

Ano 15 - Nº 1
jan./jun. 2023
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral
ISSN Físico: 2527-0206
ISSN Eletrônico: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 15, Nº 1 (JAN./JUN. 2023) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica - Biblioteca da ESMPCE

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 15, nº 1 (jan./jun. 2023) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2023.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Eneas Romero de Vasconcelos

Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Editor-Chefe

André Luís Tabosa de Oliveira

Editora-Executiva e Gerente de Pós-Graduação

Neiva Maria de Melo Castro Sidrão

Conselho Editorial

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Silvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de pareceristas

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

André Zech Sylvestre

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Douglas Fischer

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Manuel Lima Soares Filho

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre de Souza Júnior

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Morais

Sheila Cavalcante Pitombeira

Normalização e Revisão

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB3/1162

Projeto gráfico e Diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Revisão ortográfica em língua portuguesa

Volnei Oliveira Araújo

Gerente Administrativa

Lise Alcântara Castelo

Chefe de Departamento de

Desenvolvimento de Cursos

Kelviane Sombra Lima

Chefe de Departamento de Gestão por Competências

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Assessor Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

VITIMIZAÇÃO FEMININA NA COMARCA DE FORTALEZA: UM ESTUDO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS DE HOMICÍDIOS FEMININOS

FEMALE VICTIMIZATION IN THE CITY OF FORTALEZA: A STUDY OF POLICE INQUIRIES AND FEMALE HOMICIDE JUDICIAL PROCEEDINGS

Ythalo Frota Loureiro _____ 13

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NOS CRIMES ELEITORAIS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

NON-PERSECUTION AGREEMENT IN ELECTORAL CRIMES: CONTROVERSIAL ASPECTS

Carlos César Osório de Melo

Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto _____ 35

CRIMES AMBIENTAIS, TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UMA PERSPECTIVA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

ENVIRONMENTAL CRIMES, DOUBLE IMPUTATION THEORY AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITY: A PERSPECTIVE ON THE JURISPRUDENCE OF STJ AND STF

Carlos Eduardo Lima Fernandes

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira _____ 55

A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE REDUÇÃO DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DE DADOS DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DOS ANOS DE 2018 À 2022 NA COMARCA DE ASSARÉ - CEARÁ

EXTRAJUDICIALIZATION AS A WAY OF REDUCING THE DELAYS OF THE JUDICIARY: DATA ANALYSIS OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEDURES FROM THE YEARS 2018 TO 2022 IN THE DISTRICT OF ASSARÉ - CEARÁ

Pedro Henrique Maciel Freires

Jânio Taveira Domingos _____ 77

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF SOCIAL RIGHTS AND THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL DOCTRINE AND OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT

Biltis Diniz Paiano

Harley Sousa de Carvalho _____ 101

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

A INFLUÊNCIA DAS EMERGÊNCIAS CLIMÁTICAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

THE INFLUENCE OF CLIMATE EMERGENCIES ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl

Eduardo Dias de Souza Ferreira _____ 121

TORSO CANSADO DE APOLO: PETER SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN E AS IMPLICAÇÕES DA ANTROPOTÉCNICA COMO AUTORREALIZAÇÃO

APOLLO'S TIRED TORSO: PETER SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN AND THE IMPLICATIONS OF ANTHROPOTECHNICS AS SELF-REALIZATION

Bráulio Marques Rodrigues

Geraldo Barbosa Neto _____ 141

TUTELA COLETIVA DA REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AO CONSUMIDOR E AO MEIO AMBIENTE: O REALINHAMENTO TEÓRICO DO DIREITO PRIVADO E OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO COLETIVO

CLASS ACTION ON PRIVATE DAMAGES REPARATION ON CONSUMER AND ENVIROMENT: THE THEORICAL REALIGNEMENT OF PRIVATE LAW AND THE CLASS ACTION INSTRUMENTS

Gabriel Santos Lima

Filipe Augusto Oliveira Rodrigues

João Vitor Penna _____ 175

REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DO PROCEDIMENTO AOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS ESPECIAIS E EXTRAJUDICIAIS

A REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE TECHNIQUES OF DIFFERENTIATION OF THE PROCEDURE TO JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS

Maurício Schibuola de Carvalho

_____ 193

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA: PROTEÇÃO INTEGRAL E TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH DISABILITIES: FULL PROTECTION AND GUARDIANSHIP BY THE PUBLIC MINISTRY

Sandra Lucia Garcia Massud

_____ 219

APRESENTAÇÃO

É com demasiada alegria que apresentamos a edição Ano 15 – Nº 1 jan./jun. 2023 da Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, devidamente qualificada pela Capes como B3. Desde o histórico da revista e reformulação em 2017, atuamos com muita dedicação, trabalhando para chegar ao patamar que, hoje, muito nos orgulha. Celebramos e agradecemos a dedicação de todos os participantes, artífices de todas as edições, primando pela excelência científica e credibilidade desse periódico. Também, agradecemos a todas as congratulações e feedbacks apresentados pelos leitores, conselho editorial, pareceristas, articulistas, diretores gerais, procuradores-gerais, gestores e equipe editorial. Temos conhecimento das responsabilidades vinculadas imediatamente a tal qualificação. Dessa forma, buscaremos intensificar esforços na direção da excelência e inovação, objetivando incremento na qualidade e inovação da revista, na tentativa de fomentar reflexões e abraçando as considerações de criticidade elevada de nossos leitores.

Nessa edição, publicamos o total de 10 (dez) artigos científicos, sendo 5 (cinco) internos e 5 (cinco) externos. O primeiro artigo interno, intitulado “Vitimização feminina na comarca de Fortaleza: um estudo de inquéritos policiais e processos de homicídios femininos”, de autoria de Ythalo Frota Loureiro, investiga a vitimização feminina na cidade de Fortaleza-CE, realizando seu recorte estatístico do feminicídio corridos entre os anos de 2015 a 2019. O segundo artigo, “Acordo de não persecução nos crimes eleitorais: aspectos controvertidos”, elaborado por Carlos César Osório de Melo e Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto, aborda a aplicabilidade do acordo de não persecução penal (ANPP) aos crimes eleitorais. O terceiro artigo, dos autores Carlos Eduardo Lima Fernandes e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, realiza uma análise documental, bibliográfica e legislativa concernente a crimes ambientais e é intitulado “Crimes ambientais, teoria da dupla imputação e responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma perspectiva sobre a jurisprudência do STJ e do STF”. Já o quarto, “A extrajudicialização como forma de redução da morosidade do poder judiciário: análise de dados de procedimentos judiciais e extrajudiciais dos anos de 2018 à 2022 na comarca de Assaré – Ceará”, foi elaborado por Pedro Henrique Maciel Freires e Jânio Taveira Domingos e trata da demanda no judiciário e sua crescente decorrência de processos peticionados diariamente, com seus acúmulos e burocracia e a análise de métodos alternativos para agilizar esses acúmulos de processos. O quinto e último é intitulado “O princípio da proibição do retrocesso social e sustentabilidade dos direitos sociais: análise da doutrina e da jurisprudência do tribunal constitucional português”, escrito por Biltis Diniz Paiano

e Harley Sousa de Carvalho, analisa os principais aspectos da Proibição do retrocesso social e discorre sobre suas abordagens doutrinárias e jurisprudências.

Compõem os 5 (cinco) artigos externos: o primeiro, “A influência das emergências climáticas nos direitos fundamentais de crianças e adolescentes”, dos autores Anna Karina Omena Vasconcello Trennepohl e Eduardo Dias de Sousa Ferreira, analisa o contexto das implicações das emergências climáticas nos direitos humanos de crianças e adolescentes, com base em dados coletados junto aos relatórios recentes da Organização das Nações Unidas (ONU), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e de outras instituições públicas e privadas. O segundo, “Torso cansado de Apolo: Peter Sloterdijk, Byung-Chul Han e as implicações da antropotécnica como autorrealização”, trata da análise do pensamento do filósofo alemão Sloterdijk acerca da antropotécnica e a contraposição da sociedade do cansaço em Byung-Chul Han. O terceiro, dos autores Gabriel Santos Limas, Felipe Augusto Oliveira Rodrigues e João Vítor Penna, intitulado “Tutela coletiva da reparação civil por danos ao consumidor e ao meio ambiente: o realinhamento teórico do direito privado e os instrumentos do processo coletivo”, refere-se ao processo coletivo frente aos desafios apresentados pela responsabilidade civil ambiental e consumerista. O quarto, “Reflexão acerca da aplicação das técnicas de diferenciação do procedimento aos procedimentos judiciais especiais e extrajudiciais”, de Maurício Schibuola de Carvalho, trabalhou o artigo nas linhas do neoconstitucionalismo, do formalismo-valorativo e da força normativa da Constituição, analisa a aplicação das técnicas diferenciadas de procedimento entre os procedimentos judiciais comum e especial, bem como entre os procedimentos judiciais e os extrajudiciais de titularidade do Ministério Público, em atenção ao perfil resolutivo. Ao último, intitulado “Crianças e adolescentes com deficiência: proteção integral e tutela do ministério público”, a autora analisa a competência das Varas da Infância e Juventude e das atribuições das Promotorias especializadas quanto à tutela dos direitos de crianças e adolescentes com deficiência, sopesando o histórico social e a realidade da estrutura organizada pelos órgãos públicos envolvidos.

Por fim, esperamos contribuir mais ainda para a divulgação das pesquisas relacionadas ao Ministério Público, disseminando o conhecimento e, conseqüentemente, contribuir para uma sociedade cada vez mais humana, equânime e justa.

Boa leitura!

Equipe da Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará.

VITIMIZAÇÃO FEMININA NA COMARCA DE
FORTALEZA: UM ESTUDO DE INQUÉRITOS
POLICIAIS E PROCESSOS DE
HOMICÍDIOS FEMININOS

*FEMALE VICTIMIZATION IN THE CITY OF
FORTALEZA: A STUDY OF POLICE INQUIRIES AND
FEMALE HOMICIDE JUDICIAL PROCEEDINGS*

VITIMIZAÇÃO FEMININA NA COMARCA DE FORTALEZA: UM ESTUDO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS DE HOMICÍDIOS FEMININOS¹

FEMALE VICTIMIZATION IN THE CITY OF FORTALEZA: A STUDY OF POLICE INQUIRIES AND FEMALE HOMICIDE JUDICIAL PROCEEDINGS

Ythalo Frota Loureiro²

RESUMO

A pesquisa pretende investigar a vitimização feminina em Fortaleza/CE. Utiliza-se uma abordagem interseccional na análise de 289 inquéritos policiais e processos judiciais da Comarca de Fortaleza, relativos a crimes de homicídio de mulheres e feminicídios ocorridos entre 2015 e 2019. Consideram-se raça/cor das vítimas, o *status* social do local dos crimes, os contextos, os instrumentos dos crimes. Como resultados, verificou-se que a vitimização feminina não se limita ao contexto de feminicídio, e que a maioria das vítimas são mulheres classificadas como “pardas”, assassinadas nas áreas classificadas como “Periferia”.

Palavras-chave: vitimização feminina; homicídios femininos; feminicídio.

1 INTRODUÇÃO

Quem são as mulheres assassinadas na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará? Como e por que elas sofrem crimes violentos letais intencionais (CVLI)? Toda morte violenta intencional de mulheres pode ser classificada como feminicídio? Eis algumas questões para o profissional de Direito que se propõe estudar a vitimização feminina em Fortaleza, uma das capitais mais perigosas do país.

Segundo o Anuário da Segurança Pública, em 2020, foram registradas 1.303 mortes violentas intencionais, com taxa de 48,5 mortes por 100 mil habitantes. É o dobro da

¹ Data de Recebimento: 23/08/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

² Promotor de Justiça lotado na 111ª Promotoria de Justiça de Fortaleza (com atuação junto as Varas do Júri de Fortaleza) e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8605-7208>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6387713593384966>. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br

taxa média nacional, de 23,6 mortes. No Estado do Ceará, a capital – Fortaleza – não possui as taxas mais elevadas. Caucaia, que pertence à Região Metropolitana de Fortaleza, registrou 360 homicídios, em 2020, com taxa de 98,6 mortes violentas intencionais por 100 mil habitantes (BUENO; LIMA, 2021, p. 30). Contudo, em um único dia, ocorre um número muito elevado de assassinatos em Fortaleza: 3,6 homicídios foram cometidos todos os dias, quantidade não superada em números absolutos. A presente pesquisa busca analisar a vitimização feminina na cidade de Fortaleza/CE.

No ano de 2020, a morte de mulheres alcançou patamares elevados. Em todo o país, registraram-se 3.913 homicídios de mulheres, dentre os quais 1.350 considerados feminicídios. 81,5% dos crimes de feminicídio foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros, e, em 55,1% dos casos, houve o uso de arma branca, instrumento perfurocortante, como faca de cozinha, tesoura, canivete, pedaço de madeira (BUENO; LIMA, 2021, p. 95-100).

O Anuário da Segurança Pública, ainda, indicou que há uma disparidade entre Estados da Federação, quando se trata de classificar os homicídios de mulheres como feminicídios: o Ceará possui a menor taxa de registro, 8,2% do total, enquanto Mato Grosso registrou 59,6% dos homicídios de mulheres como feminicídios. O Brasil possui uma média de 34,5% homicídios femininos marcados como feminicídios (BUENO; LIMA, 2021, p. 95).

O feminicídio é um conceito jurídico que possui como central a questão relativa à condição da mulher. Não basta que a vítima seja mulher. É necessário que haja um contexto de violência doméstica e familiar, ou menosprezo, ou discriminação à condição de mulher. Não há diferença entre feminicídio e femicídio; são termos sinônimos. “Femicídio e feminicídio são expressões do mesmo conceito, e são utilizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), de forma indistinta.” (LOUREIRO, 2020, p. 119). Na sua origem, o termo *femicide* designa a violência de gênero contra a mulher, de modo que, em alguns países, as legislações nacionais adotaram o termo feminicídio. A Lei 13.104, de 2015 criou o conceito jurídico de feminicídio.

Obviamente, antes de sua criação jurídica, o fenômeno da violência fatal contra a mulher já existia, mas, apenas com a criação do tipo penal, evidenciou-se o problema da subnotificação desses casos. Nem toda morte violenta de mulheres é registrada corretamente. Nenhum registro, sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará (SSPDS), é retificado após oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. A polícia pode registrar o fato como homicídio de pessoa do sexo feminino, mas a definição do tipo penal fica a encargo do Ministério Público, que promove a acusação, e do Poder Judiciário, que julga a imputação. Por conseguinte, é possível que um fato registrado como homicídio feminino seja proces-

sado e julgado como feminicídio, sem alteração da estatística publicada pela SSPDS. Assim, ganha importância saber por que o Ceará registra tão poucos homicídios de mulheres como feminicídios.

A maior parte das mortes de mulheres ocorre em circunstâncias desconhecidas, o que dificulta a classificação em casos de feminicídio, conforme previsto no art. 121, §2º, inciso VI e §2º-A, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, 1940). Desse modo, a percepção dos policiais, por si só, não assegura uma classificação correta dos contextos. Ainda assim, é preciso considerar em que circunstâncias é realizada a estatística dos CVLIs de mulheres. Como se verá, a estatística publicada no *site* da SSPDS apresenta dados genéricos, que não consideram a raça/cor das vítimas femininas e seu *status* social, bem como não aprofundam as circunstâncias das mortes. Ademais, a estatística é produzida por um público, majoritariamente, masculino, que desconsidera fatores inerentes ao patriarcado e à discriminação de raça/cor.

Esta pesquisa propõe-se a saber quem são as mulheres assassinadas na cidade de Fortaleza/CE e desvelar sua invisibilidade nas estatísticas oficiais, subvertendo a premissa de que todas as mulheres devem ser tratadas de modo igual. A violência atinge aquelas de pele mais escura e com condição financeira mais vulnerável.

2 MÉTODO

Considerou-se 289 (duzentos e oitenta e nove) inquéritos e processos, em que as vítimas são pessoas do sexo feminino, em qualquer contexto. Realizou-se o estudo de procedimentos que tramitam ou tramitaram nas Varas do Júri da comarca de Fortaleza, entre os anos de 2015 e 2019³. Por meio dos dados coletados, analisou-se a raça/cor das vítimas, o *status* social do local onde ocorreram os crimes, os contextos e instrumentos utilizados na prática delitiva.

Não foram encontrados dados abertos sobre a vitimização intencional contra o grupo de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, queer, intersexuais, assexuais e outros grupos e variações de sexualidade de gênero (LGBTQIA+) (GONÇALVES, 2021). No Estado do Ceará, a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS)

3 As premissas metodológicas e os resultados iniciais foram publicados no texto: LOUREIRO, Ythalo Frota. A atuação da Polícia Militar do Estado do Ceará em local de crime violento letal intencional com vítima do sexo feminino: uma análise de processos judiciais da Comarca de Fortaleza In: MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro (orgs). **Direitos fundamentais & metodologia da pesquisa**. v. 1. Fortaleza: Mucuripe, 2021. p. 617-643. ISBN: 9786587966199. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about?id=xVBXEAAAQBAJ>. Acesso em: 2 jan. 2022. Ocorre que, entre aquele texto e o atual, houve a exclusão de um processo que, na verdade, era crime de roubo em que a vítima do sexo feminino não havia falecido, portanto constava na estatística da Secretaria de Segurança Pública de modo equivocado. Houve também algumas reclassificações de contexto, mas, em geral, não houve substanciais modificações. Por fim, o presente texto possui informações sobre a análise inicial dos discursos de policiais militares, da CIOPS e das demais fontes verificadas nos inquéritos e processos judiciais.

mantém uma página da *internet* dedicada às estatísticas. Contudo, não há informações públicas ou abertas sobre a vitimização intencional contra pessoas do gênero feminino, e, em especial, contra o grupo LGBTQIA⁴. Não foi possível identificar a partir de qual momento o Sistema de Informações Policiais (SIP/SIP3W) passou a disponibilizar o campo para o preenchimento de informações sobre o público LGBTQIA+ como vítima de crimes.

De qualquer modo, nas páginas pesquisadas dedicadas às estatísticas divulgadas pela SSPDS⁵ não se encontraram dados mensais consolidados sobre homicídios praticados contra pessoas do grupo supramencionado. Portanto, para fins desta pesquisa, o marcador para coleta de informações limitou-se ao sexo feminino. De modo bastante claro, as informações da estatística não consideram a orientação sexual da vítima. Por ausência de informações, o gênero feminino, nesta pesquisa, restringe-se ao seu sentido biológico. O marcador de gênero é desvirtualizado pela invisibilidade de CVLIs contra o público LGBTQIA+.

Ainda assim, procurou-se minimizar a invisibilidade das vítimas femininas durante a coleta de informações sobre a raça/cor e o *status* social do local do crime. Esse processo foi demorado, pois houve a necessidade de catalogar os relatórios de reconhecimento visuográfica, boletins de ocorrência, autos de prisão em flagrante, laudos cadavéricos e laudos de local de crime de todos os inquéritos e processos analisados.

As tabelas e os relatórios com os dados consolidados e acessíveis ao público pela *internet*, sem a necessidade de solicitação expressa à SSPDS, não disponibilizam informações sobre raça/cor e *status* social. Para os fins deste trabalho, foram considerados apenas os registros diários de CVLIs, porque o relatório de dados consolidados de indicadores criminais de cada ano apresenta somente a tabela com o número de vítimas fatais no Ceará, os gráficos e as tabelas da série mensal desses crimes. São constructos que não satisfazem à pesquisa, cujo corte metodológico considera vítimas do sexo feminino em Fortaleza.

4 A identificação de processos com vítimas do grupo LGBTQIA+ depende da análise de procedimentos de pessoas registradas como do sexo masculino, como o Processo nº 0226465-22.2020.8.06.0001; ou de vítimas do sexo feminino, do qual não há registro formal de orientação sexual diferente da heterossexualidade, como é o caso do Processo nº 0114240-93.2019.8.06.0001. Apenas o segundo processo faz parte da amostragem de 289 procedimentos analisados. O primeiro processo foi achado ocasional posterior e não faria parte da pesquisa por causa do marcador “pessoa do sexo feminino”.

5 A página da SSPDS é a disponível em: <https://www.sspds.ce.gov.br/estatisticas-2-3/> e suas diversas subseções por ano e por mês (2015-2019). Houve diversos acessos entre os anos de 2020 e 2022, período do desenvolvimento da pesquisa.

Inicialmente, foram coletadas as tabelas de CVLIs diários, com dados consolidados, que abrangessem o período entre 10 de março de 2015⁶ e 31 de dezembro de 2019⁷. Os dados foram selecionados em formato *Portable Document Format* (PDF) e, depois, transformados em tabelas editáveis no programa *Excel*, apropriado para sua organização, bem como para cálculos, edição e gráficos. As tabelas mensais de vítimas fatais foram organizadas em pastas, no dia 22 de junho de 2020.

A partir dos dados obtidos na página eletrônica da SSPDS, buscou-se identificar os inquéritos policiais e processos judiciais das Varas do Júri da Comarca de Fortaleza, nas quais são vítimas as pessoas do sexo feminino. O acesso às informações é imediato por meio da *internet*, uma vez que os autos são digitalizados. Foram levadas em consideração as informações dos registros diários dos CVLIs: o nome da vítima, a data da morte (entre 10 de março de 2015 e 31 de dezembro de 2019), o município do fato (Fortaleza) e o sexo (feminino)⁸. Com essas informações, é possível, na maioria das vezes, obter os autos judiciais correspondentes aos inquéritos policiais instaurados, por meio da opção “Nome da parte”, disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)⁹.

Para restringir a pesquisa e torná-la exequível, no menor tempo possível, optou-se pelos CVLIs praticados na cidade de Fortaleza, no período entre 10 de março de 2015 e 31 de dezembro de 2019, dos quais foram vítimas pessoas do sexo feminino. A partir da lista de vítimas, buscaram-se os inquéritos e processos judiciais – aqui entendidos

6 O referido lapso de tempo justifica-se porque a Lei nº 13.104, que acrescentou a qualificadora do feminicídio no Código Penal, passou a vigor no dia 10 de março de 2015. Na sua página eletrônica, a SSPDS disponibiliza dados estatísticos a partir do ano de 2013. Contudo os relatórios diários estão disponíveis apenas a partir do ano de 2014. Optou-se por selecionar apenas processos digitalizados. A digitalização de inquéritos e processos se iniciou na comarca de Fortaleza em 2016 e alcançou os feitos em tramitação, inclusive aqueles que processavam os delitos de feminicídio.

7 A amostragem até 31 de dezembro de 2019 justifica-se pelo fato de que a escrita sobre os dados iniciais do presente trabalho deu-se, principalmente, a partir de novembro de 2020. A busca por processos judiciais de 2020, mesmo ano da pesquisa, poderia ficar prejudicada pela divulgação parcial de dados disponibilizados pela SSPDS e pelo Poder Judiciário cearenses. O risco era trabalhar com dados parciais do ano de 2020, fosse porque não seriam divulgados integralmente, fosse porque nem todos os inquéritos policiais do ano de 2020 seriam remetidos ao Poder Judiciário ainda no mesmo ano. Preferiu-se analisar uma amostragem até o último dia de 2019. Ademais, no início de 2020, passou a ser aplicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709, de 2018), de modo que a Secretaria de Segurança Pública decidiu excluir os dados do nome de vítimas a partir da tabela de janeiro de 2020, o que inviabilizaria a pesquisa em fontes abertas a partir daquele período.

8 Os dados extraídos foram colocados em uma tabela editável do programa *Excel*, o que serviu como base para novas pesquisas. No arquivo, foram criadas “abas” através das quais os inquéritos policiais e processos foram listados e separados por grupos para análise, tomando-se cuidado para que palavras-chave não fossem repetidas a cada procedimento analisado.

