensaram ter visto o alvo. As mulheres relataram que o viram por uma média de vinte e cinco segundos, enquanto os homens alegaram que foram sete segundos, em média. Assim, temos ampla evidência de que as pessoas superestimam a quantidade de tempo que um evento complexo leva. Além disso, há evidências de que quando uma pessoa está sentindo estresse ou ansiedade, a tendência a superestimar a passagem do tempo aumenta ainda mais (Sarason e Stoops, 1978)." LOFTUS, Elizabeth. **Eyewitness Testimony**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 30.

a que entregasse todo o dinheiro, toda a situação tardou 12 minutos, o sêxtuplo do tempo original[16]. Da mesma forma, para as pessoas que se encontravam no interior da loja, o tempo demorou mais a passar, mas não tanto quanto como para a funcionária da loja, diretamente ameaçada pela pessoa que portava a arma.

Duas regras podem ser extraídas dos achados científicos pertinentes ao tema da duração: **(i)** quanto mais próximo do centro crítico do evento, mais lenta será a percepção da passagem do tempo e, da mesma forma, na medida em que o participante dele se afasta, mais próxima será a sua percepção a do observador externo; **(ii)** há variações na passagem do tempo para homens e mulheres, que o percebem diferentemente, ainda que envolvidos no mesmo evento.

Essa abordagem viabiliza questionamento específico acerca da passagem do tempo e a sua percepção, de sorte a que a resposta possa ser contrastada com os achados científicos, com o objetivo de elevar ou reduzir o grau de corroboração das informações obtidas. Pensemos na seguinte hipótese, em que o juiz indaga, especificamente à vítima (mulher) de um crime sexual, a respeito da correspondente percepção da duração do evento. Sua resposta é que tudo foi muito rápido e que pouco percebeu acerca do que estava ocorrendo. Tal resposta se revela contrária aos consistentes achados científicos obtidos, relativos à duração do evento, de modo que será possível relativizar o grau de corroboração da informação obtida. De outro giro, se a vítima (mulher) se revela recalcitrante em relação à duração de todo o evento, tampouco sabe precisar muito, ou, ainda, tem uma percepção de que tudo durou muito, tal elevará o grau de corroboração em relação à confiabilidade da informação.

Duas observações importantes, contudo. A aplicação da regra atinente à duração do evento não é exata e deve ser conformada às especificidades do caso concreto. Isso quer dizer que não será automática a elevação ou redução do grau de corroboração, em função da resposta advinda do participante do evento. Pode ser que a pessoa indagada tenha, efetivamente, percepção particularizada da passagem do tempo e, por isso, tenha apresentado respostas que discrepam do padrão haurido dos achados científicos. Para saber se isso ocorre, o juiz (ou quem a indagar), deverá fazer uso de algumas perguntas de controle aptas a delinear como funciona aquela percepção particularizada[17]. Deverá, por exemplo, indagar acerca de algum evento

[16] Estamos utilizando a proporção mencionada no estudo narrado por Elizabeth Loftus.
[17] São muitas e variadas as metodologias nas quais as perguntas de controle se baseiam. A esse respeito: KÖHNKEN, Günter; MANZANERO, Antonio; SCOTT, M. Teresa. **Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones**. *In*.: ANUARIO DE PSICOLOGÍA JURÍDICA, 25 (2015) 13–19. Vide ainda: Aamodt, M.

prévio pelo qual a pessoa passou e que para ela foi marcante (positiva, ou negativamente) e, a partir daí, verificar se a resposta se coaduna com as duas regras da passagem do tempo. Em se conformando às regras e, havendo resposta discrepante em relação ao evento sobre o qual se perquire naquele caso específico, tal contribuirá ainda mais para reduzir o grau de corroboração acerca da fidedignidade da informação; ao contrário, acaso a resposta acerca do evento prévio não se conforme às regras, esperar-se-á que a pessoa indagada apresente resposta na mesma linha no que tange ao evento cuja reconstrução se perquire, validando, portanto, a sua própria resposta anterior.

Em resumo:

Questionada sobre um evento marcante anterior, a suposta vítima: segue o padrão do achado científico.	Questionada sobre o evento perquirido: segue o padrão (mais próximo do centro crítico, mais lenta a percepção da passagem do tempo), com a variação mulheres-homens.	Então: **eleva-se** o grau de corroboração, em função da maior probabilidade da fidedignidade da informação.
Questionada sobre um evento marcante anterior, a suposta vítima: segue o padrão do achado científico.	Questionada sobre o evento perquirido: **não** segue o padrão (mais próximo do centro crítico, mais lenta a percepção da passagem do tempo), mesmo considerada a variação mulheres-homens.	Então: **reduz-se** o grau de corroboração, em função da menor probabilidade da fidedignidade da informação.
Questionada sobre um evento marcante anterior, a suposta vítima: **não segue** o padrão do achado científico.	Questionada sobre o evento perquirido: segue o padrão (mais próximo do centro crítico, mais lenta a percepção da passagem do	Então: **reduz-se** o grau de corroboração, em função da menor de probabilidade da fidedignidade da informação, considerando

G. y Custer, H. (2006). **Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception**. Forensic Examiner, 15(1), 6–11.

	tempo), mas discrepa da sua própria percepção da passagem do tempo.	que a pessoa inquirida discrepou da sua própria percepção pessoal, embora validasse a regra geral.
Questionada sobre um evento marcante anterior, a suposta vítima: **não segue** o padrão do achado científico.	Questionada sobre o evento perquirido: **não segue** o padrão (mais próximo do centro crítico, mais lenta a percepção da passagem do tempo), mas valida a sua própria percepção da passagem do tempo.	Então: **eleva-se** o grau de corroboração, em função da maior probabilidade da fidedignidade da informação, considerando que a pessoa inquirida discrepou da regra geral, mas validou a sua própria percepção pessoal, que é o seu padrão único acerca do tema.

Ademais da suposta vítima, se existirem outras pessoas envolvidas e, independentemente da posição no evento que assumam e da sua participação, todos devem ser testados previamente acerca da percepção quanto à passagem do tempo e, bem assim, em relação ao evento em si, a fim de que possam apresentar informações passíveis de contraste umas com as outras. Esse procedimento incrementará a possibilidade de contraste entre os diversos depoentes (declarantes).

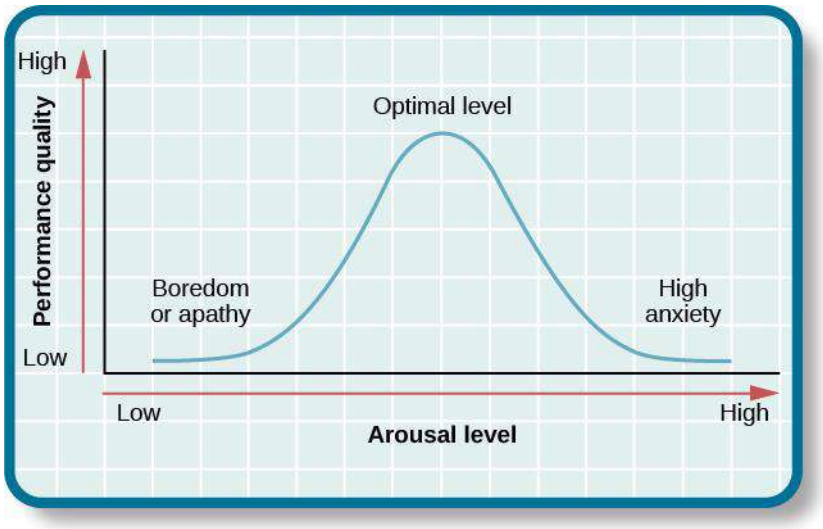
A prevalecer a regra geral, os mais próximos ao centro crítico tenderão a apresentar percepção mais lenta acerca da duração e, conforme forem se distanciando desse mesmo centro, mais se aproximarão da percepção do observador externo, com a variação mulheres-homens. Confirmada a regra, eleva-se o grau de corroboração em relação às informações.

Outra observação importante é que este não deve ser o único elemento no qual o juiz deverá se basear para tomar uma decisão. A compreensão do grau de corroboração não representa o fiel da balança, mas uma metodologia apta a validar ou não os elementos probatórios que, em conjunto, apontarão em determinado sentido. Ademais, outras abordagens poderão ser utilizadas, como veremos na sequência.

4. O estresse e o seu efeito na memória

Em 1908, os psicólogos Robert M. Yerkes e John Dillingham Dodson perceberam, a partir de experimentos, que ratos podiam ser motivados a completar um labirinto com leves choques elétricos. Entretanto, quando a intensidade dos choques era de maior grau, o nível de desempenho dos animais diminuía e a intenção de escapar se esvaía, fazendo com que permanecessem parados. A partir disso, elaboraram o que ficou conhecido como a "Lei de Yerkes-Dodson", segundo a qual o desempenho aumenta conforme o nível de excitação, mas se tais níveis se relevam muito altos, o desempenho diminui[18].

A lei foi representada graficamente da seguinte forma[19]:



A parte ascendente do U invertido pode ser considerada como o efeito energizante da excitação. A parte descendente é causada pelos efeitos negativos da excitação (ou estresse) nos processos cognitivos, como a atenção, a memória e a resolução de problemas. No platô, em que a excitação e o estresse se correspondem, verifica-se o ponto ótimo do processo cognitivo,

[18] BROADHURST, P. L. (1957). **Emotionality and the Yerkes-Dodson law**. *In*: JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY, 54(5), 345. Os resultados da Lei Yerkes-Dodson não são unânimes, como quase tudo em ciência. Um exemplo das críticas pode ser lido em: BROWN, W. P. **The Yerkes-Dodson Law Repealed**. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2466/pr0.1965.17.2.663?casa_token=XbEl-4WRHhEAAAAA%3A5kAgBaMaJeqgK3Cj6qJANxbucedUW2fZIBy2k_GEbY2bnHcJPjcyfy3ptrYfIIbJg9X2cf1mUBMz&journalCode=prxa. Acesso em 18 set. de 2022. Também em sentido crítico: CORBETT, Martin. **From law to folklore: work stress and the Yerkes-Dodson Law**. Íntegra disponível em https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JMP-03-2013-0085/full/html. Acesso em 15 set. de 2022.

[19] Imagem obtida em https://www.simplypsychology.org/what-is-the-yerkes-dodson-law.html. Acesso 17 set. de 2022.

em que há o melhor desempenho. Por outro lado, conforme os níveis de estresse aumentam, o processo cognitivo tenderá a decrescer, porque os efeitos deletérios gerados pela carga de estresse prejudicarão todas as demais atividades. Lembre-se: os ratos desistiram de fugir, permanecendo quietos quando a intensidade dos choques foi elevada.

A despeito da materialização da correlação por meio de um gráfico e a formulação de uma regra, os próprios Autores, Yerkes e Dodson, advertiram que não há um padrão para todas as pessoas e que as curvas são pessoais, podendo variar, notadamente em função de quatro elementos: **(a)** o nível de habilidade, **(b)** a personalidade, **(c)** o traço de ansiedade e **(d)** a complexidade da tarefa[20].

Dessa maneira, pessoas com alta habilidade e treinadas para executar a tarefa que estão realizando sob estresse terão um nível de tolerância maior e, por isso, uma curva ascendente igualmente maior. Pense em alguém que já prestou depoimentos muitas vezes e que, seja em razão do costume, seja pelo seu mister profissional (um advogado, juiz etc) já está acostumado com o ambiente judicial. Essa pessoa terá um nível muito maior de tolerância ao estresse de um depoimento e, por isso, uma curva de ascendência do U invertido muito maior. Por outro lado, imagine uma senhora, trabalhadora rural, que jamais esteve em um fórum até avançada idade de sua vida; para ela, qualquer detalhe ocorrido antes ou durante o depoimento (ou declarações) será um estresse tremendo. Por conseguinte, a curva ascendente será bem reduzida.

Da mesma forma, a personalidade afeta bastante. Há pessoas mais resistentes ao estresse e outras menos. É algo próprio e individual, mas que afetará na curva do gráfico e, de igual maneira, no processo cognitivo correspondente. Igualmente, a ansiedade proporcionará aumento ou não do nível de tolerância ao estresse, o que propiciará uma curva maior ou menor. E, por último, a complexidade da tarefa, aqui representada pelo fato investigado por oportunidade do depoimento/declarações. Quanto mais complexo e multifacetário, também a curva da memória estará afetada pelo contínuo e crescente estresse.

A fim de verificar as quatro condições mencionadas por Yerkes-Dodson e com o objetivo de utilizar da curva do U invertido como forma de contrastar a fidedignidade das informações, o juiz deverá elaborar perguntas de controle, questionando especificamente a respeito da **(i)** frequência com que a pessoa inquirida já esteve naquela posição em que deverá

[20] BROADHURST P. L. **Abnormal animal behaviour**. *In*: EYSENCK H. J. (Ed.). Handbook of abnormal psychology. London: Pitman, 1960. p. 726–763.

prestar informações e qual a sua profissão, **(ii)** se é alguém acostumado com estresse, por razões profissionais ou pessoais, e se apresenta nível de tolerância a tanto, **(iii)** se é ansioso, ou autoconfiante, ainda que sob pressão e, finalmente, **(iv)** se é capaz de desenvolver muitas tarefas ao mesmo tempo, ou com prazos exíguos, com desempenho elevado.

Esses são exemplos de perguntas de controle que podem ser realizadas pelo juiz, mas o traço da pessoa que depõe (presta declarações) poderá ser aferido por meio de outros questionamentos, ou até mesmo outras formas, documentais, ou especificamente direcionadas a traçar o seu perfil pessoal sob o ponto de vista técnico – pense, por exemplo, em uma entrevista cognitiva com a vítima de um crime sexual, em que os profissionais que a conduzem poderão já trazer ao juiz todas essas informações de base necessárias[21].

Uma vez delineados os quatro elementos e traçada a curva do U ascendente específica para a pessoa inquirida, o que se deverá esperar é que a memória dessa pessoa propicie recordação em mais detalhes e com maior precisão durante o início do evento, em que o estresse está se elevando. Também se espera que ao final do evento, quando o nível de estresse é por demais elevado, o seu comportamento seja o de parada, representado também pela pouca lembrança do que ocorreu; que a vítima convirja a si mesma, ensimesmando-se em função dos efeitos deletérios do evento em seus processos cognitivos.

É claro que, repisamos, as individualidades devem ser consideradas. Assim, para além das quatro características anteriormente destacadas, também os fatos como a memória em si[22], a idade[23], as consequências do ocorrido[24], entre outros deverão ser considerados, não

[21] A respeito das técnicas da entrevista cognitiva e como podem auxiliar (ou não) em ambiente policial e judicial: BEKERIAN, D. A., DENNETT, J. L. **The cognitive interview technique: Reviving the issues**. *In*: Applied Cognitive Psychology, August 1993. Íntegra disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.2350070403. Acesso em 15 set. de 2022.

[22] Que pode apresentar falhas em todo o fluxo do seu regular funcionamento, ou, ainda que não as apresente, ser alteradas por falsas memórias, ou, ainda, visualizar com preferência algum ponto específico, conforme a sua predominância (por exemplo: autobiográfica, emocional, perceptiva etc). A esse respeito, *inter plures*: GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. **Recordação de Eventos Pessoais: Memória Autobiográfica, Consciência e Julgamento**. *In*: PSICOLOGIA: TEORIA E PESQUISA, Out-Dez 2008, Vol. 24 n. 4, pp. 507-514. CARRILLO-MORA, Paul. **Sistemas de memoria: reseña histórica, clasificación y conceptos actuales. Primera parte: Historia, taxonomía de la memoria, sistemas de memoria de largo plazo: la memoria semántica**. *In*: SALUD MENTAL 2010; 33:85-93.

[23] Idades tenras e mais avançadas produzem efeitos diversos nos processos de funcionamento da memória e isso deve ser levado em consideração, inclusive quanto à inclusão na recordação do evento de narrativas imaginárias, próprias de crianças e idosos. A respeito: Ceci, S. J. y Bruck, M. (1993). **Suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis**. *In*: PSYCHOLOGICAL BULLETIN, 113, 403–439.http://dx.doi.org/10.1037/0033-2909.113.3.403. Hritz, A. C., Royer, C. E., Helm, R. K., Burd, K. A., Ojeda, K. y Ceci, S. J. (2015). **Children'ssuggestibility research: Things to know before interviewing a child**. *In*: ANUARIO DE PSICOLOGÍA JURÍDICA, 25, 3–12.

[24] A depender das consequências, produzem-se diversos efeitos, como, por exemplo, o esquecimento do que ocorreu, mais provocado por uma cegueira protetiva do que propriamente por defeitos no processo de

podendo a questão ser resolvida de maneira binária: recorda-se do início do evento com maior precisão, então eleva-se o grau de corroboração; não se recorda, então diminui-se. O padrão decorrente dos achados científicos, no entanto, revela-se útil enquanto norte a percorrer, ou trilha a seguir, de modo a servir como um elemento a mais a validar ou não determinada tese.

Portanto, se, em linhas gerais e já considerando os quatro fatores e as individualidades próprias da pessoa inquirida, em resposta às indagações formuladas pelo juiz o início do depoimento (declarações) se revela mais rico em informações e detalhado, ao passo que ao final os efeitos deletérios da lembrança se deixam entrever, em função do estresse contínuo e crescente, tem-se que o modelo de Yerkes-Dodson foi observado. Tal resultará na elevação do grau de corroboração, o que, aliado a outros elementos, poderá indicar, desde o prisma coerencial, elevação na característica da fidedignidade do que se relata. Ao contrário, se o posicionamento é distinto, contrariando a regra geral e isso não se encontra justificado pelas particularidades individuais, contrariando pura e simplesmente a regra advinda dos experimentos, então o nível de corroboração tenderá a diminuir. Dizemos tenderá apenas para recordar que nem todos se encaixam nos padrões e, bem por isso, poderá justo aquela pessoa indagada a representar uma dessas exceções, o que deverá ser percebido através das perguntas de controle e ponderado por oportunidade da valoração das informações obtidas.

5. A dificuldade na percepção dos traços pessoais

Interessante estudo conduzido por Brigham, Bennett, Meissner e Mitchel demonstrou a dificuldade de percepção pessoal de traços individuais dos rostos de pessoas de cor diversa, ou de grupos distintos, daquela indagada[25]. É o que se denomina viés da própria raça, ou do próprio grupo. Brancos caucasianos não apresentam facilidade em perceber detalhes salientes dos rostos de pessoas negras e vice-versa, assim como ambos tampouco logram perceber detalhes do rosto de asiáticos e esses idem em relação aos anteriores; e os três apresentam a mesma dificuldade de perceber detalhes de indígenas, assim como o contrário.

Esse é o padrão esperado, que pode variar conforme as individualidades. Imagine-se, por exemplo, que não se possa definir tão precisamente o fenótipo de uma pessoa, ou que a

funcionamento da memória. LOFTUS, E. F. y Davis, D. (2006). **Recovered memories**. *In*: ANNUAL REVIEW OF CLINICAL PSYCHOLOGY, 2, 469–498. Íntegra disponível em http://dx.doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.2.022305.095315. Acesso em 19 set. de 2022.

[25] BRIGHAM, J.C.; BENNETT, L.B.; MEISSNER, C.A.; MITCHELL, T.L. **The influence of race on eyewitness memory** (pp. 257-281). *In*: R. LINDSAY, D. ROSS, J. READ & M. TOGLIA (Eds.). Handbook of eyewitness psychology. Mahway, N.J: Lawrence Erlbaum & Associates, 2007.

pessoa inquirida possua laços estreitos e convívio próximo com pessoas de fenótipos diversos. Nesse caso, o padrão já variará e não se poderá esperar o mesmo comportamento que se verificou nos estudos com os traços isolados e considerados sem aproximação. Esse tema deverá animar a realização de perguntas de controle sobre o comportamento, história de vida pessoal e atual da testemunha, a fim de verificar a influência que a pessoalidade apresenta em relação ao padrão esperado.

De qualquer forma, delineadas as particularidades, o padrão esperado é aquele demonstrado pelos estudos, de sorte a que a resposta que mencione detalhes de rostos de pessoas com fenótipos diversos tenderá a revelar redução no grau de corroboração entre a reconstrução do fato e a narrativa, o que influenciará na percepção do contexto da descoberta. Ao contrário, considerando que o comportamento esperado é a dificuldade de relatar os detalhes, em ocorrendo essa situação, o que se revelará será a elevação do grau de corroboração e, por consequência, do nível de fidedignidade do depoimento/declarações.

Examinemos duas interessantes variações relacionadas à percepção de rostos e dos traços pessoais.

5.1. O verbal overshadowing effect

Chad Dodson, Márcia Johnson e Jonathan Schooler nos recordam, a propósito do *verbal overshadowing effect*, que o quão bem nos lembramos de um determinado evento depende em parte do critério que utilizamos para avaliar a informação que chega à nossa mente[26]. Se a descrição verbal de uma pessoa (ou realidade), por exemplo, não se encontra síncrona à percepção da imagem que temos dessa mesma pessoa (ou realidade), a tendência será reescrever a realidade, ou a anular, criando uma terceira forma de exposição[27].

Sejamos mais claros, a partir de um exemplo. Joana foi roubada, tendo havido ameaça à sua integridade física, sem, no entanto, a utilização de arma de qualquer natureza[28], a fim de que entregasse a bolsa ao roubador. Ela, ciente da orientação geral de não reação, obedeceu, sem questionar se a ameaça poderia ou não vir a ser cumprida como noticiada. Após o evento, Joana foi à delegacia de polícia para confecção de boletim de ocorrência e o policial José a informou que naquelas redondezas era corriqueira a atuação de uma gangue cujas fotos

[26] DODSON, Chad S., JOHNSON, Marcia K. and SCHOOLER, Jonathan W. The verbal overshadowing effect: Why descriptions impair face recognition. *In*: **MEMORY & COGNITION**, 1997, 25 (2), 129-139.
[27] MAZZONI, Giuliana. **Psicología del Testimonio**. Madrid: Editorial Trotta, 2019, p. 58.
[28] O que é relevante saber, a fim de que outro efeito não se revele patente, o *Weapon effect*.

ele já tinha disponíveis no sistema. Então, com o objetivo de tentar encontrar o culpado pelo crime, ele mostra as fotos da gangue à Joana, que, em seguida, tenta descrever verbalmente o rosto do meliante.

Nesse ponto, o *verbal overshadowing effect* opera. A imagem anteriormente mostrada à Joana confluirá decisivamente em sua descrição verbal e será capaz de alterar a feição do rosto do roubador, **(i)** anulando o verdadeiro rosto, **(ii)** criando um novo rosto gerado a partir da junção da imagem com a descrição, ou simplesmente **(iii)** ratificando o rosto visto pela imagem, ainda que não corresponda à face do roubador durante a consecução do fato bruto. A situação pode ainda piorar se o agressor for de diversa etnia da de Joana, que terá ainda mais dificuldades na descrição e poderá ser severamente influenciada pelo efeito em exame[29].

Na ponta da linha, haverá alguém que será acusado talvez sem qualquer participação naquele crime e, nada obstante, identificado com alto grau de certeza pela vítima, que, em nítido processo conhecido na neurociência como "paradoxo plástico"[30], estará influenciada pela interferência externa (*external bias*), alterando de tal sorte a sua visão da realidade que até mesmo as conexões neurais a propósito do que ocorreu poderão ter sido (re)construídas de maneira a que a nova imagem seja a acertada na visão da vítima, sem qualquer espaço para dúvida.

Então, o juiz deverá realizar perguntas prévias, de controle, acerca da apresentação anterior de imagens, ou vídeos, que possam acabar fomentando a ocorrência desse efeito na pessoa indagada, a fim de verificar se o reconhecimento que levou a cabo por oportunidade da fase extrajudicial ou mesmo a judicial se apresenta adequado a elevar ou diminuir o grau de corroboração no tocante às suas informações. Lembre-se que o contexto de descoberta representa a leitura dos fatos, o que se dá de maneira pessoal. O juiz também deverá perguntar a frequência da exposição da pessoa inquirida às fotografias ou vídeos, uma vez que tal fator influenciará tanto na percepção do evento, como na consolidação do viés levado a cabo pelo efeito ora em exame[31].

Aliás, nesse ponto, interessante relembrar a denominada regra de Hebb, percebida e sistematizada por Donald Hebb. Em 1949, o pesquisador descreveu um mecanismo básico da

[29] LOFTUS, Elizabeth F. **Eyewitness Testimony**. London: Cambridge, Massachusetts, 1979, p. 37-38.
[30] DOIDGE, Norman. **O cérebro que se transforma. Como a neurociência pode curar as pessoas**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 16ª ed., 2021, p. 14.
[31] MADDOX, W. T., & Estes, W. K. (1997). **Direct and indirect stimulus-frequency effects in recognition**. *In*: JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY: LEARNING, MEMORY, AND COGNITION, 23(3), 539–559.

plasticidade sináptica, no qual um aumento na eficiência sináptica surge da estimulação repetida e persistente da célula pós-sinápticas. Isso quer dizer que, de acordo com a regra de Hebb, quanto maior número de repetições para determinada excitação celular, maior a eficácia na realização da tarefa, seja ela uma recordação, seja de qualquer outra natureza[32].

Como consequência, se a mesma imagem ou vídeo é apresentada reiteradas vezes a determinada pessoa, a tendência será reconhecer com mais certeza e precisão a pessoa que viu na foto ou vídeo, materializada pelo Acusado, como o perpetrador do crime. Por isso, as perguntas de controle devem também abordar a frequência da exposição.

5.2. O weapon effect

Estudos envolvendo a percepção de eventos quando presente uma arma, de fogo ou não, têm demonstrado que a mera existência desse objeto é capaz de capturar a atenção do participante[33]. A explicação é óbvia, constatada pelos achados científicos. É que, diante do risco de morte ou lesão, a pessoa envolvida acaba por focar a sua atenção no objeto que pode ser utilizado para lesar a sua integridade pessoal.

Assim, como consequência do efeito arma, o padrão de comportamento será o da não percepção – ou dificuldade de percepção – dos demais elementos envolvidos no ambiente em que estará ocorrendo a situação criminosa. Se, agregando os efeitos anteriores, já resulta difícil para uma pessoa negra reconhecer detalhes do rosto de uma pessoa branca, o padrão indicará ainda maior entrave para descrever o rosto do agressor se a ameaça estiver sendo também materializada por intermédio de uma arma de fogo.

Se, ao contrário, refutando todos os padrões esperados – e não sendo constatado perfil errático por meio das perguntas de controle –, a pessoa agredida for capaz de descrever com ampla acuidade muitos detalhes salientes do rosto de pessoas de cor diversa, ainda que sob a mira de uma arma de fogo, a sua versão perderá muito em credibilidade, como resultado de baixo grau de corroboração.

Repisamos que tais elementos, por si sós, não servirão como forma única e definitiva para alcançar o resultado absolutório ou condenatório, mas, em conjunto

[32] HEBB, D.O. (1961). **Distinctive features of learning in the higher animal**. *In*: J. F. Delafresnaye (Ed.). Brain Mechanisms and Learning. London: Oxford University Press.
[33] MAASS, A.; KÖHNKEN, G. **Eyewitness identification: Simulating the "Weapon effect"**. *In*: LAW HUM BEHAV, 13, 397–408 (1989). https://doi.org/10.1007/BF01056411. LOFTUS, E.F., Loftus, G.R. & Messo, J. **Some facts about "weapon focus"**. *In*: LAW HUM BEHAV 11, 55–62 (1987). https://doi.org/10.1007/BF01044839.

considerados, poderão auxiliar no sentido de elevar ou diminuir o grau de credibilidade da tese fática narrada, resultando, aí sim, na absolvição ou condenação.

6. Os fluxos (ou fatores) centrais e periférico da narrativa

Diversamente do que estamos acostumados imaginar, toda narrativa possui ao menos dois fluxos muito bem delineados: o central e o periférico[34].

No fluxo central, a narrativa é subjetiva, por completo. Ainda que por vezes pareça que o narrador enfoca algo de maneira objetiva (por exemplo: o carro era vermelho; havia uma placa naquele local; eu vi um prédio), o faz a partir da sua representação do que ocorreu e pode estar influenciado por falsas memórias, ou vieses[35]. Toda narrativa do fluxo central é, por isso, subjetiva e necessita ser contrastada com o fator periférico, de natureza objetiva, para que determinados pontos em comum sejam obtidos (os pontos de inflexão), confirmando ou refutando a versão apresentada.

A narrativa, no fluxo central, seguirá uma ordem delineada; mas será a ordem subjetiva da pessoa que narra, o que quer dizer que a concepção de início, meio e fim poderá não seguir, necessariamente, a visão tradicional de início como algo que começa e fim como algo que termina; pode ser difusa, errática e disruptiva e, ainda assim, conterá, para o narrador, elementos que denotem o início, o meio e o final. O narrador se utilizará de uma sequência encadeada de eventos que demonstrem o que entende como princípio da ocorrência e o final, passando pelo ponto ápice. A ordem da narrativa poderá seguir uma das seguintes possibilidades, a depender do traço predominante da recuperação dos eventos na memória do narrador:

[34] As narrativas são amplamente estudadas no ambiente da psicanálise, por motivos óbvios. Lamentavelmente, no Direito pouca atenção se dá a esse importante elemento de captação da massa fática e que pode resultar na definição do maior ou menor grau de corroboração em relação à reconstrução dos fatos. Quiçá, aos poucos, a situação possa ser revertida. Há exceções, claro. TARUFFO, Michele. **Narrativas judiciales**. *In*: REVISTA DE DERECHO, Vol. XX - N° 1 - Julio 2007, Páginas 231-270 A respeito da importância da narrativa e técnicas correspondentes: LEDO, Iván Castillo; GONZÁLEZ, Hilda I.; CALZADA, Yasiel del Pino. **Técnicas narrativas: un enfoque psicoterapêutico**. *In*: NORTE DE SALUD MENTAL, ISSN-e 1578-4940, Vol. 10, Nº. 42, 2012, págs. 59-66. MARTÍNEZ C. **Salud Familiar**. **El uso de técnicas narrativas**. Editorial Pueblo y Educación; 2005.

[35] ZEMELMAN, Hugo. **Sujetos y subjetividad en la construcción metodológica**. *In*: Emma León y Hugo Zemelman (coords.), 1997, p. 21.

(a) autobiográfica: a narrativa tenderá a seguir uma ordem autobiográfica, considerando os elementos pessoais do narrador e as suas relações na conformação da sua própria vida[36].

(b) episódica: a narrativa tenderá a ser mais receptiva aos eventos em si, não focando tanto no narrador, sua história de vida etc, mas sim no encadeamento causal que resultou em determinada situação; aqui também o narrador tende a ser mais perceptivo quanto aos ambientes e o entorno.

(c) sequencial: a narrativa segue uma sequência, ficando bem delimitados início, meio e final da maneira como tradicionalmente compreendidos; aqui há uma variação: a (i) sequencial progressiva, em que os eventos são recordados do início ao fim; e a (ii) sequencial regressiva, em que os eventos são recordados desde o final, ou de algum outro marco temporal delimitado pelo narrador, até o início[37].

O juiz deverá compreender em qual desses marcos metodológicos se situa o processo de recuperação da memória do narrador e, a partir daí, tentar compreender o fluxo central dos acontecimentos.

Um detalhe importante: não será eficiente, uma vez percebida a metodologia de recuperação dos eventos, a elaboração de questionamentos direcionados a outra forma de perceber e narrar. Por exemplo: se o juiz percebeu que a testemunha (e demais atores, como mencionado no início do texto), opera o processo de lembrança baseado em ordem sequencial progressiva, será pouco efetivo insistir em perguntas de detalhamento ambiental, cujas respostas não serão proveitosas. Da mesma forma, percebendo o padrão autobiográfico, insistir em ordem sequencial sem atrelá-lo à história de vida, individualidade ou consequências pessoais na vida do narrador produzirá pouco efeito.

Ocorre que apenas a narrativa haurida do fluxo (ou fator) central pode não auxiliar na compreensão do evento como um todo, dada a característica da subjetividade. Ademais, decerto revitimizará a pessoa envolvida, na medida em que terá que revisitar toda a experiência traumática e, com isso, sofrer pela segunda, terceira, quarta vez, ou quantas forem as narrativas,

[36] PIÑA, Carlos (1989). **Sobre la naturaleza del discurso autobiográfico**. *In*: ARGUMENTOS, núm. 7, agosto, México, UAM-Xochimilco, pp. 131-160.
[37] LINDÓN, Alicia. **Narrativas autobiográficas, memorias y mitos: una aproximación a la acción social**. *In*: ECONOMÍA, SOCIEDAD Y TERRITORIO, vol. II, n. 6, 1999, 295-310.

o que a afetou. O ideal, portanto, será questionar, principalmente, acerca dos fluxos periféricos do evento, encontrando pontos de inflexão que confirmem ou afastem as narrativas.

O fluxo periférico, contrariamente ao principal, será totalmente objetivo. Isso se explica pelo fato de que neste campo a testemunha não estará focada na narrativa subjetiva do encadeamento de eventos experienciados, mas sim em comparações daqueles eventos com elementos cuja objetividade possa ser constatada por outras pessoas de maneira idêntica ou bem similar.

Tomemos como exemplo a seguinte narrativa:

(Juiz) – Senhora, por favor, poderia informar a altura da pessoa que a agrediu?

(Vítima) – Sim. Era uma pessoa alta.

Este é um exemplo de narrativa de fluxo central. A vítima descreveu o que percebeu como a altura do agressor, dentro da sua subjetividade. A percepção do critério "altura" para ela, no entanto, pode variar infinitamente.

Observemos agora a diferença da migração do fluxo central para o periférico, gerando ponto de inflexão.

(Juiz) – Senhora, por favor, poderia informar a altura da pessoa que a agrediu?

(Vítima) – Sim. Era uma pessoa alta.

(Juiz) – Ok. Mas, para fins de comparação, a altura era similar a dos presentes aqui na sala de audiências? Ou de nenhum dos presentes?