9 Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br>, página acessada em 03 nov. 2020. Foi possível visualizar o procedimento que tramita perante uma unidade judicial e extrair seu inteiro teor, consolidando-o em um único arquivo de extensão e leitura *Portable Document Format* (PDF). O acesso eletrônico aos inquéritos policiais e processos judiciais foi facilitado por serem virtualizados. O autor da pesquisa tinha acesso ao sistema e-SAJ por estar cadastrado como membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Apenas um procedimento judicial encontrava-se com cláusula de sigilo de justiça, cujo acesso ainda foi possível por se tratar de feito que tramita na mesma unidade judiciária em que o pesquisador trabalhava: 4ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza. Ainda assim, nenhum dado de identificação de vítimas fez parte da pesquisa. O nome das vítimas ou qualquer informação de sua identificação não pode ser encontrado na presente pesquisa. O acesso imediato a inquéritos e processos judiciais é comum na comarca de Fortaleza, eis que os procedimentos operaram exclusivamente em meio eletrônico desde 2016, bem como a maior parte dos feitos físicos em tramitação foram digitalizados.

como procedimentos judiciais¹⁰ – no *site* do Tribunal de Justiça. Nem todos os procedimentos foram localizados. Os nomes de algumas vítimas não constavam no sistema e-SAJ, o que inviabilizou o acesso ao procedimento¹¹. Da mesma forma, no caso de vítimas femininas cadastradas pela SSPDS com o nome “desconhecido”, inviabilizou-se a identificação dos seus respectivos inquéritos e processos judiciais. Ainda assim, foram localizados 289 (duzentos e oitenta e nove) procedimentos judiciais, que formaram a amostragem da pesquisa e, assim, foram distribuídos na forma da Tabela 1.

Tabela 1 – Distribuição dos procedimentos judiciais por ano (2015-2019)

Ano	Quantidade
2015	32
2016	32
2017	73
2018	124
2019	28
Total	289

Fonte: elaborada pelo autor.

As coincidências e as disparidades numéricas entre os anos podem ser demonstradas e, apenas parcialmente, explicadas. Essa foi a contagem apresentada quando utilizada a ferramenta de busca “Nome da parte” do sistema e-SAJ. O elevado número de casos ocorridos em 2018 significou um aumento na violência letal contra a mulher. Todavia, a amostragem mostrou-se maior, porque a ferramenta eletrônica localizou, com sucesso, mais processos desse ano do que dos demais anos pesquisados. O baixo número de feitos do ano de 2019 pode ter ocorrido devido à diminuição da violência letal feminina.

Para definição da situação processual de cada procedimento, foi escolhido como

10 Preferiu-se a expressão “procedimentos judiciais” a “procedimentos judicializados”, visto que o único que mereceria tal inflexão – passar ao crivo do Poder Judiciário – seria o inquérito policial vindo da Polícia Civil. Inquérito policial e processo judicial possuem natureza jurídica diversa. O inquérito policial é um procedimento administrativo sob a presidência da autoridade policial, enquanto o segundo é um procedimento judicial, em que há o contraditório judicial. Os inquéritos estão sob a presidência de um delegado de Polícia Civil. Contudo, na medida em que o inquérito é remetido ao Poder Judiciário, ele recebe um número judicial, que o vinculará até mesmo após seu arquivamento, com ou sem julgamento do mérito; bem como estará na “Classe” de “Inquérito Policial”. Quando oferecida denúncia, é alterada a “Classe” do procedimento para “Ação Penal” (no caso dos processos vinculados às Varas do Júri, a “Classe” fica como “Ação Penal da Competência do Júri”), portanto é considerado, autenticamente, processo judicial. A ação penal (denúncia) é o fator diferenciador entre inquérito policial e processo judicial.

11 Nos processos nºs 0215541-49.2020.8.06.0001 e 0148623-34.2018.8.06.0001, por exemplo, as vítimas foram classificadas como “desconhecido(a) do sexo feminino”. Esses processos não entraram na amostragem da pesquisa, pois foram encontrados ao acaso, apenas após a coleta de dados, em razão do trabalho profissional do pesquisador perante a 111ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. De qualquer sorte, pela metodologia adotada, todos os registros de “desconhecido(a) do sexo feminino” foram desprezados diante da inviabilidade de pesquisa em fontes abertas.

marco temporal o dia 03 de novembro de 2020. Nesse dia, foi extraída a consulta processual de cada procedimento no sistema e-SAJ¹² do TJCE (Consulta Processual de 1º Grau). Foi criado um documento, tipo PDF, para cada feito, comprovando a fase processual consultada na data supra explicitada, após a qual alterações não são consideradas na pesquisa.

Definida a amostragem, foram extraídas e organizadas informações sobre a raça/cor das vítimas e status social do local do crime. Como não foi encontrado relatório de dados consolidados produzido pela própria SSPDS, procuraram-se as informações relativas à raça/cor, em primeiro lugar, nos laudos cadavéricos das vítimas e, subsidiariamente, em laudos de local de crime e em fotografias em formato colorido, quando, assim, juntadas aos autos pelas autoridades oficiais. Não obstante, como se verá, em uma significativa parcela da amostragem, não foi encontrada a informação. Foram identificadas 302 (trezentos e duas) vítimas femininas fatais nos 289 procedimentos. Por sua vez, as características do local de crime foram extraídas, em primeiro plano, do relatório de reconhecimento visuográfica (RV). No campo denominado “características do local mediato”, havia informações sobre área – se periferia, central ou rural –, perfil social – se classe baixa, média-baixa – e se há rede de esgoto ou iluminação pública.

Segundo as características dos locais registrados, é possível deduzir que foi considerado “Periferia” o local de classe baixa, iluminação precária, imóveis simples, corpo encontrado em terreno aberto ou baldio, rede de esgoto a céu aberto ou canalizado. O local denominado como “Central” seria, em primeiro plano, aquele localizado nos bairros Messejana, Papicu, Centro, Bela Vista, Cidade dos Funcionários, Joaquim Távora, José Bonifácio, Meireles e Parquelândia, por constituírem áreas onde residem, em geral, pessoas de classe média ou classe média-baixa, com rede de esgoto canalizado. Contudo, em muitos casos, o perfil social foi registrado como classe baixa, e o corpo da vítima, encontrado em locais ermos ou baldios e próximo de entrada de favelas. Em apenas um processo, o local foi marcado como “Rural”, no bairro Messejana, visto que muito afastado do meio urbano, e sem possuir rede de esgoto.

Em verdade, a classificação do local é problemática. Mesmo que tenha rede de esgoto e iluminação pública, a maior parte dos lugares é visivelmente pobre, com esgoto e lixo a céu aberto. Durante a análise dos procedimentos, foi identificado que, no primeiro semestre de 2017 – não se sabendo exatamente em que momento –, houve uma simplificação do relatório de reconhecimento, inaugurando-se o campo “Dados essenciais da ocorrência”, e retirando-se os campos relativos à classificação da área e do perfil social do local.

12 A sigla e-SAJ significa o ambiente externo do Sistema de Automatização Judiciária, desenvolvido pela empresa Softpan Planejamento e Sistema Ltda, presente em diversos Tribunais de Justiça dos Estados.

Nem todos os inquéritos e processos possuíam relatório de reconhecimento visuográfica. A despeito disso, foi possível identificar a área e o status social do local na maioria dos casos. Como se verá, em apenas dois casos, não se identificou o local em que o crime ocorreu, portanto não foram levantadas informações sobre seu status social.

Dentro de cada grupo, os inquéritos policiais e os processos judiciais ainda podem ser divididos por contextos, conforme a hipótese inicial extraída de relatório de Reconhecimento Visuográfica de local de crime (RV), Auto de Prisão em Flagrante (APF), relatório de informações consolidadas da CIOPS ou boletim de ocorrência: (1) motivação desconhecida¹³; (2) contexto de tráfico; (3) feminicídio¹⁴; e (4) outras motivações ou circunstâncias objetivas¹⁵. Considera-se o contexto de tráfico quando a motivação está, direta ou indiretamente¹⁶, relacionada a venda ilegal de substâncias entorpecentes. Nesse caso, a informação de que a vítima teria, ou já havia tido envolvimento com o consumo de drogas, não é suficiente para caracterização desse contexto.

A análise contextual é realizada tendo-se em consideração a percepção de policiais militares sobre a vitimização feminina, e as situações em que mulheres são assassinadas, na etapa inicial da investigação criminal. Certo que as informações prestadas pelos militares são só uma parte do conjunto de evidências coletadas pela Polícia Civil. Ainda assim, na maioria das vezes, os militares são os primeiros agentes de segurança pública no local de crime. Eles realizam as primeiras providências policiais que impactam diretamente nas atividades de investigação. Por conseguinte, a narrativa que estabelece a hipótese inicial de um contexto para o crime origina-se, em regra, das primeiras impressões de policiais militares.

13 Cabe esclarecer que o contexto não se confunde com “autoria desconhecida”. Para fins desta pesquisa, não interessa a taxa de esclarecimento de autoria. A motivação desconhecida pode ocorrer inclusive quando a autoria é conhecida. A motivação não impede o julgamento do processo pelo Tribunal do Júri.

14 O crime de feminicídio somente passou a ser registrado, na estatística divulgada pela SSPDS, a partir de janeiro de 2018. Feminicídio passou a constar no campo reservado à “Natureza do Fato”. Apesar disso, foi necessário verificar os casos individualmente, a fim de se confirmar a classificação, de modo que a informação oficial não foi considerada determinante para os fins do presente estudo. Isso porque foram encontrados alguns equívocos, inclusive o registro de pessoas do sexo masculino como se fossem mulheres. Em geral, o contexto de feminicídio, na sua modalidade “violência doméstica e familiar contra a mulher”, é facilmente identificável e, em quase todos os casos, a autoria é revelada.

15 Entre os procedimentos cuja hipótese inicial para motivação ou circunstância objetiva foi classificada como “outras”, foram localizadas as seguintes situações: vingança, briga entre conhecidos, vizinhos ou parente, latrocínio, lesão corporal seguida de morte, vítima de “bala perdida” (fora do contexto de tráfico) e morte por intervenção policial.

16 O contexto direto é aquele relacionado, especificamente, à venda e compra do entorpecente ou à disputa pelo controle do comércio ilegal. Por sua vez, o contexto indireto é aquele em que a vítima é assassinada em razão do ambiente violento que o tráfico ilegal de drogas proporciona e com ele se relaciona. Por exemplo, no Processo nº 0138434-31.2017.8.06.0001 (julgado pelo Tribunal do Júri), o relatório complementar à RV registrou que policiais repassaram a seguinte informação: “[...] o fato pode ter relação com dívidas de droga, já que o Beco [nome], local do fato, é conhecido por ser área e que ocorre tráfico de drogas” (fl. 24). Trata-se de uma hipótese de contexto direto. Por outro lado, no Processo nº 0110606-26.2018.8.06.0001 (julgado pelo Tribunal do Júri), a vítima foi assassinada porque tinha fotos em uma rede social “[...] fazendo gestos em alusão à facção Comando Vermelho [...]” (fl. 119), e atrai-se a hipótese de que a vítima foi assassinada por desagradar membros de facção rival daquela mencionada. Esse é um contexto indireto, pois o fato de a vítima realizar gestos não depõe diretamente contra o controle da facção; serve a morte da ofendida mais como a exacerbação do poder simbólico através da violência extrema.

Também existe uma parcela de procedimentos que não possui informações de militares. O discurso dos policiais dessa categoria é tomado como referência inicial, sem desprezar outras fontes, quando a narrativa não pode ser extraída de militares. Assim, são consideradas as informações da Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança (CIOPS), de indiciados, acusados, familiares, amigos e conhecidos da vítima registradas nos autos, boletins de ocorrência, relatórios policiais. Na ordem de relevância, estão informações prestadas por militares, pelas CIOPS e por outras fontes subsidiárias.

O contexto de feminicídio é aquele previsto no artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal (BRASIL, 1940). O crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher (feminicídio íntimo, quando praticado no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima, nas condições definidas pela Lei nº 11.340, de 2006); ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (feminicídio não íntimo, praticado por pessoa fora do núcleo familiar, em situação de vingança ou disciplinamento) (LOUREIRO, 2020, p. 117-118). O feminicídio não pode ser considerado motivação. É condição especial da ofendida. A classificação da pesquisa empírica reafirma que o feminicídio é circunstância de natureza objetiva (LOUREIRO, 2020, p. 117-122)¹⁷.

A categoria “outras” abrange quaisquer motivações diferentes ou circunstâncias objetivas, obviamente, fora dos casos de “motivação desconhecida”.

Como visto, a mortalidade feminina abrange diversos contextos, relacionados a variados motivos, que extrapolam o conceito de feminicídio. Outros contextos, também, são trabalhados, pois, assim, foi verificado na análise inicial dos dados coletados. A pesquisa visa averiguar se, dentro de determinada amostragem arbitrária, é possível estabelecer o número de feminicídios entre outros contextos. Para tanto, foram criadas categorias relativas à atuação dos policiais militares em local de crime¹⁸ e relativas às informações geradas de ligações para a CIOPS¹⁹. Informações relevantes prestadas por militares e pela CIOPS são aquelas relacionadas à autoria, dinâmica do crime ou sobre a vítima, que tenham elo com as possíveis causas do crime; a indicação de testemunhas, materiais ou hipóteses para o delito, suficientes para construção de uma hipótese inicial de motivação.

17 Ver também: LOUREIRO, 2018, p. 236-246.

18 Para análise detalhada da atuação dos policiais militares, por ocasião dos procedimentos decorrentes do crime de morte, foram criadas as seguintes categorias relacionadas à RV: “ausência de reconhecimento visuográfica”; “relatório de vítima socorrida”; “boletim de ocorrência de vítima socorrida”; “reconhecimento visuográfica” (1); “reconhecimento visuográfica” (2); “relatório de vítima socorrida”; “sem depoimento formal de policiais militares”; “depoimento formal dos policiais tomado meses depois”; “sem registro de informações repassadas por policiais militares”; “informações relevantes por PMs” (1); “sem informações relevantes por PMs”; “ausência de registro de policiais militares”; “sem identificação dos PMs, apesar de mencionada ação da PM no relatório”.

19 São categorias relacionadas à CIOPS: “sem registro da CIOPS”, “informações da CIOPS juntadas um ou mais meses depois”, “informações relevantes da CIOPS” (1), “sem informações relevantes da CIOPS” (1). Por fim, além do relatório de RV, pode existir no mesmo procedimento o auto de prisão em flagrante (APF). Nesse caso, a prisão em flagrante pode ser realizada exclusivamente por policiais civis – categoria “auto de prisão em flagrante (PCs)” – ou por policiais militares – categoria “auto de prisão em flagrante (PMs)”.

Para os fins desta pesquisa, os documentos mais relevantes são: o relatório de reconhecimento visuográfica realizado pela Polícia Civil e o relatório de informações da CIOPS. O estudo concentrou-se, precipuamente, na análise desses documentos. Nos procedimentos judiciais (inquéritos policiais e processos judiciais) analisados, não foram encontrados relatórios expedidos exclusivamente por policiais militares de local de crime.

Essas informações não constituem, por si só, prova, no seu sentido jurídico, eis que não são substrato para o estabelecimento da verdade processual, na forma do art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)²⁰. Dessa maneira, não cabe confundir os objetivos deste trabalho com a técnica da prática judiciária. O depoimento de policiais e informações da CIOPS, em geral, são importantes para formação da convicção de juízes e jurados. Mas, nesta pesquisa, não são consideradas provas no seu sentido jurídico; somente informações relevantes, ou insuficientes para formação de um contexto de vitimização feminina. Não possuem o mesmo grau de exigência aplicável à produção probatória.

3 DISCUSSÃO E RESULTADOS

Os principais resultados da pesquisa são demonstrados conforme os assuntos explorados. Inicialmente, procura-se o perfil das vítimas femininas por raça/cor. A raça é uma característica biológica, visível a olho nu, mas é, sobretudo, um marcador social²¹ que indica quem são as mulheres mais atingidas pela violência letal.

Buscam-se demonstrar os resultados relativos aos contextos e aos instrumentos utilizados nos crimes letais em que são vítimas mulheres. Nesse tópico, verifica-se a prevalência do contexto de motivação desconhecida e do tráfico. O uso de arma de fogo é maciço, quando se trata da vitimização feminina, mas, no feminicídio, as armas brancas e outros meios prevalecem. O feminicídio possui características que o destacam.

3.1 Raça/cor das vítimas e status social do local do crime

Foram identificadas 302 vítimas em 289 inquéritos policiais e processos judiciais. 74,83% das vítimas foram, ou podem ser classificadas como “pardas”. A cor “branca” foi declarada em 10,26% das vítimas. A raça/cor das vítimas não foi iden-

20 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

21 Para Adilson José Moreira ensina que a raça é uma construção social, pois ela “[...] não existe como uma realidade biológica, mas sim como um mecanismo de classificação de indivíduos decorrente de um processo cultural chamado de racialização” (MOREIRA, 2020, p. 560).

tificada em 14,25% pela ausência de laudo cadavérico, laudo de local de crime ou fotografias coloridas.

Apenas em dois casos, as vítimas podem ser declaradas “negras”, por motivos diferentes. No Processo nº 0117070-03.2017.8.06.0001, fl. 21, o laudo cadavérico registrou que a vítima tinha “[...] tegumento cutâneo de cor preta”. Por sua vez, no Processo nº 0189676-58.2019.8.06.0001, apesar de o laudo cadavérico de fls. 43-46 não possuir informação sobre cor da pele, nas fotografias de fls. 14-16, é possível ver que a vítima tinha a cor negra. Em nenhum laudo cadavérico ou laudo de local de crime, a vítima foi expressamente classificada como negra. Já a cor parda foi largamente utilizada nos laudos periciais para identificação das vítimas, conforme se vê na tabela abaixo.

Tabela 2 – Raça/cor das vítimas femininas

Raça/cor	Quantidade	Percentual
Parda	226	74,83%
Branca	31	10,26%
N. I.	43	14,25%
Negra	2	0,66%
Total	302	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

43 vítimas femininas não tiveram a raça/cor identificada. Não houve a juntada de laudos periciais para 33 vítimas. Impressiona que 10 laudos periciais, simplesmente, não apontaram a raça/cor, apesar da inexistência de impedimento para tanto. A título de exemplo, no Processo nº 0147809-22.2018.8.06.0001, não houve classificação de cor da pele no laudo cadavérico, que registra na fl. 32: “[...] corpo com características sexuais externas compatíveis com sexo feminino [...]”; e o laudo de local de crime, na fl. 21, apenas cita: “DO CADÁVER: Sexo Feminino. Não Identificada”. No Processo nº 0165537-13.2017.8.06.0001, fl. 55, também, não houve a classificação de cor da pele no laudo cadavérico, que descreve: “[...] corpo do sexo feminino, idade aparente 16 anos, compleição física eutrófico, cabelos pretos longos, olhos castanhos, dentes bem conservados.” No mencionado processo, não há laudo de local de crime ou fotografias.

Tabela 3 – Motivos dos casos de cor/raça não identificada – “N. I.”

Situação	Quantidade	Percentual
Laudos não juntados nos autos	33	77%
Laudos não registram cor/raça	10	23%
Total	43	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

A tabela seguinte expressa o status social do local do crime. Uma ampla maioria dos casos ocorreu na periferia, atingindo o percentual de 93,42%. Só em 5,54% dos procedimentos, os crimes deram-se nas áreas consideradas centrais da cidade. Dois locais de crime não foram identificados, portanto não foram classificados. Somente um local foi classificado como “Rural”. Veja-se a tabela abaixo.

Tabela 4 – Status social do local do crime por inquérito/processo

Situação	Quantidade	Percentual
Periferia	270	93,42%
Central	16	5,54%
N. I.	2	0,69%
Rural	1	0,35%
Total	289	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

Porém, a classificação gera controvérsias, dado que, por vezes, um mesmo bairro pode ser considerado periferia, central ou rural, a depender das características do local dos fatos. É o caso do bairro Messejana. Esse bairro é registrado como local de crime em oito procedimentos. Em quatro deles, é alocado como área “Central”; em três, classificado como “Periferia” e, em um, é “Rural”. Por exemplo, no Processo nº 0121744-58.2016.8.06.0001, o crime foi cometido em frente ao Hospital Geral de Messejana, local classificado como “Central” no relatório de reconhecimento visuográfica (RV). No Processo nº 0133210-78.2018.8.06.0001, o local, em Messejana, é “Periferia”, já que a rua não era asfaltada e possuía casas simples, sem acabamento, próximas de favela e terrenos baldios. Por sua vez, no Processo nº 0129091-45.2016.8.06.0001, o local é “Rural”, apesar de situar-se no mesmo bairro, porque não existia rede de esgoto e era afastado da zona urbana.

Os seguintes bairros foram sempre adjetivados como centrais: Papicu, Centro, Ci-

dade dos Funcionários, Joaquim Távora, José Bonifácio, Meireles e Parquelândia. Em apenas um caso (Processo nº 0062352-27.2015.8.06.0001), Bela Vista foi classificado como “Central”, por ter perfil social classe média-baixa e rede de esgoto canalizado. Contudo, vendo-se as imagens do RV, ainda que em preto e branco, observa-se que o lugar possui casas simples, a maioria sem acabamento, visual mais próximo de periferia. As imagens foram confirmadas pelas fotografias do site Google Maps²².

No Processo nº 0183332-32.2017.8.06.0001, o local do crime é categorizado como “Central”, todavia a área do fato é, visivelmente, pobre, eis que se encontra na entrada de um beco que dá acesso a uma favela, onde há casas de alvenaria, sem acabamento. O local está próximo de prédios residenciais de classe média, conforme fotografias do Google Maps²³.

No Processo nº 0105937-27.2018.8.06.0001, o local do crime fica no Centro, classificado, naturalmente, como “Central”. A vítima, que não teve a raça/cor identificada no laudo, foi assassinada em um terreno murado, mas acessível por um buraco. O local era compartilhado por usuários de drogas para descanso e consumo dessas substâncias. Foi registrado:

[...] que a vítima era pessoa bem-nascida e bem-criada, de boa família. Que havia estudado nos melhores colégios e que tinha tudo que queria. Que todas as suas amigas hoje eram pessoas de sucesso. [...] era pessoa tranquila, mas que a partir do momento que conheceu um elemento de alcunha [...], passou a usar drogas e que mudou totalmente seu comportamento. Que passou a ser usuária de cocaína e crack e então saiu de casa. Que após seu companheiro ser preso, continuou se envolvendo com pessoas de má índole e que então passou a morar em diversos lugares, sempre com paradeiro incerto” (fl. 9).

No Processo nº 0072253-19.2015.8.06.0001, o local do crime, no bairro Parquelândia, foi registrado como “Central”, por se tratar de área residencial de classe média, com rede de esgoto canalizado. Apesar disso, o corpo foi encontrado em um terreno baldio, e não havia informações sobre o status social da vítima.

Em suma, na amostragem, dez bairros levaram a classificação “Central”; um local de crime não foi explicitado (Processo nº 0151397-37.2018.8.06.0001); um local de

22 Disponível em: https://www.google.com/maps/@-3.7489172,-38.5640553,3a,75y,38.58h,91.18t/data=!3m7!1e1!3m5-1!1stOueKK8uecwJvVEN6QtTSw!2e0!6shttps:%2F%2Fstreetviewpixels-pa.googleapis.com%2Fv1%2Fthumbnail%3Fpanoid%3DtOueKK8uecwJvVEN6QtTSw%26cb_client%3Dmaps_sv.tactile.gps%26w%3D203%26h%3D100%26yaw%3D43.384247%26pitch%3D0%26thumbfov%3D100!7i13312!8i6656. Acesso em: 6 abr. 2022.

23 Disponível em: <https://www.google.com/maps/@-3.7445778,-38.4693695,3a,75y,143.28h,92.38t/data=!3m6!1e1!3m4!1sw9vKocNMPXZyrMGouiP75Q!2e0!7i16384!8i8192>. Acesso em: 4 abr. 2022.

crime, apesar de encontrar-se no bairro Parque Dois Irmãos, não teve seu status social classificado (Processo nº 0041686-68.2016.8.06.0001); um local de crime foi classificado como “Rural” no bairro Messejana (Processo nº 0129091-45.2016.8.06.0001); e 83 bairros tiveram locais de crime adjetivados como “Periferia”. Veja-se a tabela abaixo.