A pergunta feita pelo juiz, quanto à comparação da altura do agressor em relação aos presentes à sala de audiências, desloca o aspecto central para o periférico, algo não relacionado ao evento e, portanto, à subjetividade da vítima. Isso porque ela apontará algum dos presentes como tendo altura similar a do agressor e, embora todos os presentes possam apresentar altura de 1,60m, este será o balizamento de "alto" para a vítima.

Repare, ainda, aqui, três detalhes importantes.

O primeiro deles é que se a pergunta comparativa não tivesse sido formulada, o significado semântico da expressão "alto" para a vítima não teria sido esclarecido e, considerando que a altura de 1,60 não é, em geral, socialmente admitida, para os padrões da

sociedade brasileira, como alto, tal resposta poderia fomentar dúvida acerca da compreensão do Acusado como autor ou não da agressão.

Ao contrário, tendo o ponto de inflexão sido encontrado – a concepção de alto para aquela vítima é a de uma pessoa de 1,60 –, poderá ser mais fácil entender se o Acusado está ou não envolvido no alegado cometimento do crime.

A segunda observação é que o deslocamento do fluxo central ao periférico alivia a vítima. Ao se afastar dos elementos centrais, ainda que para fins comparativos, evita-se a revitimização que a retomada do encadeamento dos eventos necessariamente efetiva. Resulta mais fácil à vítima mencionar aspectos laterais acerca do que ocorreu do que revisitar o evento traumático e, com isso, experimentar novamente toda a ordem de acontecimentos que resultou em memória emocional deletéria para a sua vida. E, ainda, o juiz poderá se valer do ponto de inflexão – ou seja, do elemento comparativo – como fator a elevar ou diminuir o grau de corroboração em relação à narrativa da vítima. E, nesse aspecto, quanto maior a quantidade de pontos de inflexão – ou seja, de elementos comparativos externos –, maior também será a possibilidade de aferição da confiabilidade das declarações/depoimentos ofertados.

E a terceira observação diz respeito à natureza da pergunta. Repare que o juiz realizou pergunta aberta, ao questionar sobre a altura dos presentes e, bem assim, deixar em aberto à vítima a possibilidade de que a altura do agressor não fosse compatível com a de nenhum dos presentes. O que se pode depreender desse ponto é que o fluxo periférico não deverá ser motivo a ensejar perguntas sugestivas ou fechadas. Ao contrário, deverá o juiz ser hábil o bastante para estabelecer mais e mais elementos de comparação para, com isso, gerar mais e mais pontos de inflexão que elevem ou diminuam a confiabilidade do depoimento/declaração, mas sem que, com isso, feche a possibilidade de desenvolvimento da narrativa. O juiz deverá ser o facilitador da obtenção da informação, o gestor do fluxo da narrativa; e não quem decida o que deve ou não ser dito.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Experimente perguntar a várias pessoas que tenham presenciado a ocorrência de um fato, corriqueiro que seja, como, por exemplo, o trânsito de carros após o semáforo indicar quem pode avançar, o que ocorreu. Certamente cada qual dará uma resposta diferente. Alguns terão prestado mais atenção no carro vermelho que passou, outros no amarelo, outros nos pedestres, alguns em coisa alguma, porque estavam absortos em seu pensamento e por aí adiante. Cada um terá visto um fato diferente, porque terá simplesmente focado algo específico,

que terá sido o ponto dominante do seu encadeamento observacional. Afora esse ponto dominante, todos os demais pontos, dominados, poderão ser muito facilmente objeto de falsas memórias, já que mais suscetíveis ao manejo, interno (ou seja, da própria pessoa), ou externo (ou seja, de pessoas alheias), de vieses e de alterações de muitas naturezas distintas.

A percepção poderá ser diversa – e frequentemente o será, com exceção da existência de pessoas enfocando pontos dominantes iguais –, mas algumas peculiaridades da narrativa seguirão padrões constatados como comuns ao longo de décadas.

Estes achados científicos, alguns dos quais expostos neste artigo, poderão auxiliar o juiz a tomar uma decisão mesmo em situações críticas, em que poucos elementos probatórios advêm dos autos e são igualmente rarefeitas e contraditórias as informações obtidas a partir das narrativas dos envolvidos.

Em uma situação na qual o juiz tenha apenas as declarações da vítima de um crime sexual e a narrativa obtida do interrogatório do Acusado, ambas contraditórias, poderá **(i)** absolver, considerando a dúvida advinda da falta de elementos, ou **(ii)** condenar, baseando-se principalmente na orientação jurisprudencial dos Tribunais pátrios acerca da especial relevância da palavra da vítima. O que propomos é uma terceira via, de maneira a que, congregando achados científicos oriundos de ramos em princípio alheios ao Direito, o juiz possa considerar fatores de comparação entre as declarações e os padrões científicos já consolidados, para, com isso, contrastar a confiabilidade das narrativas, elevando ou diminuindo o grau de corroboração em relação ao que é inserido no contexto do processo.

Assim agindo, expandir-se-ão os horizontes de aferição das narrativas, de sorte que se, em princípio, os autos pareciam pobres em termos de elementos probatórios, em aferição inter e transdisciplinar, já se afigurarão ricos em fatores comparativos hábeis a viabilizar a prolação de decisão segura a respeito dos fatos.

Há muitos outros fatores a serem considerados para fins de análise da confiabilidade da narrativa além dos expostos neste texto, mas se ao menos a ideia de que o recorte inter e transdisciplinar for assimilada como forma de auxílio na tomada de decisão a partir dos fatores expostos, então o artigo terá alcançado o seu objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAMODT, M. G. y Custer, H. (2006). **Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception**. *In*: FORENSIC EXAMINER, 15(1), 6–11.

BEKERIAN, D. A., DENNETT, J. L. **The cognitive interview technique: Reviving the issues**. *In*: APPLIED COGNITIVE PSYCHOLOGY, August 1993. Íntegra disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.2350070403. Acesso em 15 set. de 2022.

BRIGHAM, J.C.; BENNETT, L.B.; MEISSNER, C.A.; MITCHELL, T.L. **The influence of race on eyewitness memory** (pp. 257-281). *In*: R. LINDSAY, D. ROSS, J. READ & M. TOGLIA (Eds.). Handbook of eyewitness psychology. Mahway, N.J: Lawrence Erlbaum & Associates, 2007.

BROADHURST P. L. **Abnormal animal behaviour**. *In*: EYSENCK H. J. (Ed.). Handbook of abnormal psychology. London: Pitman, 1960. p. 726–763.

BROADHURST, P. L. (1957). **Emotionality and the Yerkes-Dodson law**. *In*: JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY, 54(5), 345.

BROWN, W. P. **The Yerkes-Dodson Law Repealed**. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2466/pr0.1965.17.2.663?casa_token=XbEl-4WRHhEAAAAA%3A5kAgBaMaJeqgK3Cj6qJANxbucedUW2fZIBy2k_GEbY2bnHcJPjcyfy3ptrYfIIbJg9X2cf1mUBMz&journalCode=prxa. Acesso em 18 set. de 2022.

CARRILLO-MORA, Paul. **Sistemas de memoria: reseña histórica, clasificación y conceptos actuales. Primera parte: Historia, taxonomía de la memoria, sistemas de memoria de largo plazo: la memoria semántica**. *In*: SALUD MENTAL 2010; 33:85-93.

CECI, S. J. y Bruck, M. (1993). **Suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis**. *In*: PSYCHOLOGICAL BULLETIN, 113, 403–439.http://dx.doi.org/10.1037/0033-2909.113.3.403.

COMAR, Danielle Nogueira Mota; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Posições epistêmicas privilegiadas e sugestões metodológicas para a valoração da prova oral: alguns aportes**. *In*: REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ, ano XVII – maio 2022, vol. 23, p. 199-220.

CORBETT, Martin. **From law to folklore: work stress and the Yerkes-Dodson Law**. Íntegra disponível em https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JMP-03-2013-0085/full/html. Acesso em 15 set. de 2022.

DOIDGE, Norman. **O cérebro que se transforma. Como a neurociência pode curar as pessoas**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 16ª ed., 2021.

DODSON, Chad S., JOHNSON, Marcia K. and SCHOOLER, Jonathan W. **The verbal overshadowing effect: Why descriptions impair face recognition**. *In*: MEMORY & COGNITION, 1997, 25 (2), 129-139.

GAUER, Gustavo; GOMES, **William Barbosa. Recordação de Eventos Pessoais: Memória Autobiográfica, Consciência e Julgamento**. *In*: PSICOLOGIA: TEORIA E PESQUISA, Out-Dez 2008, Vol. 24 n. 4, pp. 507-514.

HEBB, D.O. (1961). **Distinctive features of learning in the higher animal**. *In*: J. F. Delafresnaye (Ed.). Brain Mechanisms and Learning. London: Oxford University Press.

HRITZ, A. C., Royer, C. E., Helm, R. K., Burd, K. A., Ojeda, K. y Ceci, S. J. (2015). **Children'ssuggestibility research: Things to know before interviewing a child**. *In*: ANUARIO DE PSICOLOGÍA JURÍDICA, 25, 3–12.

KÖHNKEN, Günter; MANZANERO, Antonio; SCOTT, M. Teresa. **Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones**. *In*: ANUARIO DE PSICOLOGÍA JURÍDICA, 25 (2015) 13–19.

LAZZARETTI, Lucas P. **Sacco e Vanzetti. Os espelhos da ideologia**. Curitiba: Juruá, 2018.

LEDO, Iván Castillo; GONZÁLEZ, Hilda I.; CALZADA, Yasiel del Pino. **Técnicas narrativas: un enfoque psicoterapêutico**. *In*: NORTE DE SALUD MENTAL, ISSN-e 1578-4940, Vol. 10, Nº. 42, 2012, págs. 59-66.

LINDÓN, Alicia. **Narrativas autobiográficas, memorias y mitos: una aproximación a la acción social**. *In*: ECONOMÍA, SOCIEDAD Y TERRITORIO, vol. II, n. 6, 1999, 295-310.

LOFTUS, Elizabeth. **Eyewitness Testimony**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

LOFTUS, E.F., Loftus, G.R. & Messo, J. **Some facts about "weapon focus"**. *In*: LAW HUM BEHAV 11, 55–62 (1987). https://doi.org/10.1007/BF01044839.

LOFTUS, E. F. y Davis, D. (2006). **Recovered memories**. *In*: ANNUAL REVIEW OF CLINICAL PSYCHOLOGY, 2, 469–498. Íntegra disponível em http://dx.doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.2.022305.095315. Acesso em 19 set. de 2022.

LOFTUS, Elizabeth F.; SCHOOLER, Jonathan W.; BOONE, Stanley M.; KLINE, Donald. **Time went by so slowly: Overestimation of event duration by males and females**. *In*: APPLIED COGNITIVE PSYCHOLOGY, jan./mr. 1987. Íntegra disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.2350010103. Acesso em 18 set. de 2022.

MAASS, A.; KÖHNKEN, G. **Eyewitness identification: Simulating the "Weapon effect".** *In*: LAW HUM BEHAV, 13, 397–408 (1989). https://doi.org/10.1007/BF01056411.

MADDOX, W. T., & Estes, W. K. (1997). **Direct and indirect stimulus-frequency effects in recognition**. *In*: JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY: LEARNING, MEMORY, AND COGNITION, 23(3), 539–559.

MARTÍNEZ C. Salud Familiar. **El uso de técnicas narrativas**. Editorial Pueblo y Educación; 2005.

MAZZONI, Giuliana. **Psicología del Testimonio**. Traducción de Amparo Moreno. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

PATIHIS, Lawrence; FRENDA, Steven J.; LEPORT, Aurora K. R.; PETERSEN, Nicole; NICHOLS, Rebecca M.; STARK, Craig E. L.; MCGAUGH, James L.; LOFTUS, Elizabeth F.. **False memories in highly superior autobiographical memory individuals**. *In*: PSYCHOLOGICAL AND COGNITIVE SCIENCES, November 18, 2013, 110 (52) 20947-20952.

PIÑA, Carlos (1989). **Sobre la naturaleza del discurso autobiográfico**. *In*: ARGUMENTOS, núm. 7, agosto, México, UAM-Xochimilco, pp. 131-160.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 293.

PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Sylvia Gemignani Garcia. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

REICHENBACH, H. **Experience and Prediction**. Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 5-6.

SAPOLSKY, Robert M. **Comporte-se. A biologia humana em nosso melhor e pior**. Tradução de Giovane Salimena e Vanessa Barbara. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

TARUFFO, Michele. **Narrativas judiciales**. *In*: REVISTA DE DERECHO, Vol. XX - N° 1 - Julio 2007, Páginas 231-270.

VRIJ, A., Mann, S., Leal, S., & Fisher, R. P. (2021). **Combining verbal veracity assessment techniques to distinguish truth tellers from lie tellers**. *In*: THE EUROPEAN JOURNAL OF PSYCHOLOGY APPLIED TO LEGAL CONTEXT, 13(1), 9-19. Disponível em https://doi.org/10.5093/ejpalc2021a2. Acesso em 18 set. de 2022.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.

ZEMELMAN, Hugo. **Sujetos y subjetividad en la construcción metodológica**. *In*: Emma León y Hugo Zemelman (coords.), 1997, p. 21.

A Proteção do Ambiente nos Sistemas Constitucionais Italiano, Português e Brasileiro

The Protection of the Environment in the Italian, Portuguese and Brazilian Constitutional Systems

Marco Anthony Steveson Villas Boas [1]

RESUMO
A necessidade de proteger jurídicamente o ambiente decorreu de graves desastres ambientais nas décadas de 60 e 70, mas antes disso o valor da natureza encontrou lugar na Constituição da Itália, ainda que, inicialmente, sob o ponto de vista estético. Mais tarde, a Constituição Portuguesa alargou, ecologizou e transversalizou a proteção ambiental, abrindo espaços para o Estado de Direito Ambiental, e inspirou o legislador constituinte brasileiro a adotar o sistema pluralista, sociocultural e ambiental transversalizado sobre os demais subsistemas da Constituição, de 1988, descortinando um Estado Socioambiental de Direito.

Palavras-Chave: Constituição. Estado de Direito. Ambiente. Desenvolvimento. Pluralismo. Socioambientalismo.

Abstract
The need of legally protecting the environment came from serious environmental disasters in the 60's and 70's, but before that the value of nature found its place in the Constitution of Italy, even that, initially, from the esthetic point of view. Later, the Portuguese Constitution extended, ecologized and mainstreamed the environmental protection, opening spaces for the State of Environmental Law, and inspired the Brazilian constituent legislator to adopt the pluralistic, sociocultural and environmental system that was mainstreamed over the other subsystems of the Constitution of 1988, revealing a Social and Environmental State of Law.

Keywords: Constitution. State of Law. Environment. Development. Pluralism. Socio environmentalism.

Introdução

No último quartel do século XX, diversas Constituições, capitaneadas pela Constituição da República Portuguesa e influenciadas pelo ordenamento jurídico internacional,

1 Mestre em Direito Constitucional e doutor em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-RJ. Desembargador com assento no Tribunal de Justiça do Tocantins. Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Membro da Academia Tocantinense de Letras. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, do Colégio de Presidentes dos Tribunais Eleitorais do Brasil (COPTREL) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil (COCEL).

recepcionaram a proteção do ambiente e incorporaram valores ecológicos em seus textos, consagrando o direito ao ambiente como um direito fundamental social, essencial ao desenvolvimento humano.

Carla Amado Gomes[2], ao descortinar o panorama da jurisdicionalização do ambiente, rememora que "[...] *a ideia de um "direito do ambiente" é fruto do "despertar ecológico" de finais da década de 60 do século XX. Foi um despertar violento do sonho de abundância que pontificara até aí, para um cenário de degradação e escassez dos recursos naturais* [...]", em meio aos grandes desastres ambientais.

Nesse abrupto despertar, a Conferência de Estocolmo, convocada pela Resolução nº 2.398 (XXIII), de 3 de dezembro de 1968, da Assembleia Geral das Nações Unidas, procurou discutir e encontrar mecanismos para prevenir os reiterados desastres ambientais transfronteiriços em países desenvolvidos, e trouxe a discussão do ambiente para o plano internacional[3], sob o enfoque dos limites para o desenvolvimento. Alguns anos depois, com maior enfoque socioambiental, o Relatório Brundtland reconheceu que o excesso de consumo pelos países desenvolvidos era em grande parte responsável pela miséria e degradação ambiental nos países subdesenvolvidos, e propôs a retirada do meio ambiente de um altar descontextualizado para reinterpretá-lo sob um prisma antropocêntrico, intergeracional, dentro de uma responsabilidade ética.

A Proteção do Ambiente na Constituição da Itália

A proteção do ambiente no direito italiano, que ainda é significativamente influenciado pelos institutos de direito romano, parte da proteção subjetiva em direção aos rumos sinalizados pelo Direito Internacional do Ambiente e pela Comunidade Europeia, a revelar a concepção antropocêntrica de viés ecológico escrota no art. 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: *"Todas as políticas da União devem integrar um elevado*

[2]GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 26
[3]AMADOR, Teresa. *Direito do ambiente e redacção normativa: teoria e prática nos países lusófonos.* Gland/Cambridge/Bona: UICN, 2000, p. 13. Disponível em: <books.google.com.br/books?isbn=283170474X > Acesso em 21 mar. 2014.

nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável."

Essa perspectiva pode ser observada nos arts. 9º, 41, 42 e 44 da Constituição da Itália, a qual confere ao Estado Italiano, nos termos do art. 117, "s", a competência reservada para legislar sobre a proteção do meio ambiente, do ecossistema e dos bens culturais.

A mesclagem da proteção do bem ambiental com a proteção do bem cultural no mesmo sistema jurídico-político denota a opção do legislador pela proteção transversal, plural e inclusiva, em diapasão com o Direito Internacional do Ambiente e com as normativas da União Europeia.

Stefano Grassi[4], ao tratar do problema do direito constitucional do ambiente, observa a importância do seu valor constitucional e do seu caráter procedimental inspirados pelo princípio comunitário de que a natureza é um bem coletivo por excelência, merecedor de sua proteção objetiva. E não deixa de observar a incorporação dos princípios normas internacionais, notadamente as oriundas da União Europeia, como a Carta de Direitos Fundamentais, na qual o dever de proteção em nível elevado está ligado à ideia do desenvolvimento sustentável, denotando diretrizes antropocêntricas, mas ecologizadas, na perspectiva de proporcionar qualidade de vida à atual e futuras gerações. Tais princípios já consolidados na jurisprudência da Corte Constitucional e na doutrina são debatidos no Parlamento Italiano, no intuito de dar nova redação ao art. 9º da Constituição.

O valor constitucional do ambiente, segundo Giampaolo Rossi[5], ganhou densidade na interpretação da Corte Constitucional – art. 9º, pertinente à "*tutela del paessagio"*; e art. 32, acerca da "*tutela dela salute"* –, cujos contornos e abrangências foram mais bem explicitados pela Lei Constitucional nº 3, de 2001, sobre *"La tutela dell´ambiente*, dell´ecossistema e dei beni culturali", introduzindo no art. 117 da Constituição da Itália a competência exclusiva do Estado para legislar, compartilhada com as respectivas regiões. Todavia, ressalta que a ausência de clareza do texto constitucional e as competências compartilhadas devem encontrar na interpretação da Corte Constitucional o alcance e a efetividade da norma. A interpretação da *Corte di Cassazione*, nesse contexto, tem partido do direito subjetivo à propriedade e à saúde

[4]GRASSI, Stefano. *Problemi di dirittto constituzionale dell´ambiente.* Milano: Giuffrè Editore, 2012, pp. 17-19; 65-67; 241.
[5]ROSSI, Giampaolo. *Diritto dell´ambiente.* Torino: G. Giappicheli Editore, 2015, pp. 44-46; 100-101; 111.

para construir uma noção unitária de proteção ao ambiente, dessarte, nitidamente antropocêntrica, mas sem cair na armadilha do individualismo.

No entanto, a doutrina italiana não descura do caráter difuso do prejuízo decorrente do dano ambiental, existindo farta bibliografia sobre o tema, a revelar amplitude interpretativa dos dispositivos constitucionais anteriormente mencionados.

O Estado de Direito Ambiental na Constituição de Portugal

Os progressos da juridicidade ambiental, segundo Canotilho[6], tiveram início na Constituição de Portugal, de 1976, que incluiu o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado dentre os direitos econômicos, sociais e culturais, na categoria de direito fundamental[7], alertando, todavia, que na Constituição Portuguesa a conformação jurídico-subjetiva do ambiente é indissociável da sua conformação jurídico-objetiva, de modo a assinalar uma posição antagônica à jusfundamentalização do ambiente.

A concepção de um direito ambiental sob a ótica dos direitos fundamentais[8] se justifica pela necessidade de um ambiente equilibrado que proporcione a todos uma vida saudável e digna, encontrando assim, no princípio da dignidade humana[9], sua acolhida nesse quadrante constitucional[10], conforme se depreende da opinião de Jorge Miranda e Rui Medeiros[11], de que o direito do ambiente é um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, mas dependente de outros institutos constitucionais, conforme se dessume do art. 9º, "d", da CRP, que envolve direitos fundamentais de gerações futuras. Os

[6]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental..., cit.,* p. 23.

[7]CAÚLA, Bleine Queiroz. *Análise da aplicabilidade das normas ambientais nas Constituições Brasileira e Portuguesa*. *In:* MIRANDA, Jorge (org.) e CAÚLA, Bleine Queiroz (coord.). *O Direito Constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes.* Lisboa: Editorial Juruá, 2011, p. 19.

[8]LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. *Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira.* p. 2-3. Disponível a partir de: <*www.estig.ipbeja.pt*> Acesso em 21 jan. 2014.

[9]MARQUES, Mário Reis. *A dignidade humana como prius axiomático. Stvdia ivridica* 101.Separata aos estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 565-566.

[10]NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e..., cit.,* pp. 47-48.

[11]MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra, 2007. p. 145.

direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanentes), se não mesmo restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhes hão de suceder nessa posição.[12]

De outro modo, Carla Amado Gomes observa que o antropocentrismo alargado decorre da valorização da dignidade do ser humano pela realidade ambiental, sob o ponto de vista de que é um ser cultural, natural e altruísta, com obrigações e responsabilidades perante os seus semelhantes, até mesmo pela preservação dos bens naturais. "A dignidade humana pressupõe, num Estado com preocupações ecológicas, o respeito pela natureza. Por isso se fala de 'antropocentrismo alargado' *(extended stewardship ideology)*". E numa leitura sistemática da Constituição chega à conclusão de que "o objecto de tutela visado pelo artigo 66º são os bens ambientais naturais − sem que isso implique o descentramento da tutela ambiental em face do ser humano[13]."

A perspectiva de um Estado ambiental não escapa à atenta observação, de Jorge Miranda, de que "[...] o Estado social tem de ser também um Estado *ambiental* ou de que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela conexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais[14]."

O Estado de Direito Socioambiental na Constituição do Brasil

O subsistema ambiental da Constituição do Brasil seguiu a vertente inaugurada pela Constituição de Portugal, que trouxe para o âmbito dos direitos fundamentais, sob a ótica da dignidade humana, para além de um bem-estar social e individual, o direito do ambiente. Um direito fundamental ecologizado, que se infiltrou em diversos outros subsistemas, principalmente no econômico, no social e no cultural, estrategicamente posicionado sob o Título da "Ordem Social"[15] na Constituição Brasileira.

A tendência jusfundamentalista de direito-dever, fundado na ética intergeracional, a caracterizar, por sua amplitude, um Estado de Direito Ambiental no Direito português, encontra maior amplitude no Direito brasileiro, sob a aura socioambiental, caracterizada por

[12]MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV*, 5ª Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2012, p. 49.
[13]GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto..., cit.*, p. 126.
[14]MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV..., cit.*, p. 46.
[15]CAÚLA, Bleine Queiroz. *Análise da aplicabilidade das normas..., In:* MIRANDA, Jorge (org.) e CAÚLA, Bleine Queiroz (coord.). *O Direito Constitucional e a independência..., cit.*, p. 31.

um antropocentrismo com características pluriétnicas e multiculturais, a alargar ainda mais a concepção assimilada pela Constituição do Brasil.

Dessa vertente constitucional emana um Estado Socioambiental de Direito que abarca a tutela dos direitos sociais e ambientais num mesmo projeto jurídico-político para desenvolvimento do homem em determinados padrões de sustentabilidade, "[...] inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)[16]."

Não se trata apenas de uma opção técnico-jurídica do legislador, destinada ao tratamento deste ou daquele tema que envolva a preservação ambiental, mas de um verdadeiro subsistema socioambiental que sustenta vários princípios e subprincípios, clarificando e retirando essa penumbra, a proporcionar que o intérprete compreenda e visualize os inúmeros liames que formam a consistente teia de proteção maximizada em favor do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável na Constituição do Brasil.

Ingo Sarlet e Tiago[17] identificam nessa transversalidade da Constituição um modelo de Estado socioambiental, que emerge do Estado de Direito e não abandona suas conquistas em termos de salvaguarda da dignidade humana, apenas agrega uma dimensão ecológica que implementa a prevenção dos riscos de degradação.

Não é outro o entendimento de Canotilho[18] ao analisar as "dimensões jurídico-ambientais" e "jurídico-ecológicas" da proteção constitucional do ambiente, a lhe permitir "[...] falar de um Estado de direito ambiental e ecológico [...]", concluindo que "O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos a actuação dos poderes públicos."

Nesse contexto, Canotilho deixa explícito que o cumprimento desses deveres de juridicidade (programa jurídico constitucional) pelos agentes públicos e privados é que darão força normativa à Constituição Ambiental.

Considerados esses aspectos, a proteção do ambiente não poderia excluir o homem no contexto de um país com essa formação e que se encontrava em plena marcha

[16]SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, *Tiago. Estado Socioambiental e..., cit.,* p. 13.
[17]SARLET, Ingo Wolfgang. FERSTENSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental..., cit.,* p. 44-46.
[18]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental..., cit.*, p. 27 e 25.

desenvolvimentista no momento da Constituinte, daí a necessidade de se estabelecer uma fórmula socioeconômica, transversal, que exigisse ações governamentais e sociais dentro de princípios éticos para assegurar o equilíbrio ambiental e a paz social, sem olvidar as populações tradicionais indígenas, quilombolas, caboclos, sertanejos, pescadores e outros tantos povos com culturas, tradições e práticas ancestrais peculiares.

Considerações finais

O socioambientalismo da Constituição do Brasil, como visto, congrega diversos subsistemas em torno de uma concepção ambiental antropocêntrica alargada e baseada na sociobiodiversidade. Uma realidade conformada dentro do processo pluriétnico e multicultural da formação do povo brasileiro, que agora vai se densificando rumo a uma governança socioambiental, para além do Estado socioambiental que se descortina. Uma governança resistente aos desvios políticos, aos erros e às políticas públicas equivocadas que dão um passo à frente e dois para trás, muitas vezes antagônicas e atabalhoadas, ainda confusas e incipientes no processo de equalização desses componentes do socioambientalismo brasileiro.

CENTRAL DE REGULAÇÃO DE VAGA: UMA PROPOSTA PARA O ENFRENTAMENTO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO DO ACRE

THE PERSPECTIVE OF THE RESOCIALIZATION AND RESPONSIBILIZATION OF THE AUTHOR OF DOMESTIC VIOLENCE IN THE JUDICIAL SYSTEM OF THE STATE OF ACRE

Andréa da Silva Brito [1]

RESUMO

Este trabalho apresenta a proposta da Central de Regulação de Vagas como estratégia ao enfrentamento da superlotação carcerária no estado do Acre. Amparada em pesquisa bibliográfica o material reúne informações para compreensão do contexto prisional nacional e acreano, apresentando a iniciativa gestada pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Programa Justiça Presente em seus esforços de proporcionalidade penal. Nesta pesquisa listamos os pontos estruturantes do Manual para Gestão da Lotação Prisional - Central de Regulação de Vagas, o qual desponta como um marco da atuação do CNJ ao considerar a implantação de uma medida sistêmica e duradoura com bases metodológicas definidas para construção e articulação interinstitucional deste projeto. Este trabalho, portanto, serve ao encorajamento para que se envide esforços à implementação da central de regulação no sistema prisional do estado do Acre

Palavras-chave: sistema prisional; regulação; central de vagas; superlotação carcerária.

ABSTRACT

This paper presents the proposal of the Vacancy Regulation Center to face prison overcrowding in the state of Acre. Supported by bibliographic research, the material gathers information to understand the national and Acre prison context, presenting the initiative created by the National Council of Justice within the scope of the Justice Present Program in its efforts of criminal proportionaly. In this research, we list the structuring points of the Manual for the Management of Prison Capacity – Vacancy Regulation Center,which emerges as a landmark of the CNJ's performance when considering the implementation of a systemic and lasting measure with defined methodological bases for the construction and

1 Andréa da Silva Brito, juíza titular da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas – VEPMA, Tribunal de Justiça do Estado do Acre. E-mail: andrea.brito@tjac.jus.br

inter-institutional articulation of this Project. This work therefore serves to encourage efforts to implement the regulation center in the prison system of Acre.

Keywords: prison system; regulation; vacancy center; prison overcrowding.

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro expõe uma ferida aberta, sobre a qual a sociedade tem muitas dificuldades de lidar. Pensar a criminalidade, que conduz indivíduos ao sistema de justiça criminal, é um fenômeno complexo de várias nuances – raciais, sociais, políticas, econômicas -, que coloca em evidência a seletividade do sistema diante a criminalização da pobreza e racismo estrutural que a organiza.

O Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo, ocupando a 3ª posição mundial, atrás somente da China e Estados Unidos, entretanto o país segue apresentando altos índices de violência e uma permanente sensação de impunidade por parte de sua população. Em meio a isso temos um sistema prisional ineficaz e, portanto, falido já que retroalimenta o crime sendo espaço potencial para criação e manutenção de facções criminosas, contribui à reincidência criminal, além de estar permanentemente superlotado.

Considerando que o contexto prisional do estado do Acre corrobora a realidade nacional das prisões pretendemos analisar saídas e alternativas para esse problema. A proposta deste trabalho é apresentar subsídios teóricos para implantação da Central de Regulação de Vagas no sistema prisional acreano, discutindo como este mecanismo pode impactar na construção de uma política de gestão prisional.

Para tanto, fazemos breve apanhado do sistema prisional brasileiro, seguido do contexto acreano, além destacar medidas de enfrentamento à superlotação pelo Poder Judiciário com destaque ao Programa Fazendo Justiça, apresentando por fim, a proposta da Central de Regulação de Vagas. Trata-se, portanto de um estudo qualitativo apoiado em pesquisa bibliográfica com vistas a elucidar o debate público sobre o tema e oferecer alternativas explicativas para a reflexão sobre a questão prisional.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro apresenta números exorbitantes: o Brasil tem 322 pessoas presas para cada 100.000 habitantes, o que corresponde aproximadamente a 682,2 mil

presos dos seus 213 milhões de habitantes no ano de 2021, acumulando a maior taxa de ocupação nas prisões, inclusive considerando presos provisórios que aguardam julgamento (217.687) que correspondem a 31,9% das pessoas privadas de liberdade, conforme sistematizado pelo Monitor da Violência relativo ao ano de 2020.

Conforme alerta o Conselho Nacional de Justiça (2021)

> Entre 2000 e 2017, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil triplicou, saltando de 232 mil para 726 mil, o que representa um aumento total de 212,93%. O aumento é bem superior ao crescimento de 40% da população encarcerada nas Américas e de 24% no mundo como um todo, no mesmo período (2000-2018). Somente no intervalo de 10 anos entre 2009 e 2019, o número de pessoas aprisionadas passou de mais 473 mil para mais de 755 mil, um aumento percentual de 59,61%. Se mantida essa tendência, em 2029, a população prisional brasileira alcançará o patamar de 1,2 milhão de pessoas, em 2039 alcançará 1,9 milhão, e, em 2049 serão 3 milhões de pessoas presas. **Estimativas apresentam que nesse ritmo, em 2075, um em cada dez brasileiros estará preso**. (CNJ, 2021, p.14, grifo nosso)

A projeção deste tenebroso cenário tem obrigado à construção de esforços internacionais e nacionais para melhoria do sistema prisional brasileiro. No âmbito mundial destacamos a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) com o estabelecimento do pacto global dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) dentro da Agenda 2030, a qual estabelece plano de ação em suas dimensões econômica, social e ambiental. O ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições eficazes - apresenta como seu objetivo precípuo "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis" (IPEA, 2021, p. 5). Assim, quando pensamos o enfrentamento ao superencarceramento no sistema prisional e socioeducativo pensamos no ODS 16, traduzindo também o devido acesso à justiça, como promoção de cidadania e garantia às pessoas custodiadas.

Convergindo aos propósitos internacionais, nacionalmente também têm sido empenhados esforços, sobre os quais desenvolveremos no decorrer deste trabalho de forma mais específica em capítulo oportuno. Contudo, aqui pretendemos pontuar o contexto nacional e acreano do sistema penitenciário.

Uma pessoa que esteja em privação de liberdade está sob tutela do Estado, e este precisa atuar garantindo a dignidade mínima para o cumprimento das penas, respeitado assim a prerrogativa dos direitos humanos como direitos básicos que devem ser garantidos a qualquer pessoa, inclusive no âmbito do sistema prisional.

O Brasil acumulando a 3ª maior população mundial prisional, figura na lista de 50 países como o 15º país que apresenta uma das maiores taxas de população carcerária do mundo

por grupo de 100 mil habitantes (MPAC, 2022, p.32). O Anuário de Indicadores de Violência (2012-2021) do Ministério Público do Estado do Acre apresenta dados do Departamento Penitenciário Nacional/DEPEN/INFOPEN, tendo por referência junho/2021, para o qual aponta que, naquela data, 820.689 pessoas encontravam-se privadas de liberdade - algumas provisoriamente - somando 385 pessoas presas para cada grupo de 100.000 habitantes. Neste mês de junho, o sistema prisional brasileiro dispunha de 398.230 vagas, fato este que revelou um déficit de 168.166 vagas, com uma taxa de ocupação nacional de 142%.