Tabela 5 – Status social do local do crime por número de bairros²⁴

Situação	Quantidade	Percentual
Periferia	83	86,46%
Central	10	10,42%
N. I.	2	2,08%
Rural	1	1,04%
Total	96	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

Organizaram-se os bairros conforme o status social e o número de vítimas. O estudo sobre os seis bairros mais violentos dessa amostragem²⁵ (Bom Jardim, Vila Velha, Mondubim, Cajazeiras, Granja Lisboa e Jangurussu) pode indicar como a violência é racializada.

No caso do bairro Bom Jardim, todos os locais de crime foram classificados como “Periferia”. Foram, no total, 14 vítimas femininas: uma branca, duas não identificadas e 11 de cor parda. Da mesma forma, o bairro Vila Velha registrou 14 vítimas na periferia: duas brancas, uma de cor não identificada e outras 11 de cor parda. O bairro Mondubim contou com 12 vítimas femininas: três de cor não identificada e nove pardas. O bairro Granja Lisboa teve duas vítimas brancas, quatro de cor não identificada e outras quatro pardas. No Jangurussu, uma vítima era branca, uma não teve a raça/cor identificada, e outras oito eram pardas.

Cajazeiras destacou-se por um número elevado de vítimas femininas fatais, em decorrência da denominada “Chacina do Forró do Gago”, ocorrida em 27 de janeiro de 2018 (Processo nº 0140810-53.2018.8.06.0001). De uma única vez, foram assassinadas 14 pessoas, entre as quais oito delas eram do sexo feminino. Todas as mulheres assassinadas nessa ocasião foram classificadas como pardas. Em outros dois processos de vítimas assassinadas no bairro Cajazeiras, uma delas não teve a cor registrada, e outra era parda.

²⁴ O nome de bairros pode se repetir em razão da classificação dos *status* sociais do local do crime.

²⁵ Bairros que apresentaram dez ou mais vítimas femininas: Bom Jardim, Vila Velha, Mondubim, Cajazeiras, Granja Lisboa e Jangurussu.

Uma característica marcante nos CVLIs contra mulheres é o aspecto visível de pobreza, inclusive quando a vítima é registrada como branca. Há exceções, como é o caso do Processo nº 0177409-54.2019.8.06.0001, cujo local do crime foi classificado como “Central”, e cuja vítima branca foi assassinada em frente a uma residência localizada entre casas e prédios de classe média. Não havia informações sobre o *status* social da vítima. De outra forma, uma vítima parda, no Processo nº 0182924-41.2017.8.06.0001, foi assassinada na sua residência, localizada no bairro Cidade dos Funcionários, classificado como “Central”, por se tratar de área residencial de classe média. Porém, a grande maioria das vítimas são de cor parda e assassinadas em locais pobres.

Algumas vítimas brancas, também, são assassinadas em locais humildes, classificados como “Periferia”. O Processo nº 0022480-34.2017.8.06.0001 é um exemplo dessa situação. No Processo nº 0152479-40.2017.8.06.0001, a vítima branca foi morta em local onde havia casas pobres, com rede de esgoto canalizado, mas com aparência de céu aberto, e classificado como de classe social baixa. No Processo nº 0022480-34.2017.8.06.0001, o local foi classificado como “Central”, no entanto, a vítima branca, provinda de outro bairro, mudou-se para o Papicu, eis que havia sido ameaçada por traficantes, era usuária de drogas, passava maior parte do tempo na rua e, por fim, recebeu disparos. Foi socorrida para o Hospital Geral de Fortaleza, onde não resistiu aos ferimentos e faleceu.

Ainda assim, a quantidade de vítimas pardas em bairros classificados como “Centrais” não passou de dez casos, contra três casos de vítimas brancas em bairros centrais; 29 vítimas brancas em bairros periféricos; e 216 vítimas pardas em locais registrados como “Periferia”. As duas vítimas negras foram assassinadas em locais registrados como “Periferia” (bairros Montese e Praia do Futuro). Em resumo, a maioria esmagadora de vítimas são pardas/negras e assassinadas na periferia da cidade. Existe uma relação entre o *status* social do local e a raça/cor das vítimas. As mulheres pardas e negras são as principais vítimas de crimes letais e intencionais e são assassinadas em locais pobres.

3.2 Os contextos de vitimização feminina e os instrumentos utilizados nos crimes

Nesta seção, a vitimização feminina é demonstrada pelos contextos dos CVLIs contra pessoas do sexo feminino (tráfico; feminicídio; outras circunstâncias ou motivações; e motivação desconhecida). A organização dos contextos segue os grupos de procedimentos (inquéritos policiais em tramitação, inquéritos arquivados, processos judiciais em fase de instrução e processos julgados). Fundamentalmente, a definição do contexto prioriza a percepção dos policiais militares, eis que se consideram como as fontes primeiras as narrativas dos militares registradas no relatório complementar de reconhecimento

visuográfica (RV) e nas informações da Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança (CIOPS). Contudo, outras fontes subsidiárias (relato de parentes e de testemunhas, boletins de ocorrência e relatórios da polícia civil, etc), também, são considerados para a definição do contexto quando as primeiras fontes mostram-se insuficientes.

Somados os contextos de todos os 289 procedimentos judiciais, verificaram-se 88 no “contexto de tráfico”, 39 como “feminicídio”, 26 na categoria “outras”, e 136 classificados como “motivação desconhecida”. Desse modo, obtêm-se a Tabela 6.

Tabela 6 – Contextos da amostragem de 289 procedimentos judiciais

Contexto	Quantidade	Porcentagem
Contexto de tráfico	88	30%
Feminicídio	39	14%
Outras	26	9%
Motivação desconhecida	136	47%
Total	289	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

Na amostragem, 47% dos procedimentos não possuíam elementos para construção de uma hipótese inicial, classificada, assim, como “motivação desconhecida”. O “contexto de tráfico” corresponde a 30%, enquanto o “feminicídio” responde por 14% dos casos. Por fim, 9% dos casos foram classificados como tendo “outras” motivações ou circunstâncias.

Ainda é possível conhecer os instrumentos usados para o cometimento dos homicídios de mulheres. Existe uma prevalência de armas de fogo (instrumento que dispara projéteis em alta velocidade), seguidas por armas brancas (facas, canivetes, tesouras, pedaço de madeira, espeto de churrasco), e outros meios (asfixia mecânica, asfixia por afogamento, asfixia com uso de instrumento, choques elétricos, uso de fogo, etc.). A definição dos instrumentos do crime relaciona-se diretamente com os contextos encontrados.

A arma de fogo foi o meio mais utilizado para assassinar mulheres, na cidade de Fortaleza. Contudo, a situação inverte-se, quando se trata do contexto de feminicídio, em que o uso de armas brancas e outros meios é mais recorrente.

Verificou-se que, nos contextos de “motivação desconhecida”, “tráfico de drogas” e “outras circunstâncias ou motivações”, a arma de fogo foi utilizada em 91%, 98% e 73% dos casos, respectivamente. Assim, existe uma larga preferência pelo uso de arma de fogo, considerando-se todos os contextos, como se vê na tabela abaixo.

Tabela 7 – Instrumento utilizado – todos os contextos

Situação	Quantidade	Percentual
Arma de fogo	244	84%
Arma branca	31	11%
Outros	14	5%
Total	289	100%

Fonte: elaborada pelo autor.

Por outro lado, levando-se em conta apenas o contexto “feminicídio”, a arma branca e outros meios, somados, alcançam 62% dos casos, contra 38% do uso de arma de fogo. Dessa maneira, quando se trata de violência doméstica e familiar contra mulher ou menosprezo, ou preconceito relativo à condição do sexo feminino, armas brancas e outros meios (asfixia mecânica, asfixia por afogamento, asfixia com uso de instrumento, choques elétricos, uso de fogo, etc.), ainda, são maioria.

Mesmo assim, há um alto percentual de uso de armas de fogo em feminicídios. Como visto, considerando-se o total da amostragem, conclui-se que a arma de fogo é usada na grande maioria dos casos, atingindo a marca de 84% das mortes intencionais. Esse dado é compatível com a constatação realizada no Anuário da Segurança Pública, de que a arma de fogo é o principal instrumento utilizado para todos os tipos de crime violentos letais intencionais, atingindo 75,8% dos casos (BUENO; LIMA, 2021, p. 45-46). Isso demonstra como é importante rechaçar o discurso armamentista como solução para questões relacionadas à violência contra a mulher. O acesso mais fácil a armas de fogo no ambiente doméstico poderia estimular uma acentuação dos crimes letais intencionais contra mulheres.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre a vitimização feminina em Fortaleza/CE, visou subsidiar a construção de um conceito de homicídio feminino mais adequado à realidade local. Para além de conhecer a vontade do legislador, a pesquisa procurou saber quem são as vítimas femininas e as circunstâncias em que são assassinadas. Em suma, pode-se chegar às seguintes constatações:

1. O estudo sobre a vitimização feminina deve considerar as questões relativas à raça/cor e ao *status* social do local onde os crimes ocorrem.
2. A maior parte das vítimas de homicídios femininos e de feminicídios são mulheres classificadas como “pardas” (74,83% da amostragem). A cor branca foi declarada em

10,26% das vítimas. A raça/cor das vítimas não foi identificada em 14,25% pela ausência de laudo cadavérico, laudo de local de crime ou fotografias coloridas. O percentual de vítimas pardas poderia ser mais alto, se não fosse o elevado número de procedimentos sem laudos (33), ou daqueles em que os laudos, simplesmente, não registram a raça/cor das vítimas (10). De qualquer modo, a vitimização feminina atinge com mais rigor as mulheres pardas/negras. Em apenas dois processos, foi possível classificar as vítimas como negras (0,66% da amostragem). Assim, existe certa resistência ou dificuldade por parte de policiais e peritos em classificar as vítimas como negras.

3. A vitimização feminina está concentrada nas áreas classificadas como “Periferia”: 93,42% dos procedimentos e 86,46% dos bairros de Fortaleza. Em alguns procedimentos em que o *status* social do local foi marcado como “Central”, as circunstâncias de pobreza estiveram presentes. Há uma estreita relação entre pobreza e mortes violentas de mulheres.

4. As mortes violentas e intencionais de mulheres não se limitam ao contexto de “feminicídio” (14% da amostragem). Também, foram classificadas as mortes femininas nos contextos de “tráfico” de drogas ilícitas (30%) e de “outras” motivações ou circunstâncias (9%). Segundo a amostragem trabalhada, 47% dos CVLIs de vítimas femininas na cidade de Fortaleza não tiveram as circunstâncias ou os motivos desvendados, o que indica uma alta taxa de crimes sem autoria esclarecida e a possibilidade de uma elevada subnotificação de feminicídios.

5. O combate ao tráfico de drogas ilícitas é importante, pois correspondeu a 30% da amostragem, sinalizando que os modos de resolução de conflitos por meio da atuação de traficantes impactam diretamente na vitimização feminina.

6. O contexto “feminicídio” respondeu por 14% da amostragem, percentual mais alto do que os 8,2% de feminicídios declarados pelo estado do Ceará no ano de 2020. Há subnotificação de casos de feminicídio, seja considerando-se a amostragem da pesquisa, seja a média nacional de 34,5% de feminicídios, de fato, marcados como feminicídios.

7. A arma de fogo foi o principal instrumento utilizado na morte violenta e intencional de mulheres, representando 84% da amostragem. O uso de armas brancas (facas, canivetes, tesouras, pedaço de madeira, espeto de churrasco, etc) apareceu em 11% procedimentos, e outros meios (asfixia mecânica, asfixia por afogamento, asfixia com uso de instrumento, choques elétricos, uso de fogo, etc), em 5%. Nos contextos de “motivação desconhecida”, “tráfico de drogas” e “outras circunstâncias ou motivações”, a arma de fogo foi utilizada em 91%, 98% e 73% dos casos respectivamente. Contudo, apenas no contexto de feminicídio, a soma de armas brancas (41%) e outros meios (21%) prevaleceu sobre armas de fogo (38%).

O aprofundamento de pesquisas sobre a raça/cor das mulheres, os motivos e circuns-

tâncias, de acordo com os quais, elas são assassinadas pode ajudar a construir políticas públicas de combate à vitimização feminina. É essencial a aplicação de protocolos de investigação, processamento e julgamento dos CVLIs sob a perspectiva de gênero.

Para que a mulher possa escrever a própria história, é necessário, primeiramente, assegurar que ela esteja viva. O combate à violência de gênero é uma meta civilizatória, uma bússola para a promoção da paz social no âmbito das relações familiares. Isso é algo que interessa à sociedade e a cada um dos cidadãos do mundo.

FEMALE VICTIMIZATION IN THE CITY OF FORTALEZA: A STUDY OF POLICE INQUIRIES AND FEMALE HOMICIDE JUDICIAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

The research intends to investigate female lethality in Fortaleza/CE. An intersectional approach is used in the analysis of 289 police inquiries and judicial proceedings of the District of Fortaleza, related to crimes of murder of women and femicides that occurred between 2015 and 2019. The race/color of the victims, the social status of the crime scene, the contexts, the instruments of the crimes are considered. As a result, it was found that female lethality is not limited to the context of femicide, and that most victims are women classified as “pardas”, murdered in areas classified as “Poor Neighborhood Suburb”.

Keywords: female lethality; female homicides; femicide.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Código de Penal (1940)]. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. [Código de Penal (1941)]. **Código Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1910**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (coord.). **Anuário Brasileiro de Segurança 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 15, 2021. Disponível

em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

GONÇALVES. Entenda o que significa cada letra da sigla LGBTQIA+. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 jun. 2021. Folha Explica. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/06/entenda-o-que-significa-cada-letra-da-sigla-lgbtqia.shtml>. Acesso em: 2 jan. 2022.

LOUREIRO, Ythalo Frota. A atuação da Polícia Militar do Estado do Ceará em local de crime violento letal intencional com vítima do sexo feminino: uma análise de processos judiciais da Comarca de Fortaleza *In*: MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro (orgs.). **Direitos fundamentais & metodologia da pesquisa**. v. 1. Fortaleza: Mucuripe, 2021b. p. 617-643. ISBN: 9786587966199. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about?id=xVBXEAAAQBAJ>. Acesso em: 2 jan. 2022.

LOUREIRO, Ythalo Frota. A natureza jurídica do feminicídio. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher**: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018. p. 236-246. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

LOUREIRO, Ythalo Frota. Feminicídio / Femicídio: origem e estatísticas oficiais. **Revista Acadêmica da ESMP-CE**, Fortaleza, v. 12, p.115-129, 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/08/ARTIGO-115-130.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

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

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NOS
CRIMES ELEITORAIS: ASPECTOS
CONTROVERTIDOS

*NON-PERSECUTION AGREEMENT IN ELECTORAL
CRIMES: CONTROVERSIAL ASPECTS*

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NOS CRIMES ELEITORAIS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS¹

*NON-PERSECUTION AGREEMENT IN ELECTORAL CRIMES:
CONTROVERSIAL ASPECTS*

*Carlos César Osório de Melo²
Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto³*

RESUMO

Este trabalho aborda a aplicabilidade do acordo de não persecução penal (ANPP) aos crimes eleitorais, provocando reflexão sobre sua compatibilidade, à luz da jurisprudência aplicada e doutrina, o que se deu por meio de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de consulta, referências teóricas de livros e periódicos conservados em arquivos digitais de instituições públicas e privadas e de dados oficiais publicados na internet. Buscou-se conceituar o ANPP e analisar seus aspectos históricos e sua introdução no ordenamento jurídico. Analisou-se a possibilidade de inclusão de cláusula de inelegibilidade no ANPP. Concluiu-se pela possibilidade de aplicação do ANPP no âmbito dos processos eleitorais.

Palavras-chave: crime eleitoral; processo eleitoral; ANPP; inelegibilidade; controvérsias.

1 INTRODUÇÃO

O direito eleitoral é o ramo do Direito responsável por regulamentar o processo de escolha dos ocupantes de cargos públicos eletivos, organizando o processo eleitoral a fim de garantir a higidez e a participação livre dos eleitores. À justiça eleitoral, por sua vez, cabe organizar as eleições, bem como exercer a jurisdição em matérias de sua competência.

1 Data de Recebimento: 08/03/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, advogado e servidor público federal, Fortaleza, Ceará. ORCID: 0009-0008-4291-3963. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2330502633727375>. E-mail: cesarmelo28@gmail.com

3 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, procurador de justiça e professor da Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, Ceará. ORCID: 0009-0005-6834-5966. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8405901810515425>. E-mail: emmanuelroberto@unifor.br

O processo eleitoral, por sua vez, consubstancia-se sob dois aspectos, quais sejam: administrativo, caracterizado pela organização das eleições pelo Tribunal Superior Eleitoral juntamente com os Tribunais Regionais Eleitorais, juízes e juntas eleitorais mediante a inscrição e a capacitação de mesários, a revisão das zonas eleitorais, o cadastro de eleitores e a expedição de documentos, por exemplo e o aspecto jurisdicional que está associado ao julgamento de chapas, contas de campanha, impugnação de mandatos, cassação de diplomas e até mesmo o julgamento de crimes previstos no código eleitoral praticados no âmbito da campanha ou relacionados a ela.

Tal função é exercida pelos juízes eleitorais, membros dos Tribunais Regionais Eleitorais ou pelos ministros do Tribunal Superior Eleitoral. Destaca-se que a justiça eleitoral não possui quadro próprio, sendo seus membros cedidos entre magistrados da justiça comum e membros da advocacia, para exercer a função eleitoral por período certo, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil.

A limitação de recursos e de servidores pertencentes ao quadro próprio da justiça eleitoral faz com que padeça do mesmo problema enfrentado pela justiça comum em relação aos crimes eleitorais, qual seja, a morosidade na análise dos seus processos, e a sensação de impunidade generalizada. Esta situação agrava-se, principalmente, nos casos em que a controvérsia pode alterar o resultado de uma eleição, como no julgamento das contas de campanha e nas chamadas ações cassatórias de mandato.

No que se refere aos crimes eleitorais, a apuração e a punição de condutas, que foram criminalizadas pelo ordenamento jurídico, fazem-se ainda mais necessárias, sob pena de perder-se o caráter coercitivo da sanção, à medida em que o infrator age sob a garantia da impunidade.

Não obstante, a política criminal brasileira tem contribuído, sistematicamente, para o encarceramento em massa. A superlotação das prisões associada à falta de estrutura das penitenciárias também não contribui para a redução da criminalidade. O aspecto ressocializador da prisão é negligenciado pelo poder público, fazendo evidenciar a enorme contradição do sistema que, apesar de destinar uma grande quantidade de recursos para a área de segurança, não consegue controlar a pandemia de violência que assola o estado brasileiro.

Com efeito, o direito penal transmutou-se ao longo dos séculos, revisou dogmas doutrinários e criou teorias. Corolário deste campo do Direito, o caráter sancionatório do direito penal passou a harmonizar-se com métodos alternativos e consensuais de solução de litígios. Nessa toada, a forma de resolver e pensar a criminalidade não é apenas pela punição, ou pelo castigo, mas passa também pela recuperação, regeneração e correção do delinquentes (MOTTA, 2011, p. 293).

O fortalecimento das políticas de despenalização e de desencarceramento contri-

buíram para o surgimento de métodos alternativos da prevenção e punição dos delitos. Um desses métodos é o acordo de não persecução penal, previsto, pela primeira vez, na Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente elevado ao status de lei ordinária ao ser incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

A partir dessa problemática, o presente artigo tem por objetivo geral analisar o acordo de não persecução penal nos crimes eleitorais, sua aplicabilidade, extensão e peculiaridades dentro do processo eleitoral. Para tanto, foram analisados os atos autorizativos legais, quais sejam, o Código de Processo Penal e a Resolução 181 do CNMP, além de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Buscou-se investigar a efetividade e a adequação do acordo de não persecução penal por meio de uma pesquisa bibliográfica, a fim de ampliar o conhecimento e proporcionar uma nova posição sobre o assunto à luz do ordenamento jurídico.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEU SURGIMENTO

O direito penal tem como uma de suas características o caráter intimidatório, uma vez que tipifica condutas e atribui sanções com a finalidade de inibir certos comportamentos que são reprovados pela sociedade, mantendo, dessa forma, a integridade do pacto social. A norma penal, espécie do gênero norma jurídica e, apesar do seu caráter coercitivo, deve buscar seu fundamento de validade na Constituição.

Conforme discorre Bittar (2022, p. 334), a norma jurídica somente pode existir, se for válida, uma vez que esta norma cria para as relações humanas fatos típicos e suas consequências jurídicas. Ainda no mesmo contexto, seu aspecto de validade, conforme lecionava Hans Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito, está inserido em um sistema de normas jurídicas que se relacionam, e buscam seu aspecto de validade máximo na Constituição. Daí decorre a força cogente necessária para manter a pacificação.

Vilares (2012, p. 4) assevera ser indispensável superar a cultura da judicialização dos conflitos, ao passo em que as próprias partes devem procurar construir saídas, que solucionem os problemas de forma pacífica por via da conciliação de interesses, a fim de extinguir o conflito e não apenas o processo, tendo como finalidade o alcance da paz social, que somente se efetivará por meio da eliminação dos conflitos por meio da aplicação de critérios justos.

A Constituição da República de 1988 traçou linhas gerais para que se pudesse criar legislações com objetivo simplificar o processo em âmbito civil e penal. É nesse contexto que nasce a Lei Nº 9.099/95, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e introduz no ordenamento pátrio os institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

No ano de 1999, a Lei Nº 9.807, que trata do programa especial de proteção a vítimas e testemunhas de crimes, e que sofreram, ou pudessem vir a sofrer ameaças, em razão da colaboração com a elucidação dos crimes, trouxe a previsão da colaboração de réus em processos criminais cuja colaboração tenha resultado na identificação dos demais coautores, ou partícipes da ação criminosa, localização da vítima, recuperação total ou parcial do produto do crime, além de outros critérios estabelecidos.

O artigo 13 da referida legislação, que instituiu o programa de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, garantiu ao acusado que tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação o perdão judicial e, por conseguinte, a extinção da punibilidade, desde que cumprisse os requisitos estabelecidos nos seus incisos.

Por sua vez, a Lei das Organizações Criminosas, Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, traz, expressamente, a possibilidade de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, por intermédio de procedimento consensual, que tenha por objetivo combater os crimes cometidos por organizações criminosas de caráter nacional e transnacional.

A colaboração premiada prevista na Lei das Organizações Criminosas, e que foi alterada pelo Pacote Anticrime, dispõe que o acordo deve ser celebrado pela parte, com a presença do advogado, ou do defensor público, a fim de evitar qualquer tipo de prejuízo ao investigado ou causa de nulidade em um eventual processo criminal.

Ainda em 2013, a Lei Nº 12.846 traz nova hipótese de construção consensual dentro do processo penal por meio do acordo de leniência celebrado pelas autoridades máximas dos órgãos da administração pública ou entidades, a fim de colaborar com as investigações, e desde que resultasse na identificação dos envolvidos na infração, além da obtenção da materialidade da infração penal sob investigação. Essa lei, embora trate da responsabilização civil e administrativa pela prática de atos contra a administração pública, contemplou, de maneira muito acertada, a possibilidade de celebração de acordos que possam ter repercussão na esfera criminal.

Por fim, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou popularmente conhecida como Pacote Anticrime, inseriu na legislação processual penal, ao incluir o artigo 28-A no Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal. Não obstante, ainda em 2017, a Resolução Nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Nº 8.625/1993, já havia trazido como previsão expressa, no artigo 18, o acordo de não persecução penal.

Tal marco legal dentro do processo penal inaugurou uma nova era na persecução penal que, embora já convivesse com esse instituto dado à previsão infra legal na Resolução Nº 181 do CNMP, passou a ter relevância na seara criminal, à medida em que

ganha o status legal com sua previsão no Código de Processo Penal. Com efeito, o acordo de não persecução penal, ao ser erigido ao patamar de lei, conferiu maior segurança nas propostas firmadas com fulcro na já citada Resolução, uma vez que se superava a discussão da ausência de previsão legal.