Ao mergulhar no universo prisional do Brasil identificamos um perfil recorrente das pessoas encarceradas: negras e pobres, o que reitera a situação de seletividade penal (BRASIL, 2020; BRITO e JÚNIOR, 2022). Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, registrados entre julho e dezembro/2021, das pessoas presas 57,18% eram pardas e 17,35% pretas, perfazendo o total de 74,53% de negros, enquanto brancos correspondiam a 24,8%. Na referida data a população prisional correspondia a 670.714 pessoas privadas de liberdade, estando distribuídas entre os regimes em 48,64% fechado, 18,56% semiaberto, 3,02% aberto e 29,35% de presos provisórios. Do total da população prisional 95,43% eram homens e 4,57% mulheres, geralmente presos por crime de tráfico de drogas ou patrimonial. Em que pese o INFOPEN ter sido pensado como um banco de dados que reunisse informações penais atualizadas sobre os contextos federal e estaduais há desatualização e incoerências.

Apesar do Brasil ter registrado queda da população carcerária em virtude da pandemia Covid-19[2] o país segue em ritmo de encarceramento massivo, ainda que os números da superlotação, no ano de 2021, tenham passado de 67,5% para 54,9%. Conforme informações do CNJ por meio do seu Banco Nacional de Monitoramento de Prisões/BNMP (2022) o Brasil está bem próximo de alcançar a marca de quase um milhão de presos. Em maio de 2022 foram registradas 919.651 pessoas privadas de liberdade, para além dos 359.611 mandados de prisão em aberto e 24.659 foragidos e enquanto em dezembro/2018 havia 453.942 vagas no sistema prisional, em dezembro/2021 foram criadas mais 12.587 vagas. E essas nunca parecem ser o suficiente.

[2] Para além da exigência dos esforços da saúde pública, a pandemia desafiou o Poder Judiciário a pensar ações e estratégias de enfrentamento da urgência sanitária no sistema penal. Estes esforços foram traduzidos na Recomendação Nº 62 de 17/03/2020, a qual orientou Tribunais e magistrados para adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

O Acre não diverge do perfil nacional, de tal sorte que, de acordo com dados do Instituto de Administração Penitenciária do Acre/IAPEN, até outubro/2021, 23% da população carcerária do estado correspondiam a pessoas envolvidas no crime de tráfico de drogas. Brito e Júnior (2022, p.14) chamam atenção para o fato de que

> (...) é comum a praxe forense de justificar a necessidade de decretação da prisão preventiva exclusivamente na gravidade abstrata do tipo legal de tráfico de drogas, afrontando o caráter instrumental da medida cautelar para, a margem do devido processo penal, impingir verdadeira pena processual, desprezando-se, assim, a devida fundamentação quanto à necessidade em respeito ao seu caráter de *ultima ratio*. Especificamente em relação ao estado do Acre, o cenário de encarceramento demonstra um crescimento contínuo nos últimos anos. **Tal realidade é resultante de condenações com penas altas e percentuais significativos de prisões em flagrante convertidas em prisões preventivas, desde as audiências de custódia. (grifo nosso)**

Os autores destacam que os reforços sistemáticos para o encarceramento massivo tem sustentado o punitivismo nacional desde a audiência de custódia, que tem aprisionado mais que o próprio trânsito em julgado:

> Ou seja, caso a pessoa apreendida seguisse diretamente a Vara competente ao julgamento sobre o suposto tráfico de drogas, é possível que não lhe fosse tão danoso, quanto possa ser sua apresentação e as decisões aplicadas a partir das audiências de custódia. (BRITO e JÚNIOR, 2022)

Isto exposto, considerando o número de presos provisórios há de se considerar as audiências de custódia, que servem para apresentação imediata em juízo competente de pessoa presa em flagrante ou por mandado, a fim de que seja avaliada se a detenção se deu de forma legal, prevenindo a ocorrência de tortura, maus tratos ou quaisquer tratamentos desumanos e/ou degradante (SILVA, 2018).

A Resolução 213|2015 estabelece a audiência de custódia como a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial competente, em até 24 horas da prisão, momento em que será averiguada a legalidade do flagrante, a possibilidade de liberdade provisória – com ou sem fiança -, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou decretação de medida preventiva, além da adoção de medidas em casos de violência e|ou abuso policial.

Portanto, o propósito deste instituto é, sobretudo, de estratégia para a reversão da cultura do encarceramento e a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, entretanto - em que pese o propósito das audiências de custódia para atuar como espaço de humanização da justiça criminal-, acompanhamos desde sua instituição um recrudescimento e gradativo aumento dos presos provisórios, o que nos obriga a ter atenção desde a porta de entrada do sistema prisional.

Deste modo, podemos inferir que há um descompasso no instituto da audiência de custódia, afinal o aprisionamento cautelar tem sido uma exceção aplicada como regra, o que expõe o que Brito e Júnior (2010, p. 15) conceituam como "diagnóstico do desacerto". Este definido por decisões encarceradoras, desnecessárias e desproporcionais, acaba por incidir nas decisões de trânsito em julgado.

2.1. O ESTADO DO ACRE E O SUPERENCARCERAMENTO

O estado do Acre com suas altas penas e taxas relacionadas à privação da liberdade, não se difere da ordem nacional, quando nos debruçamos sobre o contexto de seu sistema penitenciário.

Como aponta Medina e Alves (2021, p.10) o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/IBGE identificou 22 municípios do estado do Acre na faixa de fronteira, o que constitucionalmente significa que até 150 (cento e cinquenta) quilômetros das fronteiras terrestres temos espaços acreanos fundamentais para a defesa do território nacional: 16 destes municípios localizados 100% dentro da faixa, de acordo com a Lei n° 6.634 de 1979. Acontece que esta extensa fronteira do Peru e Bolívia com o estado do Acre tem servido como rota de acesso internacional a armas, drogas e roubos de veículos ligados, especialmente ao tráfico de drogas e que eleva sobremaneira o superencarceramento.

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura entre os dias 15 a 20 de agosto de 2020 realizou missão de inspeção dos espaços de privação de liberdade no estado do Acre, ocasião em que – dentre outras atividades - visitou as unidades prisionais de Francisco de Oliveira Conde (FOC) - Presídio Masculino, Presídio Feminino e o Centro Socioeducativo Santa Juliana. Conforme registrado em relatório, destacamos que à época o Instituto Penitenciário do Acre /IAPEN informou a respeito do quantitativo de celas que

> "(...) o Complexo Francisco de Oliveira Conde possui: Unidade de Regime Fechado – URF N01/número de celas: Pavilhão G: 14, Pavilhão H: 27, Pavilhão I: 27, Pavilhão J: 21, Pavilhão K: 21, Pavilhão L: 25, Pavilhão Q: 26 (novos blocos), Pavilhão R: 26 (novos blocos) totalizando 189 celas. A unidade possui um total de 753 vagas e uma lotação de 1.420 pessoas." (MNPCT, 2020)

Sem contudo, apresentar número específico de lotação por cela, o documento ainda sublinha

> Dados do Instituto de Administração Penitenciária do Acre (IAPEN-AC) revelam que os presídios do estado têm um déficit de quase duas mil vagas. As 4.389 vagas

> disponíveis nas unidades prisionais do estado são ocupadas por 6.208 presos. O documento ainda refere um total de 8.101 pessoas presas em todo o estado do Acre, considerando as custódias com monitoração eletrônica até junho de 2020. A maior unidade prisional do estado, FOC, possui 1.526 vagas e abriga 3.522 pessoas.
>
> (...) se considerarmos a distribuição espacial das pessoas no interior das celas existem, ainda um maior nível de superlotação, ilustradas pelo fato de que possuem celas projetadas para quatro pessoas aonde estão alojadas mais de 10 pessoas.(...) O que confirma que além déficit de vagas e superlotação temos, por critérios discricionários, uma alta concentração de pessoas, em determinadas celas, em plena pandemia (...). (MNPCT, 2020)

No que se refere à Unidade Feminina foi identificado que "(...) havia na unidade 301 mulheres e a lotação máxima da unidade é de 94 mulheres; (...) muitas celas projetadas para quatro pessoas tinham a lotação de 11 a 15 mulheres, totalmente o inverso do que se espera enquanto medida contingencial e preventiva ao novo coronavírus" (BRASIL, 2020).

Já em novembro/2021 foi apresentado o Relatório de Inspeção das Unidades Prisionais organizado pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo do Estado do Acre, que contemplou visitas aos municípios de Rio Branco, Senador Guiomard, Sena Madureira, Tarauacá e Cruzeiro do Sul. A conclusão desta inspeção foi que apenas a Unidade de Senador Guiomard não tinha, na ocasião, quadro de superlotação, porém, dentre as considerações gerais da vistoria, a superlotação no sistema prisional acreano foi destacado, corroborando as impressões da inspeção meses antes do MNPCT. Entre as causas apontadas para a superlotação foi destacado pelo GMF/TJAC:

- Reduzido número de vagas no sistema prisional;
- Morosidade no julgamento de presos provisórios;
- Baixo alcance de atividades educacionais e de trabalho para remição da pena.

Na ocasião foi registrado pelo GMF

> De acordo com o Sistema de Informações do IAPEN (Gerência de Controle e Execução Penal - GCEP dados de 11/2021), o estado do Acre detém 5.897 (cinco mil oitocentos e noventa e sete) pessoas presas/internadas, para um número de 4.389 (quatro mil trezentos e oitenta e nove) vagas, o que corresponde a um deficit de 34 % da capacidade do número de vagas. (TJAC, 2021)

Atualmente o Acre apresenta a segunda taxa de encarceramento mais alta do país, perdendo apenas para o Distrito Federal (MPAC, 2022), acumulando 8.015 pessoas presas no estado (incluindo as pessoas em monitoração eletrônica) segundo informações do Instituto Penitenciário do Acre /IAPEN.

Soma-se a isso o fato de que no Acre, a audiência de custódia - porta de entrada do sistema prisional- até o ano de 2019 vinha corroborando para o encarceramento massivo,

contrariando os propósitos do próprio instituto (BRITO e JUNIOR, 2022). Esta disfuncionalidade que gera decisões encarceradoras, desnecessárias e desproporcionais promovem o que Brito e Júnior (2022, p.15) conceituam de diagnóstico do desacerto, agravando o quadro de superencarceramento e superlotação prisional.

Assim, após essa localização de contexto nacional e local, a qual expôs as profundas fissuras do sistema prisional brasileiro, projetamos ao futuro a necessidade de urgente intervenção. Todavia, apesar da necessidade da construção de uma resolução estrutural e sistemática reconhecemos que esforços já estão sendo envidados para enfrentamento da questão no país e sobre a qual desenvolvermos em seguida.

3. O PODER JUDICIÁRIO E O ENFRENTAMENTO DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA

Há um cenário desafiador no sistema prisional brasileiro, de modo que o próprio Poder Judiciário tem sido compelido a buscar estratégias para combater a gama de problemas que perpassam o caos instalado no sistema.

Para tanto é importante nos localizarmos, ainda que brevemente, nos marcos da

execução penal do Brasil. Conforme apresenta Almeida (2020, p.8) o período colonial (1500-1822) foi marcado pelas Ordenações do Reino Português - Afonsinas, Manoelinas e Filipinas - que sinalizaram o movimento inicial de interesse do Brasil a execução de penas e sistema penitenciário independente do país europeu.

Na independência do Brasil (1822), a primeira constituição do império (1824) ainda que não tratasse de questões da execução penal, organizou princípios essenciais ao tema como o juiz natural, a personalidade da pena, a abolição de pens cruéis e a individualização da pena (ALMEIDA, 2014), sendo que o Código Criminal do Império[3] (1830) trouxe a previsão expressa da privação de liberdade como pena, instaurando o caráter punitivo institucional, entretanto sem previsão de sistema penitenciário. Anos depois o Decreto 678|1850[4],

[3] Considerava como penas: pena de morte, de galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites.

[4] O Decreto 678 de 06.07. 1850 foi um regulamento que, de acordo com ROIG (2005) em seu trabalho Direito e prática histórica da execução penal no Brasil aponta que "pode ser considerado a matriz de nosso regramento

regulamentou a Casa de Correção do Rio de Janeiro – considerada primeira prisão penitenciária aberta do Brasil.

Durante a Primeira República, o Código Penal da República (1890) foi o primeiro a estabelecer a prisão como sanção principal[5], excluindo práticas tomadas como arcaicas e degradantes, inclusive de prisão perpétua e a limitação da prisão a trinta anos, além de estabelecer de modo parcial o sistema progressivo de pena e o livramento condicional (ALMEIDA, 2020).

Várias foram as alterações no Código Penal no decorrer dos anos, e na vigência da Segunda República (1930-1937) a constituição promulgada do período (1934) apresentou novos preceitos que marcariam desde aí a execução penal, a exemplo de "a lei penal só retroagirá para beneficiar o réu" e da proibição de extradição por crime político, de opinião, assim como de qualquer brasileiro" (MACHADO, 2021). Esforços para codificação das normas foram feitos entre 1932-1940, de tal sorte que foi apenas na década de 80 que foi possível organizar a Reforma do Código Penal Brasileiro e a edição da Lei de Execuções Penais em meio a abertura democrática do Brasil. A proposta seria alinhar desde aqui uma proposta mais humanitária e ressocializadora conforme o Direito Penal internacional, o qual pensava o cumprimento de penas privativas de liberdade de forma progressiva e diferenciada para aquelas pessoas que quisessem recomeçar após reconquistada a liberdade (MACHADO, 2021).

O ano de 1988 foi essencial para os avanços do tema e no ano de 1999 foi editada a Lei de Crimes Hediondos, a qual buscava reprimir a onda crescente de crimes violentos à época. Porém as leis não são o bastante para conter as violências e a reincidência criminal que assolam a sociedade e segue por anos lotando os cárceres; somada a situação de que as próprias condições precárias e vulneráveis – drogas, tráfico, armas, violência, corrupção – em que estiveram expostas desde aí as instituições prisionais.

É em meio a este contexto de ineficácia do sistema que é criado em 14 de junho de 2005, por meio da Emenda Constitucional número 45, o Conselho Nacional de Justiça/CNJ é o órgão administrativo do Poder Judiciário, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder judiciário e a regulação da atuação de juízas e juízes. Para Kozak e

carcerário, não apenas em razão de sua magnitude e extensão a outras unidades prisionais em território nacional, mas, sobretudo, por erigir um arcabouço penitenciário cujas permanências são sentidas até hoje"

[5] Prisão celular como prisão principal, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, além de interdição, multa, suspensão e perda de emprego público.

Barboza (2020) o CNJ atua em uma perspectiva de ativismo judicial, na medida em que promove diálogos de cunho ativista – nos campos político e normativo – no âmbito do Judiciário, sendo, portanto, órgão central neste Poder que organiza esforços para a melhoria do sistema carcerário.

O Conselho Nacional de Justiça é, portanto, o responsável por elaborar o planejamento estratégico do Poder Judiciário, inclusive no âmbito da execução penal. Pereira (2018) destaca que questões relacionadas ao sistema de execução penal ganharam repercussão entre os anos 2008-2010, a partir do recebimento de regulares reclamações sobre violação de direitos humanos, atrasos para análises de processos e excesso de prisões provisórias. É neste contexto que no âmbito do CNJ é criado, pela Lei Nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas/DMF.

O Conselho Nacional de Justiça, como importante articulador interfederativo e interinstitucional e fomentador de políticas penais atua para o fortalecimento e qualificação das audiências de custódia, assim como em outras ações simultâneas (CNJ, 2021), entre estas: sistemas e confianças em dados; alternativas penais, monitoração eletrônica e justiça restaurativa; mutirões eletrônicos; políticas intramuros; egressos; socioeducativo; normativas de difusão e conhecimento; além da Central de Vagas, objeto deste trabalho.

3.1. O DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS/DMF

O DMF surge com o objetivo de monitorar e fiscalizar leis e normas, além de planejar iniciativas relacionadas ao sistema da execução penal, tendo por foco de sua atuação os presos e egressos do sistema carcerário e os adolescentes em conflito com a lei do sistema de execução de medidas socioeducativas (PEREIRA, 2018).

Na expressão de Pereira (2018, p. 45)

> No que tange às iniciativas de fiscalizar e de monitorar o sistema carcerário e de medidas socioeducativas, Robl Filho (2013, p. 253-254) entende que o DMF realiza uma verdadeira *accountability* judicial. Dentro dessas iniciativas, podemos citar a competência de monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do CNJ em relação à prisão provisória, definitiva, da medida de segurança e de internação de adolescentes.

> Já as iniciativas coordenadas pelo CNJ voltadas para a melhora do sistema prisional podem ser compreendidas como verdadeiras políticas públicas judiciárias.

O DMF funciona então como um órgão que trabalha na perspectiva de uma prestação de contas, uma fiscalização entre administrados e administradores (PEREIRA, 2018), atuante no âmbito das políticas públicas judiciais. O Departamento de Monitoramento e Avaliação é responsável pelas ações do chamado *accountability* judicial e políticas públicas judiciárias – considerado todo seu ciclo de estabelecimento de agenda, formulação de políticas, tomada de decisão, implementação e avaliação –no Poder Judiciário.

> O DMF, como órgão do Conselho, realiza ações de controle como o monitoramento e a fiscalização do cumprimento das recomendações e resoluções do CNJ em relação à prisão provisória e definitiva. Além disso, o Departamento acompanha as irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas. Cabe ainda ao DMF acompanhar e monitorar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica de execução penal e de prisão provisória, como também monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas. (PEREIRA, 2018, p.48)

Políticas públicas judiciárias realizadas diretamente pelo Poder Judiciário são ações formuladas e aplicadas pelo próprio judiciário na intenção de qualificar sua atuação e atribuições (PEREIRA, 2018)

> Assim, conclui-se que política pública judiciária nacional é aquela desenvolvida por órgãos de cúpula do Poder Judiciário de caráter nacional como o CNJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), os tribunais superiores e os demais Conselhos dentro dos seus respectivos ramos da Justiça (comum, trabalhista, eleitoral e militar), no sentido de montar agenda, formular ações, tomar as decisões, executar as ações e monitorar seus resultados a fim de melhorar a prestação jurisdicional ou os serviços prestados pelo Poder Judiciário no seu papel de pacificador social, sem produzir efeitos diretos em outros Poderes.
>
> As políticas públicas judiciárias nacionais não produzem efeitos diretos, mas podem, eventualmente, produzir efeitos indiretos, porquanto nada impede que o Poder Legislativo se aproprie da agenda e transforme as ações do Poder Judiciário em lei ou que o próprio Executivo também elabore políticas públicas com base nas ações desenvolvidas pela Justiça. (PEREIRA, 2018, p.56)

Dentre estes esforços para a melhoria do sistema de execução penal brasileiro podemos citar iniciativas como os Mutirões Carcerários destinados a analisar os processos da população carcerária para redução do déficit do sistema prisional e o Programa Começar de Novo que busca sensibilizar e incidir junto a órgãos públicos e sociedade para capacitação e reinserção profissional para presos e egressos do sistema.

3.2. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL/ADPF Nº347 – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL BRASILEIRO

"Dizem que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que esteja dentro de suas prisões." Nelson Mandela

Mais que um ícone da luta pela igualdade racial, Mandela tornou-se importante referência para pensar a superlotação e as violações de direitos de pessoas privadas de liberdade. O impacto de sua experiência foi tão profundo, que inspirou a sistematização do documento: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também conhecido por Regras de Nelson Mandela.

As Regras de Nelson Mandela (1955) apresentam princípios e práticas para o tratamento de presos, assim como para os espaços penitenciários, tendo introduzido no sistema jurídico global um elemento normativo para a proteção de pessoas privadas de liberdade, de forma a inspirar litígios em defesa desta parcela da população. A proposta do documento do ano de 1955 é estabelecer elementos mínimos da Organização das Nações Unidas (ONU) para o tratamento de presos, objetivando a melhoria das condições do sistema carcerário e garantia de um tratamento digno às pessoas que estejam em privação de liberdade. Tendo por base instrumentos internacionais, inclusive vigentes no Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.

As Regras de Mandela buscam instrumentalizar e qualificar a atuação dos atores do sistema de justiça e segurança pública, estando dividido em regras de aplicação geral voltadas a toda categoria de presos e regras destinadas a categorias especiais a exemplo de presos sentenciados, com transtornos mentais, problemas de saúde ou questões similares.

Deste modo, imbuído deste mesmo contexto de denúncia de violação e superlotação carcerária que, no ano de 2015, é apresentada ao Supremo Tribunal de Justiça/STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF, ação essa movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedindo declaração de estado de coisas inconstitucional no sistema prisional do Brasil, a qual significa o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária e a determinação de adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional no país.

A precariedade do sistema carcerário brasileiro expõe a superlotação e - como um fio puxa o outro - isso acaba por retroalimentar as situações de violações de direitos humanos as quais estão submetidas às pessoas presas, expondo sobremaneira a incompetência estatal para a reinserção e reintegração de indivíduos (PEREIRA, 2017). Pereira (2017) afirma que

mais que conduzir a pessoa reclusa ao cumprimento da pena privativa pelos crimes realizados, esta acaba condenada a outras violações de direitos humanos.

Tendo origem na Corte Constitucional Colombiana, o estado de coisas inconstitucional segundo Campos (2016, p. 96) "trata-se de decisão que busca 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 (...) uma realidade social necessitada de transformação urgente, (...) com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, (...) improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário aos direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial."

O estado de coisas inconstitucionais sinaliza, portanto, a uma responsabilização coletiva – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, sobre a qual Pereira (2017) organiza três pressupostos característicos:

> Com base na jurisprudência desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a doutrina tem apontado sinteticamente como sendo três os pressupostos necessários para a caracterização do ECI: (i) um quadro de violação generalizada, contínua e sistêmica de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão, inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas para a garantia dos direitos consagrados; e, (iii) um conjunto de transgressões inconstitucionais (e inconvencionais) que exigem a atuação não apenas de um único órgão, mas de uma pluralidade de autoridades ("transformações estruturais"), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações.

O relator Ministro Marco Aurélio acolheu a ADPF 347 e inaugurou essa nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito nacional, sobremaneira que Magalhães (2019) destaca a excepcionalidade da decisão ao fato de que

> (...) caberia ao STF, excepcionalmente, atuar de forma mais assertiva, por ser o órgão capaz de superar bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções – ação de retirar os demais poderes da inércia, catalisar debates e novas políticas públicas, coordenar ações e monitorar os resultados.
>
> No caso da população carcerária, seriam dois os bloqueios institucionais presentes: sub-representação parlamentar (presos não podem votar ou receber votos) e impopularidade dos indivíduos (não há prioridade política dos gastos públicos com essas pessoas, ou seja, constituem uma minoria socialmente desprezada). Tendo em vista que a opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar, argumenta o relator, ignorá-la poderia significar não só o fracasso das políticas defendidas pelos parlamentares, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Nesse sentido, diferentemente do que ocorre com a saúde pública, nas palavras do Ministro (ADPF 347, 2015, DJe 09/09/2015, p. 33):
>
> Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de

> recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

"A superlotação carcerária pode ser a origem de todos os males do estado de coisas inconstitucional (...) porque alimenta o ciclo de violência dentro e fora das prisões" asseverou o Ministro relator. Deste modo, a decisão cautelar da ADPF 347 convocou a todas as esferas do poder público a reconhecer a sua parcela de responsabilidade neste quadro, para que pudesse ser adotado com urgência as medidas e soluções transformadoras capazes de gerar os impactos positivos, permanentes e duradouros no sistema prisional brasileiro.

Como o mais significativo desdobramento da ADPF 347 destacou a determinação para que dali a 90 dias fossem realizadas as audiências de custódia. A audiência de custódia é o direito de toda pessoa presa em flagrante delito (atualmente, inclusive por mandado) ser conduzida a presença de um juiz em até 24 horas de sua prisão, a fim de que seja analisada a legalidade da detenção, aplicadas providências em casos de tortura e maus tratos, declarada as decisões conforme o Código de Processo Penal – relaxamento da prisão, liberdade provisória com ou sem medidas cautelares ou prisão preventiva – e realizados encaminhamentos diversos, garantida as manifestações do Ministério Público/MP e defesa. Todavia, hoje, inclusive no estado do Acre, a audiência de custódia que funciona como porta de entrada do sistema prisional, tem corroborado para o encarceramento massivo, contrariando os propósitos do próprio instituto, agravando, assim, a situação da superlotação (objeto central do estado de coisas inconstitucionais).

3.3. O PROGRAMA JUSTIÇA PRESENTE

Diante o cenário complexo do sistema penal e socioeducativo do Brasil, em janeiro de 2019, sob a gestão do Ministro Dias Toffoli, surge o Programa Justiça Presente com objetivo de contribuir para construção de sistemas mais justos da porta de entrada à porta de saída do sistema prisional. Resultado de uma parceria inédita do Conselho Nacional de Justiça – coordenada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ) – junto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/PNUD, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e

Crimes/UNODC para questões relacionadas às audiências de custódia além do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A instauração do programa foi pioneira, convergindo ao encontro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável em seu objetivo 16 que busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Coordenado pelo Poder Judiciário o programa tem abrangência nacional, com foco na mobilização de atores em rede, observada as diferentes fases do ciclo penal e socioeducativo, sobre as quais se desenvolveram diversas ações e produtos, por meio de colaboração de coordenadores e consultores em audiência de custódia em cada um dos 26 estados e no Distrito Federal. Neste sentido, inicialmente o PJP foi organizado em quatro eixos principais:

- EIXO 1 – SUPERLOTAÇÃO E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA
- EIXO 2 – SOCIOEDUCATIVO
- EIXO 3 – CIDADANIA E GARANTIA DE DIREITOS
- EIXO 4 – SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA E SISTEMAS

Destes eixos, a partir de seus objetivos e metas, foram organizados 27 planos executivos, exclusivos conforme suas realidades locais e em colaboração essencial dos Tribunais de Justiça respectivos e atores locais.

É no eixo 1 da superlotação e superpopulação carcerária, que - considerando a insustentabilidade do atual sistema prisional - se desenvolve o tema deste trabalho: as centrais de vagas. E apesar da relevância de se pensar outras estratégias na racionalização de fluxos e práticas para a qualificação da porta de entrada, a exemplo da audiência de custódia, alternativas penais, mutirões carcerários, dentre outros, estes não fazem parte da discussão desta pesquisa. Por certo a implementação do Justiça Presente foi inusitada, especialmente frente ao momento político delicado e suas perspectivas contra hegemônicas.

No ano de 2020, agora sobre comando do Ministro Luiz Fux, é inaugurado uma nova fase do programa Justiça Presente, na qual é apresentada a continuidade dos esforços para enfrentamento do estado de coisas inconstitucionais e sobretudo é ampliado o escopo de atuação do programa, agora identificado como Fazendo Justiça. Atualmente o programa conta com 5 eixos, sendo o quinto:

- EIXO 05 – GESTÃO E AÇÕES TRANSVERSAIS

O PROGRAMA FAZENDO JUSTIÇA NO ACRE

O estado do Acre participa do Programa Fazendo Justiça desde sua fase inicial, de tal sorte que a parceria firmada entre o CNJ e o Tribunal de Justiça do Acre/TJAC tem desempenhado papel fundamental para o alcance dos objetivos propostos do programa.

O cenário desafiador do sistema prisional acreano compeliu o próprio TJAC a se organizar para a construção de estratégias de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucionais, especialmente se aplicando no planejamento de ações para qualificação de seu sistema penal acreano, diante inclusive ao problema da superlotação.

Neste sentido destacamos a construção conjunta do Plano Executivo Estadual/PEE Programa Fazendo Justiça Acre/AC 2020-2022, o qual ilustra a partir dos eixos estruturantes – (1) superlotação e superpopulação carcerária; (2) socioeducativo; (3) cidadania e garantia de direitos; (4) soluções em tecnologia e sistemas; e (5) gestão e ações transversais – as iniciativas, as entregas pactuadas com suas respectivas metas, tudo construído dialogicamente pactuado com os atores locais envolvidos. Cabe destacar que em meio a estas tratativas, assim como o DMF é órgão central de apoio ao Conselho Nacional de Justiça, localmente o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo do Estado do Acre /GMF tem sido o ponto análogo no TJAC.

As ações conjuntas do Plano Executivo Estadual/Acre no âmbito do novo ciclo do Programa Fazendo Justiça foram formalizadas por meio do Termo de Cooperação Técnica Nº 023/2021 entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado. Cabendo destacar que consta dentre as metas do PEE a realização de processos formativos para disseminação de parâmetros nacionais sobre a Central de Vagas no sistema penal aos atores locais, esforço ao qual este trabalho se soma.

Em meio aos vários esforços do Judiciário para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucionais destacamos ainda a Resolução nº 325/20206[6] que instituiu a Estratégia

[6] "Refere-se à adoção de medidas preventivas à criminalidade e ao aprimoramento do sistema criminal, por meio de maior aplicação de penas e medidas alternativas, investimento na justiça restaurativa, aperfeiçoamento do sistema penitenciário e estabelecimento de mecanismos para minimizar a sensação de impunidade e insegurança social. Pretende reduzir o número de processos, reduzir as taxas de encarceramento e fomentar ações de atenção

Nacional do Poder Judiciário para 2021-2026 estabelecendo um instrumento de gestão para o aperfeiçoamento inclusive da justiça criminal. Produto de uma rede de Governança Colaborativa este documento orientador reitera o estabelecimento de metas e indicadores, reafirmando de forma consistente os desafios impostos aos atores do judiciário em âmbito institucional e interinstitucional.

Isto posto, devemos compreender que o aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal passa, não somente pela adoção de medidas preventivas à criminalidade, mas, sobretudo, exige a aproximação da justiça criminal com as redes de proteção social e a reunião de esforços de todos os Poderes. É urgente a construção de estratégias que incidam na redução de número de processos, redução das taxas de encarceramento e reincidência e fomento as ações de atenção as pessoas custodiadas e egressas.

4. COMPREENDENDO A REGULAÇÃO PARA O SISTEMA PRISIONAL

Diante o cenário que temos é razoável inferir que a justiça penal, a política criminal e a segurança pública compartilham de um grande desafio quando observada a realidade das prisões brasileiras. Oliveira (2014) ao discorrer sobre os conceitos e possibilidades do termo regulação, para além de sua dimensão polissêmica, destaca que a regulação se refere a capacidade de manter um ambiente equilibrado, sobretudo um equilíbrio dinâmico.

No campo do direito Oliveira (2014) informa que

> O conceito de regulação no direito pode ser considerado essencialmente sob dois pontos de vista: no primeiro, o direito é considerado como um meio de regulação (regulação dos comportamentos); no segundo, o direito é visto como um sistema. A regulação, então, refere-se aos meios de eliminação de contradições e de reforço de coerências (Brasil, 2003).

Assim, é preciso compreender a superlotação carcerária como um fenômeno que onera e sobrecarrega o sistema prisional, o que exige a urgente implementação de uma política judiciária que resolva este problema. Ainda que a regulação em uma perspectiva de gerenciamento de vagas seja um tema recente para o judiciário, a dinâmica de regulação de vagas um recurso amplamente utilizado nas políticas públicas sociais, seja no Sistema Único de Saúde/SUS, assim como no Sistema Único de Assistência Social/SUAS, dentre outros. Neste

ao interno e ao egresso, principalmente visando à redução de reincidência; e construir uma visão de justiça criminal vinculada à justiça social."

sentido, a instauração de uma central de regulação de vagas no sistema prisional do Acre representa uma solução efetiva frente aos elevados custos de criação e manutenção de vagas.

Como parte das iniciativas do Programa Fazendo Justiça e, portanto, ao enfrentamento do estado de coisas inconstitucionais, o projeto da Central de Regulação de Vagas desponta como um importante marco no judiciário brasileiro diante a insustentabilidade do sistema prisional nacional. A intenção é que esta central opere de modo sistêmico e sustentável, de forma a conter a superlotação carcerária.

O princípio do *numerus clausus* também conhecido como número fechado ou princípio da taxatividade carcerária é o que sustenta a ideia da regulação no campo do sistema prisional, e significa que a cada nova entrada no sistema penitenciário deve corresponder a uma saída, zelando pelo equilíbrio do sistema (BRASIL, 2021). A isso se pretende a Central de Regulação de Vagas.

A aplicação do princípio da taxatividade carcerária é recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda que não a tivéssemos reconhecido sobre estes termos é possível identificá-la como princípio norteador da política criminal brasileira desde o ano de 2016 (BRASIL, 2021). A Resolução nº 05/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispôs sobre os indicadores para fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais *numerus clausus;* já o Recurso Extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul e a súmula vinculante 56/2016 ratificam que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". Destaca-se que no âmbito do socioeducativo o CNJ o já regulamentou a Central de Vagas correspondente por meio da Resolução CNJ nº 367/2021, determinando a lista de espera como a

> "(...) relação de adolescentes que aguardam a entrada em unidade de restrição e privação de liberdade do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, quando ultrapassado o percentual de 100% de ocupação das unidades socioeducativas" (art. 4º, II) e estipula a inclusão de adolescente na lista a partir do momento em que houver indisponibilidade de vaga. O ato normativo determina que, no período em que permanecer na lista de espera, o adolescente poderá ser incluído em programa de meio aberto (art. 9º, §1º)." (BRASIL,2021)

Inclusive os processos de implementação e regulamentação da Central de Vagas no socioeducativo do Acre está mais avançado e concretizado, perdurando o desafio da construção da Central no sistema prisional.

Estamos diante de um problema persistente e histórico, entretanto, não há dúvidas de que o Poder Judiciário tem condições para envidar esforços e buscar reverter os problemas estruturais como da superlotação carcerária. A possibilidade da estratégia da Central de Vagas inova o campo jurídico e propõe um novo olhar para os fluxos de entrada e saída do sistema prisional e, enquanto uma política judiciária proposta pelo Conselho Nacional de Justiça, pretende oferecer à magistratura instrumentos sustentáveis e práticos para enfrentar está tão cara questão. Sem dúvidas, projetar a Central de Regulação de Vagas é projetar um novo sistema prisional, afinal já não nos é possível apostar que a criação de novas vagas no sistema seja uma resposta sustentável, razoável e possível – ao contrário - aventar novas vagas no sistema é retroalimentar o problema onerando ainda mais e comprometendo investimentos públicos em áreas sociais, por exemplo, e que tampouco altera o estado inconstitucional.

4.1. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO MANUAL PARA A GESTÃO DA LOTAÇÃO PRISIONAL: A CENTRAL DE REGULAÇÃO DE VAGAS

A Central de Vagas no sistema prisional brasileiro representa um marco da atuação do Conselho Nacional de Justiça ao considerar a implantação de uma medida sistêmica e duradoura. Para tanto o CNJ organizou profundo e extenso manual apresentando as bases metodológicas para construção e articulação interinstitucional deste projeto. Sendo assim, neste capítulo apresentamos pontos estruturantes do respectivo manual, a fim de que sirva como encorajamento para envidar esforços à implementação da central de regulação no sistema prisional do estado do Acre.

O manual aponta que a superlotação carcerária é multifatorial e sistêmica, dentro um sistema prisional dominado por facções criminosas, de condições cruéis, insalubres, desumanas, com efeitos colaterais perversos intra/extramuros. A busca por soluções a este problema não tem sido o suficiente: algumas insustentáveis e infundadas, dado que não incide na redução populacional das prisões, como a proposta de criação e construção de novas vagas – o que pode, na contramão, agravar o fenômeno de superencarceramento no país -; outras como as interdições e mutirões carcerários, que são estratégias pontuais do judiciário, mas que não incidem na raiz do problema. As interdições judiciais, geralmente de responsabilidade das Varas de Execução Penal, determinam a impossibilidade de novas admissões em determinadas unidades prisionais, por vezes sendo uma decisão delimitada geograficamente para algum presídio em específico, sem alterar o sistema como um todo, contudo, podendo gerar

desequilíbrio em unidades próximas que podem ter sua superlotação e gestão prisional ainda mais agravada e gerar o distanciamento do convívio familiar da pessoa privada de liberdade. Quanto aos mutirões carcerários que tratam de esforços concentrados dos atores do sistema de justiça para a revisão de processos, ainda que gere um alto acúmulo de pedidos em um curto espaço de tempo, é uma estratégia temporária, ainda que possa resultar em diminuição. Ou seja, o padrão de encarceramento e de manutenção da superlotação não necessariamente é alterado, às vezes é agravado.

A proposta da Central de Regulação de Vagas pretende agir sobre o problema da superlotação de forma não pontual e fragmentada, de tal sorte que busca promover um estado de equilíbrio, inclusive prevendo atribuições compartilhadas com o Poder Executivo, seja na interface da gestão do ciclo penal, assim como na perspectiva de manutenção do princípio *numerus clausus*: para cada vaga, uma só pessoa.

Pensar a consecução do desafio de gerenciamento destas vagas é readequar o sistema para ser organizado a partir de evidências científicas e da prerrogativa de excepcionalidade da prisão. Este ponto de partida organiza 4 perguntas orientadoras e que organizam os capítulos do Manual para a Gestão da Lotação Prisional: (1) Por que implementar uma Central de Regulação de Vagas?; (2) O que é a Central de Regulação de Vagas?; (3) Como implementar uma Central de Regulação de Vagas?; e (4) Quem é responsável pela Central de Regulação de Vagas?

Considerando o contexto acreano, podemos afirmar que as respostas para a pergunta (1) já foram respondidas no decorrer deste trabalho e que esta posta a urgência para superar o estado de coisas inconstitucionais e a premente necessidade de soluções sistêmicas à superlotação carcerárias, não pontuais e sustentáveis. Soma-se a isso o imperativo da ordem orçamentária e a importância da racionalização dos gastos públicos. Outro ponto que demanda atenção nesta questão se relaciona aos impactos na segurança pública: a regulação de vagas e suas ferramentas relacionadas para redução da superlotação e a manutenção das unidades dentro de sua capacidade, não implicam no aumento da criminalidade e/ou reincidência. E corroborando a proposta da regulação no sistema prisional, o Manual discorre sobre as experiências já bem sucedidas da regulação nas políticas públicas nas áreas de saúde, educação, assistência social e mesmo no socioeducativo.

A pergunta (2) – o que é a Central de Regulação de Vagas?- se relaciona ao também já discorrido princípio da taxatividade carcerária, também conhecido por *numerus clausus* e

sobre a qual se pretende uma atuação sistêmica, não pontual, não restrita geograficamente a uma unidade/presídio/comarca, mas envolvendo uma jurisdição específica.

A questão (3) - Como implementar uma Central de Regulação de Vagas? – busca responder ao como, a forma de implementação a partir de uma "caixa de ferramentas" que podem servir de subsídios ao trabalho de magistrados e magistradas, mas que não necessariamente são pré-condições para a implantação da central. Os cinco blocos são de: (i) ferramentas espaciais; (ii) ferramentas de regulação na porta de entrada; (iii) ferramentas de regulação na porta de saída; (iv) ferramentas de atuação administrativa;e (v) ferramentas tecnológicas (BRASIL, 2021).

O primeiro bloco de ferramentas é relacionado ao aspecto geográfico e espacial, sendo essencial que a regulação de vagas considere a capacidade máxima real das unidades e que conceba um conceito de vaga prisional proporcional aos serviços disponíveis dentro daquela unidade e dentro de parâmetros arquitetônicos de metragem específica. Neste quesito, o zoneamento penitenciário diz respeito à definição da proximidade das unidades prisionais com a residência das pessoas privadas de liberdade ou de seus familiares, de forma a garantir, portanto, o direito à visita e à relação de reintegração posterior, quando da saída e a possibilidade de integração, de atividade de trabalho e tantas outras a partir de um sistema de progressão de regime.

O segundo bloco de ferramentas diz sobre o aspecto tecnológico e a necessidade de aplicação, introdução ou reformulação dos sistemas existentes para criação de um sistema de informação em tempo real de regulação de vagas, que disponibilize para cada juiz e para cada juíza com jurisdição criminal no Brasil informações sobre a capacidade e a ocupação das unidades prisionais daquele estado. Garantindo informações da superlotação ao status atual das unidades prisionais dentro de seu processo decisório sob medidas de aplicação de prisão ou de medidas cautelares alternativas. Aqui também é proposto um sistema eletrônico que permita criação de alertas sobre população carcerária, de modo que haja atuação preventiva quando as unidades estiverem próximas da taxa de 100% da ocupação.

O terceiro bloco de ferramenta se relaciona com a porta de entrada do sistema prisional, para o qual fazemos os destaques sobre: a ferramenta de lista de espera, já aplicado no campo socioeducativo; a noção das vagas excedentes que é uma ferramenta, a qual considera excepcionalmente a extrapolação no limite de 100¨% de ocupação por um tempo determinado; e a relevância da audiência de custódia, não apenas em relação à prisão em flagrante, mas

também em relação a todas as hipóteses de prisão por cumprimento de mandado, como foi recentemente decidido pelo STF.

O quarto bloco de ferramentas relaciona-se a porta de saída e as pessoas que já estão privadas de liberdade. Aqui é introduzido o conceito de remoção cautelar considerando três propostas, sempre centradas na cronologia: (1) proximidade temporal com o tempo da prisão, a exemplo dos esforços realizados no contexto da pandemia Covid-19 e progressão de regime; (2) critério relacionado ao tempo transcorrido na prisão, portanto pessoas que já cumpriram 90% do seu tempo de pena, então esse percentual podia ser considerado como critério para concessão do benefício; (3) a compensação penal, ou seja, a cada dia passado em condições superlotadas, desumanas e indignas esse dia deve ser contado de forma diferente e, portanto, ser considerado em benefício de uma maior proximidade da sua soltura ou da concessão de benefícios.

A última ferramenta se relaciona a atuação administrativa e a capacidade de gestão dos tribunais. Destaca-se aqui a importância do mutirão carcerário, das revisões periódicas, além da relevância das audiências concentradas, ferramenta de referência do sistema socioeducativo.

A quarta e última pergunta orientadora do Manual - (4) Quem é responsável pela Central de Regulação de Vagas? – indica quem tem responsabilidade pela implementação da Central, sinalizando três modelos de governança possíveis, a partir de interfaces entre Poder Judiciário e Poder Executivo e modelos de governança colegiada. Ressalta-se as regras de transição e a importância de ações de monitoramento e avaliação, organizando dados e evidências no âmbito da regulação de vagas e cenário da superpopulação carcerária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou o contexto e elementos para implantação da Central de Regulação de Vagas no sistema prisional acreano, pontuando os contextos locais e nacional e evidenciando a gravidade da superlotação carcerária.

Neste estudo logramos identificar que é decisivo o papel da magistratura na reversão deste cenário, especialmente no que se refere à articulação interinstitucional, com

vistas à oferecer as pessoas apenadas condições minimamente adequadas para cumprimento de suas penas.

O estudo acerca do processo de criação de uma Central de Regulação de Vagas pelo TJAC e seus parceiros importa neste sentido em potencial solução para o complexo problema da superlotação nas unidades prisionais. Ao mesmo tempo, uma sinalização sobre a nova etapa para humanização da justiça criminal e para o fortalecimento de ações de proteção aos direitos humanos.

Diante o contexto do estado de coisas inconstitucionais e os esforços de novas alternativas ao cárcere, a Central de Vagas é a promessa de um novo tempo para o sistema prisional acreano como solução efetiva de sua alta relação custo-benefício, afinal é preciso praticar a racionalidade na ocupação dos espaços. Este trabalho demonstra que não nos faltam evidências históricas de que o sistema prisional como temos hoje é insustentável e não há dúvidas de que apenas uma proposta dialogada entre judiciário e executivo, atenta aos princípios nacionais e internacionais será o caminho possível para a transformação da realidade prisional brasileira.

Referências

ALMEIDA, F.L, de. **Reflexões acerca do Direto de Execução Penal.** Revista Liberdades – nº 17 – setembro|dezembro de 2014 |Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Brasil. Conselho Nacional de Justiça**. Manual de proteção social na audiência de custódia : Parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada** / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Central de Regulação de Vagas [recurso eletrônico]: Manual para a Gestão da Lotação Prisional**/Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O sistema prisional brasileiro fora da constituição – 5 anos depois. Balanços e projeções a partrir do julgamento da ADPF 347.** Conselho Nacional de Justiça. 2021

BRASIL. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório de Missão a Unidades de Privação de Liberdade do Acre** / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): 2020.

BRITO, A.S; JÚNIOR, A.C. **Diagnóstico do Desacerto: Reflexões sobre a Tomada de Decisão da Audiência de Custódia para Crime de Tráfico de Drogas em Rio Branco/Acre no Ano de 2019 e suas Sentenças em Trânsito em Julgado.** Universidade Federal do Acre, Rio Branco, 2022.

IPEA. **Cadernos ODS 16: Promover Sociedades Pacíficas e Inclusivas para o Desenvolvimento Sustentável, Proporcionar o Acesso à Justiça para todos e Construir Instituições Eficazes, Responsáveis e Inclusivas em Todos os Níveis. O que Mostra o Retrato do Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada/IPEA. 2019.

KOSAK, A.P.; BARBOZA, E. M. de Q. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UNICEUB. Volume 10. Nº 01. Março 2020.

MACHADO, C.P. **O contexto histórico da Lei de Execuções Penais.**

MAGALHÃES, B.B. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.** Revista Direito GV | São Paulo | V. 15 N. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas 2 | e1916 | 2019.

MEDINA, T.R.; ALVES, J. (2021). **Territorialidade e Segurança Pública na Faixa de Fronteira Brasileira com a Bolívia: O Caso de Rio Branco Capital do Estado do Acre. Uáquiri** - Revista Do Programa De Pós Graduação Em Geografia Da Universidade Federal Do Acre, 3(2).

MPAC. **Anuário 2012-2021: demonstrativo histórico de indicadores prioritários de violência e criminalidade no estado do Acre** [recurso eletrônico] /Ministério Público do

Estado do Acre, Núcleo de Apoio Técnico, Observatório de Análise Criminal. - 6 ed. – Rio Branco. 2022.

OLIVEIRA, R. R. de. **Dos conceitos de regulação às suas possibilidades.** Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.4, p.1198-1208, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/pkTKqybVJWpgbR6D4VfdwHt/abstract/?lang=pt# > Acesso em: 27 jul. 2022.

PEREIRA, J. C. M. **Análise das iniciativas implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça no Sistema de Execução Penal.** Orientador: Gilmar Ferreira Mendes e Janaína Lima Penalva Silva. – 2018. 260 f.: il. Dissertação (Mestrado em Aministração Pública) - Programa de Pós-Graduação em Administração Pública – Políticas Públicas e Gestão Governamental, Escola de Administração de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público.

PEREIRA, L. M. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. RIDH | Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017 (8).

SILVA, M.R.dos R. **Audiência de Custódia. Accountability das Prisões Cautelares e da Violência Policial.** Curitiba. Juruá Editora. 2018.

TJAC. **Relatório de Inspeção Extraordinária Unidades Prisionais do Instituto Penitenciário do Estado do Acre**: Período: 09 a 26 de novembro de 2021. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo. 2021.

UNODC. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. 1955.

SUSTENTABILIDADE COMO VETOR AXIOLÓGICO PARA AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza [1]
Josemar Soares[2]

RESUMO

Em um mundo cada vez mais marcado por relações globais interdependentes, nas quais diversos atores conquistam a capacidade de influenciar a vida de pessoas e grupos ao redor do planeta, surge a necessidade de o direito ser pensado enquanto esfera global, enquanto ordem jurídica global, não em sentido estatalista, mas de uma ordem jurídica emanada da infinidade de relações jurídicas construídas cotidianamente. Uma ordem jurídica global precisa de um princípio que atenda as expectativas da própria humanidade, vez que ela é a real causadora e destinatária deste fenômeno. Este artigo tem como **objetivo** oferecer a Sustentabilidade enquanto princípio ético-jurídico se tornar também vetor axiológico para as relações jurídicas transnacionais, vez que a preservação da qualidade de vida é hoje tarefa da humanidade em si, e não apenas de Estados e instituições específicas. Desse modo, seu **problema de pesquisa** consiste em responder: pode a Sustentabilidade ser vetor axiológico para as relações jurídicas transnacionais? A defesa da Sustentabilidade enquanto vetor axiológico segue a linha teórica já aberta por Cruz, Ferrer e outros, porque vislumbra a Sustentabilidade não como premissa ideológica, mas como condição originada da própria interação do homem com o ambiente. O homem é residente deste planeta, e para garantir sua preservação e qualidade de vida, para esta e futuras gerações, deve entender como se relacionar sustentavelmente com o planeta. Isto exige legislações, políticas públicas e ações internacionais/transnacionais compatíveis com a Sustentabilidade. O **método** é o indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Sustentabilidade. Transnacionalidade. Relações jurídicas transnacionais.

ABSTRACT:

In a world increasingly marked by interdependent global relations, in which actors play a leading role in influencing the lives of people and groups around the world, the need for law to be thought of as a global sphere, as a global legal order, not in a state-based sense, but of a legal order emanating from the myriad of juridical relations built up on a daily basis. A global legal

[1]Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade" cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada.. E-mail: mclaudia@univali.br. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8118-1071.
[2]Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003) e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (1999). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. E-mail: jsoares@univali.br.

order needs a principle that meets the expectations of humanity itself, since it is the real cause and destination of this phenomenon. **This article aims** to offer Sustainability as an ethico-juridical principle to become an axiological vector for transnational juridical relations, since the preservation of the quality of life is today the task of humanity itself, and not only of specific states and institutions. Thus, his research problem is to answer: can Sustainability be an axiological vector for transnational legal relations? The defense of Sustainability as an axiological vector follows the theoretical line already opened by Cruz, Ferrer and others, because it sees Sustainability not as an ideological premise, but as a condition originated from man's own interaction with the environment. Man is a resident of this planet, and to ensure its preservation and quality of life for this and future generations, must understand how to relate sustainably to the planet. This requires legislation, public policies and international / transnational actions compatible with Sustainability. The **method** is the inductive one, through bibliographical research.

KEYWORDS: Sustainability. Transnationality. Transnational legal relations.

INTRODUÇÃO

O presente artigo insere-se na linha de pesquisa **Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, vinculada ao Programa de Pesquisa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

Fala-se no tripé da sustentabilidade: meio ambiente, homem e social. No entanto, não podemos considerar essa relação apenas como uma busca por harmonia, no sentido de que o desenvolvimento social não poderia resultar em degradar o meio ambiente.

Essa harmonia é indispensável, mas não suficiente. Sustentabilidade é como construir relações entre esses três elementos que resultem em progresso e desenvolvimento humano. Não basta preservar o meio ambiente, é preciso preservá-lo e aperfeiçoá-lo. O nosso meio ambiente não é apenas aquela parte que vemos como "verde", mas inclui também nossas cidades, nossos bairros, nossas casas, nossos quartos. O nosso meio ambiente é o mundo inteiro. A sustentabilidade precisar alcançar todas essas dimensões.

Falar em 'crise ambiental' ou da 'crise da sustentabilidade' talvez já tenha se tornado lugar comum nos meios acadêmicos, políticos, institucionais em gerais. Sobretudo a partir do século XX, mas com avanços estrondosos ano a ano, a população mundial observa sinais concretos de que a sociedade global se encontra, definitivamente, diante de problemáticas que ameaçam não apenas a paz internacional e a qualidade de vida dos povos, mas também a

saúde planetária. Dos inúmeros conflitos armados aos atentados terroristas, da dificuldade de lidar com a desigualdade social ao aumento de índices de criminalidade em vários pontos do globo, das sucessivas tragédias ambientais até os constantes debates sobre aquecimento global, preservação da água e dos ecossistemas, da proteção do planeta em si, os exemplos de tópicos relacionados ao assunto poderiam ser alargados. Todos estes problemas ressaltam a profunda crise existencial que vive o ser humano contemporâneo, uma crise que atinge a sua própria interioridade e depois se exterioriza na relação com os outros, com os espaços de convívio, com o mundo em si. Em vocabulário hegeliano se poderia dizer que o homem vive crise uma crise de eticidade (*Sittlichkeit*)[3], parece hoje incapaz de ver a si mesmo no outro, nas instituições, nas regras sociais e jurídicas estabelecidas. Desse modo, o outro (pessoa, coisa, instituição, mundo, etc) passa a ser apenas um meio para fruição de meus fins, sejam eles econômicos, ideológicos, políticos ou de satisfação pessoal.

Extraviado de sua própria natureza o homem passa a ser visto, de fato, na acepção hobbesiana de homo homini lupus, como um potencial destruidor de si e do outro. Sem a dimensão da eticidade o homem se limita a um ser desejante que vê no mundo externo apenas um meio para satisfação de si.

Esta crise existencial certamente não é nova, nem totalmente original. A história intelectual apresenta exemplos de que debates similares já foram travados em outras épocas. Assim pode-se citar a constante crítica ao individualismo ateniense já no mundo antigo ou mesmo da visão de Rousseau contra o mundo moderno. O indivíduo desligado do contexto comunitário, o sujeito que perde o vínculo da eticidade, não é uma problemática recente.

No entanto, o que há de novidade nesta problemática antiga é que, no período atual, ela ameaça a vida da humanidade e do próprio planeta, porque nem o político ateniense do século IV a.C nem o burguês criticado por Rousseau possuíam meios práticos e tecnológicos tão poderosos como aqueles hoje disponíveis a tantas pessoas ao redor do globo.

A premissa tecnológica modifica completamente o cenário das discussões sobre sustentabilidade e preservação do planeta e da humanidade. Das armas de fogo aos veículos, do poderio bélico estatal às inteligências artificiais na economia, indústria e sistema financeiro, das mídias digitais às modificações genéticas de alimentos e seres vivos em geral, tudo isto possui um potencial estrondoso de impactos humanos, sociais, econômicos e ambientais.

A crise da eticidade é antiga, mas seu risco hoje é completamente novo, de tal modo que a crise da eticidade se torna a crise da sustentabilidade.

[3] Para aprofundamentos sobre o conceito de *Sittlichkeit* (Eticidade) em seu sentido hegeliano ver SOARES, Josemar. **Direito, Consciência de Si e Sociedade**. São Paulo: Intelecto, 2018.

É por isto que Cruz e Ferrer[4] vem propondo a solidificação da sustentabilidade como princípio necessário para orientar as regulamentações jurídicas e institucionais em geral na ordem transnacional. Mais do que a liberdade, centrada na dimensão individual e subjetiva, mais que a solidariedade, focada na dimensão social e intersubjetiva, é na sustentabilidade enquanto dimensão objetiva do mundo que o pensamento jurídico encontrará o critério fundante para um melhor diálogo entre ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Para os autores citados a sustentabilidade carregaria o conteúdo axiológico capaz de servir de bússola para os caminhos a serem seguidos pela racionalidade jurídica.

Também Freitas apresenta a sustentabilidade como prisma hermenêutico que deve orientar tanto a implementação de políticas públicas como a interpretação das diretrizes constitucionais.[5]

O **objetivo** deste artigo é propor a Sustentabilidade enquanto princípio ético-jurídico se tornar também vetor axiológico para as relações jurídicas transnacionais, vez que a Sustentabilidade não se origina como demanda ideológica e sim como constatação da crise de interação do homem com o ambiente no qual reside. A Sustentabilidade enquanto vetor axiológico é necessária para a preservação e qualificação da vida humana neste planeta. Como **problema de pesquisa**, portanto, está em indagar se: pode a Sustentabilidade ser sustentada enquanto princípio ético-jurídico e vetor axiológico para as relações jurídicas transnacionais?

Quanto à **metodologia**, foi utilizada a base lógica indutiva, por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, o método cartesiano, quanto à coleta de dados, e, no relatório final, o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.[6]

---

[4] Para aprofundamentos verificar os seguintes artigos: CRUZ, Paulo Márcio; Real Ferrer, Gabriel . Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos - São Paulo. **Interesse Público (Impresso)**, v. 17, p. 27-54, 2015; CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAP, M. C. . Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade - RS. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, v. 16, p. 163-186, 2014; DANTAS, MARCELO BUZAGLO ; OLIVIERO, MAURIZIO ; CRUZ, PAULO MARCIO . Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito (UNISC. Impresso)**, v. 2, p. 29-45, 2016; FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014;** GOBBATO, A. M. B. ; CRUZ, P.M. . A sustentabilidade como princípio jurídico conformador do Direito Regulatório - Direitos Culturais. **Direitos Culturais (Online**), v. 10, p. 30-45, 2015.

[5] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p.940-963.

[6] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2015.

De certo modo a sustentabilidade já envolve o potencial das dimensões da liberdade e da solidariedade, porque a sustentabilidade somente encontra sua máxima realização em uma comunhão efetiva do indivíduo com a sociedade e com o mundo.

A sustentabilidade surge como potencial princípio paradigmático não por questão ideológica, mas por exigência racional na dialética com a ordem natural das coisas. As crises ambientais, ecossistêmicas, hídricas, sociais, políticas, humanitárias, atestam uma humanidade em crise na relação consigo e com o planeta.

A sustentabilidade social, econômica, planetária, não será realizada com base nas ideologias humanas, nas apreciações individuais e coletivas acerca de como deveria ser a realidade, mas do entendimento profundo sobre a própria humanidade e o mundo que a rodeia. As crises planetárias ambientais recordam ao homem que ele não é desvinculado do planeta, que o adoecimento do mundo representa também o adoecimento e perigo de extinção do próprio homem. A humanidade habita este planeta e precisa entender sua lógica.

Neste sentido a sustentabilidade é um paradigma necessário diante da própria situação planetária de crise, seja na perspectiva das guerras, das dificuldades sociais e internacionais como das ameaças ambientais de aquecimento global, redução do potencial hídrico, extinção de espécies animais e vegetais, etc. Em outras palavras é o momento da humanidade passar a entender o planeta e não a impor sua própria vontade ao planeta.

1 ELEMENTOS DA SUSTENTABILIDADE

Sustentabilidade[7] é assunto preeminente nas pautas estatais atualmente. É responsabilidade do Estado, juntamente com todos os indivíduos que fazem parte dele, concretizar um desenvolvimento tanto de âmbito material quanto imaterial, que seja *sustentável* em todos os aspectos da sociedade, seja socialmente inclusivo, seja durável, seja ambientalmente limpo, gere inovação e, principalmente, garanta o bem-estar das gerações atuais e futuras.

[7] "[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar". FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

Assim, a Sustentabilidade adquire um caráter pluridimensional, pois o bem-estar que ela busca garantir é pluridimensional. Freitas afirma que as dimensões da Sustentabilidade seriam cinco:

a) social: composta pelo incremento da equidade, condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas e o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura[8];
b) ética: composta pelo reconhecimento da ligação de todos os seres, o impacto retroalimentador das ações e das omissões, exigência da universalização concreta do bem-estar e o engajamento numa causa que proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral;
c) ambiental: ou se protege a qualidade ambiental ou não haverá futuro;
d) econômica: necessidade de ponderação, o adequado *trade-off* entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado dos benefícios e custos diretos e indiretos; e
e) jurídico-política: determinação, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, da tutela jurídica do direito ao futuro[9].

Freitas deixa claro que tais dimensões existem entrelaçadas e se constituem mutuamente em uma dialética da sustentabilidade não podendo, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompida. São dimensões intimamente vinculadas e essenciais ao desenvolvimento[10].

A pluridimensionalidade da Sustentabilidade permite que ela seja percebida como inerente a existência dos homens em sociedade, da mesma forma que o direito internacional é inerente à existência dos Estados, conforme explicitado anteriormente.

A partir do momento que o homem existe no mundo e, dessa forma, se relaciona com ele e com os demais homens, existe uma forma de vivência que é sustentável, ou seja, que é eficiente, produz crescimento, desenvolvimento, inovação, igualdade, garante um bem-estar, uma qualidade de vida de cada indivíduo com o mundo a sua volta em todas as dimensões.

Com isso percebe-se que existe uma demanda por Sustentabilidade que perpassa a história da humanidade. Muito antes de haver um problema ambiental devido a um

[8] Acerca da dimensão social da sustentabilidade é interessante acompanhar a abordagem de Dahl. DAHL, Arthur Lyon. Putting the Individual at the Center of Development: Indicators of Well-Being for a New Social Contract. In: MANCEBO, François; SACHS, Ignacy (Orgs.). **Transitions to Sustainability**. Londres: Springer, 2015.
[9] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 58-71.
[10] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 71.

desenvolvimento descontrolado a partir da Revolução Industrial[11], já havia profundas crises nas dimensões ética, social e econômica.

A história da humanidade está marcada pela desigualdade, exploração, guerras, epidemias, etc., que impediram que um bem-estar se instalasse na sociedade. A busca por um bem-estar para as gerações presentes e futuras em todas as dimensões sociais, sempre foi algo necessário, mas nunca alcançado.

A necessidade da Sustentabilidade, assim, é inerente à condição humana e sua sobrevivência no planeta Terra.

Os danos que a insustentabilidade em qualquer uma das dimensões supramencionadas ocasionam, não se mantêm somente no local que ocorreram, gerando consequências no mundo todo, pois, como explicado, é da essência da existência humana como sociedade global uma necessidade de sustentabilidade para o bem-estar global. A relação entre homem e ambiente não conhece fronteiras.

Muito do que impede uma efetivação da Sustentabilidade é o pensamento predominante na pós-modernidade[12] caracterizado pelo estrito materialismo-científico combinado com a compreensão separatista entre indivíduo e objeto, ocorrendo aquilo que Frijot Capra chama de crise da percepção[13], não se percebe que o mundo todo é naturalmente uma aldeia global[14], que todos os indivíduos e nações são fios da teia da vida[15], e que não há como garantir bem-estar se não for de modo total, em todo o planeta.

De qualquer forma, mesmo já havendo uma inseparabilidade natural entre os indivíduos e nações, com a globalização ocorre uma aproximação desses elementos já coligados, passando para uma nova etapa da humanidade em que os impactos em um local do globo ocasionam efeitos no resto de forma muito mais rápida do que em momentos anteriores da história.

---

[11] Não se nega a existência de problemas ambientais em menor escala que afetaram povos primitivos que, por exemplo, por não saberem utilizar a terra adequadamente, ocasionavam sua improdutividade. Porém, por ser em menor escala, não suscitava um problema de crise ambiental.

[12]Jean-François Lyotardchama de pós-moderna o estado cultural após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. A era pós-moderna quer representar uma segunda etapa, mais elevada, de progresso das ciências.LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.p. XV-XVI. Para aprofundamentos da caracterização e problemas da era pós-moderna, consultar, além da obra já citada: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos:** le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

[13] CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida:** Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

[14] MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

[15]CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida:** Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos.

A globalização consentiu uma passagem da sociedade industrial moderna para a atual sociedade de risco, uma mudança de tanto impacto quanto foi a passagem da sociedade agrária para a sociedade industrial.

Da mesma forma que na sociedade atual a técnica se desenvolveu amplamente, também se desenvolveram os riscos, de forma que Ulrich Beck define a sociedade atual como sociedade de riscos. Os riscos são os mais diversos: acidentes em usinas nucleares, guerra nuclear, catástrofes ambientais, epidemias, terrorismo, entre outros[16].

Também Heidegger, já em 1927, indicava os perigos do avanço da técnica. O filósofo alemão destacou que o homem de hoje teria um pensamento mais calculista e menos reflexivo, caracterizando o que Heidegger chama de era técnica ou era atômica, em que o homem encontra-se em uma posição totalmente nova em relação ao mundo que agora aparece como um objeto sobre o qual o pensamento calculista investe, sendo que nada mais pode resistir aos seus ataques[17].

Beck destaca que os riscos que permeiam a sociedade atual possuem três características fundamentais: são universais, incalculáveis e imprevisíveis. Universais, pois todos estão sujeitos aos seus efeitos, independentemente de classe social, raça, genro, credo, nacionalidade, etc. Os riscos possuem consequências que afetam a todos indistintamente, por isso é algo de interesse e preocupação de todos, ou pelo menos deveria ser[18].

São incalculáveis e imprevisíveis, pois a ciência não tem a capacidade de determinar quando esses riscos se tornaram realidade nem qual será a extensão do seu dano, apesar de conseguir determinar que de fato existem. Sendo que as provas são os diversos desastres que a sociedade tem enfrentado nos últimos tempos[19].

Neste sentido é possível vislumbrar a sustentabilidade como uma categoria paradigmática para o direito contemporâneo e futuro, vez que exige da humanidade novoa e mais radical tomada de posição autorresponsável diante de si, do outro e do planeta.

A sustentabilidade pode (ou deve) ser entendida inclusive como uma premissa axiológica, como princípio ético-jurídico para se entender eticamente e juridicamente a interação do homem com o ambiente. Na próxima seção desenvolve-se a ideia da sustentabilidade enquanto princípio ético-jurídico reclamado pela necessidade de respeito às leis naturais (em sentido físico, químico, biológico, ecológico) como condição de qualidade de

[16] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.
[17] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 2006.
[18] BECK, Ulrich.**La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad.
[19] BECK, Ulrich.**La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad.

vida para as gerações atuais e futuras. Compreendido este princípio pode-se dominar melhor a preocupação contemporânea em transformar tal raciocínio em dispositivos constitucionais de defesa de direitos fundamentais, como é o caso da Constituição Federal vigente no Brasil. A sustentabilidade é tanto um direito fundamental como um princípio de respeito às leis naturais do planeta e decorre não de bandeira ideológica, mas de raciocínio lógico baseado nos conhecimentos científicos acumulados.

2 SUSTENTABILIDADE COMO VETOR AXIOLÓGICO

A célebre assertiva da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987[20], de que as "leis humans precisam ser reformuladas para manterem as atividades humanas em harmonia com as imutáveis e universais leis da natureza" apresenta profundidade ético-jurídica ainda não totalmente esgotada. Ela demonstra a sapiência de que pela primeira vez na história moderna do direito a atividade jurídica não pode ser enfrentanda simplesmente sob o prisma da vontade, da subjetividade da consciência, da busca por liberdade ou igualdade, enfim, das bandeiras ideológicas em geral, mas sim que a humanidade está adentrando período em que o direito deve se situar também em consonância com as leis maiores que regem o próprio funcionamento do planeta.[21] A Natureza possui sua lógica independente da vontade humana se harmonizar ou não com ela, mas a humanidade pode viver melhor, com mais qualidade, se compreendê-la e respeitá-la. De certa forma a sustentabilidade enquanto princípio ético-jurídico assinala que a qualidade de vida humana atual e futura depende de as atividades humanas estarem em consonância com tais leis da Natureza, e que o direito enquanto instrumento de organização social pode efetuar papel indispensável neste processo, vinculando pessoas, instituições e Estados a se encaminharem a tal perspectiva.[22]

Bosselmann, após discutir as limitações e os insucessos dos vários encontros e documentos firmados internacionalmente deste o Relatório Brundtland, porque sem poder

[20] Para aprofundamento da evolução conceitual e dos marcos legais e institucionais da sustentabilidade e do direito sustentável ver SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista Direito e Sustentabilidade**, v. 3, p. 17-35, 2017. Também importante a leitura do célebre Our Common Future. UNITED NATIONS. **Our Common Future.** Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

[21] Para aprofundamentos ver BOSSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: transforming Law and Governance. Hampshire: Ashgate, 2008; COYLE, Sean; MORROW, Karen. **The Philosophical Foundations of Environmental Law**: Property, Rights and Nature. Oregon: Hart Publishing, 2004.