Com efeito, o Conselho Nacional do Ministério Público, visando à necessidade de discorrer sobre normas gerais com a finalidade de tratar sobre procedimentos de instauração e tramitação de investigação criminal, a cargo do Ministério Público, editou a Resolução Nº 181, de 7 de agosto de 2017, que, no Capítulo VII, a partir do artigo 18, previu expressamente o acordo de não persecução penal.

As considerações iniciais da Resolução Nº 181, que introduziu o acordo de não persecução penal, dispunha sobre a necessidade de alternativas no Processo Penal, que garantissem maior celeridade na solução de casos de menor gravidade, garantindo uma maior efetividade na proteção de direitos fundamentais de todos os envolvidos na relação processual, o que supera um paradigma processual ultrapassado marcado pelo enrijecimento e pela centralização dos procedimentos, influenciando, portanto, na demora em se dar uma decisão de mérito no processo penal.

Ao passo em que se vislumbrava uma tendência à desburocratização em âmbito exoprocessual, seus efeitos repercutiam na fase processual, uma vez que se poderia priorizar os recursos humanos e financeiros, tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público, com foco na apuração e no processamento de casos mais graves, bem como uma minoração dos efeitos deletérios que causam uma condenação criminal aos acusados, desafogando, ainda, os estabelecimentos prisionais (Brasil, 2017).

O acordo de não persecução penal contido na Resolução Nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, está disciplinado no artigo 18 e originalmente se aplicava aos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que não fosse caso de arquivamento, sendo faculdade do Ministério Público propor ou não o acordo ao investigado.

Por tratar-se de uma fase pré-processual, o acordo tinha por finalidade evitar a persecução penal, desde que houvesse a confissão formal e detalhada da prática do delito, além da indicação de prova de seu cometimento, caso houvesse, bem como o cumprimento de outros requisitos, como reparação do dano à vítima, renúncia voluntária dos bens e direitos oriundos da prática delituosa, entre outras.

O texto original previa, ainda, a possibilidade de criação de outra condição estipulada pelo Ministério Público, que deveria levar em consideração a compatibilidade entre a proposta e a infração penal, bem como observar a proporcionalidade da medida, a fim de evitar medidas que inviabilizassem o acordo, ou que as tornassem menos vantajosas do que o cumprimento de uma pena no caso de uma eventual condenação.

A previsão normativa do instituto do ANPP na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público tinha por premissa otimizar a apuração de delitos com baixo potencial ofensivo, notadamente, pelo fato de desdobrar-se em um procedimento mais simplificado, a fim de desafogar os membros do Ministério Público do grande volume de processos, e dar maior eficiência ao mister exercido pelos promotores e procuradores no âmbito de suas atividades hodiernas. Apesar do aspecto penal, tal medida também pode ser vista como uma forma de otimizar as atividades do órgão, à medida que reorganiza os recursos para as tarefas que demandavam maior atenção em razão da complexidade.

Apesar dos avanços promovidos pela Resolução Nº 181 do CNMP, alguns magistrados se recusavam a homologar o acordo celebrado entre o órgão de acusação e o investigado por meio de seu advogado, sob a justificativa de não haver previsão legal do acordo, o que somente foi superado após a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, por meio da alteração promovida com a Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

A Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que introduziu de forma expressa o acordo de não persecução penal no Código do Processo Penal, tinha o objetivo de combater o crime organizado, em especial, o tráfico de drogas e armas. O Pacote Anticrime foi apresentado no dia 06/06/2018, e tramitou na Câmara Federal por meio do PL 10372/2018, apresentado pelos deputados federais representantes de vários partidos políticos.

Na mensagem enviada à Câmara, quando da elaboração do Projeto de Lei por uma comissão de notáveis juristas e presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, justificou-se que:

Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas. Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços à comunidade para as infrações penais não violentas. Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial. (Brasil, 2018, p.31).

A recomendação da adoção do acordo de não persecução penal, como citado na justificativa, deu-se pela necessidade de criar-se um sistema célere e reduzir o problema de encarceramento no Brasil, aplicando-se, nessas situações, sanções restritivas de direitos e de serviços à comunidade. Diante desse contexto, o artigo 28-A, do Código de Processo Penal passou a prever a possibilidade de celebrar o acordo de não persecução penal, mediante algumas condições, tais como a reparação do dano, a renúncia voluntária de bens indicados pelo Ministério Público, entre outras medidas, todas sem a necessidade de privação de liberdade do infrator.

Tal instituto, além de conferir celeridade, uma vez que resolve a lide em um tempo consideravelmente menor em comparação com o trâmite processual ordinário, resolve outro problema do sistema carcerário brasileiro, que é o encarceramento em massa. Com efeito, o instituto do ANPP trouxe maior dinâmica aos negócios jurídicos processuais, sem que se perdesse de vista o caráter retributivo da pena, contemplando sanções de ordem patrimonial e restritiva de direitos em detrimento de reprimendas que limitassem a liberdade do réu.

Em decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, na ADI 6298, parte da eficácia do Pacote Anticrime foi suspensa, não afetando, contudo, o instituto do acordo de não persecução, que continua vigente e com eficácia plena, sendo, portanto, um meio processual disponível, para que os órgãos estatais possam atuar com maior celeridade na apuração de infrações penais, aplicando as sanções cabíveis para cada caso de forma mais célere.

O artigo 28-A, do Código de Processo Penal, estabelece os requisitos para celebração do acordo, entre eles, o fato de o investigado ter confessado, formal e circunstanciadamente, a prática do delito, que não poder ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça, bem como a pena mínima em abstrato inferior a quatro anos. Mediante o cumprimento dos requisitos citados, o Ministério Público propõe as condições que deverão ser cumpridas pelo investigado, dispostas entre os incisos primeiro e quarto do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, além da possibilidade de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que seja razoável e suficiente para reprimenda da infração penal cometida.

Em seu parágrafo segundo, o artigo 28-A, do Código de Processo Penal, prevê as hipóteses em que não é cabível o acordo de não persecução penal, quais sejam: 1) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; 2) se o investigado for reincidente, ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; 3) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e 4) nos crimes praticados no âmbito de violência

doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

A transação penal em relação aos crimes de menor potencial ofensivo já assegura o não ajuizamento de ação penal, em caso de celebração, pelo autor do fato, sendo esta mais vantajosa que o acordo de não persecução penal, porquanto, naquele caso, não há necessidade de confissão do crime. Para o réu reincidente, ou que já tenha celebrado ANPP nos últimos 5 anos, a realização de outro acordo seria medida incompatível com a necessária e suficiente prevenção e reprovação ao crime.

Por fim, são excluídos, também, os crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor por razões de política criminal, considerando a proteção especial que deve ser dada à mulher, ainda que em delitos sem violência ou grave ameaça.

A introdução do acordo de não persecução penal, no Código de Processo Penal, fez erigir muitos questionamentos, tais como a natureza jurídica do acordo ou sua configuração como um direito subjetivo do investigado para celebrar o acordo, quando preenchidos os requisitos estabelecidos pelo artigo 28-A, ou até mesmo, como exemplários de casos em que a confissão do investigado pode ser usada contra ele no caso de descumprimento das condições estabelecidas para a celebração do acordo. Para todos esses questionamentos já há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais predominantes.

Rangel (2023) leciona que o acordo de não persecução penal possui natureza jurídica de direito subjetivo público, com natureza de ato jurídico processual, consubstanciando-se em um poder-dever do Ministério Público em oferecer o acordo, desde que o investigado preencha os requisitos garantidores do oferecimento do acordo.

Não obstante, em decisão do ano de 2022, o STJ reafirmou sua jurisprudência e seguiu a posição do Supremo Tribunal Federal de que o acordo de não persecução penal é de competência exclusiva do Ministério Público, não se configurando, portanto, um direito público subjetivo do investigado. A referida decisão foi proferida no âmbito do Recurso em *Habeas Corpus* Nº 161.251 – PR (2022/0054409-2) relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, que, naquela ocasião, votou no sentido de que não há ilegalidade na recusa de oferecimento do acordo.

Destarte, ainda que o investigado preencha todos os requisitos estabelecidos no artigo 28-A, o entendimento que atualmente prevalece é de que o Ministério Público deve avaliar a conveniência do oferecimento do acordo, a fim de que tal proposta coadune-se com os critérios de necessidade e suficiência como forma de reprimenda da conduta delituosa.

Dúvida relevante ainda paira, no entanto, sobre a celebração do acordo de não persecução penal, nos casos de crimes eleitorais, e sobre os limites das condições impostas

pelo Ministério Público previstas no inciso quinto do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Seria possível celebrar um acordo em que o investigado renunciaria seu direito de concorrer a uma eleição, de filiar-se a algum partido político, de presidir uma legenda partidária?

3 ANPP NO PROCESSO ELEITORAL

Assim como a norma penal, a legislação eleitoral também tipifica condutas e atribui sanção, sem esvaziar, contudo, a legislação criminal. Com efeito, o direito eleitoral tem como uma das principais funções cuidar da higidez do processo eleitoral, sendo seu caráter coercitivo observado ao longo de toda sua legislação, a exemplo do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990) e da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), que trazem condutas típicas e suas respectivas sanções.

Não há que se falar, entretanto, em um abandono do direito penal, uma vez que todo o arcabouço teórico deste ramo do Direito é utilizado pelo direito eleitoral. Todavia, os crimes eleitorais visam tutelar condutas que possuem potencial para desestabilizar a disputa eleitoral e a própria democracia.

No entanto, há um impasse em relação à natureza dos crimes eleitorais quanto à classificação como crime comum ou político. Essa reflexão é importante e tem efeito prático, visto que os crimes políticos são sancionados de forma diferente dos crimes comuns. Alguns autores sustentam que os crimes eleitorais são dotados de caráter político, pois são cometidos contra a ordem política e social. Entretanto, esta não é a posição de Gomes (2021): o referido estudioso entende que o crime eleitoral, ainda que tenha matiz política, pois tutela direitos que são políticos em sua natureza, não tem o condão de violar aspectos qualificadores dos crimes políticos, como a segurança interna e externa do estado ou a soberania nacional.

Por sua vez, os crimes eleitorais possuem diversas classificações, porquanto se configura difícil a formulação de uma classificação que abranja a grande quantidade de tipificações penais, sobretudo em razão da competência da Justiça Eleitoral em julgar os crimes conexos não incluídos na legislação eleitoral. De toda sorte, a classificação de acordo com a ordem posta no Código Eleitoral e na Lei das Eleições, dispõe de elementos suficientes para analisar os aspectos formais autorizativos de concessão do ANPP. (AGRA & VELLOSO, 2020, p. 677).

No que tange às sanções aplicadas aos crimes eleitorais, a legislação pátria prevê as penas restritivas de liberdade, cuja pena mínima é de quinze dias, nos termos do artigo 264 do Código Eleitoral, bem como penas restritivas de direito e pena de multa. A seu

turno, o Código Penal estabelece, no artigo 60, parágrafo 2º, que a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela pena de multa, quando não for superior a 6 meses e por uma pena restritiva de direitos, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça, o réu não seja reincidente em crime doloso, e as circunstâncias judiciais indiquem que a substituição da pena é adequada.

O Código Penal prevê, ainda, como pena restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade, a interdição de direitos, a perda de bens e valores, a prestação pecuniária e a limitação de fim de semana. Além das penas previstas na legislação penal, o Código Eleitoral prevê a interdição de direitos, como o crime de utilizar veículos e embarcações pertencentes ao Estado, nos noventa dias que antecedem as eleições, previsto no artigo 11, inciso V, da Lei Nº 6.091/1974, o qual recebe como sanção o cancelamento do diploma do candidato eleito.

Não se pode olvidar que um dos efeitos da condenação criminal é a suspensão dos direitos políticos, norma que encontra fundamento constitucional no artigo 15 da Constituição da República. No mesmo contexto, como efeito secundário da condenação, conforme dispõe o artigo 92, do Código Penal, ocorrerá a perda do mandato eletivo, quando houver condenação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, quando o crime for praticado com abuso de poder, ou violação de dever para com a Administração Pública, ou quando a pena for superior a quatro anos.

A legislação eleitoral, no que se refere aos crimes eleitorais, possui diversas semelhanças com a legislação criminal comum, aplicando-se, inclusive, as sanções previstas no Código Penal. Para alguns crimes previstos cujo potencial ofensivo é reduzido, a legislação previu medidas despenalizadoras, tais como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, por exemplo.

A aplicação desses institutos tem a finalidade de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, bem como visa reparar o dano sofrido pela vítima. A composição civil dos danos prevista na Lei dos Juizados Especiais nada mais é do que a reparação do dano à vítima, homologado pelo juiz por sentença irrecorrível. A transação, por sua vez, é o acordo proposto pelo Ministério Público, desde que o réu seja primário, com bons antecedentes e boa conduta na sociedade. Tal instituto também é previsto na Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Já a suspensão condicional do processo consiste na não instauração da ação penal contra o autor, ocasião em que o processo ficará paralisado por dois a quatro anos. O réu não pode ser reincidente em crime doloso, além de ter que ter bons antecedentes e boa conduta social.

Não há dúvida quanto à aplicação desses institutos às infrações penais comuns, visto

que esta decorre explicitamente da lei. Não obstante, no âmbito eleitoral, questiona-se a aplicabilidade, dada a natureza especial que o sistema punitivo eleitoral possui. Em casos específicos de tipos penais eleitorais, cujo sistema punitivo especial assim impõe, não é possível aplicar as regras dispostas na Lei Nº 9.099/99 por falta de previsão, como no caso de crimes com previsão de cassação de registro ou diploma. Por outro lado, para os demais casos, é possível aplicar os institutos despenalizadores, uma vez que são compatíveis com a natureza da punição. (BARROS; LEITE, 2016).

Nessa toada, atendidas as formalidades legais, é possível aplicar os institutos despenalizadores da Lei Nº 9.099/95 aos crimes eleitorais. Quanto ao acordo de não persecução penal, no entanto, é importante analisar os requisitos formais para sua aplicação para que, em seguida, seja possível avaliar sua compatibilidade com os crimes eleitorais.

Quando o legislador quis excluir a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal, o fez de forma expressa, como foi o caso dos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, por exemplo.

Além da compatibilidade formal com o instituto processual incluído no Código de Processo Penal, observa-se, ainda, que parte das sanções previstas nos crimes eleitorais já possui a característica atinente ao acordo de não persecução, qual seja, a aplicação de pena restritiva de direitos, como no caso do crime de aliciamento de eleitores previsto no artigo 334, do Código Eleitoral, que prevê, além da pena de detenção, a cassação do registro do diploma se o responsável pelo aliciamento for o candidato. Indaga-se, no entanto, sobre a possibilidade de inclusão de cláusula de inelegibilidade no ANPP celebrado no âmbito eleitoral.

Com efeito, inelegibilidade é a inexistência da capacidade eleitoral passiva, a inaptidão para receber votos validamente. Trata-se, portanto, da impossibilidade de um cidadão participar do processo eleitoral na qualidade de candidato a cargo público eletivo. A Constituição Federal prevê, no artigo 14, parágrafo 3º, como condições de elegibilidade: (i) ter a nacionalidade brasileira, (ii) estar em gozo dos direitos políticos, (iii) ter se alistado eleitoralmente, (iv) ter domicílio eleitoral na circunscrição, (v) possuir filiação partidária e (vi) ter idade mínima para o cargo pleiteado.

Ainda no mesmo contexto, o artigo 14 do texto constitucional, entre seus parágrafos 4º ao 7º, elenca as causas de inelegibilidade, asseverando que são inelegíveis os analfabetos, os cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do ocupante do cargo de presidente, governador ou prefeito, dentro da área de jurisdição do titular do cargo público. Além dos casos previstos expressamente na Constituição, o parágrafo 9º do já citado artigo 14 aduz que uma lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade.

A lei que prevê os casos de inelegibilidade fora da constituição é a Lei Complemen-

tar Nº 64, de 18 de maio de 1990, bem como os prazos de cessação. A legislação em comento, em seu artigo 1º, elenca os casos de inelegibilidade, notadamente as inelegibilidades para qualquer cargo prevista no artigo 1º, inciso I, as inelegibilidades reflexas, que se aplicam aos casos de casamento ou união estável e, até mesmo, no caso de separação, e as inelegibilidades para cargos específicos.

Princípio basilar da democracia, a participação popular na tomada de decisões em uma sociedade não pode ser restringida, salvo em situações específicas previstas pela própria lei. Essa participação pode ocorrer de duas formas, precipuamente, e denominam-se como capacidade eleitoral ativa e passiva. A primeira consiste na participação popular nas decisões políticas por meio dos institutos do plebiscito, referendo e da iniciativa popular. Por sua vez, a capacidade eleitoral passiva é a possibilidade de ser votado. A lei das inelegibilidades elenca as situações que afetam a capacidade eleitoral passiva.

Indaga-se, todavia, se a capacidade eleitoral passiva poderia ser restringida por meio de um acordo de não persecução penal. Aprofundando mais ainda a reflexão, questiona-se, ainda: uma pessoa poderia livremente renunciar sua capacidade eleitoral ativa em um ANPP? Em caso afirmativo, qual sua validade, ante a previsão constitucional?

O artigo 14, parágrafo primeiro, da Constituição, assevera que o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos. De forma taxativa, o artigo 15 esclarece que é vedada a cassação dos direitos políticos, cuja suspensão ou a perda somente se dará nos casos de cancelamento da naturalização, após sentença transitada em julgado, por incapacidade civil absoluta, por condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, por recusa de cumprir obrigação a todos imposta, ou prestação alternativa, e nos casos de improbidade administrativa prevista na lei de improbidade.

É possível concluir, portanto, que o acordo de não persecução penal não poderia prever a renúncia, ainda que voluntária, da capacidade eleitoral ativa, sob pena de ferir o próprio texto constitucional, notadamente o artigo 1º que afirma, de forma expressa, que a República Federativa do Brasil se constitui em um estado democrático. A limitação do exercício da capacidade ativa foi prevista na Constituição da República, e se constitui, em verdade, em um direito e ao mesmo tempo em um dever, uma vez que o voto é obrigatório.

Não obstante, a capacidade eleitoral passiva, ou seja, o direito de se candidatar a cargos eletivos, sofreu limitações em um texto infraconstitucional. O artigo 1º, inciso I, alínea e, 4, da Lei Complementar 64, estabelece que a condenação, em sentença transitada, ou proferida por órgão judicial colegiado, em crimes eleitorais com pena privativa de liberdade, tornará o réu inelegível pelo prazo de 8 anos após o trânsito em julgado da sentença.

Em seu artigo 299, o Código Eleitoral tipifica o crime de corrupção eleitoral que consiste em dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber vantagem, para obter ou dar voto em determinado candidato ou, ainda, prometer abstenção. A pena prevista para essa conduta é de reclusão de até quatro anos, e pagamento de multa. Trata-se, portanto, de um crime que, em tese, permite a celebração do ANPP, vez que não há violência ou grave ameaça e a pena cominada é inferior a 4 anos de reclusão.

Um dos efeitos da condenação na corrupção eleitoral é justamente a inelegibilidade por um período de 8 anos, após o cumprimento da pena. Desta feita, uma vez que o crime previsto no Código Eleitoral possui os requisitos mínimos para celebração do ANPP, e um dos efeitos da condenação é a inelegibilidade, em razão da previsão na lei das inelegibilidades, poder-se-ia argumentar que é possível a celebração do acordo de não persecução penal. Sendo certo que a capacidade eleitoral passiva é um direito e não um dever, o crime possui pena inferior a 4 anos e é cometido sem violência ou grave ameaça, e um dos efeitos da condenação é a inelegibilidade.

O silogismo que se apresenta em relação à inelegibilidade como reflexo da condenação em ações, cuja sanção seja a suspensão dos direitos políticos, é ratificada pelo Ministério Público de São Paulo que, por meio da Nota Técnica n. 02/2020 – PGJ/CA-OPP, ao tratar dos casos previstos na Lei de Improbidade, advogou pela possibilidade de previsão de cláusula de suspensão dos direitos políticos em acordos de não persecução cível (ANPC):

Em conclusão, tem-se que os acordos de não persecução cível celebrados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, quer seja na fase extrajudicial, quer seja na fase judicial, poderão prever todas as sanções constantes do rol do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Essa solução, para além de encontrar fundamento na Constituição Federal e na LIA, está alinhada com a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, implementada pela Recomendação 54/2017 do CNMP.

Se há possibilidade de suspensão dos direitos políticos em acordo de não persecução cível, é possível inferir, *mutatis mutandis*, que seria possível celebrar acordo de não persecução penal com a previsão de cláusula de suspensão dos direitos políticos, nos casos em que a lei a prevê como sanção. A premissa, no entanto, não parece correta, uma vez que se trata de uma verdadeira renúncia a direito fundamental.

A nota técnica do Ministério Público de São Paulo, por sua vez, aduz que não se trata

de renúncia a um direito fundamental, mas de mera aceitação da sanção a ser aplicada. Há de se destacar, no entanto, que um dos aspectos motivadores da celebração do ANPP é justamente a composição de uma sanção, que repare o dano, mas que seja menos grave que a própria imposição da pena, uma vez que a previsão de cláusulas mais severas que o próprio preceito secundário da infração penal esvaziaria o instituto do acordo de não persecução.

Conforme leciona Martins (2021, p. 333), os direitos fundamentais são inalienáveis, portanto, não podem ser objeto de negócios, uma vez que não cabe ao titular dispor deles, sobretudo por serem desprovidos, em sua maioria, de conteúdo econômico patrimonial. Conclui-se, portanto, que a previsão de cláusula de inelegibilidade em acordo de não persecução penal esvaziaria o instituto, bem como não estaria em consonância com o ordenamento jurídico pátrio em razão de irrenunciabilidade dos direitos fundamentais.

Ressalta-se ainda que as inelegibilidades são previstas somente no próprio texto constitucional e em Lei Complementar, que regulamenta o artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal, no caso a Lei Complementar Nº 64, de 1990. Não há, portanto, previsão de restrição à elegibilidade do cidadão com base em acordo de não persecução penal, de modo que, havendo a inclusão de cláusula deste tipo no ajuste, corre-se o risco de a Justiça Eleitoral não reconhecer a restrição à elegibilidade do acordante, em caso de eventual candidatura.

Por outro lado, caso se entenda pela impossibilidade de inclusão de cláusula que restrinja o direito de concorrer a cargos eletivos do acordante, há o risco de o Ministério Público não efetuar a proposta por entender que, para determinados crimes como a corrupção eleitoral, por exemplo, o acordo de não persecução penal não se apresentaria como suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua nuance administrativa, o processo eleitoral é o meio de organização das eleições. É instrumentalizado pela justiça eleitoral por intermédio do Tribunal Superior Eleitoral, em âmbito nacional, e pelos Tribunais Regionais e juntas eleitorais, em âmbito estadual e municipal, respectivamente. Cabe à justiça eleitoral zelar pela votação, apuração, divulgação dos resultados, bem como pelo cadastro dos eleitores, campanhas políticas, prestação de contas e diplomação dos candidatos eleitos.

Seu aspecto jurisdicional diz respeito ao exercício da jurisdição, realizado, exclusivamente, pelos juízes eleitorais, ou ministros do TSE, que atuam no sentido de aplicar o direito eleitoral ao caso concreto. Possuem a competência de julgar atos que atentem

contra legislação eleitoral e comprometam o estado democrático de direito, e o livre exercício da democracia. Para tanto, aplicam sanções que repercutem tanto na esfera cível como criminal.

Nada obstante, ainda que a justiça eleitoral esteja expressamente prevista na Constituição, que delimita, de forma geral, suas atribuições e sua organização, seus membros são cedidos pelas magistraturas estadual e federal, bem como integrantes da advocacia. A falta de quadro próprio de membros somados ao reduzido número de servidores torna evidente a necessidade de evolução no sistema eleitoral.

As apurações dos crimes eleitorais, por exemplo, carecem de uma maior agilidade na sua resolução, visto que decorrem de uma ruptura da ordem jurídica que possui maior reprimenda. A sanção é, portanto, uma das formas de prevenir o delito. Em alguns casos, no processo eleitoral, instância na qual o custo-benefício do crime pode compensar para o infrator, a certeza da impunidade é combustível para os indivíduos que possuem aspirações delituosas.

Ao passo em que a sanção se faz necessária como mecanismo de combate ao crime, a política carcerária brasileira precisa ser revista. A grande quantidade de presos assusta e antecipa a tragédia da falência do sistema prisional nacional. É nesse contexto que o acordo de não persecução penal em matéria eleitoral se faz pertinente.

Com sua introdução ao ordenamento jurídico, a partir da Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o ANPP tornou-se um importante instituto no combate à criminalidade, à medida que também é uma solução ao problema da lotação nos presídios brasileiros. O artigo 28-A do Código de Processo Penal permite a celebração do acordo de não persecução penal para os casos em que a infração penal não é cometida mediante violência ou grave ameaça, quando o investigado tenha confessado o crime formal e, circunstancialmente, e quando o acordo seja suficiente para prevenção e re-provação do delito.

Diante desse contexto, sobretudo em razão de que as características da maioria dos crimes eleitorais é a ausência de violência, o acordo de não persecução torna-se um importante aliado da sociedade na apuração e repressão da maioria dos crimes previstos na legislação eleitoral. De outro lado, o acordo mostra-se benéfico para o infrator, visto que possui natureza consensual, e deverá ser ratificado pelo poder judiciário, a fim de observar-se se os requisitos dele se amoldam ao ordenamento jurídico, e se houve o respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator.

O ANPP aplicado ao processo eleitoral passa a ser um importante instituto no combate aos crimes eleitorais, bem como tem seu aspecto depurador nas eleições, uma vez que atua no sentido de reprimir condutas que ameaçam a democracia. A menor burocracia na celebração do acordo, que passa pelo crivo do judiciário, apenas para verificar o

cumprimento das formalidades, desafoga os juizes que se assoberbam com processos que se acumulam cada vez mais, e contribui para afastar o sentimento da sociedade de que determinadas condutas ficarão impunes.

Conclui-se, portanto, que o acordo de não persecução penal, dado pela característica de ser consensual, célere e pouco burocrático, é um importante mecanismo para o combate aos crimes eleitorais, bem como um importante aliado na garantia da higidez das eleições e da manutenção do estado democrático de direito.

NON-PERSECUTION AGREEMENT IN ELECTORAL CRIMES: CONTROVERSIAL ASPECTS

ABSTRACT

It addresses the applicability of the ANPP in electoral crimes, provoking a reflection on its compatibility, in the light of applied jurisprudence and doctrine, which was done through bibliographical and documental research from consultation, theoretical referenes of books and periodicals preserved in archives digital files from public and private institutions and official data published on the internet. We sought to conceptualize the ANPP and analyze its historical aspects and its introduction into the legal system. The possibility of including an ineligibility clause in the ANPP was analyzed. It was concluded that the ANPP could be applied in the context of electoral processes.

Keywords: electoral crime; electoral process; crime; ANPP; ineligibility; controversies.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; LEITE, Janiere Portela. **Análise da possibilidade de aplicar os institutos do juizado especial criminal aos crimes eleitorais**. 2016. Parte 02. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/11/analise-da-possibilidade-de-aplicar-os-institutos-do-juizado-especial-criminal-aos-crimes-eleitorais-parte-02/>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (2017)**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 7 de jun. 2017.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº PL 10372/2018, de 06 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para

aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. **PI 10372/2018**: legislação federal. Brasil, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Recurso em Habeas Corpus. Acordo de Não Persecução Penal – Anpp. Pleito de Realização do Acordo. Não Cabimento Após O Recebimento da Denúncia. Faculdade do Parquet. Recusa Devidamente Fundamentada. Recurso Não Provido. nº 161.251. Recorrente: Jose Nilson Sacchelli Ribeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 10 de maio de 2022. **Recurso em Habeas Corpus Nº 161.251 - Pr (2022/0055409-2)**. Brasília, 16 maio 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2171347&num_registro=202200554092&data=20220516&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 6.298. Associação dos Magistrados brasileiros e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de outubro de 2021. **Diário da Justiça**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 25 nov. 2022.

GOMES, José Jairo. **Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027372/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D!4/10/10%400:14.7>. Acesso em: 14 jun. 2021.

GOMES, José Jairo. **Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027372/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D!4/10/10%400:14.7>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595314/epubcfi/6/50%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo22.xhtml%5D!4/2/876/1:797%5B%20Es%2Ctad%5D>. Acesso em: 24 set. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2023. 201 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1\]!4/2/2%4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1]!4/2/2%4051:2). Acesso em: 25 jan. 2023.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Nota Técnica nº 02/2020 -PGJ/CAOPP**. São Paulo, 2021. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590944/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalogafica.xhtml%5D!/4/2/2/2%400:0>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CRIMES AMBIENTAIS, TEORIA DA DUPLA
IMPUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL
DA PESSOA JURÍDICA: UMA PERSPECTIVA
SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

*ENVIRONMENTAL CRIMES, DOUBLE IMPUTATION
THEORY AND CRIMINAL RESPONSIBILITY
OF LEGAL ENTITY: A PERSPECTIVE ON THE
JURISPRUDENCE OF STJ AND STF*

CRIMES AMBIENTAIS, TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UMA PERSPECTIVA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF¹

ENVIRONMENTAL CRIMES, DOUBLE IMPUTATION THEORY AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITY: A PERSPECTIVE ON THE JURISPRUDENCE OF STJ AND STF

*Carlos Eduardo Lima Fernandes²
Marcus Vinícius Amorim de Oliveira³*

RESUMO

A Constituição prevê a possibilidade de atribuição penal às pessoas jurídicas, havendo, assim, uma colisão com o princípio da individualização da pena, pilar do Direito Penal. Diante desta problemática, nasceu a teoria da dupla imputação, em que pessoas físicas e jurídicas figuram concomitantemente no polo passivo da ação penal, no que fez surgirem posicionamentos divergentes entre o STJ (REsp 564.960) e o STF (REExt 548.181). Para isso, realizou-se uma análise documental, bibliográfica e legislativa. O presente estudo concluiu que a orientação do STF é mais adequada, embora não vinculante, sendo imprescindível a unificação dos entendimentos das cortes superiores, para a melhor aplicação da lei e a consequente responsabilização dos infratores.

Palavras-chave: crimes ambientais; teoria da dupla imputação. responsabilização penal de pessoas jurídicas.

1 Data de Recebimento: 10/03/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Biólogo (CRBio 114.643/05-D), Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará – UECE em parceria com a Escola Superior do Ministério Público – ESMP; Mestrando em Tecnologia Educacional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor efetivo do município de Fortaleza/CE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1896-488X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0054137310742410>. E-mails: cadulimafernandes@gmail.com; prof.carloseduardolf@gmail.com

3 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará e na FACINE. Graduando em Ciências Ambientais na UFC – Universidade Federal do Ceará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436079094251452>. E-mail: marcus.amorim@mpce.mp.br

1 INTRODUÇÃO

A responsabilização penal das pessoas jurídicas foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF/88, em que o legislador constitucional aduz expressamente no §3º do art. 225, que pessoas físicas e jurídicas responderão pelas condutas danosas ao meio ambiente⁴, implementando assim, a hipótese da responsabilização criminal de entes coletivos, visão inovadora frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1998, o ditame constitucional expresso no art. 225 foi concretizado por meio da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), onde se estabeleceu o rol das condutas antijurídicas danosas ao meio ambiente, bem como, atribui-se suas respectivas penas. A partir daí, muito se discutiu sobre a efetiva possibilidade de atribuição penal às pessoas jurídicas. O debate neste trabalho gira em torno da viabilidade do ente coletivo responder por ilícitos penais, num contexto de incidência dos princípios da pessoalidade e da individualização da pena, pilares do direito penal, nos termos dos art. 5º, XLV e XLVI, da CF/88⁵. Diante dessa problemática, nasceu a chamada “teoria da dupla imputação”, em que pessoas físicas e jurídicas figuram concomitantemente no polo passivo da ação penal, surgindo em seguida, posicionamentos divergentes entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da aplicabilidade desta teoria, isto no âmbito do REsp nº 564.960⁶ e do REExt nº 548.181⁷, respectivamente.

Nesse cenário, far-se-á um recorte documental, bibliográfico e legislativo, analisando teses, teorias, artigos e decisões, examinando principalmente, as decisões das Cortes Superiores, com destaque para o REsp nº 564.960⁸ e o REExt nº 548.181⁹, bem como os entendimentos majoritários e minoritários acerca do tema.

4 Art. 225, CF/1988. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

5 Art. 5º, inciso XLV, CF/1988. “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.” (BRASIL, 1988).

6 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. REsp: 564960 SC 2003/0107368-4, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 02/06/2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 jun. 2005.

7 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE: 548181 PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 jun. 2013.

8 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. REsp: 564960 SC 2003/0107368-4, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 02/06/2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 jun. 2005.

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE: 548181 PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 jun. 2013.

2 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO AMBIENTAL E A SUA TRÍPLICE REPERCUSSÃO: CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL

As pessoas jurídicas são entidades criadas por lei e estão divididas em pessoas jurídicas de direito público (interno e externo) e pessoas jurídicas de direito privado¹⁰.

As pessoas jurídicas de direito privado incluem associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, isto é, compondo na prática empresas, organizações, companhias, grupos econômicos e *holdings*, e nascem com a sua inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida de autorização do poder público, quando necessário¹¹.

Vale ressaltar que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física de seus sócios, associados, instituidores ou administradores¹², dando, assim, a este ente de direito privado uma maior segurança jurídica, e garantindo que os atos de responsabilidade civil, administrativa e criminal, *a priori*, não sejam confundidos com os das pessoas de seus sócios, assegurando-lhes autonomia patrimonial e uma redução de riscos, particularidade esta que se dá com a finalidade de estimular empreendimentos, gerar empregos, renda, arrecadar tributos e proporcionar inovações mercantis, tudo isso voltado para o benefício social.

Neste sentido, Benarrós e Romano (2020, p.109) definem a pessoa jurídica como sendo um ente diverso do homem, mas que possui direitos e obrigações, colocando, ainda, que este ente é formado por uma pluralidade de homens que podem exercer tanto atividades associativas, como estar relacionada à gestão de um determinado patrimônio, dando o exemplo das fundações. Já Carlos Roberto Gonçalves (2020, p.108) traz o conceito de pessoa jurídica como um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns, tratando-se, como diz Dutra (2009), não somente de uma reunião de pessoas, mas que estas tenham uma natureza jurídica, um fim, com objetivos comuns, criada por um ato de vontade, que persegue propósitos, lícitos e possíveis.

10 Art. 40, CC/2002. “As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado” (BRASIL, 2002).

11 Art. 44, CC/2002. “São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos” (BRASIL, 2002). Ainda: Art. 45 CC/2002. “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo” (BRASIL, 2002).

12 Art. 49-A, CC/2002. “A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos” (BRASIL, 2002).

Para Savigny (1855), a personalidade jurídica seria uma “mera abstração”, por não constituir um ente real - como a pessoa física, mas sim, uma construção artificial, para fins de atribuição patrimonial. A existência dessa “mera abstração” pressupõe a existência associativa, ou unitária, de pessoas físicas, que são “seres humanos”, sujeitos de direitos e obrigações, desde que nascidos com vida, ressalvando os direitos dos nascituros, e findando-se com o falecimento da pessoa natural¹³. E por não se tratar de algo real, como poderia cometer um delito? O delito seria cometido por seus dirigentes, funcionários e copartícipes, sendo a pessoa jurídica apenas um ente intermediário para se alcançar aqueles que cometeram de fato o delito.

Como aclarado por Fonseca (2011, p.795), a “responsabilidade jurídica é o dever jurídico de suportar as sanções legais impostas em virtude de ação ou omissão que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens”, portanto, tanto as pessoas jurídicas de direito público (interno e externo) como as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas físicas devem ser responsáveis juridicamente por seus atos lesivos ao meio ambiente.

A responsabilidade atribuída constitucionalmente que resvala obrigações tanto de entes públicos como de entes privados e pessoas naturais cria uma série de nuances legais e doutrinárias, como a tríplice responsabilidade ambiental, que engloba a civil, a administrativa e a penal, a teoria da dupla imputação e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como meios de se atingir o direito material, coibindo condutas lesivas ao meio ambiente, evitando que os causadores do dano ambiental saiam impunes e satisfazendo a tutela do meio ambiente, com garantias de sua efetiva proteção e recuperação.

Logo, é possível visualizar três esferas do Direito Ambiental quando nos referimos à responsabilização destes entes. São elas: a responsabilidade administrativa, de cunho fortemente preventivo; a responsabilidade civil, de viés reparatório; e a responsabilidade criminal, com finalidade repressiva (SIRVINSKAS, 2011).

Desse modo, Fiorillo (2010) nomeia a responsabilização prevista no §3º do art. 225 da CF/88 como “tríplice responsabilidade do poluidor”, em virtude do dever daquele que contraria a norma ambiental a responder nas esferas civil, administrativa e penal.

Não é demais pontuar que os ilícitos civis, administrativos e penais encontram-se ancorados no conceito de antijuridicidade, devendo a conduta mostrar-se contrária à lei, enquadrando-se em dispositivo normativo previamente instituído, em que se estabelece

¹³ Art. 1º, CC/2002. “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002). E mais: Art. 2º, CC/2002. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Finalmente: Art. 6º, CC/2002. “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva” (BRASIL, 2002).

o objeto jurídico tutelado e a sua respectiva sanção (FIORILLO, 2010).

Segundo Filippo Gramatica (1968), o Direito Penal se caracteriza por seu valor coercitivo, sendo invocado apenas em *ultima ratio*, pois, representa a máxima sanção de todo o ordenamento jurídico, em face de um critério de necessidade, onde se espera que uma sanção punitiva de cunho repressivo seja eficaz no combate à conduta danosa. O direito penal se propõe a assegurar o equilíbrio em sociedade, a fim de garantir a paz social, regido por normas jurídicas voltadas para a fixação de limites ao poder punitivo estatal, bem como, a sanção correspondente. Para que haja crime, é necessário que exista um fato tipificado no ordenamento, e que este fato seja antijurídico e culpável. Vale destacar, que a responsabilização criminal visa a prevenção do dano, estabelecendo também a tipificação de condutas de perigo, a fim de se evitar a exposição do bem jurídico tutelado (SANTIAGO, 2011).

Por ser considerada a *ultima ratio*, isto é, o último instrumento a ser imposto pelo Estado a fim de se coibir uma determinada conduta, importa dizer que sua aplicabilidade prática enfrentou bastante resistência doutrinária dentro da temática ambiental, sobretudo no que diz respeito ao cometimento de crimes ambientais por parte de pessoas jurídicas, haja vista que o mandamento constitucional previsto no §3º do art. 225 vai de encontro ao brocardo latino *societas delinquere non potest*, segundo o qual a pessoa jurídica não seria passível de responsabilização penal.

Entretanto, o advento da Lei 9.605/1998, com seu art. 3º, consubstanciou a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, positivando a hipótese já abordada constitucionalmente, sendo o principal objetivo da responsabilização penal da pessoa jurídica a prevenção de lesões reiteradas ao meio ambiente, bem difuso, comum à coletividade. Por isso, a ação penal é pública incondicionada, de iniciativa exclusiva do Ministério Público, (MILARÉ, 2005), e o sujeito ativo, pessoa física ou jurídica.

Os arts. 21, 22 e 23 da Lei 9.605/98 dispõem sobre as penas que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas¹⁴, cumprido o estabelecido no art. 3º do mesmo diploma. Para isso, são elencadas as penas de multa, restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade.

Nesse diapasão, é salutar observar que todos aqueles atos praticados em benefício da pessoa jurídica, pelos quais esta leva vantagem, tira proveito ou obtém lucro, em violação da norma penal ambiental, devem ser tratados de forma repressiva, resguardando-se o caráter subjetivo desta imputação, de forma diversa da responsabilização civil e admi-

14 Art. 21, Lei 9.605/98. “As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.” (BRASIL, 1998). Já os arts. 22 e 23 da mesma lei estabelecem parâmetros mais coesos para a aplicação das penas restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade, mencionadas nos parágrafos II e III do art. 21, respectivamente.

nistrativa, que são por natureza objetivas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais é subjetiva, dependendo da reunião de todos os elementos da responsabilização, isto é, a constatação do dano, a existência de culpa ou dolo e o nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado danoso ou perigoso.

Otto Gierke (1889) apresenta um pensamento intrigante ao refletir acerca da vontade da pessoa jurídica na tomada de decisões num contexto jurídico-social: “a vontade pública ou privada é capaz de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro”. Sendo assim, o Autor concebe a vontade da pessoa jurídica como algo a par da vontade isolada de cada um de seus sócios, filosofando sobre um tipo de “*animus decidendi*” do ente coletivo, que dá a luz a um ser fictício, mas de vontade própria, capaz de realizar atos e de se tornar um sujeito de direitos.

Como aduzido por Gonçalves (2020, p. 19), a responsabilidade remete à ideia de que “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade”, carregando em seu escopo o *animus* de restaurar o *status quo* de determinada relação, seja ele moral ou patrimonial, o que nos conduz a uma visão de restauração do equilíbrio e da própria efetivação da justiça em seu sentido material.

A inconsistência da culpabilidade e da pessoalidade da pena são princípios recorrentemente invocados quando se alega a impossibilidade de atingir bens e atribuir pena às pessoas jurídicas, tendo em vista tratar-se de um ente coletivo, e que afetar o seu patrimônio também afetará o patrimônio de todos que a integram. Para René Ariel Dotti (2003, p. 187), “tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas que a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos”.

Diante disso, é que a doutrina especializada propõe a chamada “Teoria da Dupla Imputação” e a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica para atingir as pessoas dos sócios, visando responsabilizar o ser humano (ente real), e não, unicamente a ficção jurídica. Seja como for, neste trabalho optamos por nos concentrar na teoria da dupla imputação, abordando as orientações divergentes do STJ, e depois do STF, em torno do assunto.

3 O CONFLITO DE ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES ACERCA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO NO COMETIMENTO DE CRIMES AMBIENTAIS POR PESSOAS JURÍDICAS

A teoria da dupla imputação traz à tona a possibilidade de atribuir sanções a pessoas físicas e jurídicas, contemplando o concurso necessário de agentes, na medida da sua

culpabilidade, e partindo do pressuposto de que sempre haverá uma pessoa física corresponsável pela conduta lesiva (SIRVINSKAS, 2019; SOUZA, 2007).

De acordo com a teoria, há um concurso necessário entre a pessoa jurídica, a qual se beneficia da conduta danosa, e a pessoa física que por ela agiu, instrumentalizando a infração penal de forma a contemplar estes dois entes. Todavia, deve-se frisar que as responsabilidades da pessoa física e jurídica deverão ser analisadas separadamente, na medida de sua culpabilidade (SIRVINSKAS, 2019; SOUZA, 2007).

O emprego desta teoria visa evitar que as pessoas físicas que cometem delitos ambientais permaneçam impunes, bem como, que a punição aplicada unicamente à pessoa física não seja suficiente para mitigar os atos danosos cometidos pela empresa (SHECAIRA, 2011). Não há o que falar aqui em *bis in idem*, pois cada ente responderá na medida de sua culpabilidade, nos termos de sua contribuição para o delito (SANTOS, 2011).

Portanto, como bem aluído por Santos (2011), “a superação do velho brocardo *societas delinquere non potest* surge como uma imperiosa medida de combate aos graves atentados praticados contra o meio ambiente”. Em contraponto, ainda é evidente a dificuldade de aplicação da teoria da dupla imputação, dada a grande quantidade de sócios existentes em grandes empresas, o que dificulta a sua responsabilização penal, questão esta que vem sendo debatida pela doutrina e jurisprudência.

3.1 Posicionamento do STJ (REsp 564.960): da “*Ilegitimidade Passiva Ad Causam*” na aplicação da Teoria da Dupla Imputação

O entendimento pioneiro do STJ, conforme expresso pelo Ministro Gilson Dipp na decisão do REsp nº 564.960, reflete que a imputação penal a pessoas jurídicas encontrava barreiras na suposta incapacidade delas de serem culpáveis e, por conseguinte, de sofrerem penalidades. Contrariando a teoria da ficção jurídica de Savigny, o Tribunal decidiu que, se a pessoa jurídica pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, também poderá praticar condutas típicas e, desse modo, ser passível de responsabilização penal. Por sua relevância histórica, transcrevemos trecho da decisão. Veja-se:

Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental [...]. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra **barreiras** na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de **serem culpáveis e de sofrerem penalidades**. V. Se a pessoa jurídica

tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a **praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal**. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, **limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito**. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Nesse diapasão, por muito se debateu que a responsabilização penal de pessoas jurídicas estaria afrontando o disposto no art. 5º, inciso XLV, da Lei Maior, que aduz sobre o princípio da pessoalidade, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, e que, por este motivo, ao ente coletivo não poderia ser imposta nenhuma pena e que a respectiva imputação de crime seria inconstitucional, pois extrapolaria os limites estabelecidos constitucionalmente, estabelecendo uma espécie de pena coletiva, de forma diversa do aclarado no brocardo jurídico “*societas delinquere non potest*”.

A mesma decisão expõe que somente seria possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ao meio ambiente se houvesse a imputação simultânea da pessoa física e jurídica, teoria esta, que recebe a alcunha de “teoria da dupla imputação”, devendo ambas as pessoas constarem na peça de denúncia, sob pena de não recebimento, reiterando expressamente que não há ofensa ao princípio da pessoalidade na responsabilização da pessoa jurídica, pois a imputação penal visa cumprir expressamente o prescrito no art. 225, §3º, onde cada ente (pessoa física e jurídica) responderá de forma individualizada pela conduta delitiva. Vejamos:

A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada **quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício** do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica **é a própria vontade da empresa**. A co-participação prevê **que todos os envolvidos** no evento delituoso **serão responsabilizados na medida se sua culpabilidade**. [...]. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a **punição de forma individualizada**, decorrente de sua atividade lesiva. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Não se pode omitir que este entendimento se tornou alvo de críticas, tendo em vista o respaldo teórico a estratégias que poderiam dificultar a responsabilização penal ambiental, pois isso, condicionaria a responsabilização da pessoa jurídica à pessoa física e relativizaria a expressa previsão do art. 225, §3º. Neste sentido, Ney Barros e Bello Filho (2000) sustentam que a responsabilidade criminal do ente moral surgiu exatamente para atalhar a dificuldade, e até mesmo impossibilidade, de se comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica. Ao se necessitar desta mesma comprovação para a responsabilização da pessoa jurídica estar-se-ia criando um instituto inaplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram a sua criação.

Esta perspectiva deu margem ao argumento da “*ilegitimidade passiva ad causam*”, em que o réu alega não ser parte legítima na ação, tornando o processo nulo *ab initio*, atacando o início da relação processual (CAPEZ, 2015). Estratégia, convém frisar, utilizada como forma das pessoas jurídicas se esconderem das punições penais ambientais atribuídas a elas, sobretudo em processos em que não havia litisconsórcio passivo com pessoas físicas, colocando embargos à efetivação da justiça, tendo em vista o entendimento de que a “pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física” (exposto pelo STJ no REsp 564.960), e fazendo com que pessoas jurídicas fossem excluídas do polo passivo de ações penais ambientais, com fundamento nos princípios da culpabilidade e da “*nullum crimen sine actio humana*”. Observe-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA ‘ DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisi- ta a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio *nullum crimen sine actio humana*. 2. **Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.** 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (BRASIL, 2006).

Pois bem. Conforme citado pela Ministra Rosa Weber no REExt nº 548.181, sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é pautado que “alguns países, como o Reino

Unido, a França e os Estados Unidos, há tempos a admitem”, bem como se pontua que “desde o século XIX as Cortes inglesas reconhecem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crimes praticados por seus integrantes ou empregados”, ressaltando sobre o caráter internacionalmente aceito no ordenamento jurídico de países da Europa, quando se fala do diploma legal positivado no art. 225, § 3º da CF/88.