[22]

coercitivo deixando demasiado ao livre arbítrio das lideranças e instituições tomarem iniciativas, afirma a necessidade de se começar a pensar uma norma fundamental da sustentabilidade, enquanto paradigma epistemológico (de matriz kantiana) que possa ser usado de modo coercitivo no cenário internacional. Para Bosselman esta norma fundamental deveria se assentar no entendimento de que o respeito às fronteiras ecológicas do planeta é tanto um ditado da razão como uma aceitação geral. Isto se baseia no pensamento kantiano, de que o direito, para se efetivar na prática, precisa ser tanto racional como ser aceito pela comunidade destinatária.[23]

Para Bosselman a afirmação do princípio da sustentabilidade conduz o raciocínio jurídico a retomar o antigo embate entre direito natural e direito positivo, pois a própria acepção de que a sustentabilidade depende de fronteiras ecológicas do próprio planeta é uma assunção jusnaturalista, de que o planeta tem suas leis e a humanidade deve se adaptar a elas. Isto não significa, contudo, abandonar ou superar o positivismo jurídico, mas tão somente defender a necessidade das leis humanas entrarem em consonância com as leis ecológicas.[24]

O princípio da sustentabilidade pode ser aceito racionalmente hoje ainda encontra dificuldades para ser aceito, sobretudo no mundo ocidental, porque implicaria substituir um modelo racional que ainda vigora, baseado em preceitos como aquele dos recursos naturais infinitos. De certa forma, a sustentabilidade enfrenta modelos econômicos e epistemológicos protagonistas nos últimos séculos. No entanto, tal princípio pode muito bem prosperar em aceitação jurídica internacional, inclusive no Ocidente, porque a percepção existencial da sustentabilidade enquanto parte da cultura humana pode ser traçada no presente e no passado de praticamente todos os povos e tradições humanas, inclusive ocidentais.[25] Da filosofia cosmológica dos pensadores pré-socráticos gregos até as grandes tradições filosóficas orientais é frequente o entendimento do homem enquanto criatura e parte do Todo, e que pode prosperar e viver com melhor qualidade quando se harmoniza com este Todo.

---

[23] BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 83-84.

[24] Bosselman assinala que: "enviromental protection is justified as a matter of scientific proof. As humans are entangled in ecological interdependencies, we cannot escape nature and hence should organize our cultural norms accord. However, no amount of scientific evidence has so far convinced Western societies and governments to actually do that. Current law does not assume an absolute of ecological interdependencies". BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 84.

[25] SOARES, Josemar Sidinei. Dignidade e Sustentabilidade: Fundamentos para uma Responsabilidade Pessoal, Social e Jurídica. In: FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia S. A. (Org.). Tomo I: **Sustentabilidade e suas interações com a ciência jurídica**. 1ed.Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1, p. 49-81.

Este raciocínio permite inclusive a elevação da sustentabilidade enquanto princípio jurídico de força normativa global, vez que extrai suas raízes das próprias leis naturais que organizam a vida no planeta. Mas para isto, relembra Cullinan, é necessário que o direito passe a ser centrado na Terra enquanto planeta e não apenas no antropocentrismo. O direito à sustentabilidade funciona, progride, é exitoso, não tendo em vista as opiniões e vontades humanas, mas diante do respeito a leis naturais que emanam do próprio planeta, leis físicas, químicas, biológicas e ecológicas.[26] O princípio da sustentabilidade enquanto normativa jurídica precisa estar inserido nesta perspectiva naturalista do direito.[27]

Para Cullinan o próprio planeta segue um ordenamento natural que se manifesta nas leis que o regulamentam, e a humanidade conhecer tais leis a partir da capacidade racional de observação e indução dos fenômenos que se apresentam em todos os lugares. O estudo de como funcionam os organismos vivos e os ecossistemas pode ser, por si só, aprendizado jurídico, pedagogia de como construir normas humanas harmônicas com as leis naturais.[28]

Abordagem complementar pode ser a de Winter, que defende o raciocínio da proporcionalidade ecológica, que seria uma norma -também jurídica, mas sobretudo social-, que diz que as ações humanas, além de observarem os efeitos produzidos na sociedade (proporcionalidade sociológica) devem atender às necessidades da natureza, produzindo o mínimo de efeitos nocivos possíveis. A proporcionalidade ecológica enquanto norma social inclusive vem, paulatinamente, sendo admitida no mundo corporativo, com muitas grandes empresas multi e transnacionais adotando políticas internas de eliminarem o máximo possível o dano ao meio ambiente em suas atividades.[29]

Voigt, por sua vez, apresenta a sustentabilidade como princípio geral para o direito, partindo da premissa de que as ações humanas devem respeitar os limites já conhecidos dos recursos naturais. O conhecimento científico já catalogou muitas leis da natureza e fronteiras

[26] Sobre a dependência dos atos humanos em relação aos ecossistemas é também interessante seguir a abordagem de Daily. DAILY, Gretchen Cara (Org.). **Nature's Services**: Societal Dependence on Natural Ecosystems. Washington: Island Press, 1997.
[27] CULLINAN, Cormac. The Rule of Nature's Law. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 102-103.
[28] Este raciocínio é desenvolvido longamente na obra Wild Law: a Manifesto for Earth Justice, na qual apresenta o planeta Terra enquanto dotado de direito, verdadeiro sujeito de um direito natural ou selvagem baseado no próprio planeta. Os constantes atos de poluição e degradação ambiental não seriam apenas agressões à humanidade, mas aos direitos da Terra enquanto planeta, que em contrapartida reagiria 'aplicando sanções' à humanidade por meios das mudanças climáticas, algumas vezes catastróficas. CULLINAN, Cormac. **Wild Law**: a Manifesto for Earth Justice. Londres: Chelsea Green, 2011.
[29] WINTER, Gerd. Ecological proportionality: An emerging principle of law for nature? In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 102-103.

dos atos humanos, que ultrapassadas causam danos à natureza e, por consequência, também à qualidade de vida humana.[30] O respeito destas fronteiras deve se iniciar enquanto soma de compromissos assumidos globalmente por pessoas e instituições, inclusive Estados nacionais.[31] Também Veiga assinala que a sustentabilidade é um princípio ético que deve começar a ser usado como parâmetro jurídico e político nas relações sociais.[32]

Esta assunção de compromissos vem se iniciando, ainda que lentamente, ao longo das últimas décadas, com alguns Estados internalizando em seus ordenamentos jurídicos a necessidade de observar a Sustentabilidade como princípio jurídico e critério de diretriz para políticas públicas. No caso brasileiro é certamente a Constituição vigente que representa grande passo evolutivo neste sentido.

Trazendo toda esta problemática para o cenário constitucional brasileiro pode-se apresentar a síntese de Freitas, que apresenta a chave hermenêutica sustentável a partir da ideia de que o intérprete não pode mais deixar de lado o critério de que toda hermenêutica jurídica deve atender às expectativas de direitos fundamentais das gerações atuais e futuras, sendo inclusive o direito à sustentabilidade uma condição jurídica intergeneracional, porque os atos atuais implicam na qualidade usufruída pelas gerações futuras.[33] Para Freitas a sustentabilidade é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela Constituição Federal vigente, de modo que suas disposições vinculam as interpretações das demais normas. O desenvolvimento sustentável, então, não é apenas uma decisão moral ou ideológica, mas um ato necessário de consonância ao atual ordenamento constitucional. Freitas ressalta sempre a sustentabilidade enquanto dimensão axiológica e jurídica de força intergeneracional.[34] A partir de Freitas pode-se observar que o atendimento à sustentabilidade enquanto direito natural encontra guarida também como demanda constitucional do ordenamento vigente. A proteção dos ecossistemas respeita as leis naturais, a Constituição, os direitos fundamentais das gerações atuais e futuras.

---

[30] Para aprofundamentos ver BODNAR, Zenildo; FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Kaira Cristina. A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 59-70, jul.-dez. 2016.

[31] VOIGT, Christina. The principle of sustainbable development: integration and ecological integrity. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 153-154.

[32] VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável***:* o desafio do século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: 2008.

[33] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p.949.

[34] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p.953.

A sustentabilidade surge, então, como direito e dever de matriz valorativa e intertemporal, princípio de respeito ao bem-estar, individual e transindividual, objetivando preservar e restaurar os ambientes limpos e de qualidade, ou seja, uma defesa de direito ao futuro, a partir da necessidade de se observar as regras impostas pela própria natureza.[35]

Passando ao plano mundial cada vez mais as problemáticas sociais, econômicas, políticas, humanitárias e ambientais escapam da lógica estatalista moderna, de modo que pesquisadores já começam a propugnar a ideia de um constitucionalismo transnacional, que abrange, mas não se limita, à esfera de influência dos Estados nacionais.[36] A ideia de um direito global, oriunda de um sistema mundial de relações multifacetadas, cada vez mais ganha força nos debates jurídicos.

Este sistema gera uma relação de interdependência entre os atores, pois os movimentos realizados por Estados nacionais, corporações transnacionais, organizações não-governamentais com influência internacional e tantas instituições possuem alcance para modificar o cenário geopolítico. De alguma forma aproxima-se daquilo que Castells chamaria de sociedade em rede, na qual as relações estão sempre vinculadas entre si. Dependendo do poder do ator causador de determinado movimento, seus efeitos podem não ser apenas locais, mas de impacto transnacional ou global.

Por isto que ao menos desde Keohane e Nye busca-se consolidar a pesquisa de instrumentos teóricos que possibilitem a adequada compreensão de um sistema de interdependência global. Se os atos praticados em uma sociedade global em rede possuem o alcance de influenciar vidas de pessoas e grupos em territórios distantes é o momento de se começar a pensar também a ordem jurídica global como um sistema de relações interdependentes. Pensar a ordem jurídica global não conduz, necessariamente, a postular um Estado mundial ou um ordenamento jurídico mundial positivado nos moldes modernos, mas a inferir uma série de relações que determinam e condicionam as condutas dos atores da sociedade global.[37]

---

[35] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p.954.

[36] Ver TEUBNER, Gunther. Reflections on the Constitutionalization of the World Power System. In: Jean-Philippe Robé (ed.) **Constitutionalisation of the World Power System**. Farnham: Ashgate, 2016.

[37] OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações Internacionais e seus paradigmas: configurações tradicionalistas e pluralistas. DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais e Interdependência Global**. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

Em suma, as relações transnacionais não esgotam a importância dos Estados, mas trazem novos atores para um cenário de interdependência internacional. Entretanto, tais relações não são equilibradas, completamente livres, mas condicionadas por um sistema bastante desigual, conforme apontam Cruz e Bodnar:

> Para isso é preciso entender que o capitalismo "solto", "desteorizado" e "desterritorializado" e, por isso, "despolitizado" formou uma tecno-estrutura que é uma rede global que nada tem a ver com livre mercado, já que esse novo capitalismo está baseado em um sistema mundial assentado sobre cinco monopólios: I - O monopólio das finanças, baseado no padrão dólar dos Estados Unidos da América e nas políticas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. O monopólio das finanças faz da economia financeira especulativa um vírus que está destroçando – ou já destroçou - as economias produtivas, fazendo com que os trilhões de dólares que circulam diariamente nos principais centros financeiros superem em mais de duas vezes as reservas dos bancos centrais dos países que compõem a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Mesmo com o Euro, é importante dizer, essa realidade permanece praticamente intacta, já que a moeda europeia sofre com a crise e ameaças de secessão; II - O monopólio tecnológico, que atua, principalmente, sobre as patentes e direitos de propriedade, atentando gravemente contra a biodiversidade das espécies. O complexo de indústrias mundiais de alimentos controla cada vez mais as "variedades de alto rendimento" e arrasa as culturas de sementes tradicionais; III - O monopólio energético, que atua sobre os recursos naturais e, especialmente, sobre o petróleo, através de sua comercialização mundial e por meio dos países intermediários. Desta maneira, os preços do petróleo podem ser controlados e o dinheiro utilizado na sua compra recuperado via mercado financeiro para investimentos nos países ricos; IV - O monopólio da comunicação, que faz com que, cada vez mais, a realidade seja virtual e manipulável, já que, através dos meios de informação, podem convencer a todos de que a verdade é a verdade que lhes convém; V - O monopólio militar, que, como foi demonstrado nas guerras do Golfo e nas invasões do Afeganistão e do Iraque, tem relação intrínseca com os monopólios citados anteriormente, formando uma estrutura integrada. Por estes conflitos, pode-se exemplificar tanto a capacidade de violência física como sua relação com os monopólios de recursos naturais, comunicativos, tecnológicos e financeiros, e suas lógicas relações internas.[38]

A síntese de Cruz e Bodnar intui a realidade fragmentada e desnivelada de um sistema global, no qual as relações se dão entre atores de forças difíceis de serem comparadas. Se por um lado o mundo cada vez mais se conecta e entra em relações de interdependência por outro os monopólios continuam existindo, sobretudo naquelas áreas mais sensíveis como as cinco listadas pelos autores. Deter monopólio em uma sociedade de interdependência global signifca possuir a capacidade de influenciar a realidade política, econômica e social de tantos povos.

É certo que em uma sociedade de interdependência global as relações jurídicas devem se pautar também pelos princípios modernos da liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade, pois conceber um sistema mundial não significa privar povos de sua

[38] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. p. 22-23.

autodeterminação cultural, dificultar a ação de corporações no plano internacional ou reduzir a influência dos Estados. No entanto, estes princípios não foram formulados em contextos históricos que buscavam dialogar com um sistema mundial, mas sim como frutos de debates e eventos concretos ocorridos no interior dos Estados-nações. Um sistema mundial interdependente exige um princípio ético-jurídico que atente não apenas ao local, mas também ao global, não apenas ao presente, mas também ao futuro, que vislumbre o bem-estar da humanidade como partícipe da realidade deste planeta, e sendo esta humanidade bastante diversificada (em seu interior) quanto a cultura, tradições e estilos de vida. A Sustentabilidade é oferecida como percurso teórico a esta empreitada.

Mas a Sustentabilidade, então, precisa ser pensada e articulada a partir de diversos atores:

> Dessa forma, a sustentabilidade deverá ser construída a partir de múltiplas dimensões que incluam as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito.[39]

A Sustentabilidade surge como alternativa de princípio ético-jurídico, como vetor axiológico para as relações jurídicas interestatais, internacionais e transnacionais. Isto significa que políticas públicas governamentais deveriam se atentar aos ditames da Sustentabilidade, bem como a mesma ser parâmetro para as relações jurídicas variadas no plano transnacional.[40]

No entanto, isto exige que a Sustentabilidade seja visto não apenas na perspectiva ambiental, mas também social e econômica. As relações humanas, as interações com o mundo devem ser conduzidas de maneira a serem sustentáveis, a poderem permanecer ao longo dos tempos. Em outras palavras, o mundo deve ser preservado e reforçado com inteligência, não consumido. A Sustentabilidade, neste sentido, pode representar inclusive um giro epistemológico, mudança na forma de coexistência no planeta.

---

[39] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 49-50

[40] "Conforme Gabriel Real Ferrer a solidariedade é o fundamento de qualquer grupo humano e também do Estado, indispensável para a coesão social e para gerar a indispensável sensação de pertencimento entre os cidadãos. Destaca ainda com muita propriedade que a solidariedade deve ter aplicação generalizada não apenas na perspectiva ética mas também como princípio jurídico formalizado". CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 131.

A necessidade de promoção da Sustentabilidade emerge não do plano teórico, mas da realidade planetária. Garantir condições adequadas de vida para as gerações atuais e futuras não depende de adesão ideológica, mas de urgência concreta. A busca por meios equilibrados e inteligentes de gerir a natureza, planejar as cidades, manuseio da tecnologia, produção de energia, não é uma opção intelectual e ideológica, mas necessidade de sobrevivência, capaz de impactar qualquer pessoa hoje, de qualquer nação, etnia, situação social e econômica. Isto porque a sustentabilidade está vinculada àquilo que Ferrajolli denomina como "bens comuns" (*common goods*).

> Os bens comuns (*common goods*) são os bens fundamentais, aos quais são majoritariamente voltadas, embora em medida totalmente inadequada, a atenção da doutrina jurídica e a reflexão teórico-política. A noção, introduzida no léxico jurídico somente em tempos recentes, tornou-se um tema de interesse e mobilização política, como sempre acontece quando se trata de bens ou direitos fundamentais, para exprimir uma reivindicação direta para pôr termo a uma específica violação: o desfrute dos recursos naturais por parte dos países mais ricos e, sobretudo, a devastação do planeta provocada pelo desenvolvimento industrial. Foi desta devastação e do perigo de uma destruição irreversível dos bens e dos recursos vitais para o futuro do gênero humano que nasceu a temática dos bens comuns: tais são os bens de todos – aqueles que os romanos chamavam de res communes omnium – como o ar, o clima, a água, as órbitas dos satélites, as bandas do éter, os recursos naturais das profundezas marinhas, a assim chamada biodiversidade e todos os outros bens do patrimônio ecológico da humanidade.[41]

A construção téorica e sistemática de bens comuns enquanto bens fundamentais da humanidade, sem distinção de nacionalidade ou outros vínculos intermediários, parece um modelo de interessantes prospectivas para se pensar a proteção da questão ambiental e sustentável em esfera global. A questão que merece ser analisada é a identificação de quais elementos biológicos afetam o planeta como um todo e quais são mais próprios de locais e regiões. Daí o argumento de Ferrajoli para que tais bens sejam desenvolvidos como bens primários e fundamentais de qualquer ser humano, a partir de um constitucionalismo de direito internacional.

> É necessário [...] o desenvolvimento de um constitucionalismo de direito internacional. Mesmo porque as agressões aos bens comuns do ambiente [...] tem já assumido um caráter planetário, exigindo a introdução de normas, limites, vínculos, controles, funções e instituições de garantia por sua vez em nível planetário. Para tal fim, bem mais apropriadas do que as técnicas de garantia experimentadas pelos direitos fundamentais é a direta proteção normativa de tais bens como bens públicos. É esta, de resto, a garantia de muitos bens comuns adotada nos ordenamentos estatais: a sua qualificação, por obras de normas tético-constitutivas, como bens públicos, como tais subtraídos à apropriação e à negociação privada e confiados à tutela da autoridade administrativa.[42]

[41] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011. p. 66-67.
[42] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 71-72.

Se determinada violação ao ambiente produz efeitos planetários é evidente que somente normas de alcance planetário seriam capazes de lidar com o problema. A dúvida não parece mais ser a necessidade de um direito transnacional ambiental, mas como construí-lo enfrentando as resistências impostas pela iniciativa privada transnacional e mesmo pelas grandes potências nacionais, que de alguma forma acabariam por ceder parte de sua autonomia. A proteção ao meio ambiente planetário, aparentemente, hoje passa mais por questão política, prática e econômica que propriamente conceitual ou téorica.

> O que se requer [...] é a construção de uma esfera pública global. Contra os processos de integração econômica que caracterizam a globalização, o crescimento da interdependência planetária gerada pela ameaça aos bens ecológicos, a crise da soberania dos estados, ao deslocamento das grandes empresas fora das suas fronteiras e de seu controle e à exploração crescente do trabalho não se tem desenvolvido uma esfera pública à altura dos novos poderes privados transnacionais. Disso resulta um vácuo de direito público que não pode ser preenchido pelo direito privado de produção contratual no qual vai-se modelando o direito da globalização e que, naturalmente, ignora os interesses públicos e reflete indelevelmente a lei do mais forte.[43]

O direito privado, mais flexível, volátil e adaptativo que o público, já vem encontrando formas de adequar ao mundo globalizado, por meio de contratos privados que são firmados para além dos ordenamentos estatais.

Sustentabilidade enquanto vetor axiológico signifca que as legislações nacionais, acordos internacionais, políticas públicas e movimentos transnacionais agora precisam lidar com a questão da relação da humanidade com o planeta, garantindo qualidade de vida para as gerações atuais e futuras.

Liberdade, Igualdade e outros princípios modernos, verdadeiramente essenciais para a promoção da dignidade humana, originam-se de demandas sociais, internas às relações humanas, mas a sustentabilidade decorre de um premissa de interação ambiental, do homem com o planeta em que reside. A Sustentabilidade surge, não de demanda ideológica, mas de exigência prática, da concretude dos fatos.

Conforme aduz Antonia Ferreira Nonata[44], é lamentável que os líderes políticos, administradores e até mesmo os professores das grandes universidades, não reconheçam essa realidade. Isso evidencia a necessidade urgente de mudança da percepção da realidade, marcada

[43] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011. p. 81-82
[44] NONATA, Antonia Ferreira. Paradigmas do Conhecimento: do moderno ao ecológico. **Diálogo Educ**., Curitiba, v. 7, n. 22, p. 259-275, set./dez. 2007.

pela compreensão de que os problemas que a sociedade vivencia são sistêmicos, interligados e interdependentes.[45]

Em artigo publicado por Stumpf e outros já se vislumbra uma conotação ético-jurídica da sustentabilidade enquanto dimensão de justiça. Para tais autores a sustentabilidade tem em sua essência a relação do homem com a geração atual, gerações futuras e com o ambiente, de modo que a sustentabilidade tende a se tornar, inclusive, condição ontológica para o conceito de justiça, vez que cada sempre mais a ação humana impactará não apenas a sua vida individual mas inclusive a vida futura na Terra.[46]

Também Gare dedicou importantes estudos a compreender a relação ontológica do homem com o meio, identificando no risco niilista a origem da degradação do planeta. A retomada de uma interação saudável partiria de uma nova relação, mais sistêmica, mais funcional, mais integrada com o ambiente, na qual este não seria mero meio de fruição a fins humanos, mas um copartícipe da criação da Vida.[47]

Daqui se extrai a ideia da Sustentabilidade como princípio ético-jurídico e necessário vetor axiológico para o direito atual e futuro, vez que não decorre de concepção ideológica, mas da dialética humanidade-ambiente. É a realidade planetária que exige novos modelos de vida, modelos de relações sociais e institucionais, seja nos planos locais, regionais, nacionais e internacionais. A sustentabilidade, neste sentido, pode ser entendida como um vetor que emana das próprias exigências ambientais (ecológicas) do planeta na sua interação com o homem. Cada vez mais as normas e instituições jurídicas precisam ser criadas e aplicadas em harmonia com as leis que regem o próprio funcionamento do planeta, isto para garantir a qualidade de vida das gerações atuais e futuras, o que antes depende da saúde do próprio planeta.

[45] A necessidade de se pensar ecologicamente a realidade de modo holístico, verificando a relação do homem com os ecossistemas não apenas da perspectiva do uso mas da consagração da vida comum vem sendo objeto de debates nas áreas filosófica e teológica. Ver os interessantes estudos a seguir: VALERA, Luca. La dimensión religiosa de la ecología: La ecología profunda como paradigma. **Teología y Vida**, 58/4 (2017), P. 399-419; TÁMARA, Felipe Cárdenas. La raíz ontológica de la crisisambiental. El magisterio de su santidad Bartolomé. **Theol.ogica Xaveriana**, vol. 67 no. 183, jan.-jun. 2017, p. 35-61, Bogotá.

[46] STUMPF, Klara Helene et al. The Justice Dimension of Sustainability: A Systematic and General Conceptual Framework. **Sustainability,** 2015,V. *7*, 7438-7472.

[47] GARE, Arran. **Nihilism Inc**.: Environmental Destruction and Metaphysics of the Sustatinability. Wonora Crescent Como: Eco-Logical Press, 1996.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este artigo se buscou demonstrar que cada vez mais a Sustentabilidade não será apenas um princípio entre outros princípios jurídicos, mas um vetor axiológico para o direito presente e futuro, vez que sua condição emana não de concepções ideológicas, mas de exigências da própria lógica natural do funcionamento do planeta. A Sustentabilidade é o princípio jurídico que busca coagir o ser humano a viver em harmonia com as leis físicas, químicas, biológicas e ecológicas que sustentam o funcionamento dos ambientes.

Além disso, a Sustentabilidade pode ser entendida como resultado de um pacto contemporâneo que cada vez mais está sendo efetivado em dimensões globais, resultado de uma percepção de que a cultura jurídica precisa também respeitar as leis da Natureza.

Primeiro o artigo apresentou breves reflexões sobre a Sustentabilidade sendo proposta enquanto paradigma para o direito ao longo do último século, fruto das crises cada vez mais comuns que atingem a esfera ambiental, dos riscos de integridade nos ecossistemas aos problemas climáticos. A Sustentabilidade enquanto princípio surge da crise da relação homem-ambiente, na medida em que a tecnologia, os meios sociais e culturais adotados pelo homem, ameaçam a saúde dos ambientes, e, por consequência, a qualidade de vida das gerações atuais e futuras da humanidade, vez que o ser humano é parte do todo ambiental. Na sequência o artigo se foca em desenvolver, a partir de diversas abordagens, o raciocínio de que a Sustentabilidade precisa ser encarada como necessidade, como condição decorrente da problemática relação homem-ambiente nos dias atuais.

É a própria lógica da realidade que exige do homem uma tomada de posição, do contrário a qualidade de vida das presentes e futuras gerações estará ameaçada, bem como a preservação da biodiversidade planetária, tal como demonstrado por Gare. Neste sentido, se princípios como liberdade e solidariedade, que já foram centrais no pensamento jurídico, e ainda ocupam espaços privilegiados no direito, decorriam de dialéticas inerentes à sociedade humana, a sustentabilidade transcende as relações humanas e atinge a relação com o planeta.

Como demonstrado, Ferrajoli traz as questões ambientais planetárias como esfera dos direitos comuns, que atingem não este ou aquele povo, este ou aquele Estado, mas a realidade global enquanto um todo. Desse modo, como criar regras jurídicas, instituições, políticas internacional e acordos transnacionais que possam viabilizar relações mais sustentáveis com o ambiente? É neste sentido que a Sustentabilidade deve ser vetor axiológico, como um paradigma para as criações e aplicações normativas hoje e amanhã. O direito precisa,

seja na esfera cultural, econômica, social, tecnológica, verificar sempre o impacto de cada situação na integridade dos ambientes, porque os efeitos das escolhas humanas implicarão em melhor ou pior qualidade de vida para as gerações atuais e futuras.

A sustentabilidade é um vetor axiológico que emana da condição natural (relação homem-planeta) da realidade ambiental.

Tal como demonstrado em Bosselmann e outros autores, as leis humanas não podem ser meras criações da vontade despreocupadas com os efeitos ambientais, isto porque a organização social humana qualitativamente superior está inserida em um sentido mais vasto de direito a partir das leis naturais, aqui entendidas em aspectos físicos, químicos, biológicos, ecológicos, isto é, as leis que sustentam a própria condição de vida neste planeta. Por leis naturais, neste artigo, seguindo a fundamentação teórica apresentada, deve-se entender como manifestações concretas e matéricas da lógica que organiza a vida no planeta, vida a qual integra e abrange o ser humano.

A qualidade do ambiente e a sustentabilidade das relações humanas e com o planeta se dá na interação matérica, orgânica, com o mundo próximo que se impacta. A dimensão axiológica apresentada neste artigo buscou sintetizar o homem como parte, uma parte bastante singular, porque a mais consciente desta realidade, mas ainda uma parte do todo planetário. O homem é parte do todo e por isto deve viver em harmonia com este todo, sendo a sustentabilidade a premissa axiológica capaz de mediar a interação homem-planeta.

A Sustentabilidade, desse modo, não pode mais ser apenas matéria de discussão local ou nacional, ou mesmo internacional, e sim um critério axiológico capaz de vincular decisões jurídicas e políticas, legislações nacionais e acordos internacionais, políticas e relações transnacionais, porque mais do que qualquer outro princípio, representa urgência para preservação da vida com qualidade nesta e nas próximas gerações, e respeitando a multiplicidade de povos. Daqui as contribuições de Cruz, Bodnar, Ferrer, que defendem que a Sustentabilidade se conecta ao fenômeno da Transnacionalidade e da Globalização, sendo necessária porque em um período no qual questões tecnológicas, econômicas afetam a realidade global. Quando os instrumentos humanos produzem efeitos transnacionais requer-se um princípio ético-jurídico também de força transnacional para lidar com as problemáticas que nascem desta dialética, daí a importância da Sustentabilidade.

Isto passa pela construção de um espaço global nas esferas política e jurídica, capaz de organizar regras e instituições que possibilitem a defesa dos ecossistemas e preservação dos

bens fundamentais para a preservação e promoção da qualidade de vida das gerações atuais e futuras, tal como demonstrado a partir de Ferrajoli e outros autores.

Além disso, conforme Freitas, a própria Constituição Brasileira de 1988 (assim como outras pelo mundo) reconhece a Sustentabilidade como princípio jurídico, como paradigma que deve nortear políticas públicas e regulamentações institucionais da relação do homem com o ambiente. Freitas lembra sempre o esforço da comunidade internacional, em seus seguidos acordos e documentos oficiais firmados entre Estados, demonstrando que existe um compromisso da cultura jurídica contemporânea em promover a Sustentabilidade. Desse modo, seguindo Freitas, a Sustentabilidade possuiria condição vinculante, no sentido de coagir os operadores jurídicos e sociais a respeitar a Sustentabilidade nas questões normativas e políticas.

A sustentabilidade é uma premissa que deriva das leis naturais planetárias (em sentido físico, químico, biológico, ecológico) que se desdobra em vetor axiológico para as configurações jurídicas. Por ser vetor axiológico medeia as relações antes do direito, é já dentro da dimensão ética. A sustentabilidade deve ser critério da relação do homem com sua casa, com seus bens, com o consumo diário, com a relação inteligente com os próximos, com o cuidado com os espaços de convívio. Depois, a sustentabilidade pode se tornar também critério jurídico da regulamentação dos espaços urbanos, da interação da indústria com os ecossistemas, da preocupação com a qualidade de vida dos povos e nações. Por fim, a sustentabilidade enquanto princípio ético-jurídico não diz respeito a esta ou aquela pessoa, este ou aquele povo, mas a subsistência do planeta Terra como casa comum para a humanidade, é o direito criado pela vontade humana que afirma o compromisso da espécie humana em interagir harmoniosamente com o planeta, seguindo a lógica derivada da Terra. A sustentabilidade, desse modo, não é ideologia, mas construção jurídica humana em consonância com o direito das leis naturais planetárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

BODNAR, Zenildo; FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Kaira Cristina. A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 59-70, jul.-dez. 2016.

BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BOSSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: transforming Law and Governance. Hampshire: Ashgate, 2008.

CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida:** Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CAPRA, Frijot. **O Ponto de Mutação***:* A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

CAPRA, Frijot. **O Tao da Física***:* Um paralelo entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

COYLE, Sean; MORROW, Karen. **The Philosophical Foundations of Environmental Law**: Property, Rights and Nature. Oregon: Hart Publishing, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; Real Ferrer, Gabriel . Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos - São Paulo. **Interesse Público (Impresso)**, v. 17, p. 27-54, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAP, M. C. . Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade - RS. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, v. 16, p. 163-186, 2014.

CULLINAN, Cormac. The Rule of Nature's Law. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CULLINAN, Cormac. **Wild Law**: a Manifesto for Earth Justice. Londres: Chelsea Green, 2011.

DAHL, Arthur Lyon. Putting the Individual at the Center of Development: Indicators of Well-Being for a New Social Contract. In: MANCEBO, François; SACHS, Ignacy (Orgs.). **Transitions to Sustainability**. Londres: Springer, 2015.

DAILY, Gretchen Cara (Org.). **Nature's Services**: Societal Dependence on Natural Ecosystems. Washington: Island Press, 1997.

DANTAS, MARCELO BUZAGLO ; OLIVIERO, MAURIZIO ; CRUZ, PAULO MARCIO . Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito (UNISC. Impresso)**, v. 2, p. 29-45, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014.**

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p.940-963.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARE, Arran. **Nihilism Inc.**: Environmental Destruction and Metaphysics of the Sustatinability. Wonora Crescent Como: Eco-Logical Press, 1996.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002

GOBBATO, A. M. B. ; CRUZ, P.M**.** . A sustentabilidade como princípio jurídico conformador do Direito Regulatório - Direitos Culturais. **Direitos Culturais (Online)**, v. 10, p. 30-45, 2015.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.p. XV-XVI.

MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos:** le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

MATURANA, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações Internacionais e seus paradigmas: configurações tradicionalistas e pluralistas. DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais e Interdependência Global**. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2015.

SOARES, Josemar. Dignidade e Sustentabilidade: Fundamentos para uma Responsabilidade Pessoal, Social e Jurídica. In: FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia S. A. (Org.). Tomo I: **Sustentabilidade e suas interações com a ciência jurídica**. 1ed.Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1, p. 49-81.

SOARES, Josemar. **Direito, Consciência de Si e Sociedade**. São Paulo: Intelecto, 2018.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista Direito e Sustentabilidade**, v. 3, p. 17-35, 2017.

STUMPF, Klara Helene et al. The Justice Dimension of Sustainability: A Systematic and General Conceptual Framework. **Sustainability,** 2015,V. *7*, 7438-7472.

TÁMARA, Felipe Cárdenas. La raíz ontológica de la crisisambiental. El magisterio de su santidad Bartolomé. **Theol.ogica Xaveriana**, vol. 67 no. 183, jan.-jun. 2017, p. 35-61, Bogotá.

VALERA, Luca. La dimensión religiosa de la ecología: La ecología profunda como paradigma. **Teología y Vida**, 58/4 (2017), 399-419.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável***:* o desafio do século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: 2008.

VOIGT, Christina. The principle of sustainbable development: integration and ecological integrity. In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

TEUBNER, Gunther. Reflections on the Constitutionalization of the World Power System. In: Jean-Philippe Robé (ed.) Constitutionalisation of the World Power System. Farnham: Ashgate, 2016.

UNITED NATIONS. **Our Common Future.** Disponível em:<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

WINTER, Gerd. Ecological proportionality: An emerging principle of law for nature? In: VOIGT, Christina (Org.) **Rule of Law for Nature**: New Dimensions and Ideas in Enviromental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LIÇÕES E DESAFIOS DA PANDEMIA DE COVID-19 PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Carlos Affonso Pereira de Souza[1]
Janaina Costa[2]
João Víctor Vieira Carneiro[3]

RESUMO

A pandemia ocasionada pelo vírus da COVID-19 trouxe consigo relevantes problemas para a proteção de dados pessoais. Por um lado, a necessidade de distanciamento social acelerou a já crescente virtualização das relações sociais e de trabalho e intensificou a coleta e tratamento de dados. A excepcional gravidade da crise sanitária motivou a adoção de soluções tecnológicas para a tutela da saúde coletiva, sobretudo como forma de monitoramento do isolamento social. No caso brasileiro, tem-se como particularidade o estado embrionário da cultura de proteção de dados, posto que a primeira lei nacional sobre a matéria entrou em vigor após o advento da pandemia. Neste cenário, tecem-se aqui comentários sobre três pontos pertinentes ao debate. Primeiramente, aponta-se que o uso de dados é de grande relevância na formulação de políticas públicas eficazes, inclusive no âmbito da saúde. Em seguida, argumenta-se como a disciplina jurídica da proteção de dados pessoais serve como freio a abusos e excessos no tratamento de dados de saúde. Por fim, indicam-se alguns exemplos nacionais e internacionais do uso de tecnologias no combate à pandemia, de modo a ilustrar como o contexto traz novos riscos à privacidade e à tutela dos dados pessoais. O caminho percorrido revela que a proteção de dados adentra um novo paradigma, trazendo ao direito brasileiro, em um contexto peculiarmente problemático, o desafio da consolidação de uma cultura e de seu correspondente anteparo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade; Proteção de Dados; Coronavírus; Contact tracing; Vigilância epidemiológica.