Desta feita, a Ministra Rosa Weber cita, no mesmo RExt 548.181, o pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *New York Central & Hudson River R.R v. US*, 212 U.S 481, (1901), em que se critica o brocardo “*societas delinquere non potest*”, afirmando que não se pode conceder às empresas imunidade punitiva, uma vez que a punição é um dos únicos meios de efetivamente regular esta matéria, e, corrigir os abusos praticados. Vejamos:

[...] o Direito não pode fechar os seus olhos para os fatos de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, [...] e de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em decorrência da velha e explodida doutrina de que **uma empresa não pode delinquir**, iria tornar **indisponíveis os únicos meios de efetivamente regular a matéria e de corrigir os abusos praticados**. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Sendo assim, passou-se a discutir se a interpretação dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/98¹⁵, em alusão ao art. 225, §3º da CF/88, levaria à impossibilidade de a pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo da ação penal, nos termos da jurisprudência aberta pelo STJ, ou se seria ao contrário, onde a pessoa jurídica poderia estar sozinha no polo passivo, não sendo necessária a dupla imputação, bastando a ocorrência do dano (por dolo ou culpa) e o nexó causal com a conduta praticada por dirigentes, funcionários e representantes de empresas.

3.2 Posicionamento do STF (RExt 548.181): da não obrigatoriedade da aplicação da Teoria da Dupla Imputação e a autonomia punitiva das pessoas jurídicas na responsabilização por crimes ambientais

15 Art. 2º, Lei nº 9.605/98. “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.” (BRASIL, 2005). Ainda: Art. 3º, Lei nº 9.605/98. “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” (BRASIL, 2005).

O entendimento do STJ manteve-se pacífico, principalmente no que cabe em compreender o termo, o que consistiu na obrigatória aplicabilidade da teoria da dupla imputação em processos sobre crimes ambientais que envolvessem pessoas físicas e jurídicas até outubro de 2014, quando o STF, no REExt nº 548.181, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, expressou entendimento controverso.

A Ministra Rosa Weber esclarece que, desde 1988, as pessoas jurídicas são destinatárias da lei penal, e que a Lei 9.605/98 surgiu para concretizar esta previsão, não sendo admitido o retorno a uma discussão que já foi solucionada na Carta Magna, no que se contrapôs ao entendimento do STJ, que até então vigorava nos tribunais¹⁶.

No REExt 548.181, A Corte alude sobre a não obrigatoriedade da dupla imputação, podendo a empresa responder isoladamente no polo passivo de ações penais por crimes ambientais. Acrescenta que, condicionar a aplicação da norma constitucional a uma imputação também da pessoa física, configuraria uma “*indevida restrição da norma constitucional*”, tendo em vista a expressa redação do legislador, que visou ampliar o alcance das sanções penais e evitar a impunidade de crimes ambientais, frente à imensa dificuldade de se localizar os sócios que concorreram para o cometimento da conduta criminosa. Veja-se:

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal **não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física**[...] A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. [...] 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física **implica indevida restrição da norma constitucional**, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de **ampliar o alcance das sanções** penais, mas também de **evitar a impunidade** pelos crimes ambientais frente às **imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações** [...] (BRASIL, 2013, grifos nossos).

Nesse sentido, o julgado também alui que a não aplicação da dupla imputação não significa dizer que a identificação dos agentes internos das empresas seja irrelevante, pelo contrário, eles devem ser localizados, a fim de se esclarecer se agiram de acordo com suas atribuições internas e verificar se a sua atuação se deu unicamente no interesse da entidade coletiva. Todavia, tais esclarecimentos não podem ser confundidos com a

16 STF, REExt 548.181. “As pessoas jurídicas tornaram-se destinatárias da lei penal desde 1988, há 25 anos portanto, em decorrência de imposição expressa da norma constitucional acima transcrita. A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conferiu a possibilidade de concreção da Constituição, ao estipular os pressupostos e as penas aplicáveis às pessoas jurídicas. **Não cabe retomar, portanto, a discussão sobre a legitimidade jurídica substancial da atribuição de responsabilidade penal aos entes morais.**” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

subordinação da atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica à responsabilização conjunta de pessoas físicas, tendo em vista que, no caso concreto, certas vezes não será possível imputar individualmente a responsabilidade pela conduta praticada¹⁷.

A propósito, Bulos (2005) ressalta a existência de uma “autonomia punitiva”, entre a pessoa física (o homem que praticou o delito) e a pessoa jurídica (em face de seu caráter coletivo), afirmando que estes não se confundem, e devem ser analisados separadamente¹⁸.

Pelo que se vê, o REsp nº 564.960, prolatado pelo STJ, foi fragilizado pela decisão proferida pelo STF, em sede de controle difuso, no julgamento do REExt nº 548.181, que positiva a ideia de que a pessoa jurídica pode responder isoladamente por crimes ambientais, porém, não excluindo a necessidade de que se busquem as pessoas físicas corresponsáveis pelo dano, a fim de que estas também não restem impunes, e aclarando a não obrigatoriedade da dupla imputação para o prosseguimento da ação penal, no que fortaleceu a perspectiva de que a ausência de denúncia contra a pessoa física, ou a exclusão da pessoa física do polo passivo no curso de uma ação, não limitará o prosseguimento da ação penal em desfavor da pessoa jurídica, atribuindo-lhe a devida responsabilidade, na medida de sua culpabilidade, e ao fim e ao cabo, cumprindo o exposto no art. 225, §3º e arts. 2º e 3º da Lei 9.605/98.

Todavia, é imperioso sublinhar que o entendimento do STF não possui caráter vinculante, posto que é oriundo de uma sentença discutida em sede de controle difuso, via recurso extraordinário, o que não confere à decisão qualquer eficácia *erga omnes*. Esta interpretação, feita pela 1ª Turma do STF, isto é, em órgão fracionário do tribunal, ainda contou com uma acirrada votação, com 3 votos a 2, fato este que não lhe conferiu o endosso normativo necessário para produzir efeitos sobre a legislação infraconstitucional (MACHADO, 2021).

A tese do REsp nº 564.960 sustenta que a pessoa jurídica não há de ser processada isoladamente por delitos ambientais relacionados às suas atividades, bem como que o art. 225, §3º da CF/88, apesar de prever sanções penais às pessoas jurídicas, em nenhum

17 STF, REExt 548.181. “[...] 4. **A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância** e deve ser buscada no caso concreto como forma de **esclarecer** se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no **exercício regular de suas atribuições internas** à sociedade, e ainda para **verificar** se a atuação se deu no **interesse ou em benefício da entidade coletiva**. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com **subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta** e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que **não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual**. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

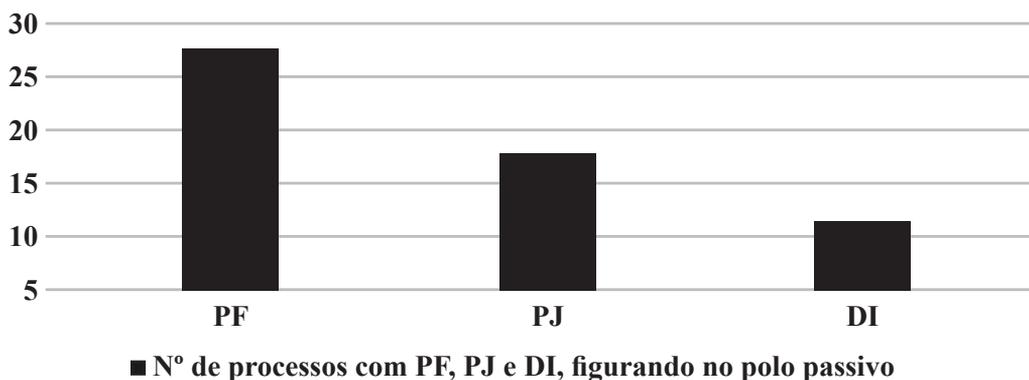
18 “[...] no preceito em análise, há uma espécie de **autonomia punitiva** entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os **delitos exercidos por empresas**. **Ambos não se imiscuem**, pois estão sujeitos a regimes jurídicos diversos”. (BULOS, 2005).

momento estabelece sob que circunstâncias essas sanções devem ocorrer. Na hipótese de responsabilização penal de pessoas físicas, que seja observada a decisão tomada, mediante “*actio humana*”, para que se identifiquem os sócios, representantes ou dirigentes que a proferiram. Esta tese também diverge criticamente do julgamento do RExt nº 548.181, mormente no que diz respeito à afastabilidade da teoria da dupla imputação, inferindo que a dupla imputação não poderia ser afastada, pois tal afastamento representaria um atentado aos princípios da pessoalidade da pena, da responsabilização subjetiva e da culpabilidade, todos amparados pelo texto constitucional (MACHADO, 2021).

No que diz respeito à aplicação desses institutos em casos concretos, o professor Carlos Eduardo Lima Fernandes (2022), ao analisar inquéritos e ações penais que tratavam de crimes ambientais, numa área de intensa atividade industrial no estado do Ceará, refletiu sobre as dificuldades de responsabilização criminal de pessoas jurídicas envolvidas em ilícitos ambientais. O autor, ao estudar os autos destes processos, observou que a grande maioria dos inquéritos e ações penais, embora tenham tratado de ilícitos cometidos por empresas, atribuíram a responsabilidade penal sobre a pessoa de sócios e colaboradores, e em último caso, recorreram à responsabilização das pessoas jurídicas e da dupla imputação.

Nessa toada, Fernandes (2022) aduziu que há uma intensa confusão a respeito desses institutos, mostrando-se mais comum a atribuição a pessoas físicas (PF), em seguida a pessoas jurídicas (PJ), e em último caso, a pessoas físicas e jurídicas, no que tange à dupla imputação (DI), conforme os resultados apresentados pelo autor, vislumbre:

Gráfico 1 - Número de processos com pessoas físicas, pessoas jurídicas e dupla imputação, figurando no polo passivo



Fonte: FERNANDES, 2022, p. 64.

Além disso, uma outra conclusão de Fernandes (2022) mostra-se de fundamental pontuação: a recorrente extinção da punibilidade por prescrição da pretensão punitiva, o que limita a apuração do fato criminoso, bem como, a devida responsabilização penal dos envolvidos, nas palavras do autor:

[...] tendo em vista a rápida prescrição dos delitos, que caso não instruídos com celeridade pelo MP, e não tendo seus inquéritos concluídos rapidamente pela autoridade policial, acabam morrendo por inanição, sendo, portanto, declarada extinta a punibilidade e não se alcançando o acesso à justiça ambiental, permanecendo os infratores impunes perante as práticas criminosas em prejuízo do meio ambiente. (FERNANDES, 2022, p. 94).

Nessa toada, elencou-se o instrumento da suspensão condicional do processo como uma importante ferramenta processual para a melhor apuração da conduta delitiva, bem como, a atuação acentuada do Ministério Público, vislumbre:

[...] nos casos em que há uma atuação acentuada do Ministério Público, também há a progressão da apuração da conduta delitiva, sobretudo naqueles em que é solicitada a suspensão condicional do processo, dando tempo para que o órgão judiciário apure melhor a conduta delitiva. Com a aplicação desse instituto, são levantadas mais informações, mais elementos probatórios, contribuindo assim para a instrução do processo e a denúncia dos réus. (FERNANDES, 2022, p. 94).

Nesse diapasão, é de se pontuar, que a decisão do REExt nº 548.181 vem impactando na condução de inquéritos e ações penais, tendo em vista a procedência de ações que envolvem pessoas jurídicas que figuram isoladamente no polo passivo, indo em contramão à tese do REsp nº 564.960, não sendo necessário, o litisconsórcio com pessoas físicas corresponsáveis pelo delito ambiental, cumprindo assim, o mandamento constitucional previsto no art. 225, §3º, CF/88, e, o entendimento do STF no REExt nº 548.181. Todavia, vale salientar que tais ações vem se mostrando infrutíferas por conta da recorrente extinção da punibilidade por prescrição da pretensão punitiva, como bem pontuado anteriormente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização da tutela ao meio ambiente normatizada no art. 225 da CF/88 elevou a proteção ambiental ao patamar federativo, reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e exaltando a sua importância para a qualidade de vida da população, ao mesmo tempo em que impõe ao Estado e à coletividade o dever de protegê-lo. No mesmo dispositivo, em seu §3º, a CF/88 atribui a responsabilidade penal tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, norma que veio a ser regulamentada com a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), dando luz à aplicabilidade material da criminalização de uma série de condutas degradantes ao meio ambiente, bem como a devida dosimetria da pena, para os entes que incidirem nas condutas anti-jurídicas tipificadas em lei.

No entanto, a possibilidade de imputação de crimes por parte de pessoas jurídicas, com a Lei nº 9.605/98, encontrou resistência de muitos doutrinadores, tendo em vista que até então a pessoa jurídica, por ser um ente coletivo, não poderia cometer crimes, tampouco cumprir pena.

A responsabilização penal das pessoas jurídicas é um instituto bastante complexo, que possui uma série de nuances, devendo atender tanto à possibilidade de atribuição penal à pessoa jurídica, conforme expresso em no §3º do art. 225 da CF/88, como também às peculiaridades processuais existentes quando se trata da atribuição de pena a um ente coletivo, respeitando todos os direitos e garantias individuais.

Urge salientar que a compreensão sobre a dupla imputação, debatida pelo STJ no REsp nº 564.960, e pelo STF no RExt nº 548.181, gira em torno da constitucionalidade de pessoas jurídicas figurarem como réis em ações penais, devendo-se ter em mente que, na decisão do STJ, tal imputação só seria possível quando houver uma pessoa física corresponsável, e para o STF, não haveria tal necessidade, podendo a pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo. Para nós, a orientação do STF é mais adequada, mais consentânea com o primado da proteção do meio ambiente. Nem sempre é possível descobrir os agentes humanos que, sozinhos ou em grupos, realizam as condutas típicas lesivas do meio ambiente em nome e em prol da pessoa jurídica a que estão de algum modo vinculados. Exigir que a pessoa jurídica somente possa vir a ser responsabilizada se, junto com ela, estiverem arroladas como réis as pessoas físicas envolvidas nas ações ou omissões criminosas, em termos práticos, pode inviabilizar as ações penais de grande complexidade e, em sentido jurídico, como destacado na orientação do STF, reduzir o alcance da norma constitucional que nos impõe a todos, poder público e sociedade, o dever de defesa e proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A relativização da dupla imputação, que deve ser buscada num sentido de uma res-

ponsabilização integral dos agentes do crime ambiental, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, isto é, longe de se constituir um dogma inafastável, segundo nos parece, é uma posição tomada de um elogiável senso de realismo.

E no entanto, importa destacar que a decisão proferida pelo STF não possui caráter vinculante e denota efeito *inter partes*, pois ocorreu em sede de recurso extraordinário, fazendo com que a discussão acerca do oferecimento de denúncias pelo Ministério Público em desfavor de pessoas jurídicas venha a ser um terreno pantanoso, cabendo aos membros dessa instituição uma difícil tarefa. Logo, as investigações criminais, comandadas ou não pelo Ministério Público, mas sempre supervisionadas pela instituição, devem estar orientadas para a responsabilização das pessoas jurídicas beneficiadas com as condutas criminais de seus representantes, mandatários e prepostos que são pessoas físicas. Ocorre que nem sempre será viável alcançar essas pessoas naturais. As vozes de comando podem simplesmente se perder nos meandros da organização empresarial, de tal maneira que, em casos tais, devidamente justificados, uma denúncia ofertada exclusivamente contra a pessoa jurídica haverá de ser aceita pelo Judiciário.

Com isso, faz-se necessário reconhecer a importância da atuação do Ministério Público na persecução de crimes ambientais praticados por pessoas físicas e jurídicas e a indispensável necessidade de unificação do entendimento acerca da teoria da dupla imputação, para que exista a efetiva responsabilização penal de pessoas jurídicas em crimes contra o meio ambiente.

Por derradeiro, importa dizer que é imperativa a busca por um equilíbrio entre os benefícios do avanço econômico, da industrialização, da geração de empregos, de energia e da extração de matéria prima, que visam atender às demandas sociais, contribuindo direta e indiretamente para a sociedade, e o indispensável resguardo da integridade do meio ambiente, preocupando-se com a sua conservação, preservação e recuperação.

Sem dúvida, o direito penal é a *ultima ratio*, devendo ser utilizado apenas quando estritamente necessário. Felizmente, nossa *Charta Magna* previu a responsabilidade penal de pessoas jurídicas por crimes contra o meio ambiente, permitindo a criação legislativa de hipóteses que responsabilizam penalmente os entes individuais e coletivos envolvidos nestas condutas, e evitando, por meio da pedagogia do *jus puniendi*, que elas se repitam. Entendemos como necessária uma adequada compreensão do ordenamento jurídico-penal em matéria ambiental e da correspondente jurisprudência pelos órgãos competentes, a fim de se fazer cumprir os princípios do direito ambiental, conferindo à natureza, e às pessoas jurídicas, a possibilidade de coexistirem em harmonia, mediante extração de recursos de maneira sustentável, e permitindo ao homem, à mulher e às crianças da nação brasileira a viabilidade de uma vida digna, abundante e próspera, em que os direitos individuais, coletivos e difusos são respeitados e a lei é cumprida.

ENVIRONMENTAL CRIMES, DOUBLE IMPUTATION THEORY AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITY: A PERSPECTIVE ON THE JURISPRUDENCE OF STJ AND STF

ABSTRACT

The Brazil's Federal Constitution predicts the possibility of criminal attribution to legal entities, thus, there is a collision with the principle of individualization of the penalty, pillar of Criminal Law. Faced with this problem, the theory of double imputation was born, in which individuals and legal entities appear simultaneously in the passive pole of the criminal prosecution, which gave rise to divergent positions between STJ (REsp 564.960) and STF (RExt 548.181). For this, a documental, bibliographic and legislative analysis was carried out. The present study concluded that the orientation of the STF is more adequate, although not binding, being essential the unification of the understandings of the superior courts, for the better application of the law and the consequent accountability of the violators.

Keywords: environmental crimes; double imputation theory. criminal liability of legal entities.

REFERÊNCIAS

BENARRÓS, Myriam; ROMANO, Renzzo Fonseca. O conceito de pessoa jurídica e sua problemática: A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil**, v.2, n. 2, jul/dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. REsp: 564960 SC 2003/0107368-4, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 02/06/2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 jun. 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. REsp: 564960 SC 2003/0107368-4, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 02/06/2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 jun. 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE: 548181 PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 jun. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE: 548181 PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406,

de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#:~:text=Art.,concep%C3%A7%C3%A3o%2C%20os%20direitos%20do%20nascituro. Acesso em: 14 mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. **Revista dos Tribunais**, v. 768, p. 421-429, 2003.

DUTRA, Karla Rafael. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, 2009.

FERNANDES, Carlos Eduardo Lima. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a aplicação da Teoria da Dupla Imputação em crimes contra o meio ambiente no município de São Gonçalo do Amarante/CE**. 2022. 115 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em 2022) - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2022. Disponível em: <http://siduece.uece.br/siduece/trabalhoAcademicoPublico.jsf?id=107225>. Acesso em: 5 de março de 2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Edson José da. A Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In*: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Ambiental: Responsabilidade em matéria ambiental**. – v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 29, p. 791-805.

GIERKE, Otto. Die soziale Aufgabedes Privatrechts. *In*: **Die soziale Aufgabedes Privatrechts**. Springer, Berlin: Heidelberg, 1889. p. 3-46.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v. 1. 18. ed. São

- Paulo: Saraiva, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil** v. 4. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GRAMATICA, Filippo. Les Facteurs Criminogènes de Droit Penal. **Int'l Annals Criminology**, v. 7, p. 49, 1968.
- KÖHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da FSG**, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 127-138, 2012.
- KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas essenciais, responsabilidade civil: direito de empresa e exercício da livre iniciativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 988.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Doutrinas Essenciais - Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 30, p. 807-839.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA, Luiza Moser Borges de; BELONI, Rodrigo. **Desconsideração Da Personalidade Jurídica No Âmbito Ambiental**. 2021. 76f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Centro Universitário De Várzea Grande, Várzea Grande, 2021.
- SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o Papel do Direito Penal na Defesa do Meio Ambiente. São Paulo: **Revista de Direito Ambiental**, n. 61, p. 77-106, jan./mar. 2011.
- SANTOS, Emerson Martins dos. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas Essenciais - Direito Ambiental: Responsabilidade em matéria ambiental**. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Cap.32, p. 873 918.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. **System des heutigen Römischen Rechts (1840)**. Trad. Fr. M.CH. Guenoux, *Traité de Droit Romain*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Gaspar Alexandre Machado de. **Crimes ambientais**: responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Goiânia: AB, 2007.

TALAVERA, Glauco Moreno. **Das associações**. *In*: SCAVONE JR, Luiz Antonio. *et. al.* Comentários ao Código Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

TOLEDO, Paulo Guilherme Amaral. **Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: considerações acerca do § 5º do artigo 28 da Lei 8.078/90. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO COMO
FORMA DE REDUÇÃO DA MOROSIDADE DO
PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DE DADOS DE
PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E
EXTRAJUDICIAIS DOS ANOS DE 2018 À
2022 NA COMARCA DE ASSARÉ - CEARÁ

*EXTRAJUDICIALIZATION AS A WAY OF REDUCING
THE DELAYS OF THE JUDICIARY: DATA ANALYSIS
OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEDURES
FROM THE YEARS 2018 TO 2022 IN THE DISTRICT
OF ASSARÉ - CEARÁ*

A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE REDUÇÃO DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DE DADOS DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DOS ANOS DE 2018 À 2022 NA COMARCA DE ASSARÉ - CEARÁ¹

EXTRAJUDICIALIZATION AS A WAY OF REDUCING THE DELAYS OF THE JUDICIARY: DATA ANALYSIS OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEDURES FROM THE YEARS 2018 TO 2022 IN THE DISTRICT OF ASSARÉ - CEARÁ

Pedro Henrique Maciel Freires²

Jânio Taveira Domingos³

RESUMO

A demanda no judiciário aumenta mais a cada dia em decorrência da quantidade excessivas de processos que são peticionadas diariamente, consequentemente, ocorre um acúmulo de processos. Além disso, a burocracia prevista pelos Códigos Processuais tornou o percurso dos processos muitas vezes moroso, levando anos para sua finalização, prejudicando os direitos e garantias das partes interessadas. Com isso, esse trabalho realizou um levantamento de dados coletados na Vara Única da Comarca de Assaré-CE e nas Serventias Extrajudiciais o qual buscou analisar métodos alternativos para que alguns procedimentos pudessem ser solucionados com maior agilidade e segurança jurídica na esfera extrajudiciária, na oportunidade foi abordado a ampliação da desjudicialização e ficou compreendido a extrajudicialização como forma alternativa de acesso à justiça, sendo abordado esta como método de reduzir a morosidade jurídica e a solução de conflitos, utilizando-se de uma metodologia de natureza básica estratégica, com objetivos descritivos e de uma abordagem quantitativa, utilizando-se de fontes bibliográficas e documentais, concluindo-se que com a extrajudicialização existe uma redução da morosidade do Poder Judiciário.

1 Data de Recebimento: 11/03/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2703-490X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1484044971781730>. E-mail: pedrohenrique.mf@outlook.com

3 Professor do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão, mestre em direito. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9536-3919>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6282505748990407>. E-mail: janiotaveira@leaosampaio.edu.br

Palavras-Chave: desjudicialização; métodos alternativos; extrajudicialização; morosidade.

1 INTRODUÇÃO

A justiça brasileira é bastante conhecida por sua lentidão, haja vista que, de acordo com o “Relatório Justiça em Números” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ no ano de 2021, o tempo médio para a conclusão de um processo é de 06 (seis) à 08 (oito) anos a depender do tipo do processo e a competência, o que acaba prejudicando muitos jurisdicionados que têm seus direitos violados e/ou que buscam uma solução perante o Poder Judiciário. Algumas das vezes essa morosidade nos processos ocorre pelo excesso de formalismo previstos pelos Códigos Processuais.

Perante esse cenário, o poder judiciário implantou o processo de mediação e conciliação em seu sistema, o qual provocou um certo “desafogamento”, visto o crescimento da faixa de acordos realizados nas mediações e conciliações, conforme com dados extraídos do índice de conciliações dos anos de 2007 à 2021 elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sendo que este método foi limitado a apenas alguns processos.

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ no ano de 2018, se o judiciário parasse de receber protocolos e focasse em julgar todos os processos em andamentos o tempo previsto para conclusão seria de aproximadamente 02 (dois) anos e 08 (oito) meses.

É notável que o sobrecarregamento do poder judiciário não é um problema atual, o judiciário tem se sobrecarregado mais a cada dia, visto que o número de ações que são peticionadas em todas as esferas do direito e instâncias do poder judiciário tem aumentado em quantidade excessivas, tendo como resultado a demora nas sentenças. (GIUSTINA, 2010, p. 13/16)

Essa quantidade excessiva de processos ocorre porque o judiciário não pode se negar ou deixar de receber peticionamentos, por mais que não tenham quaisquer parâmetros jurídicos, devendo haver a apreciação dos magistrados em todos esses peticionamentos, como é legalmente previsto no art. 5º inciso LIV da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Essa demora dos processos judiciais muitas vezes prejudica os direitos e garantias das partes, tornando, por exemplo, uma prestação jurisdicional ineficaz, ou até mesmo com o falecimento de uma das partes. Deste disto, como pode-se tentar reduzir a demora do judiciário?

O objetivo deste estudo foi de realizar um levantamento de processos peticionados aguardando apreciação, em andamento e finalizados de ações que já foram desjudicializadas, por exemplo: usucapiões, divórcios e inventários, perante a Vara Única da Comarca de Assaré/CE e Serventias Extrajudiciais da Comarca de Assaré/CE.

Para o alcance desse objetivo teve como específicos: a abordagem da ampliação da desjudicialização; a compreensão da desjudicialização como forma alternativa de acesso à justiça; entender os métodos alternativos de resolução de conflitos e interesses; e a abordagem da desjudicialização como método de reduzir a morosidade jurídica e a solução de conflitos com celeridade/agilidade e segurança jurídica.

A discussão proposta poderá contribuir com a ampliação da desjudicialização de ações, possibilitando que um maior número de procedimentos e atribuições possam ser realizados em Serventias Extrajudiciais como forma eficaz e ágil na solução de conflitos e interesses, contribuindo para o desafogamento do judiciário.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O papel do judiciário e o acesso à justiça

O poder judiciário é uma organização pública de extrema relevância, cujo papel é julgar conflitos de interesses e é responsável pela ordem jurídica e a garantia dos direitos individuais e coletivos. Por conta de sua importância no ordenamento brasileiro, Piero Calamandrei (1995, p. 264) aponta o judiciário como uma ordem religiosa “Os juizes são como os membros de uma ordem religiosa: é preciso que cada um deles seja um exemplo de virtude, se não quiser que os crentes percam a fé.”

Contudo, o judiciário possui uma enorme sobrecarga em suas cortes, o que compromete a prestação jurisdicional, ganhando assim a fama de “instituição morosa”, visto a grande demanda de procedimentos todos as jurisdições.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça tornou mais acessível para população, expressando claramente em seu Art. 5º, XXXIV, alinha “a” da CF88: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, com isso não pode se negar a receber peticionamentos, haja vista que é um direito fundamental garantido.

Essa garantia constitucional permite que todos possam ingressar judicialmente, mesmo sem base legal, gerando um alto número de demanda a ser apreciada pelo judiciário e, quanto maior o número de demanda, mais demorado é para a análise, percurso e decisão processual.

Podemos classificar o acesso à justiça como um direito fundamental, assim como o mais essencial dos direitos humanos no sistema jurídico contemporâneo, o qual busca garantir e requerer o direito. (CAPELLETTI, 1988, n.p).

Tratado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 traz como uma garantia fundamental o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, podendo qualquer pessoa a possibilidade de protocolar um processo a qualquer momento. (BRASIL, 1988)

Sobre o tema, Greco Filho entende que “A determinação constitucional se dirige diretamente ao legislador ordinário e, conseqüentemente, a todos os atos, normativos ou não, que possam impedir o exercício do direito de ação”. (GRECO FILHO, 2007, p. 61)

Ainda sobre a garantia constitucional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, também traz o direito de acesso à justiça, como previsto em seu Art. 10 “Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Cintra se manifesta afirmando que o acesso à justiça não se limita apenas a possibilidade de ingresso na justiça:

A respeito do acesso à justiça, a Doutrina, assim se manifesta: “[s]eja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem poderia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa. Acesso à justiça não se identifica, pois como a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (...) mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (ARAÚJO CINTRA, 2014, p. 52).

O acesso à justiça possui finalidades como um sistema o qual as pessoas pedem reivindicar seus direitos ou de solucionar seus litígios, como apontou Mauro Cappelletti:

A expressão “acesso à Justiça” [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os

auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, 2002, p. 08).

Ao tratar de acesso à justiça a primeira coisa que vem à cabeça é a busca pelo Poder Judiciário. Ademais, existem meios alternativos de solução de litígios, tais como o extrajudicial realizados nas Serventias Extrajudiciais. Contudo, a maioria dos conflitos ainda exige a apreciação diretamente pela via judiciária.

2.2 A morosidade do poder judiciário

A morosidade do judiciário já é algo que há muito tempo vem sendo discutido, desde da exigência da população em relação à demora para a finalização de seus processos, como pelos próprios magistrados. (PONCIANO, 2015, p. 01).

Um exemplo de como esse problema não começou na atualidade, é um discurso de Rui Barbosa, paraninfo dos doutores de Direito de São Paulo, que disse no ano de 1920: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça manifesta.” (BARBOSA, 1947, n.p).

Como citado anteriormente, um dos fatores que provocam a morosidade no Poder Judiciário é a grande quantidade de procedimentos protocolados diariamente, acumulando com os procedimentos já se encontram em andamento.

A quantidade insuficiente de servidores no judiciário também influencia para a morosidade. Segundo pesquisa realizado pelo Politize (Organização sem fins lucrativos), em 2017 havia em média 15 mil juízes, incluindo desembargadores e ministros, sendo a produção média do sentenças proferidas por magistrados é de aproximadamente 1616 por ano.

Sobre essa realidade, Fernando da Fonseca Gajardoni descreve:

Todos sabemos que o processo é lento e os procedimentos são demasiadamente complexos, sem falarmos do, no mínimo, exagerado sistema recursal e impugnativo nacional. Somemos a isso o excesso de demandas, fruto da conscientização da necessidade de defenderem seus direitos que alhures eram relegados a um segundo plano, e o pequeno número de magistrado em atividade, reflexo da precária qualidade de ensino das faculdades de direito nacionais, dos baixos vencimentos oferecidos aos aspirantes ao cargo, do movimento político de desestabilização da classe e da grave crise orçamentária pela qual passa o Poder Público, e temos o quadro completo do que convencionalmente tem-se denominado crise do Judiciário. (GAJARDONI, 2003, p. 15/16).

De acordo com matéria realizada pela Agência CNJ de Notícias, no 87º Encontro do Colégio Permanente de Presidente dos Tribunais de Justiça do Brasil, a desembargadora Telma Brito (CNJ, 2011) destacou: “a morosidade frustra direitos, afronta a dignidade da pessoa humana e leva ao descrédito do Judiciário”, visto que o judiciário não está conseguindo alcançar seus objetivos, justamente pelo déficit de servidores.

Além disto, o Código de Processo Civil exige que sejam cumpridos as formalidades e solenidades que a lei determina. Acerca disto, Câmara (2017, p. 38) descreve:

O princípio da instrumentalidade das formas, também previsto no artigo 154 do Código de Processo Civil, determina que os atos processuais solenes, tendo sido praticados sem observância das formalidades impostas por lei, ainda assim serão válidos, desde que atinjam sua finalidade essencial. Valoriza-se assim, o conteúdo do ato, em detrimento de sua forma, o que se faz mesmo nos atos solenes.

Como tratado anteriormente, o judiciário se apegou muito ao excesso de regras e formalidade, prejudicando assim o usuário, visto que esse excesso exige tempo no percurso do processo. (OLIVEIRA, 2009, p. 35).

2.3 A desjudicialização

Ao longo do tempo, percebendo a quantidade excessiva de demandas e demora para julgamento de processos, o Estado aprovou a desjudicialização de alguns procedimentos para que pudessem ser realizados nas esferas extrajudiciais, facilitando a solução de conflitos, garantindo a autenticidade, celeridade e segurança jurídica.

O método de desjudicialização permitiu ao usuário da justiça a faculdade de submeterem seus litígios, que precisariam da intervenção do Poder Judiciário para chegar à uma solução, ao extrajudiciário, permitindo o acesso à justiça de modo *extra muros*. (HILL, 2007, p. 49).

No ano de 2007, foi sancionada a Lei nº 11.441/07 que abriu a possibilidade ao brasileiro de realizar processos de inventários, separação, divórcio consensual e partilha por meio de instrumentos públicos lavrados em tabelionato de notas, expandindo a jurisdição de atos nas serventias extrajudiciais.

O notário e registrador Valestan Milhomem Costa (2007), ao comentar acerca da Lei nº 11.441/07, traz a eficácia e a segurança jurídica que são desempenhas nas Serventias Extrajudiciais, demonstrando a celeridade na resolução de conflitos e interesses, evitando a morosidade da via judiciária:

A Lei nº 11.441/07, que passou a permitir o inventário, a separação e o divórcio administrativos, é a demonstração incontestada do bom senso daqueles que vêm conduzindo a reforma do Judiciário, demonstrando um sério compromisso com a desburocratização, com a celeridade, com a efetividade e com a segurança jurídica (...). Já era tempo de dispensar a tutela judicial para as sucessões sem testamento, quando os interessados, sendo maiores e capazes, estão de pleno acordo quanto à partilha dos bens, pois a função de aquilatar se o quinhão concreto não fere o quinhão abstrato contemplado na lei, observando-se a devida vocação hereditária, e de fiscalizar o recolhimento da contribuição tributária correspondente ao valor dos bens, pode perfeitamente ser desempenhada por um tabelião, profissional do direito dotado de fé pública, sobretudo quando as partes contam com a assistência de advogado. (grifos meus). (COSTA, 2007, p. 01/02).

Partindo dessa premissa, o legislador ampliou, no Código de Processo Civil, as possibilidades de realizar outros atos jurídicos fora da esfera do Poder Judiciário, tais como a usucapião, a dispensa de homologação de sentenças estrangeiras de separação e divórcios, entre outros, contribuindo extensivamente para a desjudicialização e redução da morosidade nos processos.

Desta forma, é notável que a desjudicialização é uma ferramenta eficaz para reduzir a o volume de processos no Poder Judiciário, sendo uma forma alternativa de acesso a justiça, garantindo a segurança jurídica e a rápida solução nos conflitos e interesses, sem a necessidade de provocar o judiciário.

Em face a morosidade do judiciário e o com isso a dificuldade no acesso à justiça, Cappelletti deixa claro que existem diversos ramos do direito onde seriam cabível a simplificação, ou seja, a desjudicialização de atos:

Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns” (CAPPELLETTI, 1988, p. 156).

Analisando esse contexto, entende-se que as Serventias Extrajudiciais são verdadeiramente um suporte do Poder Judiciário, facilitando o acesso à justiça.

Em maio de 2022, a senadora Soraya Thronicke (PSL/MS) apresentou projeto de lei (PL nº 6204/2019) o qual atualmente se encontra em fase de tramitação na casa legislativa, que dispõe acerca da desjudicialização da execução civil de título executivo, reconhecendo e afirmando a maior celeridade dos procedimentos extrajudiciais. (BRASIL, 2022).

2.4 Serventias extrajudiciais

As Serventias Extrajudiciais, também conhecidas como “cartórios”, são subdivididas em 06 (seis) espécies, quais sejam: tabelionato de notas, tabelionato de protestos, registro civil das pessoas naturais, registro de imóveis, registro de pessoas jurídicas e o registro de títulos e documentos. (CNB/CF, 2019).

As Serventias Extrajudiciais atuam na prestação de serviços em caráter privado através de delegação do poder público, como julgado na ADI 3.151 no Supremo Tribunal Federal – STF:

[...] a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca

a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal [...] (STF – Pleno. ADIN - MT nº 3.151-1. Rel. Min. Carlos Britto. Julg. 08.06.2005. DJ. 28.04.2006).

Tais atividades desempenhadas pelo titular e colaboradores das Serventias Extrajudiciais são dotadas de publicidade, autenticidade, eficácia e segurança jurídica, resguardados pela fé pública, conforme previsto no artigo 01 da Lei nº 8.935/94. (BRASIL, 1994).

Ferrari Kumpel (2017, p. 62) idealiza o notário com “um personagem sagrado, detentor do saber da arte hieroglífica, cosmográfica, geográfica e coreográfica, além de ser o responsável pelo ritual das cerimônias destinadas a dar fé aos acontecimentos e manifestações de vontade”, visto que a população sempre precisou de um representante dotado com a fé pública, para garantir a legitimidade e a ordem jurídica.

As Serventias Extrajudiciais possuem um papel fundamental e indispensável perante a sociedade, visto que facilitou o acesso à justiça pelo usuário na solução de litígios, o qual as atividades desempenhas por meio de seus titulares e auxiliares garantem a segurança jurídica, autenticidade, publicidade e eficácia de modo *extra muros*. (HILL, 2007, p. 49).

O acesso à justiça pela via extrajudiciária permite ao usuário liberdade, dentro dos parâmetros da lei, à livre escolha sobre como solucionará seu litígio, sem necessitar da interferência do Poder Judiciário. (FILGUEIRA JUNIOR, 2021, p. 03).

Ademais, o usuário pode recorrer ao judiciário a qualquer momento, principalmente em litígios de alta complexidade, visto que o extrajudiciário não o substitui, mas cabe salientar que é um método alternativo na solução dos litígios e ao mesmo tempo contribuindo para redução da morosidade no judiciário. (HILL, 2021, n.p).

Figueira Junior (2021, p. 05), em seu artigo “desjudicialização da execução civil”, identifica “(...) a extrajudicialização como técnica resolutiva, inclusiva, participativa e eficiente se afigura como um alvissareiro e iluminado caminho sem volta que há muito o Brasil vem trilhando e reafirmando cada vez mais a sua exitosa prática”, ou seja, para o autor a extrajudicialização é uma técnica que vem crescendo no Brasil na solução de litígios, evitando a vasta burocracia do judiciário.

O Poder Judiciário, apesar do expresso na Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso LXXVIII, o qual assegura a celeridade da tramitação dos procedimentos, não possui condições de concluir todas as demandas com agilidade, podendo assim as Serventias Extrajudiciais auxiliar na solução de tais peticionamentos. (OTERO, 2020, n.p).

Com isso, ao comentar acerca da Lei 8.935/94, Ceneviva traz a atividade notarial e registral como finalística, garantindo a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos praticados:

O serviço notarial e de registros é finalístico: atribui garantia às pessoas naturais ou jurídicas e ao direito que lhes corresponde, como meio especial de proteção com a ação de garantir, contida no predicado da frase. Esta compõe, com o art. 1º da Lei, o objetivo nuclear dos serviços mencionados. São vinculados à existência e à preservação dos atos jurídicos aos quais digam respeito. (CENEVIVA, 2010, p. 44).

Ou seja, fica compreensível que as Serventias Extrajudiciais são as formas alternativas mais aptas na prestação de seus atos com celeridade, segurança jurídica, eficácia e na garantia ao acesso à justiça (BRASIL, 2019).

Cabe ressaltar que atualmente, nas Serventias Extrajudiciais somente podem ocorrer procedimentos que os usuários sejam plenamente capazes e que não envolvam litígios, visto que para praticar atos da vida civil é necessário cessar a incapacidade, conforme Art. 5º, parágrafo único do Código Civil. (BRASIL, 2002).

Procedimentos que envolvem menores devem ser acompanhados pelo Ministério Público, o qual tem o papel de garantir a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, intervindo assim em procedimentos que envolvem menores. (BRASIL, 1990).

2.4.1 O papel do advogado nas serventias extrajudiciais

O advogado é uma peça fundamental em alguns atos praticados pelas Serventias Extrajudiciais, seja na elaboração e análise de documentos que formalizam negócios, contratos e etc., como na postulação de procedimentos como divórcios, inventários e usucapião, o que são indispensáveis.

A lei nº 11.441/07 deixa claro que nos atos de inventário, divórcio e usucapião as partes devem ser assistidas por um advogado, caso contrário a escritura pública não poderá ser lavrada pelo tabelião, conforme Art. 892, parágrafo único: “O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advo-

gado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.” (BRASIL, 2007).

Além de seu conhecimento jurídico, o advogado é habilitado para compreender e observar detalhes que podem passar despercebidos por uma pessoa leiga, o que é imprescindível nas escrituras de compra e venda, onde constam inúmeras cláusulas.

A advocacia no âmbito extrajudicial ainda é considerada nova, pois o direito notarial não faz parte da matriz curricular de muitas universidades de direito, tendo o recém-formado que “descobrir” esse ramo do direito já no exercício da profissão. (CLÁPIS, 2022).

2.5 Gratuidade da justiça e emolumentos cartorários

A gratuidade da justiça é legalmente regulamentada nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil, que garante aqueles que não tem condições financeiras de arcar com taxas e/ou custas processuais o benefício da gratuidade, concedido pelo juiz. Esse benefício não somente alcança as custas processuais, mas também honorários advocatícios, periciais, assim como às taxas de emolumentos notariais e registrais. (BRASIL, 2015).

Aqueles que declaram ser hipossuficientes economicamente podem ter acesso aos serviços cartorários de forma gratuitas, conforme previsto no artigo 98, §1º, IX do Código de Processo Civil: “Art. 98, § 1º A gratuidade da justiça compreende: IX - emolumentos devidos a notários ou a registradores em razão da prática de registro, averbação ou qualquer ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial, no qual o benefício tenha sido concedido”. (BRASIL, 2015).

Este dispositivo é expressamente restrito, ou seja, o benefício da gratuidade da justiça é aplicado aos emolumentos cartorários no cumprimento de sentenças de processos judiciais onde a gratuidade já tenha sido concedida ou que haja efetivação de decisão judicial. (BRASIL, 2015).

A isenção dos emolumentos referentes a atos como a lavratura de escrituras públicas e registros somente pode ocorrer mediante lei específica estadual, pois são considerados tributos de competência dos Estados, não podendo a União instituir isenção, conforme previsto no Art. 151 da Constituição Federal que expressa: “Art. 151. É vedado à União: III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.” (CNB, 2016).

Deste modo, observa-se certa desigualdade, visto que as Serventias Extrajudiciais também são formas de acesso à justiça. Tratando desta desigualdade, Tucci define que: “O direito à igualdade só será concretizado se a justiça estiver ao alcance de todos, sem

óbices de natureza econômica que impeçam o exercício do direito fundamental à tutela efetiva e adequada por qualquer cidadão”. (TUCCI, 1989, p. 19).

Ou seja, para TUCCI o direito à igualdade somente será alcançado por completo quando o acesso à justiça estiver ao alcance de todos, seja na esfera judiciária quanto na extrajudiciária, independente de situação econômica e/ou social, visto que o extrajudicial também é uma via de acesso à justiça.

3 METODOLOGIA

Esta pesquisa é de natureza básica estratégica, tendo como objetivo descritivo, abordagem quantitativa onde foi coletado número (quantidade) de procedimentos, utilizando fontes bibliográficas e procedimento documental analisando os dados coletados nas instituições onde foi realizado a pesquisa. A análise dos dados coletados se deu por meios estatísticos.

A pesquisa se deu na Vara Única da Comarca de Assaré/CE e nas Serventias Extrajudiciais do 1º e 2º Ofício, onde foi realizado levantamento de processos desjudicializados, mais precisamente na esfera cível.

A partir do levantamento de processos realizados no judiciário e extrajudiciário, possível identificar a quantidade e o tempo médio para a finalização dos procedimentos em cada esfera, bem como o quantitativo de procedimentos que ainda não foram apreciados na esfera judiciária.

O método utilizado para o levantamento de dados trouxe algum um certo desconforto, como por exemplo, insegurança e medo de divulgações de informações judiciais sigilosas pelos serventuários do poder judiciário e pelos titulares das Serventias extrajudiciais. O tipo de procedimento apresentou um risco mínimo, mas que foi reduzido, haja vista que foram apenas coletados dados como tipo (tipificação), status (fase), tempo (quando petitionado, tempo médio que durou o percurso até a finalização) dos processos realizados do período de 2018 a outubro de 2022, não sendo coletados quaisquer dados pessoais das partes envolvidas nos procedimentos.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A coleta de dados se deu na Vara Única da Comarca de Assaré – CE e nas Serventias Extrajudiciais do 1º e 2º Ofícios de Assaré – CE, onde foi coletado quantitativo de processos de usucapião, divórcio e inventário protocolados, finalizados e em andamentos no período de 2018 à 2022. Foram coletados os seguintes dados na Vara Única da Comarca de Assaré-CE:

AÇÕES PROTOCOLADAS			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	07	81	05
2019	09	88	07
2020	03	50	04
2021	04	70	00
2022	02	51	00

TABELA 01 – Processos protocolados na Vara Única da Comarca de Assaré-CE

PROCESSOS FINALIZADOS			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	02	77	01
2019	03	81	01 + 01 levado à cartório
2020	01	50	01
2021	00	53	00
2022	00	35	00

TABELA 02 – Processos finalizados/concluídos na Vara Única da Comarca de Assaré-CE

PROCESSOS EM ANDAMENTO			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	05	04	04
2019	06	07	05
2020	02	00	03
2021	04	17	00
2022	02	16	00

TABELA 03 – Processos em andamento na Vara Única da Comarca de Assaré-CE

Nas Serventias Extrajudiciais do 1º e 2º Ofícios obteve-se o seguinte:

AÇÕES PROTOCOLADAS			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	07	08	10
2019	11	07	12
2020	10	11	09
2021	17	09	11
2022	33	10	13

TABELA 04 – Processos protocolados nas Serventias Extrajudiciais da Comarca de Assaré-CE

PROCESSOS FINALIZADOS			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	07	08	10
2019	11	07	12
2020	10	11	09
2021	17	09	11
2022	21	10	11

TABELA 05 – Processos finalizados/concluídos nas Serventias Extrajudiciais da Comarca de Assaré-CE

PROCESSO EM ANDAMENTO			
ANO	USUCAPIÃO	DIVÓRCIO	INVENTÁRIO
2018	0	0	0
2019	0	0	0
2020	0	0	0
2021	0	0	0
2022	12	0	02

TABELA 06 – Processos em andamentos nas Serventias Extrajudiciais da Comarca de Assaré-CE

As tabelas 01 (um) e 04 (quatro) foram coletados, respectivamente, o quantitativo de processos judiciais e extrajudiciais de usucapião, divórcio e inventário protocolados nos anos de 2018 à outubro de 2022.

Nas tabelas 02 (dois) e 05 (cinco) foram coletados, respectivamente, o quantitativo de processos judiciais e extrajudiciais de usucapião, divórcio e inventário finalizados dos procedimentos protocolados nos anos de 2018 à outubro de 2022.

E nas tabelas 03 (três) e 06 (seis) foram coletados, respectivamente, o quantitativo de processos judiciais e extrajudiciais de usucapião, divórcio e inventário que ainda se encontram em andamento dos procedimentos protocolados nos 2018 a outubro de 2022.