1 INTRODUÇÃO

O advento da pandemia de Covid-19 contribuiu para acelerar mudanças profundas nas dinâmicas sociais. Um dos principais impactos da crise sanitária foi a virtualização de grande parte das relações, trocando a comunicação presencial pelo acesso ao espaço digital proporcionado por diversas ferramentas. A sala de aula, de reuniões, e até mesmo a sala de estar

[1] Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Professor visitante da Universidade de Ottawa. Pesquisador afiliado ao Information Society Project, da Yale Law School. Advogado.
[2] Advogada. Pós-graduanda em Direito Digital (UERJ); Mestre em Desenvolvimento Econômico e Social pelo IEDES - Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Bacharel em Direito (UFMG). Pesquisadora sênior da área de Direito e Tecnologia no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio).
[3] Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio) e do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR).

se converterem em espaços virtuais. O distanciamento social, portanto, converteu grande parte de nossas interações cotidianas em um incessante tráfego de dados pela Internet.

Esse cenário é apenas um dos motivos que torna necessário refletir sobre o legado que a pandemia deixou para a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Outro relevante aspecto diz respeito às medidas adotadas no controle da pandemia. O legítimo objetivo de proteger vidas fez com que governos ao redor do mundo fechassem suas fronteiras, restringissem a circulação de pessoas e repensassem suas prioridades orçamentárias. Por outro lado, abriram-se brechas para a proliferação de políticas de vigilância.

Dados e estatísticas são imprescindíveis para a formulação de boas políticas públicas de saúde. Por outro lado, a excepcionalidade da atual crise sanitária revelou a urgência de controlar também o uso de certas informações. A gênese da proteção de dados pessoais enquanto tema regulatório se deu, várias décadas atrás, justamente com a finalidade de refrear a interferência estatal na privacidade dos cidadãos.

No caso brasileiro, entretanto, a primeira legislação compreensiva sobre o tema está ainda em sua primeira infância. Sancionada em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) só entrou em vigor em sua integralidade em agosto de 2021, mais de um ano após o início da pandemia. Assim, a cultura de proteção de dados começou a se instalar no país em um momento de excepcional gravidade.

Conforme visto adiante, as medidas de combate à pandemia levantaram questionamentos sobre a privacidade e a proteção de dados em vários países. No peculiar contexto em que se encontra a proteção de dados no Brasil, é preciso assegurar direitos para que a exceção não se torne regra.

2 A IMPORTÂNCIA DOS DADOS PESSOAIS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Uma das principais potencialidades do uso de dados pela Administração Pública é subsidiar a elaboração de políticas públicas e de soluções que atendam às necessidades dos cidadãos de maneira eficaz. É a partir de análises, baseadas em evidências que é possível melhor compreender os problemas e anseios da população e buscar a melhor solução e alocação de recursos adequados. Como sintetiza Miriam Wimmer (2019, p. 127), “conhecer seus cidadãos é, para o Estado, pré-requisito para o desempenho de suas finalidades públicas”.

De fato, a capacidade dos administradores de saúde, pesquisadores e tomadores de decisão de planejar e desenvolver melhores tratamentos, responder a crises de saúde pública e distribuir recursos de forma eficiente depende de seu acesso a uma ampla variedade de dados confiáveis. Isso inclui informações clínicas no nível do paciente, bem como estatísticas sobre a prestação de serviços de saúde, desempenho de provedores de serviços de saúde, resultados do paciente, taxas e causas de mortalidade, surtos de doenças e tendências de saúde pública que possam ser analisadas ao longo do tempo.

No âmbito epidemiológico, por exemplo, informações atualizadas podem significar a diferença entre um surto local que é facilmente contido e uma epidemia (DYE et al. 2016). O tratamento e a pesquisa relacionados a doenças comuns, como câncer, também dependem de históricos de pacientes derivados de uma variedade de fontes (por exemplo, hospitais, laboratórios de patologia, radioterapia, registros de óbito, etc.).

O acesso a dados é crucial para a ação em saúde pública, e o seu rápido compartilhamento é crítico durante uma emergência de saúde pública como uma pandemia (DYE *et al*, 2016). A questão do acesso aos dados para controlar epidemias não surgiu com a emergência atual, mas já era destaque como elemento chave durante as epidemias de Ebola em 2013 na África Ocidental e de SARS em 2003 (WHITTY *et al*, 2015).

Os dados agregados e identificados de forma única teriam, portanto, o condão de otimizar uma ampla gama de questões de saúde pública e o monitoramento mais eficiente dos tratamentos dos pacientes, do progresso da doença e dos resultados das políticas públicas implementadas (WORLD BANK, 2018).

2.1 PROGRAMAS DE IMUNIZAÇÃO

A América Latina possui alguns dos registros computadorizados de vacinação mais antigos do mundo. Esses registros além de avaliar metas anuais consideradas isoladamente, otimizam a análise e o monitoramento detalhados de pessoas ou grupos não vacinados, facilitando, assim, estratégias de vacinação e gestão de recursos disponíveis mais adequados. Neste contexto, os dados pessoais são imprescindíveis para informar políticas públicas garantidoras do acesso equitativo e da distribuição eficiente das vacinas ─ assim, pode-se aferir a vulnerabilidade de determinadas populações com base em estatísticas geográficas ou de faixas etárias, por exemplo.

O uso de tecnologias de informação e comunicação (TICs) no apoio aos serviços de saúde têm aumentado exponencialmente nas últimas décadas em todo o mundo. A Organização Mundial da Saúde reconheceu esta tendência através da resolução WHA58.28 (OMS, 2005), que aponta como a ampliação de informações coletadas possibilita análises e pesquisas outrora impensáveis.

2.2 MEDIDAS DE MONITORAMENTO EPIDEMIOLÓGICO

Na elaboração de políticas públicas de saúde, o monitoramento epidemiológico é imprescindível. O combate a doenças como a dengue, por exemplo, exige grandes esforços por parte do Estado brasileiro. Conforme explicam Sarlet, Fernandes e Ruaro (2020, n.p.), as pesquisas de natureza epidemiológica buscam

> identificar determinantes de saúde e doença; descrever estados de saúde em populações; investigar surtos de doenças; comparar grupos; usar, com graus crescentes de complexidade, os conceitos de viés, de confusão e de interação e se familiarizar com as abordagens epidemiológicas para a inferência causal.

Deste modo, a coleta de informações populacionais se mostra essencial ao controle epidemiológico. Neste cenário, o controle da dengue no país suscitou extensa discussão jurídica em relação a seus impactos sobre a privacidade de cidadãos ─ afinal, as visitas de agentes de saúde configurariam desrespeito à inviolabilidade do domicílio? Após anos de controvérsia, a Lei nº 13.301/2016 passou a possibilitar o ingresso forçado dos agentes, demonstrando que o direito à privacidade do lar não se sobrepõe ao direito coletivo à saúde (ABREU, 2021).

Para além da privacidade do domicílio, o tratamento de dados pessoais, sobretudo com a crescente informatização do Sistema Único de Saúde,[4] também é um subsídio para o monitoramento epidemiológico. Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 ou LGPD), o uso de dados pessoais por órgãos de pesquisa para fins de estudos em saúde pública, inclusive epidemiológicos, recebeu novos contornos legais. Entre eles, merece destaque a vedação à revelação de dados pessoais no momento da divulgação dos resultados da pesquisa (Art. 13, §1º). Os dados de saúde recebem uma abordagem diferenciada também em outros contextos, conforme verifica-se a seguir.

[4] Cf. Aragão e Schiocchet (2020, p. 699) para uma lista extensa de sistemas de informação já desenvolvidos pelo SUS.

3 DADOS DE SAÚDE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Conforme apontado acima, os dados pessoais são essenciais para a formulação de políticas de saúde pública. Na terminologia adotada pela LGPD, os dados referentes à saúde são enquadrados no conceito de dados sensíveis. Para melhor compreensão da matéria, cumpre tecer alguns comentários preliminares sobre a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 CONCEITOS GERAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A privacidade tornou-se objeto de tutela jurídica a partir do século XIX,[5] ainda que fosse socialmente valorizada antes de seu tratamento pelo direito. No entanto, com o avanço das tecnologias de informação e comunicação no século XX e a crescente digitalização de informações particulares, a proteção de dados pessoais surgiu como uma espécie de herdeira do direito à privacidade (DONEDA, 2011). O paradigma atual para a proteção de dados nos países da tradição de *civil law* pode ser associado ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, que guarda similaridades com a nossa LGPD.

A proteção de dados incide sobre os tratamentos realizados por controladores e operadores sobre os dados pessoais ─ isto é, quaisquer operações em meio físico ou digital que destes fazem uso. A estes agentes de tratamento é atribuída uma série de obrigações legais, à medida em que são garantidos aos titulares dos dados pessoais direitos sobre como terceiros utilizam dados que lhes digam respeito.

Ao contrário de correntes doutrinárias que situam os dados pessoais na categoria de bens jurídicos, a legislação europeia e brasileira adotam a teoria personalista, que os concebe como elementos da personalidade (ROCHFELD, 2018). Neste sentido, dados pessoais são definidos legalmente como informações relacionadas a pessoas naturais identificadas ou identificáveis (titulares) ─ nota-se, portanto, inequívoco vínculo entre o dado pessoal e a figura do titular deste dado. No contexto da saúde pública, todavia, uma categoria de dados pessoais revela ter grande importância: os dados sensíveis.

[5] Trata-se da proposição do conceito de *right to privacy* no direito estadunidense, já extensamente debatida na doutrina especializada, feita em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis.

3.2 DADOS DE SAÚDE ENQUANTO DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A confidencialidade dos dados referentes à saúde têm sido objeto de diversas regulações ao longo das últimas décadas. No direito estadunidense, por exemplo, adotou-se em 1996 o *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPPA) para fixar padrões para o tratamento e o compartilhamento de dados no setor de saúde.[6] No âmbito da União Europeia, a *Recomendação R(97)5 de 1997 sobre a proteção de dados médicos* demonstrou, outrossim, a necessidade de instituir salvaguardas para o uso de dados pessoais em diversos setores da saúde, desde políticas públicas até pesquisas científicas na área médica.

No Brasil, a privacidade e a segurança dos registros médicos de pacientes também foi objeto da Resolução 1.821/2007 do Conselho Federal de Medicina (SARLET; FERNANDES; RUARO, 2021). No que tange aos dados mantidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a Portaria de Consolidação nº 1/2017 do Ministério da Saúde, em seu artigo 231, II, também se atenta à necessidade de assegurar sua privacidade e segurança (BONAFÉ, 2019). Desta maneira, percebe-se que a tutela desta espécie de informação antecede a edição da LGPD.

Esta preocupação regulatória não surgiu sem motivos. Em certos contextos, os dados pessoais recebem maior proteção jurídica por serem mais suscetíveis a usos que levam à discriminação, estigmatização, exclusão ou segregação ─ aqui se insere o conceito de dados pessoais sensíveis (KONDER, 2020). Destarte, conforme sustenta Danilo Doneda (2019), o tratamento diferenciado conferido pelo GDPR e pela LGPD aos dados sensíveis decorre da tutela da igualdade material da pessoa humana, e não somente da tutela da privacidade.

Uma das situações em que um dado pessoal é considerado sensível é justamente quando se refere à saúde do seu titular. Nos termos da LGPD, dado sensível é aquele que diz respeito à "origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;" (Art. 5º, II).

Ao mencionar expressamente os *dados referentes à saúde* na definição acima, a LGPD confere a eles a tutela diferenciada que recebem os dados sensíveis. Por consequência, as hipóteses que possibilitam seu tratamento são mais estritas ─ e as obrigações imputadas aos agentes de tratamento, por sua vez, mais rigorosas.

[6] Sobre o HIPPA e seus limites, confira-se as ponderações de Robichau e Sanders (2014, p. 21-29).

Percebe-se que na lei brasileira os dados de saúde não são conceituados, sendo somente mencionados como espécie do gênero dados sensíveis. O GDPR, por outro lado, delimita em seu Art. 4(15) o significado de dados relativos à saúde ─ segundo o regulamento, tratam-se dos "dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde".

De todo modo, a LGPD impõe que os dados sensíveis relativos à saúde do titular se sujeitam a regras específicas, contidas nos parágrafos do Artigo 11. Veda-se seu uso compartilhado para fins de vantagem econômica, exceto se fundado nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, assistência farmacêutica e assistência de saúde. Ademais, proíbe-se que operadoras de planos privados de saúde tratem tais dados para a seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

3.3 DADOS NÃO SENSÍVEIS E POSSÍVEIS INFERÊNCIAS SOBRE A SAÚDE DO TITULAR

Apesar do enquadramento distinto conferido aos dados de saúde, é possível que dados de outra natureza também revelem informações sobre a saúde do titular. Como aponta Bruno Bioni (2020), um dado "trivial" pode se transformar em um dado sensível, especialmente mediante o uso de tecnologias que possibilitam a correlação de uma grande quantidade de dados (por exemplo, mineração de dados ou *Big Data*).

Um notável exemplo ocorrido em 2012 ilustra o problema. A rede estadunidense de supermercados *Target* analisou padrões de consumo de suas clientes de modo a detectar quais delas podem estar grávidas. O aumento no consumo de produtos como loções hidratantes e certos tipos de suplementos vitamínicos, notou a empresa, se relacionava a certas etapas da gestação. A descoberta possibilitou o *marketing* direcionado para gestantes, como o envio de cupons para produtos para bebês. Em um caso específico, o envio de tais cupons por correio levou o pai de uma adolescente a descobrir sua gestação antes que ela tivesse a oportunidade de informá-lo do fato (HILL, 2012).

Deste modo percebe-se que, com as tecnologias adequadas, um conjunto de dados sobre certa pessoa pode gerar informações sobre sua saúde, o que pode ser feito por meio de processos de inferência, ao invés de mera observação direta (SKOPEK, 2018). Desta forma,

ocorrem *tratamentos sensíveis de dados*, capazes de "transformar dados inofensivos em informações potencialmente discriminatórias", como aponta Laura Schertel Mendes (2014, p. 76).

A LGPD aborda brevemente este problema em seu Art. 11, §1º, ao dispor que o tratamento de dados pessoais que possa revelar dados sensíveis, com risco de dano ao titular, também é sujeito às hipóteses de tratamento específicas para dados sensíveis. Dito de outra forma, mesmo os dados que não sejam *a priori* sensíveis poderiam assim ser considerados para os fins da Lei, quando levarem concretamente a informações de caráter sensível sobre os titulares (VIOLA; TEFFÉ, 2021).

Nessa direção, já existe doutrina no sentido de que o rol contido na definição de dados sensíveis pelo Art. 5º, II da LGPD não é taxativo, e sim exemplificativo (MULHOLLAND, 2019). Esse entendimento se baseia na percepção de que a *sensibilidade* de um dado pessoal é definida pelos efeitos potencialmente lesivos de seu tratamento (KONDER, 2020).

3.4 O VAZAMENTO DE DADOS DO SUS E A SEGURANÇA DE DADOS NA SAÚDE PÚBLICA

Se os dados sobre a saúde de determinada população possibilitam políticas públicas mais eficazes, seu mau uso traz grande potencial de danos a titulares. Disto decorre a necessidade de garantir um grau elevado de cautela em seu armazenamento e tratamento. Neste sentido, um dos princípios que norteiam a Lei Geral de Proteção de Dados é o princípio da *segurança*, definido pelo Art. 6º, VII como a "utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão".[7]

Tão importante é a segurança para a proteção de dados pessoais que a lei destina um capítulo inteiro ao tema (Arts. 46-49). Segundo a norma, governos, empresas e outras entidades devem adotar medidas de segurança ─ tanto técnicas quanto administrativas ─ para

[7] Também merece menção o princípio da prevenção (Art. 6º, VIII), definido como a "adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais".

preservar suas informações em face de acessos não autorizados e outras situações ilícitas, sejam elas acidentais ou não (SOUZA, 2020).

No âmbito da saúde, um caso aponta os riscos inerentes ao tratamento de dados. Conforme apurado pelo Estado de S. Paulo, uma falha de segurança no sistema de notificações do Sistema Único de Saúde (SUS) em 2020 deixou expostos, por mais de seis meses, os dados de mais de 200 milhões de brasileiros (CAMBRICOLI, 2020).

Conquanto os dados pessoais expostos não fossem dados sensíveis ─ conforme a matéria, tratavam-se de dados como CPF, endereço e telefone ─ o incidente revela a necessidade da adoção de medidas de segurança mais robustas na saúde pública. A ausência de uma política nacional única de segurança de dados de saúde e a crescente limitação no orçamento do SUS apontam para um possível agravamento do problema (ARAGÃO; SCHIOCCHET, 2020). Deste modo, outra preocupação pertinente para a proteção de dados de saúde se refere justamente às medidas de segurança adotadas pelos agentes que realizam seu tratamento.

4 O TRATAMENTO DE DADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Se o tratamento de dados pessoais se mostra imprescindível à formulação de políticas públicas eficazes na área sanitária, é necessário considerar que a pandemia de Covid-19 trouxe novas preocupações à área de proteção de dados. A crise global acarretada pelo coronavírus trouxe consigo a necessidade de controle sanitário em níveis nunca antes vistos. Disto decorre um aumento nas práticas de vigilância (*surveillance*), sobretudo governamentais, em face das dinâmicas sociais de (in)segurança, vulnerabilidade e risco ─ neste contexto, corpos e patógenos passam a ser medidos, monitorados e regulados (FRENCH; MONAHAN, 2020).

A (compreensível) urgência na contenção da propagação do vírus levou ao desenvolvimento e implementação de soluções tecnológicas para o gerenciamento da crise. Em certos países ─ conforme elabora-se a seguir ─ tecnologias de monitoramento permitiram considerável sucesso na limitação do número de casos de Covid-19 e óbitos decorrentes da virose. Entretanto, à medida em que se fiscalizam os cidadãos, sua privacidade é atingida. Disto advém um complexo problema: como estabelecer os limites entre a garantia do direito à privacidade e a execução de políticas públicas de saúde eficazes?

4.1 SAÚDE PÚBLICA VERSUS PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E NO MUNDO

O uso de dados pessoais em tecnologias empregadas no combate à Covid-19 instou autoridades e organizações a se manifestar sobre seus impactos sobre a privacidade. Como afirmou a Organização Mundial da Saúde (2020), a vigilância tecnológica na saúde pública é uma importante aliada de governos, mas também ameaça direitos e liberdades fundamentais ─ a vigilância se situa, portanto, em uma linha tênue entre o controle epidemiológico e o controle populacional em sentido amplo.

Outro ponto de especial pertinência diz respeito ao possível saldo pós-pandêmico para a proteção de dados. Consoante aponta Doneda (2020), diversos tratamentos de dados se justificam somente na atual emergência sanitária, de modo pontual e contextual. Corre-se o risco, portanto, de criar-se um legado de vigilância e hipertrofia do uso desses dados para finalidades diferentes após o fim dessa emergência.

Nesse sentido, as principais organizações internacionais de direitos humanos emitiram uma declaração conjunta enfatizando que o uso de ferramentas de tecnologia de vigilância deve receber limitações legais (KAYE, 2020). Especialistas da Organização das Nações Unidas (2020) alertaram que as medidas de emergência podem ser distorcidas por governos e instituições de segurança. Deste modo, afirmam que, para prevenir que tais abusos perdurem, torna-se fundamental que as medidas adotadas sejam restritas aos meios menos intrusivos possíveis para a proteção da saúde pública.

Nessa mesma toada, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2020) ressaltou que mesmo as medidas excepcionais que envolvam a restrição de direitos devem ser pautadas pelos princípios internacionais de legalidade, necessidade, proporcionalidade e temporalidade, visando a "*impedir que medidas como o estado de exceção ou emergência sejam utilizadas de forma ilegal, abusiva e desproporcional, causando violações dos direitos humanos ou afetando o sistema democrático de governo*". Merece destaque, ademais, a orientação para a tutela da privacidade e da proteção dos dados da população afetada.

As regras estabelecidas por regulamentos como o GDPR e a LGPD já estabelecem parâmetros mínimos aplicáveis também ao contexto pandêmico. Neste sentido, o Comitê Europeu para a Proteção de Dados (2020a) reiterou a importância dos princípios do GDPR, destacando que o uso de dados pessoais no combate à pandemia deve ocorrer de modo a limitar

a quantidade de dados utilizados, bem como o período de seu tratamento e a adequação dele às finalidades informadas aos titulares.

O uso de dados de saúde já é viabilizado nas normas europeias e brasileiras, a depender da finalidade do tratamento. O Art. 9(2)i do GDPR possibilita o tratamento de dados de saúde se este "for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde". Em sentido semelhante, a LGPD possibilita o tratamento de dados sensíveis para a "tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária" (Art. 11, II, f).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2020) ressalta o papel das autoridades de proteção de dados para suprir incertezas normativas que impedem o uso de dados pessoais no enfrentamento à doença e suas decorrências. Mais de trinta autoridades europeias já se manifestaram publicamente neste sentido.[8]

Conquanto controle o uso de dados pessoais, a disciplina jurídica da proteção de dados não deve ser percebida como um obstáculo para a contenção da pandemia e seus efeitos. Como observado pela organização Global Privacy Assembly (2020), os princípios gerais da proteção de dados *possibilitam*, na verdade, o uso de dados pessoais em prol do interesse público, garantindo ao mesmo tempo salvaguardas aos direitos dos titulares.

4.2 SISTEMAS DE CONTACT TRACING E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Sendo o SARS-CoV-2 um vírus transmissível por meio do ar, a proximidade física (breve ou prolongada) entre uma pessoa infectada e outra não-infectada sugere que esta última muito provavelmente tenha contraído o vírus. A partir desta lógica, tecnologias de *contact tracing* foram uma das soluções adotadas por governos para o controle da crise sanitária em seus territórios.

O *contact tracing* ─ expressão anglófona que pode ser traduzida como "rastreamento de contatos" – é uma técnica que busca identificar indivíduos que mantiveram contato próximo com uma ou mais pessoas infectadas. A realização do rastreamento de contatos prescinde de uma aplicação tecnológica ─ o *contact tracing* pode ser feito manualmente através

[8] Conforme levantamento realizado pelo Research Group on Law, Science, Technology & Society (2021).

da listagem e notificação de contatos por vias não automatizadas (LI, 2020). Todavia, a aplicação de métodos manuais de rastreamento de contatos é ineficiente e trabalhosa em cenários como o da pandemia de Covid-19, pois requer que cada pessoa recorde com quem esteve em contato recentemente (BARRAT *et al*, 2020). Soluções tecnológicas são, portanto, uma perspectiva mais eficaz.

À vista disso, nota-se que a implementação tecnológica do *contact tracing* pode ser feita de diversos modos. Com base no modo como são coletadas e armazenadas as informações, Ahmed *et al* (2020) identificaram abordagens centralizadas, descentralizadas e híbridas nas aplicações de *contact tracing* utilizadas durante a pandemia de coronavírus. Como apontam os autores, certas aplicações são desenvolvidas de modo a anonimizar os dados pessoais, o que garante um grau mais elevado de privacidade, ainda que nenhuma abordagem seja completamente imune a ataques maliciosos ou usos abusivos de dados pessoais.[9]

De qualquer forma, o método mais empregado na pandemia consistiu no uso da tecnologia *Bluetooth*, presente em todos os *smartphones* modernos, para detectar a proximidade física entre uma pessoa e outros usuários de celulares, registrando, por meio de *tokens* digitais armazenados em seu aparelho, uma lista de cada um destes usuários. Desta maneira, após confirmada a infecção de determinada pessoa, os indivíduos com quem teve contato recente recebem uma notificação alertando sobre a ocorrência de tal contato, bem como a consequente possibilidade de contágio (MARTINEZ-MARTIN *et al*, 2020). Entretanto, a efetividade dessa solução depende da identificação de pessoas infectadas; em outros termos, a medida requer uma testagem em massa para ser eficiente, o que não ocorreu em todos os países.

4.2.1 Aplicativos de *contact tracing* ao redor do mundo

Após a OMS reconhecer a Covid-19 como uma pandemia em março de 2020, diversas medidas foram prontamente adotadas por governos, como o fechamento de fronteiras e a restrição de aglomerações.[10] No mesmo mês, o aplicativo *TraceTogether*, lançado em Singapura, chamou a atenção internacional como uma das primeiras implementações digitais de *contact tracing* contra a nova doença. Após instalado em um celular, o aplicativo usou a tecnologia *Bluetooth* para registrar a proximidade entre pessoas mediante o uso de *tokens*

[9] A orientação do Comitê Europeu para a Proteção de Dados (2020b) é dar preferência ao uso de dados anônimos em aplicações de *contact tracing*.
[10] Cf. Hale *et al* (2021) para uma análise compreensiva das políticas de resposta à pandemia.

armazenados tanto no dispositivo quanto em um servidor do governo (DUBOV; SHOPTAWB, 2020).

Outra forma de implementação utilizou também dados de localização dos dispositivos, como se verificou nos aplicativos de países como Israel e Coreia do Sul. Esta abordagem foi alvo de críticas a partir do princípio da minimização ─ o argumento aponta a desnecessidade de saber *onde* alguém esteve para provar seu contato com uma pessoa infectada (ABELER *et al*, 2020).

Uma forma mais invasiva de *contact tracing* foi empregada pelo governo chinês. O sistema Health Code, implementado pelo WeChat e Alipay, utilizou dados de GPS e de operadoras telefônicas para acompanhamento da localização de seus usuários. O risco de contágio foi então calculado; com base nele, cada usuário recebia em seu aplicativo um *QR-code* de cor verde, amarela ou vermelha. O código deveria ser escaneado para o acesso a um grande número de locais e serviços públicos ─ assim, foram impostas restrições aos usuários cujo *QR-code* era amarelo ou vermelho (risco moderado ou alto de contágio). O modo como tais dados foram armazenados e compartilhados levantaram suspeitas sobre possíveis desvios de finalidade no seu tratamento (LIANG, 2020).

Dezenas de outros sistemas foram desenvolvidos e adotados desde o início da pandemia. As principais diferenças entre eles residiu na tecnologia de rastreamento escolhida (como *Bluetooth*, GPS ou antenas de telefonia móvel) e o grau de centralização no armazenamento e processamento dos dados (GLASMEYER, 2020). De todo modo, um aspecto crucial para a eficácia desses sistemas foi o grau de sua adoção pela população. Com uma adesão baixa, não houve como garantir que o risco de contágio calculado por um aplicativo fosse confiável. Além disso, a testagem em massa foi outro critério imprescindível, como mencionado anteriormente.

4.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, algumas discussões atinentes à proteção de dados surgiram durante a crise sanitária.

A primeira delas foi acarretada pela publicação da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. A norma impunha às empresas de telecomunicações a obrigação de compartilhar dados pessoais de seus clientes com o IBGE, objetivando a realização de pesquisas

por telefone durante a pandemia. Ao menos cinco ações foram propostas no STF contra esta disposição, considerada abusiva pelos autores. O julgamento resultou na suspensão da eficácia da MP, apontando a excessividade do compartilhamento de dados e a ausência de medidas de segurança (ABREU, 2021).

Outra polêmica se deu em torno da criação do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI) pelo governo do estado de São Paulo. Instituído em maio de 2020, o SIMI consiste em um ambiente computacional que possibilita ao governo estadual consultar dados de operadoras de telefonia móvel. As informações agregadas e anonimizadas são usadas para calcular o índice de isolamento social da população paulista, a partir da localização de aparelhos celulares (GLASMEYER, 2020). As objeções judiciais ao SIMI não resultaram em sua suspensão, entendendo os magistrados que a anonimização assegura o sigilo dos dados pessoais, inexistindo portanto violação ao direito à privacidade (ABREU, 2020).

Ao contrário do que ocorreu em outros países, a adoção do *contact tracing* não se deu com vigor no Brasil. O aplicativo CORONAVÍRUS SUS, publicado pelo Ministério da Saúde em junho de 2020, foi a principal iniciativa do governo federal para o rastreamento de contatos, utilizando a tecnologia *Bluetooth* para registrá-los de modo anonimizado. A confirmação da infecção era feita voluntariamente pelo usuário, devendo ser previamente validada em outro sistema integrado às bases de dados do SUS (GLASMEYER, 2020).

De todo modo, a eficácia do aplicativo foi contestada, visto que foi implementado tardiamente, com pouca publicidade e estímulo ao seu uso (FRAGOSO, 2021). Além disso, outro fator foi a variedade de aplicativos de menor porte disponíveis ao público brasileiro, incluindo os de uso regional empregados no Rio Grande do Norte (“Tô de Olho”) e no Recife (em parceria entre a prefeitura e a *startup* In Loco).

5. CONCLUSÃO

Mesmo com o gradual arrefecimento da pandemia, seus efeitos sobre a privacidade e a proteção de dados serão indeléveis. A necessidade de isolamento acelerou a tendência de virtualização das relações humanas. Trabalho, lazer, convívio social ─ estas e outras esferas da vida em sociedade passaram a se dar, mais do que nunca, por meio de telas e dispositivos.

Em meio a uma das mais graves crises sanitárias da história recente, surgiram novos dilemas para a tutela jurídica da privacidade e dos dados pessoais. O cenário brasileiro,

sobretudo, evidenciou um grande desafio, pois a primeira legislação nacional sobre proteção de dados entrou em vigor em meio ao caos pandêmico. A incipiente cultura de proteção de dados no país deu seus primeiros passos, portanto, já em uma situação excepcional.

O dilema do conflito entre privacidade e saúde pública é um dos mais notórios sintomas dessa excepcionalidade. Como aponta Yuval Harari (2020), a pandemia foi portanto um grande teste de cidadania.

A disciplina jurídica da proteção de dados, como visto anteriormente, não deve ser encarada como um obstáculo na luta contra a pandemia e seus efeitos. Na realidade, ela proporciona legitimidade e segurança jurídica no uso de dados pessoais, estabelecendo balizas para que o tratamento de dados não extrapole suas finalidades. Assim, interferências sobre a privacidade dos cidadãos devem ser limitadas ao mínimo necessário para atingir os objetivos que a justificam.

O paradigma pós-pandêmico em que adentra a privacidade será, certamente, um dos grandes desafios jurídicos desta geração.

REFERÊNCIAS

ABELER, Johannes et al. COVID-19 contact tracing and data protection can go together. **JMIR mHealth and uHealth**, v. 8, n. 4, 2020.

ABREU, Jacqueline de Souza. Privacidade, proteção de dados pessoais e crises epidemiológicas: racionalidades e lições da pandemia. **Internet & Sociedade**, v. 1, n. 3, p. 5-26, jun. 2021.

AHMED, Nadeem et al. A survey of COVID-19 contact tracing apps. **IEEE Access**, v. 8, p. 134577-134601, 2020.

ARAGÃO, Suéllyn Mattos; SCHIOCCHET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafio do Sistema Único de Saúde. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, v. 14, n. 3, 2020, p. 692-708.

BARRAT, Alain et al. Effect of manual and digital contact tracing on COVID-19 outbreaks: a study on empirical contact data. **Journal of the Royal Society Interface**, v. 18, n. 178, 2020.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BONAFÉ, Lucas Alves da Silva. LGPD e o tratamento de dados na saúde. In: GUTIERREZ, T. S. D.; NUNES, M. **LGPD na saúde**. [s.l.]: Machado Nunes, 2019. Livro eletrônico. p. 44-63. Disponível em: https://lgpdesaude.com.br/wp-content/uploads/2019/08/LGPD_digital_v3-atualizado.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

CAMBRICOLI, Fabiana. Nova falha no Ministério da Saúde expõe dados pessoais de mais de 200 milhões de brasileiros. **Estado de S. Paulo**, 02 dez. 2020. Disponível em: https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nova-falha-do-ministerio-da-saude-expoe-dados-pessoais-de-mais-de-200-milhoes,70003536340. Acesso em: 29 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 1/2020: Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2020. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

COMITÊ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the Covid-10 outbreak**. Bruxelas: União Europeia, 2020a. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

COMITÊ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak**. Bruxelas: União Europeia, 2020b. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_en. Acesso em: 24 nov. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados em tempos de coronavírus. **Jota**, 25 mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020. Acesso em: 25 nov. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como direito fundamental. **Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

DUBOV, Alex; SHOPTAWB, Steven. The value and ethics of using technology to contain the COVID-19 epidemic. **The American Journal of Bioethics**, v. 20, n. 7, p. W7-W11, 2020.

FRAGOSO, N. et al. **Privacy and Data Protection in the Pandemic: report on the Use of Apps and Alternative Measures in Brazil**. São Paulo, InternetLab, 2021. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Privacy-and-Data-Protection-in-the-Pandemic_05.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

FRENCH, Martin; MONAHAN, Torin. Dis-ease Surveillance: How Might Surveillance Studies Address COVID-19? **Surveillance & Society**, v. 18, n. 1, mar. 2020, p. 1-11.

GLASMEYER, R. A implementação do Contact Tracing e a montagem de vigilâncias na pandemia da Covid-19. **Internet & Sociedade**, v. 1, n. 2, pp. 200-220, 2020.

GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY. **Statement by the GPA Executive Committee on the Coronavirus (Covid-19) pandemic**. 17 mar. 2020. Disponível em: https://globalprivacyassembly.org/gpaexco-covid19/. Acesso em: 26 nov. 2021.

HALE, Thomas et al. A global panel database of pandemic policies (Oxford COVID-19 Government Response Tracker). **Nature Human Behaviour**, v. 5, n. 4, p. 529-538, 2021.

HARARI, Yuval Noah. The world after coronavirus. **Financial Times**, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75. Acesso em: 24 nov. 2021.

HILL, Kashmir. How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did. **Forbes**, 16 fev. 2012. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/. Acesso em: 30 nov. 2021.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 441-458.

LI, Tiffany C. Privacy in Pandemic: Law, Technology, and Public Health in the COVID-19 Crisis. **Loyola University Chicago Law Journal**, v. 52, n. 3, p. 767-865, 2020.

LIANG, Fan. COVID-19 and Health Code: How Digital Platforms Tackle the Pandemic in China. **Social Media + Society**, v. 6, n. 3, p. 1-4, 2020.

MARTINEZ-MARTIN, Nicole et al. Digital contact tracing, privacy, and public health. **Hastings Center Report**, v. 50, n. 3, p. 43-46, 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista do advogado**, n. 144, nov. 2019, p. 47-53.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights – UN experts**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722. Acesso em: 16 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing: interim guidance**. 28 May 2020. Genebra: World Health Organization, 2020. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1. Acesso em: 27 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Assembleia Mundial da Saúde. **Resolution WHA58.28 on eHealth**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2005. Disponível em: https://www.who.int/healthacademy/media/WHA58-28-en.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Ensuring data privacy as we battle COVID-19**. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/ensuring-data-privacy-as-we-battle-covid-19-36c2f31e/. Acesso em: 27 nov. 2021.

RESEARCH GROUP ON LAW, SCIENCE, TECHNOLOGY & SOCIETY. **European data protection authorities and other national resources on Covid-19**. 2021. Disponível em:

https://lsts.research.vub.be/en/european-data-protection-authorities-and-other-national-resources-on-covid-19. Acesso em: 28 nov. 2021.

ROBICHAU, Bernard Peter; SANDERS, Michael Clore. **Healthcare Information Privacy and Security: Regulatory Compliance and Data Security in the Age of Electronic Health Records**. New York: Apress, 2014.

ROCHFELD, Judith. Como qualificar os dados pessoais? Uma perspectiva teórica e normativa da União Europeia em face dos gigantes da Internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 61-84, maio 2018.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; FERNANDES, Márcia Santana; RUARO, Regina Linden. A proteção de dados no setor de saúde em face do sistema normativo brasileiro atual. In: DONEDA, Danilo et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 490-510.

SKOPEK, Jeffrey M. Big Data's Epistemology and Its Implications for Precision Medicine and Privacy. In: COHEN, I. G. et al. **Big Data, health law, and bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 30-41.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 413-437.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11º. In: DONEDA, Danilo et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 117-148.

WHITTY, Christopher J. M. et al. Providing incentives to share data early in health emergencies: the role of journal editors. **The Lancet**, v. 386, n. 10006, p. 1797-1798, 2015.

WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. **Revista do advogado**, n. 144, nov. 2019, p. 126-133.

WORLD BANK. **The Role of Digital Identification for Healthcare: the Emerging Use Cases**. Washington: World Bank, 2018. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31826/The-Role-of-Digital-Identification-for-Healthcare-The-Emerging-Use-Cases.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

.

ANÁLISE DOS PERFIS SOCIOECONÔMICOS DOS ADOLESCENTES INTERNADOS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DO ACRE

ANALYSIS OF THE SOCIOECONOMIC PROFILES OF ADOLESCENTS INTERNED IN THE SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM OF ACRE

Regina Célia Ferrari Longuini[1]
Bono Luy da Costa Maia[2]
Jhenyfler da Silva Andrade[3]

RESUMO

A pesquisa analisa o perfil socioeconômico dos adolescentes, em cumprimento de regime de medida de internação, inseridos no sistema socioeducativo do Estado do Acre, no período de 2019 a 2021. Trata-se de um estudo inédito no âmbito deste Estado, com vistas à consolidação de um relatório aprofundado dos perfis dos adolescentes ingressos no sistema socioeducativo, para propiciar a boa elaboração de políticas públicas para aprimoramento do sistema socioeducativo local. Além disso, a pesquisa também pretende contribuir com sugestões de boas práticas de controle e análise dos dados relacionados aos perfis socioeconômicos desses jovens perante os órgãos reguladores competentes.

Palavras-chave: Socioeducação. Criança e Adolescente. Assistência social.

ABSTRACT

The research analyzes the socioeconomic profile of adolescents, in the internment regime, inserted in the socio-educational system of the State of Acre, from 2019 to 2021. An unprecedented study with a view to consolidating - Creation of an in-depth report on the profiles of adolescents who have joined the socio-educational system, in order to facilitate the proper

[1] Mestre em Ciência Política pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-IUPERJ) e pós-graduada/MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio).
[2] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.
[3] Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Acre.

elaboration of public policies to improve the local socio-educational system. In addition, the research also intends to contribute with suggestions of good practices of control and analysis of data related to the socioeconomic profiles of these young people before the competent regulatory bodies.

Keywords: Socioeducation. Child and teenager. Social assistance.

1 APRESENTAÇÃO E METODOLOGIA

Este artigo é fruto de um estudo realizado pelo Núcleo de Pesquisas Jurídicas - Nupej, órgão incumbido do desenvolvimento, com autonomia, de atividades acadêmicas e pesquisas científicas, da Escola do Poder Judiciário do Acre.

A pesquisa foi realizada entre dezembro de 2021 e abril de 2022 e teve como principal objetivo a identificação do perfil socioeconômico dos jovens que ingressaram no sistema socioeducativo entre 2019 e 2021.

A necessidade do trabalho justificou-se pela constatação de que não havia no âmbito do Estado Acre, nem sequer por parte do Instituto Socioeducativo do Acre, um relatório aprofundado acerca do perfil socioeconômico dos adolescentes ingressos.

Além de analisar os fatores sociais e econômicos que influenciam os adolescentes, o trabalho buscou verificar a correlação entre a desigualdade social, racismo estrutural e a prática de atos infracionais praticados por adolescentes entre 12 e 18 anos, especialmente em face da sua entrada em facções criminosas, circunstância peculiar que agrava sua ressocialização.

Logo, a finalidade do levantamento proposto é oferecer informações consolidadas que possam agregar para a gestão de políticas públicas voltadas para o sistema socioeducativo do Estado do Acre.

Afinal, é imprescindível tornar, cada vez mais, educativo o processo de responsabilização do adolescente, a fim de interromper a trajetória infracional e promover a inserção social, educacional, cultural e a formação profissional preconizada nos dispositivos legais regentes.

Cumpre frisar o surgimento de dificuldades no decorrer da pesquisa, diante da inconsistência dos dados apresentados pelo Instituto Socioeducativo do Estado do Acre - ISE, que não correspondiam ao exame feito da maioria dos autos de processos judiciais consultados, referentes ao cumprimento da medida socioeducativa do adolescente internado.

Na primeira parte, cuida-se da contextualização geral do levantamento, com ênfase à historicidade do sistema socioeducativo brasileiro e realce aos desafios para a concretização dos direitos constitucionais dos adolescentes submetidos às medidas socioeducativas, bem como a descrição da metodologia utilizada.

Na segunda parte, apresentam-se os dados coletados das unidades socioeducativas do Acre entre dezembro e abril de 2022, com base nas seguintes perguntas: idade, grau de escolaridade, reincidência, grau de escolaridade dos pais, renda familiar, etnia, núcleo familiar residente e integração em organização criminosa (facção).

Na terceira parte, exaram-se as conclusões sobre a pesquisa e, com base nos dados colhidos, apresentam-se apontamentos sobre as carências e soluções quanto ao cenário da socioeducação do Acre.

Os resultados desta pesquisa serão relatados por meio do método indutivo[4] e estatístico[5], utilizando-se as técnicas do Referente[6], da Categoria[7], do Conceito Operacional[8] e da Pesquisa Bibliográfica[9].

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DO ACRE

[4] MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. ” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 205 p.

[5] MÉTODO ESTATÍSTICO: proporciona a confecção de uma representação numérica e, ao mesmo tempo, de uma explicação sistemática de um fato social, a partir de observações quantitativas dos acontecimentos que, por sua vez, dependem de uma multiplicidade de causas. O emprego desse método irá resultar, muito provavelmente, e uma apresentação da pesquisa repleta de recursos gráficos e/ou apreciações analíticas das tendências características dos fenômenos pesquisados. MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. **Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 109 p.

[6] REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. (...); PASOLD, Cesar Luiz**.** **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 209 p.

[7] CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica, 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 201. 197 p.

[8] CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias (sic) expostas. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica, 198 p.

[9] PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. ” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica, 207 p.

Em 2018, o Brasil possuía 117 mil adolescentes e jovens cumprindo as medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, sendo que aproximadamente 33 mil cumpriam medidas de semiliberdade e internação, conforme Pesquisa Nacional de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto (fevereiro/março de 2018) feita pelo Ministério do Desenvolvimento Social[10].

No Estado do Acre, chamou atenção o elevado número de jovens em cumprimento de medidas socioeducativas, diante da constatação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas (DMF), do Conselho Nacional de Justiça[11], de que é o Estado com a maior proporção de jovens segregados: 545 menores internados, correspondente a 62,7 de cada 100 mil habitantes por Estado.

Esses dados concedem um panorama bastante desafiador a ser enfrentado pela sociedade acreana, sobretudo quanto à formulação de políticas públicas voltadas ao aprimoramento da gestão da socioeducação. Portanto, intenta-se que este documento sirva como uma das bases de tomada de decisões dos gestores, contribuindo para o futuro planejamento para a área socioeducativa em todo o Estado do Acre.

É importante dizer, desde logo, que não há como dissociar a questão socioeconômica do âmbito socioeducativo. Há estudos que expõem, com impressionante clareza, a presença de mecanismos ideológicos que integram a seleção dos casos que entram neste sistema. A propósito, Vera Malaguti Batista concluiu que o estado de abandono, a etnia ou a classe social são, junto à reincidência, determinantes para a internação dos jovens que portavam pequenas quantidades de droga. Ademais, a liberdade assistida e os serviços psicoterapêuticos paralelos à internação parecem destinados, sobretudo, à recuperação dos jovens negros, mulatos e pobres. Para os jovens da classe média, evitam-se estas medidas substituindo-as pelo reenvio à família e pelo acompanhamento médico ou em clínicas particulares[12].

[10] RELATÓRIO DA PESQUISA NACIONAL DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO no sistema única de assistência social. Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS do Ministério do Desenvolvimento Social - MDS, 2018.
[11] Informação disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-12/22-mil-menores-presos-brasil-aponta-cnj. Acesso em 10 de março de 2022.
[12] BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**.2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003. p. 17.

Pontuada a correlação íntima entre o contexto socioeconômico e a socioeducação, conceitua-se socioeducação como a relação entre formas jurídicas e práticas institucionais historicamente construídas e acumuladas no Brasil, por força das condições econômicas, políticas e sociais de cada época, voltadas para a responsabilização de adolescentes e jovens aos quais foi atribuída legalmente a autoria dos atos infracionais[13].

Tais relações sofreram mudanças importantes nos últimos cem anos no país. Antes da Constituição Federal de 1988 e, especialmente, do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as crianças e os adolescentes eram regidos em nosso ordenamento jurídico pelo Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), ora orientado pela doutrina da situação irregular[14].

Felizmente, após um longo processo de evolução histórica e doutrinária, as crianças e os adolescentes adquiriram um estatuto único, consagrado pelo art. 227 da Constituição Federal, em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Foram alçados à condição de indivíduos em desenvolvimento, sujeitos de direitos, em especial, de ser considerada cada etapa do desenvolvimento para eventual aplicação de medidas socioeducativas, o que ficou denominado como a doutrina de proteção integral[15].

Sob essa perspectiva, com o fito de estabelecer o cenário nacional socioeducativo, concebeu-se o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo em 2006, formulado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA em conjunto com a Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH e, em 2012, foi instituído o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE (Lei nº 12.594/2012), uma política pública que regulamenta a execução das medidas socioeducativas a partir de princípios orientados pela Doutrina da Proteção Integral.

[13] Informação disponível em: https://socioeducacao.unb.br/. Acesso em 10 de março de 2022.
[14] A doutrina da situação irregular limitava-se a tratar os menores enquadrados num modelo predefinido de situação irregular, estabelecido no art. 2º do Código de Menores. Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e educação por conta da ação, omissão dos pais ou responsáveis; vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem "desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária". AMIN, Andréa Rodrigues. **Dos direitos fundamentais**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 65.
[15] A Doutrina da Proteção Integral tem sua origem em âmbito internacional, em convenções e documentos na área da criança3, e proclama um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, reconhecendo que criança e adolescente são sujeitos de direitos e, considerando sua vulnerabilidade, necessitam de proteção e cuidados especiais. VERONESE, Josiane Rose Petry ; OLIVEIRA, Luciane de Cássia Policarpo. Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008. p.

A aprovação do SINASE marcou um grande passo para a formalização de políticas públicas direcionadas especificamente para o atendimento do adolescente praticante de ato infracional e de sua família, uma vez que o SINASE visa promover ações educativas nesta abordagem, sejam aquelas em meio aberto ou as privativas de liberdade[16].

Logo, quanto à abordagem dos jovens, faz-se necessário levar em consideração o fato de que a adolescência em suas diversas manifestações é imprescindível para se fundamentar a compreensão da conduta infracional do adolescente em conflito com a lei, individualizando-o como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento[17].

Com isso, as medidas devem ter um caráter pedagógico que prevaleça sobre o sancionatório, de modo a não submeter adolescentes e jovens a um tratamento mais gravoso do que o destinado aos adultos; assegurar a proporcionalidade da sanção em relação ao ato cometido; garantir a mínima intervenção na vida privada de socioeducandos e famílias, com a aplicação de medidas pelo tempo mais breve possível; e primar pelo fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, entre outros aspectos importantes[18].

Da mesma forma, a avaliação dos casos de prática de ato infracional na adolescência, que chegam ao Judiciário, deve pressupor um olhar macroestrutural que abranja os elementos que circunscrevem a experiência da adolescência em um determinado contexto, ao passo que, de outro lado, também deverá incluir uma análise de como a confluência de todos estes fatores se arranja em nível individual, expressando a singularidade de cada adolescente[19].

Na contemporaneidade, ressalta-se a articulação entre a socioeducação e a implementação de propostas pedagógicas para formação dos adolescentes que recebem medidas socioeducativas. Em certa medida, essa ideia tem sido assumida e reforçada em vários

---

[16] VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**: breves considerações. Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade, n. 1, p. 29-46, 2009. Disponível em: <http://periodicos.uniban.br/index.php/RBAC/index>. Acesso em 4 de maio de 2022.

[17] A adolescência não é vista aqui como uma fase natural do desenvolvimento e uma etapa natural entre a vida adulta e a infância. A adolescência é vista como uma construção social com repercussões na subjetividade e no desenvolvimento do homem moderno e não como um período natural do desenvolvimento. É um momento significado, interpretado e construído pelos homens. Estão associadas a ela marcas do desenvolvimento do corpo. Essas marcas constituem também a adolescência enquanto fenômeno social, mas o fato de existirem enquanto marcas do corpo não deve fazer da adolescência um fato natural. BOCK. Ana Mercês Bahia. Adolescência como uma construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (ABRAPEE), janeiro/junho de 2017, pp. 63-76.

[18] FRANÇA. Gyovanna Hyamonna Gomes de; VIEIRA. Júlia Lopes; LOPES. Isabella Santana. **A importância do debate sobre gênero e raça no sistema socioeducativo: analisando experiências em grupo no meio aberto**. Anais do II Simpósio Nacional em Socioeducação de 2019. p. 26.

[19] Cartilha: "Socioeducação: Adolescentes em conflito com a lei". https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/tj_pr/consij_pr_socioeducacao_2012.pdf

discursos sobre socioeducação: de que a finalidade da medida socioeducativa é preparar o indivíduo para sua boa reintegração social, pelo empreendimento de uma relação coletiva saudável, mediante reprodução de condições de vida, conduta justa na vida pública e na vida privada.

Não obstante, apesar das importantes mudanças jurídicas e institucionais realizadas ao longo do século, é necessária uma mudança muito grande para que os adolescentes e as crianças consigam receber, de fato, a proteção integral derivada da Constituição Federal. Há, ainda, recorrentes violações aos seus direitos, fruto de uma cultura penal punitivista, que testa frequentemente as instituições do Estado do Direito e a sociedade civil organizada.

3 DADOS GERAIS DA PESQUISA

A extração dos dados para exame na pesquisa deu-se mediante pesquisa em cada auto de processo judicial do jovem em cumprimento de medida socioeducativa no âmbito do Tribunal de Justiça do Acre entre janeiro de 2019 a março de 2022.

Convém esclarecer que o Estado do Acre é composto por 8 unidades de atendimento socioeducativo: (1) Unidade Juruá; (2) Unidade Mocinha Magalhães; (3) Unidade Acre; (4) Unidade Aquiry; (5) Unidade Feijó; (6) Unidade Purus; (7) Unidade Santa Juliana; e (8) Unidade Alto Acre.

O exame ocorreu por meio da formulação de questionário contendo as seguintes perguntas circunscritas ao socioeducando em análise: (1) qual sua idade; (2) qual seu grau de escolaridade; (3) se é reincidente; (4) qual o grau de escolaridade dos seus pais; (5) qual sua renda familiar; (6) qual sua etnia; (7) quem compõe seu núcleo familiar residente; e (8) se integra facção criminosa.

Oficiou-se ao Instituto de Socioeducação do Acre, que apresentou relatório contendo relação dos adolescentes por número de processo judicial, a fim de facilitar a pesquisa no Sistema de Automação Judicial - SAJ do Tribunal de Justiça do Acre. Em resposta, o ISE apresentou relação contendo 1.693 processos judiciais.

Após detida consulta, deparou-se inicialmente com um problema quanto à coleta dos dados, pois a maioria dos processos não apresentavam as informações necessárias para a alimentação do formulário de pesquisa, especialmente face à ausência do Plano Individual de

Atendimento (PIA)[20], documento essencial para o acompanhamento da evolução pessoal e social do adolescente, pois possibilita com mais clareza a visualização de seu progresso por meio do ajustamento de metas e compromissos dele e de sua família no cumprimento da medida socioeducativa.

Assim, configura-se como indispensável instrumento de intervenção no desenvolvimento do adolescente em conflito com a lei, que, fundamentado na proteção integral prevista constitucionalmente, indica o percurso individual que cada jovem deve trilhar para sua potencial ressocialização.

Portanto, ausente não só o PIA, mas também diversas outras informações individualizadas, somente foi possível o exame de 506 processos judiciais, cuja análise segue abaixo segmentadas por quesitos:

3.1 IDADE

Tabela 1 – Idade dos adolescentes infratores nas Unidades Socioeducativas.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	IDADE				
		13 anos	14 anos	15 anos	16 anos	17 anos
Juruá						
	2019	2	4	7	15	18
	2020	0	1	3	8	8
	2021	0	0	3	3	14
Mocinha Magalhães						
	2019	1	2	6	3	8
	2020	2	1	3	8	6

[20] De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social, o PIA é um instrumento que norteia as ações a serem realizadas para viabilizar a proteção integral, a reinserção familiar e comunitária e a autonomia de crianças e adolescentes afastados dos cuidados parentais e sob proteção de serviços de acolhimento. É uma estratégia de planejamento que, a partir do estudo aprofundado de cada caso, compreende a singularidade dos sujeitos e organiza as ações e atividades a serem desenvolvidas com a criança/adolescente e sua família durante o período de acolhimento. A obrigatoriedade da elaboração do PIA está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, atualizado pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, e, ainda, na Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 01, de 18 de junho de 2009 – Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Informação disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/OrientacoestecnicasparaelaboracaodoPIA.pdf. Acesso em 10 de abril de 2022.

	2021	**3**	**0**	**3**	**3**	**10**
Acre						
	2019	**0**	**1**	**3**	**8**	**7**
	2020	**2**	**2**	**2**	**2**	**11**
	2021	**0**	**0**	**5**	**8**	**7**
Aquiry						
	2019	**0**	**0**	**6**	**6**	**8**
	2020	**0**	**0**	**2**	**2**	**16**
	2021	**0**	**0**	**2**	**10**	**8**
Feijó						
	2019	**0**	**2**	**1**	**5**	**12**
	2020	**0**	**0**	**1**	**8**	**11**
	2021	**2**	**1**	**2**	**4**	**11**
Purus						
	2019	**0**	**0**	**6**	**6**	**8**
	2020	**0**	**0**	**6**	**6**	**8**
	2021	**2**	**0**	**3**	**7**	**8**
Santa Juliana						
	2019	**0**	**0**	**2**	**6**	**12**
	2020	**0**	**0**	**5**	**2**	**13**
	2021	**0**	**1**	**3**	**7**	**9**
Alto Acre						
	2019	**1**	**2**	**0**	**6**	**11**
	2020	**1**	**1**	**4**	**7**	**7**
	2021	**1**	**0**	**6**	**3**	**10**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

No que tange à idade, verifica-se a média de concentração por faixa etária nos seguintes moldes:

Tabela 2 – Média das idades dos adolescentes infratores nas unidades socioeducativas do Estado do Acre em 2019.

ANO	IDADE	PERCENTUAL
2019	13	2,25
	14	4,87
	15	16,87
	16	32,50
	17	43,12

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 3 - Média das idades dos adolescentes infratores nas unidades socioeducativas do Estado do Acre em 2020.

ANO	IDADE	PERCENTUAL
2020	13	3,12
	14	3,75
	15	14,37
	16	27,50
	17	50,62

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 4 - Média das idades dos adolescentes infratores nas unidades socioeducativas do Estado do Acre em 2021.

ANO	IDADE	PERCENTUAL
2021	13	5
	14	1,87
	15	16,87
	16	28,12
	17	48,12

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Do ponto de vista cronológico, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define adolescência como a faixa etária dos 10 aos 19 anos de idade, considerando ainda, como juventude, o período que se estende dos 15 aos 24 anos, identificando adolescentes jovens (de 15 a 19 anos) de adultos jovens (de 20 a 24 anos).

A consideração da adolescência em suas diversas manifestações é imprescindível para se fundamentar a compreensão da conduta infracional do adolescente em conflito com a lei, particularizando-o como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.A adolescência diz respeito, sobretudo, à construção da identidade do jovem, também relacionada ao contexto sociocultural e à vinculação ao outro.

Vê-se, portanto, que a maior proporção dos adolescentes está concentrada na faixa etária entre 16 a 17 anos, aproximadamente (29,37% e 47,28%), respectivamente, do total de jovens internos no período de 2019 a 2021).

Percebe-se que o número de adolescentes aumenta conforme sua idade. Esse período final da adolescência é um período sensível a vida de qualquer jovem. Para o Fundo das Nações Unidades para a Infância – UNICEF, o Brasil apresenta dados graves de pobreza multidimensional, entre elas a falta de acesso à educação, saneamento básico, saúde, etc. Dentro da população de 0 a 18 anos, a adolescência é a que apresenta o maior número de privações[21].

É nesse momento em que muitos deles já estão se inserindo no mercado de trabalho (geralmente de forma precária e/ou desprotegida), sem perder de vista o crescimento da evasão escolar, o aumento da letalidade juvenil, o início da vida sexual e reprodutiva14, assim sendo, temos um quadro complexo da adolescência no Brasil, em especial da pobre e não-branca.

3.2 TAXA DE REINCIDÊNCIA

Tabela 5 – Reincidência de adolescentes infratores nas Unidades Socioeducativas.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	REINCIDÊNCIA	
		SIM	NÃO
Juruá	2019	24	22
	2020	8	12
	2021	6	2
Mocinha Magalhães	2019	15	5
	2020	8	12
	2021	6	14
Acre	2019	11	9
	2020	9	11
	2021	14	14
Aquiry	2019	14	6
	2020	13	7
	2021	12	6

[21] Para acesso à publicação completa: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2018/08/14/60-das-criancas-e-adolescentes-sao-pobres-no-brasil-diz-unicef.htm

Feijó	**2019**	**4**	**15**
	2020	**8**	**12**
	2021	**7**	**8**
Purus	**2019**	**10**	**10**
	2020	**15**	**5**
	2021	**10**	**13**
Santa Juliana	**2019**	**15**	**5**
	2020	**10**	**10**
	2021	**8**	**10**
Alto Acre	**2019**	**9**	**11**
	2020	**12**	**11**
	2021	**7**	**10**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Em suma, o enfoque da pesquisa foi a verificação da reincidência em ato infracional entre adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa no sistema socioeducativo do Acre. O critério utilizado para marcar a ocorrência de reiteração foi a superveniência de nova sentença condenatória transitada em julgado, por ato infracional ou de outra natureza.

No que diz respeito à taxa de reincidência, verifica-se que a média de reincidentes das unidades entre os anos de 2019 a 2020, foi respectivamente de: 55%, 68% e 49%, dando uma média referente ao período de 57,33%.

Esses dados indicam sua associação a vulnerabilidades socioeconômicas dos adolescentes, relacionada, principalmente, à baixa escolaridade, e, consequentemente dificuldade de ingresso no mercado de trabalho.

3.3 GRAU DE ESCOLARIDADE

Tabela 6 – Grau de escolaridade dos adolescentes infratores nas Unidades Socioeducativas.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	GRAU DE ESCOLARIDADE							
		6º	7º	8º	9º	Ensino	1º EM	EJA	Não informado

						Fundamental Incompleto			
Juruá	2019	2	4	3	3	9	3	1	21
	2020	0	1	0	1	0	2	0	0
	2021	0	1	2	0	7	2	0	0
Mocinha Magalhães	2019	3	0	1	1	6	4	0	2
	2020	0	0	1	0	11	0	1	7
	2021	0	2	0	2	12	4	0	0
Acre	2019	0	0	0	0	19	1	0	0
	2020	0	0	0	0	17	3	0	0
	2021	1	0	0	0	18	1	0	0
Aquiry	2019	0	0	0	0	18	2	0	0
	2020	0	0	0	0	18	2	0	0
	2021	0	0	0	0	20	0	0	0
Feijó	2019	0	1	0	0	14	3	2	0
	2020	0	0	0	0	20	0	0	0
	2021	0	0	0	0	19	1	0	0
Purus	2019	0	0	0	0	20	0	0	0
	2020	0	0	0	0	20	0	0	0
	2021	1	2	0	0	17	0	0	0
Santa Juliana	2019	0	0	0	0	17	3	0	0
	2020	0	0	0	0	0	0	0	0
	2021	0	0	0	0	18	2	0	0
Alto Acre	2019	0	0	0	0	20	0	0	0
	2020	0	3	0	2	15	0	0	0
	2021	0	0	0	0	20	0	0	0

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Quanto ao grau de escolaridade dos socioeducandos, verifica-se uma concentração de jovens que possuem apenas o ensino fundamental incompleto, seguido de alto índice de menores cujas informações não constam nos processos judiciais, conforme tabela abaixo:

Tabela 7 – Indicação do grau de escolaridade dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2019.

ANO	GRAU DE ESCOLARIDADE	PERCENTUAL
2019	6º ANO	0
	7º ANO	0
	8ª ANO	0
	9ª ANO	0
	ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	**100**
	1ª EM	0
	EJA	0
	NÃO INFORMADO	**0**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 8 – Indicação do grau de escolaridade dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	GRAU DE ESCOLARIDADE	PERCENTUAL
2020	6º ANO	0
	7º ANO	2,5
	8ª ANO	0,62
	9ª ANO	1,87
	ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	**75,62**
	1ª EM	4,37
	EJA	0,62
	NÃO INFORMADO	**14,37**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 9 – Indicação do grau de escolaridade dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2021.

ANO	GRAU DE ESCOLARIDADE	PERCENTUAL
2021	6º ANO	1,28
	7º ANO	2,53
	8ª ANO	1,25
	9ª ANO	1,25
	ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	**82,43**
	1ª EM	6,25
	EJA	0

	NÃO INFORMADO	**5**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Esses dados confirmam que um nível baixo de escolaridade atua como um fator de risco e, inversamente, um nível alto atua como fator de proteção.

A população jovem brasileira passa por sérias dificuldades no que diz respeito ao cumprimento das metas de ensino escolares. Muitos dos jovens com idade entre 12 e 18 anos estão fora do sistema formal de ensino e um grande número daqueles que estão matriculados não estão efetivamente frequentando o núcleo escolar.

A escolaridade, diante do contexto apresentado, revela, antes de tudo, omissões e dificuldades da família, da sociedade e do Estado quanto à implementação de políticas de saúde, educação, cultura, lazer, profissionalização, de convivência familiar e comunitária.

Em contrapartida, a cultura do tráfico de drogas parece ocupar um lugar de destaque na vida desses jovens, lhes trazendo seus próprios códigos de conduta e sentimento de pertencimento.

3.4 POSSUI PAI/MÃE ANALFABETOS

Tabela 9 – Adolescentes infratores das Unidades Socioeducativas que possuem pai ou mãe alfabetizados.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	Possui pai ou mãe alfabetizados?		
		SIM	NÃO	Não informado
Juruá	2019	12	4	30
	2020	5	8	7
	2021	1	16	3
Mocinha Magalhães	2019	4	9	7
	2020	2	11	6
	2021	2	5	3
Acre	2019	3	4	13
	2020	5	6	9

	2021	**4**	**5**	**3**
Aquiry	**2019**	**1**	**11**	**8**
	2020	**0**	**6**	**14**
	2021	**0**	**6**	**11**
Feijó	**2019**	**0**	**7**	**13**
	2020	**3**	**8**	**9**
	2021	**6**	**8**	**6**
Purus	**2019**	**0**	**6**	**14**
	2020	**2**	**2**	**16**
	2021	**1**	**3**	**6**
Santa Juliana	**2019**	**0**	**5**	**15**
	2020	**0**	**0**	**7**
	2021	**1**	**7**	**12**
Alto Acre	**2019**	**0**	**6**	**14**
	2020	**2**	**5**	**14**
	2021	**1**	**5**	**16**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Quanto à circunstância de os jovens terem os pais analfabetos, verifica-se que a maioria não detém essa condição, sendo também houve alto índice de ausência dessa informação nos processos pesquisados:

Tabela 10 – Percentual de pais alfabetizados dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2019.

ANO	PAI/MÃE ANALFABETO	PERCENTUAL
2019	SIM	8,26
	NÃO	31,08
	NÃO INFORMADO	60,65

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 11 – Percentual de pais alfabetizados dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	PAI/MÃE ANALFABETO	PERCENTUAL

2020	SIM	11,94
	NÃO	29,11
	NÃO INFORMADO	58,97

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 12 – Percentual de pais alfabetizados dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2021.

ANO	PAI/MÃE ANALFABETO	PERCENTUAL
2021	SIM	13,34
	NÃO	46,96
	NÃO INFORMADO	39,67

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Sabe-se que o grau de analfabetismo, a baixa escolaridade e a pobreza nas unidades de internação são maiores do que ocorre na sociedade brasileira em geral, sendo uma condição influente o fato de o pai ou a mãe também deter esses fatores.

Nessa lógica excludente recai sobre esses adolescentes a culpa por seus fracassos escolares, e todos outros fracassos atrelados a isso. O desamparo de políticas públicas efetivas ao ongo da vida culmina com inúmeras negações de direitos. O sistema educacional falha com os pais desses jovens, e, posteriormente, com os próprios jovens, ao longo do seu percurso escolar.

3.5 RENDA FAMILIAR

Tabela 13 – Renda Familiar dos adolescentes infratores das Unidades Socioeducativas.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	RENDA FAMILIAR		
		Até 1 Salário Mínimo	2 a 4 S.M	Não informado
Juruá	2019	13	4	20
	2020	2	2	16
	2021	1	3	16
Mocinha Magalhães	2019	10	1	9
	2020	2	1	17
	2021	5	0	15

Acre	**2019**	**4**	**0**	**16**
	2020	**6**	**0**	**14**
	2021	**3**	**0**	**17**
Aquiry	**2019**	**2**	**1**	**17**
	2020	**6**	**0**	**14**
	2021	**5**	**0**	**12**
Feijó	**2019**	**7**	**0**	**13**
	2020	**8**	**0**	**12**
	2021	**11**	**0**	**9**
Purus	**2019**	**7**	**0**	**13**
	2020	**3**	**1**	**16**
	2021	**1**	**1**	**9**
Santa Juliana	**2019**	**3**	**1**	**16**
	2020	**7**	**0**	**13**
	2021	**8**	**0**	**12**
Alto Acre	**2019**	**6**	**0**	**14**
	2020	**6**	**1**	**13**
	2021	**6**	**0**	**14**

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Quanto à renda familiar, a esmagadora maioria dos jovens estão inseridos num núcleo familiar que vive apenas com até 1 salário mínimo, que indica o perfil econômico hipossuficiente dos jovens internados. Além disso, também foi, mais uma vez, alarmante elevado índice de ausência dessa informação nos autos judiciais, conforme tabela abaixo:

Tabela 14 - Percentual da renda familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2019.

ANO	RENDA FAMILIAR	PERCENTUAL
2019	ATÉ 1 SALÁRIO MÍNIMO	27,90
	DE 2 A 4 SALÁRIOS MÍNIMOS	2,96
	DE 5 A 7 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	DE 8 A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	NÃO INFORMADO	65,89

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 15 - Percentual da renda familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	RENDA FAMILIAR	PERCENTUAL
2020	ATÉ 1 SALÁRIO MÍNIMO	25
	DE 2 A 4 SALÁRIOS MÍNIMOS	3,12
	DE 5 A 7 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	DE 8 A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	NÃO INFORMADO	71,87

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 16 - Percentual da renda familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2021.

ANO	RENDA FAMILIAR	PERCENTUAL
2021	ATÉ 1 SALÁRIO MÍNIMO	31,08
	DE 2 A 4 SALÁRIOS MÍNIMOS	3,01
	DE 5 A 7 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	DE 8 A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS	0
	NÃO INFORMADO	65,89

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

É importante consignar que parte dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação contribuía significativamente com a renda familiar, a partir de "bicos" e empregos informais, junto a família em pequenos negócios, como vendas de produtos em feiras, lanches etc.

Nota-se que a maioria dos adolescentes internados são provenientes de famílias que ocupam os setores menos privilegiados da população: advindos de famílias de trabalhadores de baixa renda, com pouca qualificação profissional e baixa escolarização e que residem na periferia.

3.6 NÚCLEO FAMILIAR

Tabela 17 - Adolescentes infratores da Unidade Juruá que residem com ambos os pais, a genitora, o genitor, outros parentes e somente genitora (pai desconhecido).

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	Adolescentes reside com?					
		Ambos os pais	Somente genitora	Somente genitor	Outros parentes	Somente genitora (pai desconhecido)	Não informado
Juruá	2019	5	12	2	3	3	21
	2020	4	4	0	2	1	9
	2021	3	2	0	1	0	14
Mocinha Magalhães	2019	9	5	0	2	0	4
	2020	0	2	0	2	1	15
	2021	0	3	1	4	0	14
Acre	2019	2	2	0	1	2	15
	2020	1	5	0	1	0	13
	2021	0	3	0	17	0	14
Aquiry	2019	0	2	0	0	1	17
	2020	2	1	1	1	1	14
	2021	2	3	0	0	0	15
Feijó	2019	2	5	0	0	0	13
	2020	0	7	1	0	0	12
	2021	4	5	1	1	0	15
Purus	2019	0	7	0	0	0	13
	2020	0	2	0	1	1	16
	2021	2	0	0	0	0	0
Santa Juliana	2019	1	3	0	0	0	16
	2020	1	6	0	0	0	13
	2021	2	6	0	0	0	0
Alto Acre	2019	1	4	0	1	0	14
	2020	0	5	0	0	2	13
	2021	2	4	0	0	0	14

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Quanto ao núcleo familiar, tem-se que a maioria dos jovens residem somente com a genitora, apesar de o pai ser conhecido. Mais uma vez, importante constar o alto índice de informações inexistentes nos autos pesquisados, conforme tabela abaixo:

Tabela 18 – Composição do núcleo familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	NÚCLEO FAMILIAR	PERCENTUAL
2019	AMBOS OS PAIS	10,73
	SOMENTE GENITORA	20,76
	SOMENTE GENITOR	0,54
	OUTROS PARENTES	3,31
	SOMENTE GENITORA (PAI DESCONHECIDO)	1,44
	NÃO INFORMADO	63,20

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 19 – Composição do núcleo familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	NÚCLEO FAMILIAR	PERCENTUAL
2020	AMBOS OS PAIS	5
	SOMENTE GENITORA	20
	SOMENTE GENITOR	1,25
	OUTROS PARENTES	4,37
	SOMENTE GENITORA (PAI DESCONHECIDO)	3,75
	NÃO INFORMADO	65,02

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 20 – Composição do núcleo familiar dos adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	NÚCLEO FAMILIAR	PERCENTUAL
2021	AMBOS OS PAIS	30,04
	SOMENTE GENITORA	28,75
	SOMENTE GENITOR	1,04
	OUTROS PARENTES	11,08
	SOMENTE GENITORA (PAI DESCONHECIDO)	0
	NÃO INFORMADO	29,06

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

A teoria do determinismo aponta que o meio externo pode ser responsável por influenciar determinados comportamentos do ser humano. Ao elencar essa teoria aos fatos sociais, no que concerne à desigualdade econômica, social, de gênero, de acordo com a escola positivista, a qual tem como precursor, o filósofo Auguste Comte, o determinismo pode ser

explicado pelo meio social e econômico, que quando associado à desigualdade econômica, social, de gênero e outros, torna-se um importante fator criminógeno e capaz de desencadear práticas anacrônicas. Como por exemplo, um jovem de classe baixa, residente em um local precário, com pouca ou nenhuma infraestrutura, saneamento básico, sem acesso à educação, saúde e ao mercado de trabalho, o meio externo em que ele está inserido seria responsável por determinar sua má conduta e seu ingresso no mundo do crime.

Tendo em vista essa perspectiva, um dos eixos usados para coletar informações e traçar o perfil do adolescente infrator acreano foi a composição do núcleo familiar, no qual esse jovem está inserido. Entender o âmbito de convivência do adolescente é primordial para inferir se a teoria do determinismo se aplica e se a parcela de culpa pertence a um Estado omisso e negligente, incapaz de garantir acesso aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Para a pesquisa, utilizou-se os parâmetros de que o adolescente convivia com (i) ambos os pais, (ii) somente a genitora, (iii) somente o genitor, (iv) somente a genitora, sendo o pai desconhecido, e (v) outros parentes.

Na maioria das famílias dos adolescentes internados, tem-se que as mães são as responsáveis por eles, de modo que, também, responsáveis financeiramente pela família.

A importância do fortalecimento familiar é imprescindível para garantir o direito dos jovens à convivência familiar e comunitária, sendo as considerações das relações e do apoio dos familiares essenciais para subsidiar as decisões relativas à progressão das medidas.

3.7 RAÇA

Tabela 21 - Identificação racial dos adolescentes infratores das Unidade Socioeducativas.

UNIDADE SOCIOEDUCATIVA	ANO	IDENTIFICAÇÃO RACIAL			
		Branco	Negro	Pardo	Amarelo
Juruá	2019	0	5	41	0
	2020	1	3	16	0
	2021	1	4	15	0
Mocinha Magalhães	2019	1	5	14	0
	2020	2	0	18	0

	2021	3	0	17	0
Acre	2019	1	1	18	0
	2020	0	1	19	0
	2021	4	2	14	0
Aquiry	2019	0	3	17	0
	2020	1	1	18	0
	2021	1	3	16	0
Feijó	2019	1	2	17	0
	2020	1	3	16	0
	2021	8	3	9	0
Purus	2019	0	4	16	0
	2020	0	2	18	0
	2021	1	0	19	0
Santa Juliana	2019	0	0	20	0
	2020	0	0	20	0
	2021	1	3	16	0
Alto Acre	2019	0	0	20	0
	2020	0	2	18	0
	2021	2	0	18	0

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Durante o levantamento de dados e as coletas realizadas tanto no SAJ/PG quanto in loco nos centros socioeducativos foi possível constatar que a maioria dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa são negros/pardos, representando mais de 70% do número total de jovens em conflito com a lei que estão em regime fechado.

O número de adolescentes indígenas é baixo e se concentra nas unidades da Região do Purus e Juruá, em todos os casos identificados foi constatado a interlocução com a FUNAI e os magistrados que atuam nesses processos indicam que quando se trata da penalização do

indígena, ela ocorre de maneira diversa da ordinária, por exemplo, a Resolução Nº 287, de 25/06/2019, do Conselho Nacional de Justiça dispõe em seu art. 7º:

> Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia.
> Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

Foram coletados dados a partir de 2019 até 2021, nos três anos o número de adolescentes autodeclarados pardos era massivamente maior que as demais identificações raciais. Os gráficos a seguir demonstram a desproporção racial e indica, de forma clara, o perfil do adolescente infrator.

Quanto à média referente à diferença racial dos socioeducandos, vê-se que a grande maioria é composta por jovens pardos, seguidos de jovens negros, depois de jovens brancos e, por último, amarelos. Importante pontuar que em 2021, cresceu exponencialmente o número de jovens brancos ingressos (de 1,87% em 2019 para 26,07% em 2021), conforme tabela abaixo:

Tabela 22 – Divisão racial adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2019.

ANO	RAÇA	PERCENTUAL
2019	BRANCO	1,87
	NEGRO	10,73
	PARDO	**87,39**
	AMARELO	0

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 23 – Divisão racial adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2020.

ANO	RAÇA	PERCENTUAL
2020	BRANCO	3,12
	NEGRO	7,50
	PARDO	**88,12**
	AMARELO	0

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

Tabela 24 – Divisão racial adolescentes infratores que cumpriram medida socioeducativa restritiva de liberdade em 2021.

ANO	RAÇA	PERCENTUAL
2021	BRANCO	26,07
	NEGRO	16,51
	PARDO	**54,89**
	AMARELO	2,50

Fonte: Sistema de Automação da Justiça – Primeiro Grau (SAJ/PG), 2022.

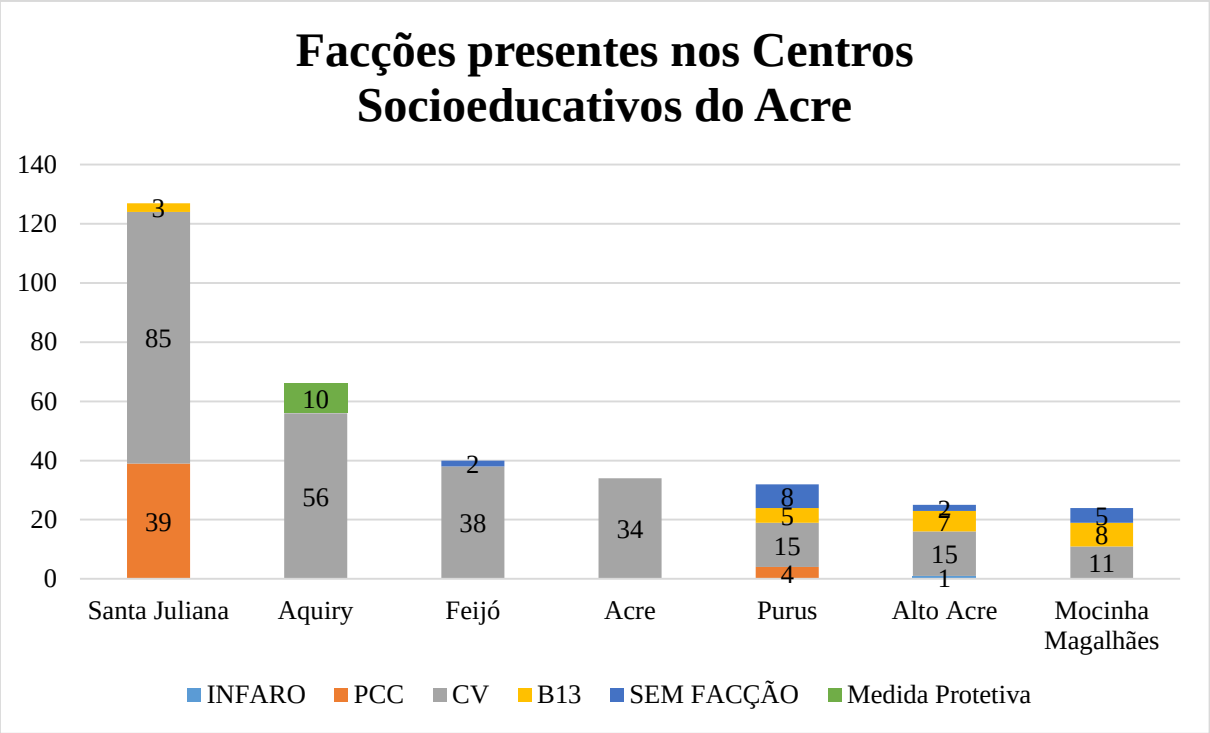
Há prevalência de jovens pardos, pobres e com pouca escolaridade no sistema de socioeducação do Acre à vista da grande presença desses jovens nos centros de internação.

É preciso ter cautela quanto aos mecanismos ideológicos, a fim de evitar que a etnia ou a classe social sejam determinantes para a internação dos jovens.

3.8 FACÇÃO CRIMINOSA

De acordo com levantamento do Instituto Socioeducativo do Acre, existem atualmente 4 (quatro) espécies de facções criminosas atuantes no Estado do Acre: INFARA; PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC); BONDE DOS TREZE (B13); e COMANDO VERMELHO (CV). Cabe contextualizar das quatro facções referidas, três são aliadas (PCC, B13 e IFARA - antiga Resistência Acreana), todas rivais do Comando Vermelho - CV[22], e estão disseminadas entre os jovens ingressos na proporção que se segue:

[22] A Ifara é a menor e a mais antiga do Acre. Foi fundada entre 2002 e 2005 no Complexo Penitenciário Francisco de Oliveira Conde. Atualmente, ela está concentrada no município e no presídio de Tarauacá. A facção Bonde dos 13 foi criada em 12 de junho de 2013. Sua cúpula tem 13 integrantes. Seu principal líder, apontado como "discreto, mas influente", é Francisco das Chagas Silva. Sua atividade principal é o tráfico de drogas. O roubo de banco também é feito, mas de maneira secundária. Há registros de extorsões feitas pelo grupo a comerciantes de Tarauacá e de Feijó. Por sua vez, o CV controla todos os afluentes do Rio Juruá, exceto o Moa, que é da B13, e também controla todo o tráfico de drogas em Cruzeiro do Sul, e vem em ampla expansão por todo o território acreano. Informações disponíveis em: https://noticias.r7.com/jr-na-tv/series/as-53-faccoes-criminosas-do-brasil-10022022. Acesso em 10 de abril de 2022.



Fonte: Instituto Socieducativo do Estado do Acre 2022.

Conforme se pode observar, dos 348 jovens inseridos no sistema socioeducativo do Acre, até o final de 2021, 330 estão introduzidos no âmbito de uma organização criminosa, totalizando o impressionante percentual de 94% de jovens faccionados internados.

A facção Comando Vermelho (CV), domina todas os centros socioeducativos do Acre, e, pior, a proporção de jovens que estão sem facção é cada vez mais diminuta, por dentre outros motivos, haver ameaças e pressão dos adolescentes faccionados para que o jovem entre na organização criminosa, seja pela suposta garantia de sua segurança, seja pela vontade de se beneficiar com as ações criminosas provenientes da facção23.

Os adolescentes são separados por facção na maioria dos centros socioeducativos do estado, poucos são os diretores que optam por não dividir e forçar uma convivência conjunta, visando extinguir a rixa entre organizações criminosas, além, de ser uma medida para incentivar

[23] O Acre não é exceção acerca da presença de facções criminosas nas unidades socioeducativas. Há notícias de que o crime organizado já está inserido nas unidades socioeducativas de Goiás e Joinville: Na prisão, quem não entra para uma facção fica à mercê de qualquer coisa... Em geral, os novos detentos acabam aderindo a alguma delas quando são aceitos. Não há dízimo na prisão. A promessa é de respeito e segurança na cadeia e apoio quando voltar para a rua. Receberá arma, carro e droga para vender, ou seja, tudo é providenciado para que volte ao crime, e a facção cobrará por este "favor". Informações disponíveis em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/homem-que-ja-esteve-do-lado-do-crime-detalha-como-faccoes-recrutam-seus-soldados; e http://cmdca.go.gov.br/noticias/faccoes-entram-em-centro-de-internacao-para-jovens-infratores-em-goiania/. Acesso em 10 de abril de 2022.

a saída dos jovens desses grupos. A divisão se dá em razão dos possíveis conflitos diretos, agressões físicas e, até mesmo, ameaças de morte entre os adolescentes que integram facções diferentes.

O Centro Juruá e o Feijó são exemplos de unidades que não perpetuam a divisão dentro do ambiente socioeducativo, por serem centros com poucos adolescentes, atualmente, o cenário contribui para que todo possam conviver juntos, sem que haja perigo à integridade física.

Outra problemática envolvendo as facções dentro dos centros socioeducativos recai justamente nos socioeducandos que não integram nenhuma organização criminosa, sendo necessário, a destinação de celas separadas para esse público.

Vê-se que as facções criminosas presentes no sistema socioeducativo do Acre exercem um grande poder sobre os adolescentes ali internados. Tal controle perdura durante e após a sua internação, o qual pode ser explicado pelo fato de que o jovem necessitar pertencer a um grupo criminosa para ter proteção e benefícios dentro da unidade.

Não há um motivo único, mais uma série de variáveis que podem contribuir para a inserção do jovem numa facção criminosa, seja para ele auferir ganhos econômicos, pela conquista de dinheiro, armas de fogo, seja para obter ganhos simbólicos, como status perante os outros jovens.

4 PERÍODO PANDÊMICO E A SOCIOEDUCAÇÃO NO ACRE

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 202224 divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública no último ano antes da pandemia ocasiona pelo Covid-1, 2018, o número de adolescentes no Brasil em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado era de 22.651, no Acre eram 427 socioeducandos, o que desencadeou uma super lotação dos centros socioeducativos do Estado, tendo em vista que o total de vagas ofertadas era de 271.

A situação se mostrava, ainda, mais alarmante quando analisados os dados levantados em 2018 pelo Panorama da Execução dos Programas Socioeducativos de Internação

[24] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 30 abril 2022.

e Semiliberdade25 realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o qual apontava que o estado do Acre tinha na verdade 523 internos, para 271 vagas, o que representava uma superlotação de 92,99%, ou seja, as unidades socioeducativas estavam funcionando com quase o dobro da capacidade suportada.

A partir do ano de 2019, início do período pandêmico, observou-se uma diminuição gradual no número de adolescente em cumprimento de medida socioeducativa. Conforme levantamento realizado pelo Departamento de Meio Fechado e Departamento de Ações Socioeducativas do Instituto Socioeducativo do Acre (ISE-AC)26 no primeiro semestre de 2020 o número de socioeducandos era de 182, enquanto no mesmo período em 2019, o número era de 383 adolescentes.

A diminuição da taxa de internação foi verificada em todo o país, em alguns estados a queda nos números absolutos chegou a -31,9% e a -30,6% na taxa por 100 mil adolescentes, no período equivalente a 2019 e 2020. Uma das hipóteses traçadas para explicitar a queda nos índices de cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado é, justamente, a pandemia de Covid-19.

Com a pandemia e os aumentos dos casos da doença por todo o país de forma célere, o Conselho Nacional de Justiça lançou a Recomendação Nº 6227 que recomendava em seu artigo 2º aos

> "[...] magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória [...]".

Nesta perspectiva, foram elencados as situações em que seria possível aplicar as medidas de revisão: (i) gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos

[25] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Panorama da Execução dos Programas Socioeducativos de Internação e Semiliberdade**. 2019. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12521-panorama-de-execucao-dos-programas-socioeducativos-de-internacao-e-semiliberdade. Acesso em: 30 abril 2022.

[26] G1. **Com mais de 300 adolescentes, nº de internações no ISE reduz no primeiro semestre de 2020 no AC.** Acre, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2020/09/25/com-mais-de-300-adolescentes-no-de-internacoes-no-ise-reduz-no-primeiro-semestre-de-2020-no-ac.ghtml. Acesso em: 30 abril 2022.

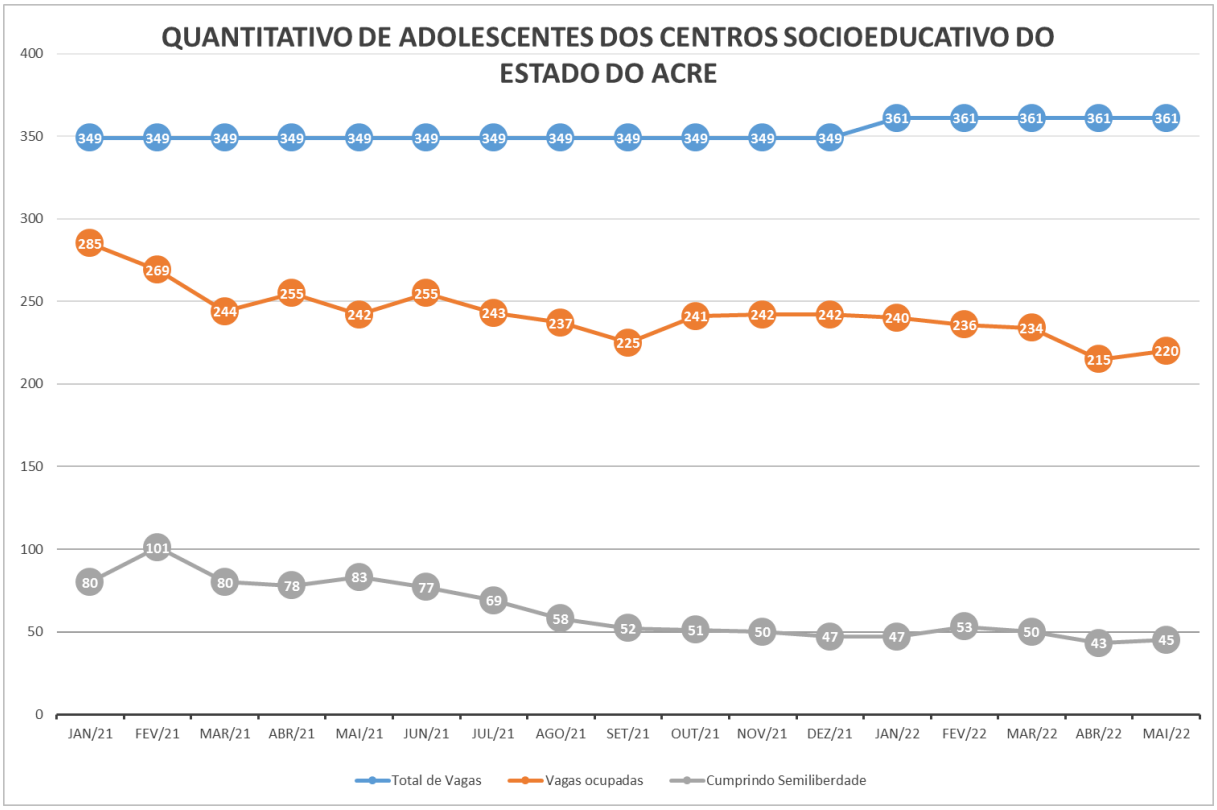
[27] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RECOMENDAÇÃO No 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 30 abril 2022.

de idade ou por pessoa com deficiência; (ii) que estejam internados provisoriamente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade; (iii) que estejam internados em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (iv) que estejam internados pela prática de atos infracionais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse panorama, o número de internações reavaliadas foi significativo, proporcionando uma atenuação na superlotação, característica que até então era marcante no sistema socioeducativo do Estado do Acre. Vale ressaltar que o relatório elaborado pelo CNMP de 2019 apontou que o tempo médio de duração da medida socioeducativa no Acre era acima de 2 anos, sendo a inobservância do princípio da brevidade, um dos fatores que estavam contribuindo para a superlotação.

Com as medidas de revisão decorridas da Recomendação n.º 92 do CNJ foi possível minimizar essa problemática presente no sistema há anos. Desde 2019, os números de internação estão em queda ou mantendo a estabilidade, válido salientar que o número de vagas aumentou, e, atualmente, o Acre não possui superlotação em nenhum centro socioeducativo, funcionando com a capacidade prevista pelo SINASE.

Gráfico 27: Quantitativo de adolescentes dos centros socioeducativos do Estado do Acre



Fonte: Instituto Socieducativo do Estado do Acre 2022.

5 CONCLUSÃO

Essa pesquisa visou contextualizar e expor o panorama geral quanto ao aspecto socioeconômico em que estão inseridos os jovens que foram internados entre 2019 a 2021 no sistema socioeducativo do Acre.

Especialmente quanto à medida socioeducativa de internação, executada integralmente em privação de liberdade, estudos e pesquisas indicam diversas violações de direitos as quais estão sujeitos adolescentes e jovens brasileiros que são alcançados pelas malhas do sistema de justiça juvenil, apesar dos princípios instituídos pela doutrina da proteção integral e dos objetivos previstos na legislação nacional específica. A experiência concreta de adolescentes e jovens denunciada em relatórios de órgãos e organizações governamentais e não-governamentais e resultados de pesquisas acadêmicas, convergem, em síntese, para conclusões muito próximas: a similaridade com a prisão e o destaque à dimensão punitiva que escamoteia (o que seriam) os objetivos da socioeducação em nome da disciplina, do controle e da vigilância[28].

[28] ARRUDA, Jalusa S. de. "Para ver as meninas": um estudo sobre as adolescentes em cumprimen-to de medida socioeducativa de internação na CASE/ Salvador. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre

De início, chamou-se muita atenção o fato de que a maioria dos processos judiciais consultados não continham informações suficientes para a coleta de dados da pesquisa, a propósito, na etapa de compilação, dos 1693 processos examinados, apenas 506 estavam aptos nesse sentido, isto é, 29,88% do quantitativo total.

Certamente essa problemática poderia ser resolvida se o Plano Individual de Atendimento de Crianças e Adolescentes (PIA) tivesse sido confeccionado, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, atualizada pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, e, ainda, na Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 01, de 18 de junho de 2009 - Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.

Nessa perspectiva, colhe-se do relatório formulado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, nos idos de 2013, a constatação de que em todas as regiões do país há elevadíssimo número de jovens em conflito com a lei que não dispõem de Plano Individual de Atendimento. Podendo destacar, ainda, que os maiores índices foram encontrados na Regiões Sul (93,3%) e Sudeste (90,6%), seguidas do Norte (80%), Centro-Oeste (76%) e Nordeste (56%)[29]. Em outras palavras, a ausência de tão importante documento, cuja exigência se pauta em lei, é um problema, embora notado há algum tempo, ainda não foram feitas medidas contundentes no Acre para resolvê-lo.

Outro importante elemento que pode auxiliar na boa condução do sistema socioeducativo, seria a existência de ouvidoria específica estadual, responsável pela escuta, denúncia, sugestões e informações, sendo que o mesmo relatório do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, somente 7 Estados da Federação, à época, mantinham essa estrutura em funcionamento, circunstância que auxiliaria na concretização dos direitos dos adolescentes internados.

Mulheres, Gênero e Feminismo), Universidade Federal da Bahia, 2011. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dos espaços aos direitos: a realidade na ressocialização na aplicação da medida socioeducativa de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões do país. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/cb905d37b1c494f05afc1a14ed56d96b.pdf. Acesso: 15 de maio de 2022. MALLART, Fábio. Cadeias dominadas: a Fundação CASE, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014. TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. Evitar o desperdício de vidas. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (Orgs.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 427-447.

[29] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CNMP. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

Passando à análise dos dados coletados pela pesquisa, percebem-se as seguintes premissas, conforme quesitos explorados na situação socioeconômica de cada adolescente no bojo do processo judicial respectivo: (1) idade; (2) grau de escolaridade; (3) se é reincidente; (4) grau de escolaridade dos pais; (5) renda familiar; (6) etnia; (7) núcleo familiar residente; e (8) se integra facção criminosa.

(1) Concentração de internos na faixa de idade entre 16 a 17 anos (29,37% e 47,28% respectivamente); (2) maior parte dos jovens possuem tão somente o ensino fundamental incompleto (86,01%); (3) grau de reincidência dos jovens internados (49% a 68%); (4) maioria não possuem pais analfabetos (35,71%); (5) possuem renda familiar não superior a um salário mínimo (27,99%); (6) grande parte dos adolescentes são pardos, seguidos de negros e brancos; (7) residem apenas com a genitora, apesar de conhecerem seus pais (23,17%); (8) integram facção criminosa (94%).

Com base nessas informações, é possível estabelecer o perfil médio socioeconômico dos jovens internados no sistema socioeducativo do Acre: que a maioria é pardo ou negro, detém 16 a 17 anos, com ensino fundamental incompleto, inseridos num núcleo familiar composto apenas pela genitora, que vivem com apenas um salário mínimo e, ainda, integram alguma facção criminosa.

Veja-se, nesse contexto, que o perfil socioeconômico do Acre não difere muito do perfil socioeconômico das adolescentes, que foi extraído pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, entre 19/7/2010 a 28/10/2011[30]. O mapeamento ilustrou características de exclusão social dos adolescentes privados de liberdade no Brasil: maioria era do sexo masculino (95%); com idade média entre 16 a 17 anos; haviam sido internados ao menos uma outra vez (43,3%); alto déficit escolar (86% pertenciam ao ensino fundamental); e quase a metade foram criados apenas pela mãe (43%).

Da mesma forma, o contexto local não se difere da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça - CNJ acerca da internação feminina nas cinco regiões do país, realizada em 2014, que apontou a concentração na faixa etária entre 15 e 17 anos; e que, apesar da informação acerca da cor/etnia não constar nos processos, ficou evidente a predominância de jovens não bancas e possuem defasagem escolar[31].

[30] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. Panorama Nacional. **A execução das Medidas Socieducativas de Internação.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.
[31] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. **Dos espaços aos direitos:** a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo

Portanto, o conhecimento do perfil dos(as) adolescentes demonstra as situações subjacentes que tocam o atendimento socioeducativo do/a adolescente autor/a de ato infracional, como a defasagem escolar e uso de drogas e álcool, entre outras, e que poderão (deveriam) ser oportunamente objeto de estratégias específicas no intuito de prevenir novas situações infracio ais e, de outro lado, dar efetividade a proposta sociopedagógica aos adolescentes já inseridos na execução das medidas[32].

Verifica-se a necessidade, do reforço de políticas públicas voltadas ao público infanto-juvenil como um todo, a abordar diversos desafios de cunho social, tais como a defasagem escolar, o não exercício da cidadania, fácil acesso às drogas, enquanto se tem dificuldades de acesso a uma parcela da população às políticas sociais de proteção.

Deve-se buscar a permanência do jovem em uma escola de qualidade, ratificar uma política de prevenção às drogas e à criminalidade, fortalecer o vínculo desse adolescente com a família, dando ainda oportunidades de estudo e profissionalização para introduzi-lo ao mercado de trabalho.

Igualmente, cabe investimentos nas estruturas dos programas e estabelecimentos socioeducativos, com o oferecimento de espaços para escolarização, profissionalização e práticas esportivas, lazer e cultura; incremento nas ações socioeducativas destinadas a este segmento, ampliação das equipes de profissionais e sua contínua capacitação, além de articulação intersetorial das diferentes instâncias e serviços para o atendimento integral dos adolescentes, dentre outras medidas.

Há muito o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.242/1991), destaca que a a política de aplicação das Medidas Socioeducativas não pode estar isolada das demais políticas públicas. Os programas de execução de atendimento socioeducativo deverão ser articulados com os demais serviços e programas que visem atender os direitos dos adolescentes (saúde, defesa jurídica, trabalho, profissionalização, escolarização etc)[33].

---

feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Coord. Marília Montenegro Pessoa de Mello ; pesquisadores Camila Arruda Vidal Bastos ... [et al.]. -– Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

[32] MOREIRA, Dirceia; MULLER, Crisna Maria. A política pública da socioeducação no estado democrático de direito brasileiro. Revista Jurídica (FURB). v. 23, nº. 50, jan./abr. 2019. p. 10.

[33] BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília – DF: CONANDA: 2006. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2022.

As políticas sociais básicas, as políticas de caráter universal, os serviços de assistência social e de proteção devem estar articulados aos programas de execução das Medidas Socioeducativas, visando assegurar aos adolescentes a proteção integral. A operacionalização da formação da rede integrada de atendimento é tarefa essencial para a efetivação das garantias dos direitos dos adolescentes em cumprimento de Medidas Socioeducativas, contribuindo efetivamente no processo de inclusão social do público atendido[34].

Ademais, é de fundamental relevância que haja um esforço conjugado no âmbito nacional, pelos atores responsáveis pela gestão do sistema socioeducativo, quanto à construção de uma metodologia, dotada de rigor técnico-científico, que permita construir uma base de dados fidedigna acerca da situação do sistema socioeducativo, e, assim, subsidiar pesquisas e estudos baseados em dados mais confiáveis.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Dos direitos fundamentais**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**.2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. Panorama Nacional. **A execução das Medidas Socieducativas de Internação.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CNMP. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011**: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

[34] BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília – DF: CONANDA: 2006. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso em 14 maio de 2022. p. 29.

BOCK. Ana Mercês Bahia. Adolescência como uma construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (ABRAPEE), janeiro/junho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RECOMENDAÇÃO No 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 30 abril 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Panorama da Execução dos Programas Socioeducativos de Internação e Semiliberdade**. 2019. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12521-panorama-de-execucao-dos-programas-socioeducativos-de-internacao-e-semiliberdade. Acesso em: 30 abril 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 30 abril 2022.

FRANÇA. Gyovanna Hyamonna Gomes de; VIEIRA. Júlia Lopes; LOPES. Isabella Santana. **A importância do debate sobre gênero e raça no sistema socioeducativo: analisando experiências em grupo no meio aberto**. Anais do II Simpósio Nacional em Socioeducação de 2019.

G1. **Com mais de 300 adolescentes, nº de internações no ISE reduz no primeiro semestre de 2020 no AC.** Acre, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2020/09/25/com-mais-de-300-adolescentes-no-de-internacoes-no-ise-reduz-no-primeiro-semestre-de-2020-no-ac.ghtml. Acesso em: 30 abril 2022.

MALLART, Fábio. Cadeias dominadas: a Fundação CASE, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014. TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. Evitar o desperdício de vidas. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (Orgs.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006.

MOREIRA, Dirceia; MULLER, Crisna Maria. A política pública da socioeducação no estado democrático de direito brasileiro. Revista Jurídica (FURB). v. 23, nº. 50, jan./abr. 2019. p. 10.

VERONESE, Josiane Rose Petry ; OLIVEIRA, Luciane de Cássia Policarpo. Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

Corpo de Servidores da Esjud

Assessoria da Direção
Adalcilene Pinheiro Araripe
Cleide Helena Prudêncio da Silva
Marcos Antonio Alexandre Bezerra

Gerência de Planejamento e Execução do Ensino – GEPEE
Graiciane Bonfim
Odson Moreira
Maria Marilene Abreu de Oliveira
Maria Gorete da Silva Bandeira Feitosa

Gerência de Administração de Ensino – GEADE
Bono Maia
Rosinéia Guilherme de Abreu Lima
Maria Gerliane Moura Costa
Maria de Lourdes Alves
Maria Lúcia Rodrigues Gabriel

Gerência de Avaliação de Ensino – GEAVE
Breno Nascimento
Valéria Cristina Morais de Oliveira
Cláudio da Silva Pereira
Mario Robson Yamasaki Sassagawa
Maria do Socorro Malveira

Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Escola do Poder Judiciário do Acre (ESJUD)
Anexo I - Rua Tribunal de Justiça, s/n. Via Verde. 69.915-631 - Rio Branco-AC
(68) 3302-0406
Site: https://esjud.tjac.jus.br/periodicos
E-mail: revistaesjud@gmail.com