Ao analisar o coletado e realizar um comparativo por procedimentos observa-se o seguinte:

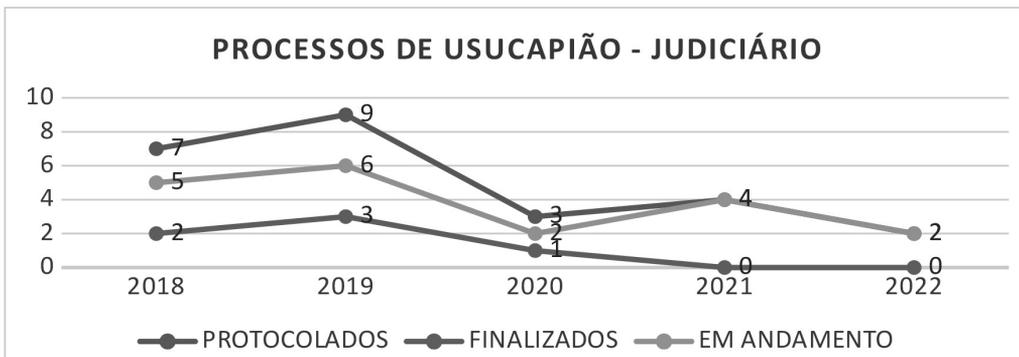


GRÁFICO 01 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de usucapião judicial

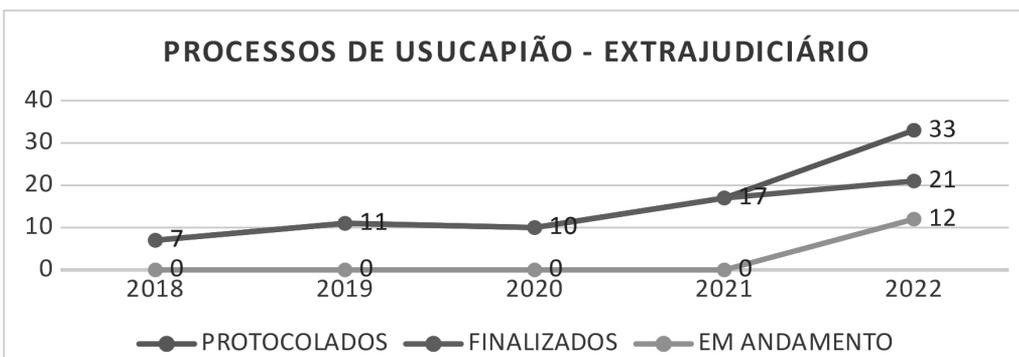


GRÁFICO 02 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de usucapião extrajudicial

No gráfico 01 (um), no qual representa o coletado no poder judiciário de processos de usucapião, observa-se que ainda se encontram em andamento mais de 60% (sessenta por cento) dos processos protocolados no ano de 2018, assim como nota-se que a busca pelo judiciário, em se tratar de usucapião, reduziu pela metade, ao contrário do que demonstra o gráfico 02 (dois) que representa os procedimentos de usucapião no extrajudicial o qual ocorreu uma maior demanda e maior celeridade na conclusão dos procedimentos.

O mesmo se observa em relação aos procedimentos inventário:



GRÁFICO 03 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de inventário judiciário

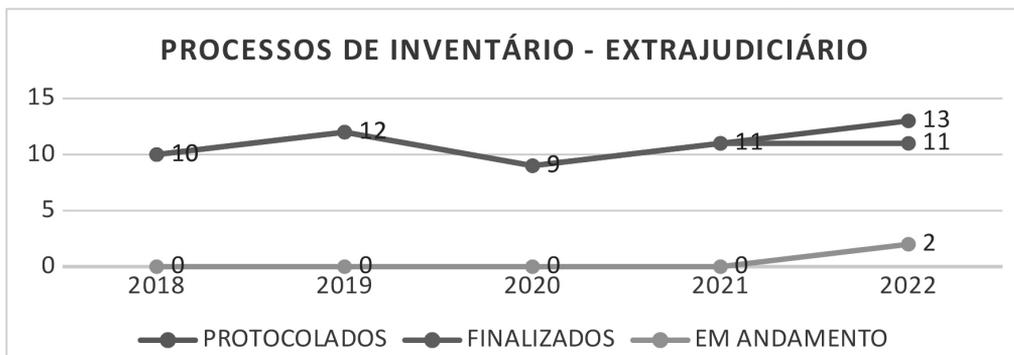


GRÁFICO 04 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de inventário extrajudicial

Em se tratar de inventário, após análise dos dados coletados, observa-se no gráfico 04 (quatro) que o quantitativo de procedimentos de inventários realizados no extrajudiciário se manteve seguindo uma faixa de 09 – 13 de procedimentos, já em relação ao judiciário (gráfico 03) houve uma redução brusca, saindo de uma faixa de 04 – 07 protocolos para 0 (zero) no ano de 2021 o que se manteve em 2022, assim como ainda tramita procedimentos protocolados em 2018.

Já em se tratar de divórcio percebe-se que os números se mantiveram em ambas as esferas, visto que as Serventias apenas podem receber protocolos de divórcio em casos em que as partes estão de acordo e que não envolvem filhos menores e/ou incapazes, conforme estabelece o art. 731 do Código de Processo Civil, o que se observa nos gráficos 05 e 06:

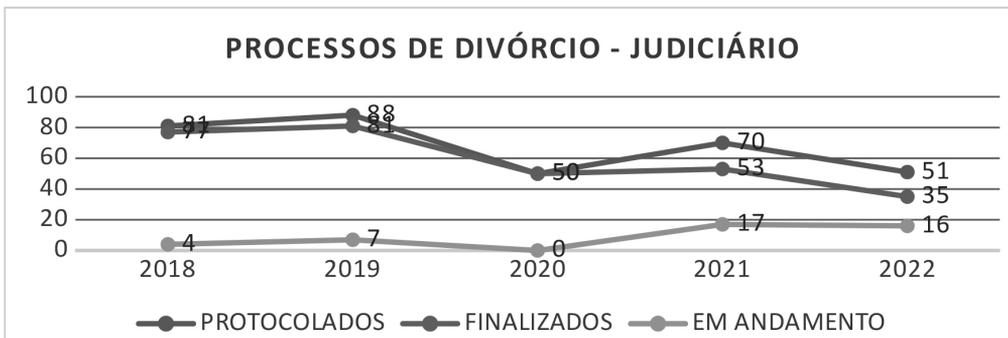


GRÁFICO 05 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de divórcio judiciário

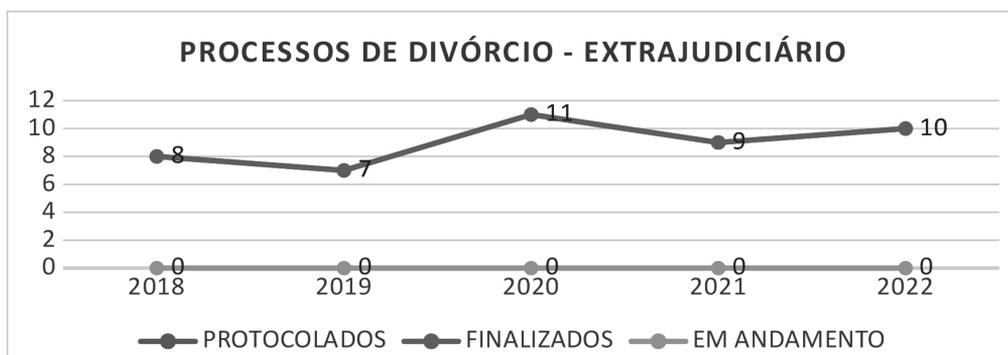


GRÁFICO 06 – Procedimentos Judiciais Protocolados, Finalizados e Em Andamento de divórcio judiciário

Com isso, observa-se que a população ainda tem um grande costume de buscar soluções diretamente na via judiciária, visto que o conhecimento que tais serviços podem ser solucionados no extrajudiciário ainda não é expansivo.

Ao comparar os dados coletados percebe-se, que, em se tratando de processos de usucapião e inventário houve uma redução de protocolos perante a Vara Única da Comarca de Assaré-CE, enquanto ocorreu uma crescente demanda nas Serventias Extrajudiciais, assim como muitos destes processos protocolados no ano de 2018 no judiciário ainda se encontram em andamento. Já nas Serventias, os processos protocolados foram concluídos no período máximo de 05 (cinco) meses, tendo o tempo e duração média de 03 (três) meses, ao contrário da via judiciária que o tempo e duração média é de 03 (três) anos.

Analisando os dados, podemos concluir que conforme os serviços notariais e registrais vão se expandindo e seu acesso mais facilitado (ex.: isenção de alguns atos) poderá haver uma maior redução de protocolos de procedimentos deste tipo no judiciário.

Com isso pode-se concluir que todos os procedimentos protocolados nas Serventias

Extrajudiciais tem uma maior celeridade quando a sua conclusão, garantido a segurança jurídica e a publicidade. Já no judiciário há uma morosidade, visto o alto número de processos protocolados, não só dos aqui trabalhados, mas também de outras categorias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa foi realizar levantamento de procedimentos peticionados, em andamento e finalizados de ações que já foram desjudicializadas, como: usucapiões, divórcios e inventários, perante a Vara Única da Comarca de Assaré/CE e Serventias Extrajudiciais da Comarca de Assaré/CE do período de 2018 à outubro de 2022.

Este trabalho de pesquisa abordou a ampliação da desjudicialização, assim como a compreensão da extrajudicialização como forma alternativa de acesso à justiça e como método alternativo de resolução de conflitos e interesses, bem como foi abordado a extrajudicialização como método de reduzir a morosidade jurídica e a solução de conflitos.

Após analisar os dados coletados e realizar um comparativo das tabelas 01 e 04 (Procedimentos protocolados), percebeu-se que ainda existe um grande costume dos usuários da justiça recorrem diretamente na via judiciária. Contudo, foi observado que os procedimentos nas Serventias Extrajudiciais foram concluídos em tempo médio de 03 (três) meses após o seu protocolo, ao contrário do judiciário que, de procedimentos protocolados no ano de 2018 alguns ainda se encontram em andamento.

Com isso, conclui-se que extrajudicialização é de extrema importância para o judiciário, pois contribui para a redução da morosidade do Poder Judiciário, mantendo a segurança jurídica, autenticidade, publicidade e a eficácia dos atos, bem como as garantias sociais e os direitos fundamentais.

Por fim, este trabalho de pesquisa adotou uma natureza básica e estratégica, o qual apresentou um risco mínimo na coleta de dados e informações, mas que foi reduzido, haja vista que foram apenas coletados dados como tipo (tipificação), status (fase), tempo (quando peticionado, tempo médio que durou o percurso até a finalização) dos processos realizados do período de 2018 a outubro de 2022, não sendo coletados quaisquer dados pessoais das partes envolvidas nos procedimentos.

EXTRAJUDICIALIZATION AS A WAY OF REDUCING THE DELAYS OF THE JUDICIARY: DATA ANALYSIS OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEDURES FROM THE YEARS 2018 TO 2022 IN THE DISTRICT OF ASSARÉ – CEARÁ

The demand in the judiciary increases every day due to the excessive number of processes that are filed daily, consequently, there is an accumulation of processes. In addition, the bureaucracy provided for in the Codes of Civil Procedure made the progress of processes often time-consuming, taking years to complete, harming the rights and guarantees of interested parties. With this, this work carried out a survey of data collected in the Single Court of the District of Assaré-CE and in the Extrajudicial Services, which sought to analyze alternative methods so that some processes could be solved with greater agility and legal security in the judicial sphere. extrajudicial sphere, on the occasion the expansion of non-judicialization was addressed and extrajudicialization was understood as an alternative form of access to justice, being approached as a method of reducing judicial delays and conflict resolution, using a methodology of a basic strategic nature, with descriptive goals and objective. a quantitative approach, using bibliographic and documentary sources, concluding that with extrajudicialization there is a reduction in the slowness of the Judiciary.

Keywords: desjudicialization; alternative methods; slowness; extrajudicialization.

REFERÊNCIAS

NETO, João Celso. A Sobrecarga do Poder Judiciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2096>. Acesso em: 03 jun. 2022.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004. Acesso em: 03 de jun. 2022.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. “**Desjudicialização da Execução Civil**”. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil>. Consulta Acesso em: 19 de nov. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Capítulo 10 - **A reforma do Judiciário**: aspectos relevantes. *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2372>. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/>. Consulta realizada em 03 de jun. de 2022.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de Direito**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COSTA, Valestan Milhomem. A atividade notarial, o inventário, o divórcio e a separação administrativos. **A Lei nº. 11.441/07**. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/bdi/13990-a-atividade-notarial-o-inventurio-o-divorcio-e-separauuo-administrativos-lei-nu-11-441-07.html>. Acesso em: 08 de jun. 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins. Fontes, 1995, p. 264.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade”. In: **Revista Jurídica Luso-brasileira**. Ano 5. Número 3. 209. p. 791- 830.

GRECO, Leonardo. “As garantias fundamentais do processo na execução fiscal”. In LOPES, João Batista. CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coords). **Execução Civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética. 2005.

HILL, Flávia Pereira. “O procedimento extrajudicial pré-executivo (Pepex): reflexões sobre o modelo português, em busca da efetividade da execução no Brasil”. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. **Reflexões sobre a Desjudicialização da execução Civil**. Curitiba: Juruá. 2020. pp. 305-322.

RUIZ, I. A.; SENGIK, K. B. O acesso à justiça como direito e garantia fundamental e sua importância na Constituição da República Federativa de 1988 para tutela dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, PR, v. 13, n. 1, p. 209-235. Disponível em:

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

HILL, Flávia Pereira. “Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Volume 19, número 3. Set/dez 2018. pp. 296-323.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e Acesso à Justiça: A Contribuição das Serventias Extrajudiciais para a Sociedade Contemporânea, como Alternativa ao Poder**

Judiciário. 1ª Edição. Bahia: Editora Jus Podivm, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS, Pedro Batista. **Acesso à justiça. Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Pedro Batista Martins, Selma Lemes, e Carlos Alberto Carmona. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. (Org.). Simões. Rio de Janeiro: 1947. p. 70.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. **A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20242>. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.441/07**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. D.O.U. DE 05/01/2007, P. 1

MARTINS, Pedro Batista. **Acesso à justiça. Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. p. 4.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 52

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Maria Elizabeth de Castro Lopes e Olavo de Oliveira Neto. (coords.). **Princípio do acesso à Justiça. Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil (2015). D.O.U de 17/03/2015, pág. nº 1.

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

CLÁPIS, Alexandre. **A advocacia extrajudicial**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniaio/espaco-aberto/advocacia-extrajudicial/>. Acesso em: 14 de ago. 2023.

BRASIL. **lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro (2002). D.O.U de 11/01/2002, pág. nº 1.

GIUSTINA, Carlo Feltrin Della. **A morosidade do poder judiciário: uma breve análise da origem, soluções e das principais medidas implementadas pela justiça catarinense**. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6571/1/101346_Carlo.pdf. Acesso em: 28 de nov. 2022.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. Breves considerações sobre o acesso à justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24200>. Acesso em: 20 nov. 2022

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6204/2019**. Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Brasília, DF: Senado Federal.

MAZIERIM, Luan Bertin. **Excesso de Formalismo do Processo Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36394/excesso-de-formalismo-no-processo-civil>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Índice de conciliações dos anos de 2007 à 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal pleno)**. ADIN - MT nº 3.151-1. Ementa: Ação de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.033/2003, do estado do Mato Grosso, que instituiu o selo de controle dos atos de serviços notariais e de registro, para implantação do sistema de controle das atividades dos notários e dos registradores, bem como para obtenção de maior segurança jurídica quanto à autenticidade dos respectivos atos. Rel. Min. Carlos Britto. Julg. 08.06.2005. DJ. 28.04.2006.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO
RETROCESSO SOCIAL E
SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:
ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

*THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF
SOCIAL RIGHTS AND THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL
RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL DOCTRINE AND OF
THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT*

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS¹

*THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF SOCIAL RIGHTS AND
THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL
DOCTRINE AND OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT*

*Biltis Diniz Paiano²
Harley Sousa de Carvalho³*

RESUMO

Esta investigação versa sobre o “Princípio da Proibição do Retrocesso Social” e pretende analisar os principais aspectos acerca deste princípio, discorrendo sobre suas abordagens doutrinárias e jurisprudências, colocando em confronto os que afirmam e os que negam o aludido princípio. Em acréscimo, pretende mapear como a doutrina e jurisprudência lusitana abordaram o princípio quando considerado período de crise financeira-econômica, sobretudo na primeira metade da década de 2010, a fim de demonstrar quais os seus reflexos na sustentabilidade dos direitos sociais. A pergunta de partida é: como o direito português, em especial a sua produção doutrinária e jurisprudencial, compreendem o princípio da vedação do retrocesso social? Para responder o referido questionamento, empreende-se pesquisa qualitativa, adotando-se os procedimentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: proibição do retrocesso social; crise econômico-financeira; direitos sociais; sustentabilidade.

1 Data de Recebimento: 22/02/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Docente na Faculdade Terra Nordeste. Mestre e estudante de doutoramento em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9204-3443>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5807106014644367>. E-mail: biltisdiniz@gmail.com

3 Docente na Faculdade Terra Nordeste e no Centro Universitário Christus. Mestre e estudante de doutoramento em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7522-2933>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3462781371291668>. E-mail: harleyjus@gmail.com

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O princípio da vedação do retrocesso social é objeto de controvérsias na doutrina portuguesa entre doutrinadores, que o afirmam e o negam, bem como entre os que admitem sua existência, porém, com interpretação relativa⁴. Por uma razão de metodologia iremos demonstrar ao longo do trabalho os distintos argumentos doutrinários, que se adequam em determinadas problemáticas desenvolvidas nos tópicos para, em seguida, apresentar a incorporação das teses doutrinárias na jurisprudência constitucional.

Assim, o tópico 2 tem como objetivo demonstrar ao leitor os aspectos gerais do princípio, devendo ser explicado o que é a tese do não retrocesso social e sua relação com a maior ou menor liberdade de conformação do legislador. Isto significa compreender – caso o legislador já tenha concretizado um direito fundamental social – se ele pode alterar, diminuir e, até mesmo, extinguir esse direito?

No tópico 3, nos dedicaremos a relacionar o princípio em discussão no contexto de crise econômica. Para responder essa questão à luz do caso específico português, iremos apresentar os argumentos doutrinários⁵ e, posteriormente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, com foco nos casos emblemáticos sobre a questão. O tópico se resume na interrogação: como o Estado pode continuar garantindo os direitos sociais em períodos de crise e falência financeira? Ou, em outras palavras, como preservar o “Princípio da Proibição do Retrocesso Social” em um contexto de crise?

A situação de crise econômica será investigada, uma vez que no âmbito jurídico se faz imprescindível entender como garantir direitos em tempos de “escassez de recursos”, pois, ao refletir a história do homem, é que percebemos o porquê que a crise e o direito são tão conflitantes (URBANO, 2013).

Por fim, iremos tratar das seguintes questões: qual o parâmetro jurídico para proibir o retrocesso social sem causar danos na sustentabilidade dos direitos sociais? Quais soluções para a sustentabilidade dos direitos sociais?

4 A doutrina portuguesa encontra-se dividida na existência de um princípio da proibição do retrocesso social. Entre os doutrinadores que afirmam sua existência estão Gomes Canotilho, Vital Moreira, David Duarte, Cristina Queiroz e Jorge Miranda. Entre os que negam a existência do princípio podem ser elencados Manuel Afonso Vaz e José de Melo Alexandrino. Por fim, há os que, apesar de não afirmarem a existência do princípio, aceitam que possa ocorrer uma proteção com relação à concretização das normas de direitos sociais. Nesse terceiro grupo encontram-se Jorge Reis Novais, Joao Cupers, Vasco Pereira da Silva, Rui Medeiros, Vieira de Andrade, Tiago de Freitas, Paulo Otero. Como não é o foco do trabalho fazer uma análise detalhada da doutrina, citamos os autores; porém, para maiores aprofundamentos acerca de um estudo de doutrinas comparadas cf. SOUSA, 2007.

5 A análise doutrinária não compreende, aqui, um mero trabalho de doxografia. A escolha desse material de análise é justificada em razão da autoridade e prestígio com a qual a atividade doutrinária é considerada em Portugal, sendo importante material de consulta e influência para os órgãos judicantes.

2 NOÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Este tópico pode ser resumido em uma pergunta: é possível que os direitos sociais “sofram” um retrocesso, embora já tenham sido concretizados? De maneira breve, é possível resumir que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social busca proteger a sociedade para que o Estado (legislador) não altere de forma autoritária as prestações de direitos sociais já garantidas/concretizadas para a sociedade. Se o fundamento da administração pública é o interesse público, o princípio em questão pretende proteger tal interesse.

Em síntese, enumeramos as situações que foram identificadas como sendo as que mais caracterizam o retrocesso social trazidas pela doutrina portuguesa: a) a supressão completa da norma que efetivava o direito social, ou seja, um retrocesso *absoluto*; b) a diminuição da efetivação da norma ou alteração da prestação, no que toca os retrocessos que atingem o mínimo existencial dos direitos, sendo desproporcional a ponto de ofenderem aos princípios da igualdade, proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana, consistindo, de tal modo, um retrocesso *relativo*⁶. Para exemplificar algumas atitudes do Estado que são vistas como retrocesso social, podemos citar os casos das taxas para a utilização do sistema de saúde, o aumento do tempo de trabalho necessário para a aposentadoria, diminuição nas prestações a título de subsídio de desemprego, entre outros.

O tema suscita controvérsias na doutrina portuguesa e, para a construção da noção do princípio em questão, vamos pontuar primeiramente as bases gerais da razão de ser do princípio do não retrocesso social com base no ordenamento e na doutrina lusitana.

Em primeiro lugar, um dos alicerces do Estado que garante a ordem, a sustentação e a sobrevivência deste é a “segurança jurídica”, princípio basilar que avaliza a proteção da confiança, sendo consagrada na Constituição Portuguesa através da legalidade, da estabilidade, da razoabilidade, do direito adquirido, entre outros. Assim, para uma ideia de *estabilidade*, a segurança jurídica possibilita um controle nos atos do governante, do legislador e até dos sujeitos particulares⁷. Nessa linha de compreensão, o ordenamento jurídico necessita dessa figura da segurança jurídica, pois tem como base a estabilidade das relações para que haja continuidade no sistema de normas jurídicas.

Assim, podemos dizer que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social se relaciona intimamente com a segurança das relações jurídicas e da proteção da confiança (MO-

⁶ Nesse sentido cf. SARLET (2008; 2006), MIRANDA (2013) e SILVA (2003).

⁷ Detalhando o conteúdo da segurança jurídica, Sarlet (2006, p.434) expõe que “(...) a segurança jurídica tem o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental do Estado de Direito na medida em que, sem a segurança jurídica, mesmo um governo de lei pode se tornar despótico e controverso”.

NIZ, 2015). Ingo Wolfgang Sarlet demonstra a importância de um direito à segurança e o divide entre os conceitos de segurança social (*lato sensu*) e segurança pessoal (*stricto sensu*). A segurança social se refere ao conceito de proteção aos direitos sociais e tem ligação com o princípio da vedação do retrocesso social. Por outro lado, a segurança pessoal se relaciona com os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito⁸.

Sobre o tema, destaca-se que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social não tem previsão explícita na Constituição portuguesa. Porém, de forma implícita, a doutrina o considera por estar vinculado ao conceito de segurança jurídica, que – conforme já foi demonstrado – está consagrado na ordem jurídica. Outra vertente desse princípio é com relação à efetivação dos direitos sociais e a autonomia do legislador.

Para Joaquim Gomes Canotilho (2003), o Princípio da Vedação do Retrocesso Social tem como base o princípio da proteção da confiança, no qual o legislador – após concretizar um direito fundamental social – não pode retroceder (suprimir, suspender ou restringir) sob pena da norma ser declarada inconstitucional nos pontos que alterem as prestações concretizadas.

Em uma obra mais antiga⁹, Canotilho e Vital Moreira (1991) conectaram a fundamentação do Princípio do Retrocesso Social ao princípio da socialidade, o qual busca concretizar os direitos sociais previstos na Constituição. Assim, se uma prestação foi concretizada, ela atinge um novo *status* de direitos e o Estado (e legislador) não poderá retroceder (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 1991).

Seguindo a mesma leitura doutrinária, Cristina Queiroz (2006) apresenta o referido princípio como parâmetro de vinculação à ação concretizadora do legislador, estando impossibilitado de eliminá-lo sem alternativas ou compensações. Em resumo, o dever de legislar transmuda-se em dever de não revogar a lei.

Em razão, portanto, da força normativa das normas instituidoras de direitos fundamentais, Joaquim Gomes Canotilho (2001) entende que o legislador é vinculado a concretizações legais. Ou seja, a vinculação do legislador não retira o direito de alterar as normas já concretizadas, mas sim de retroceder, fazendo com que as prestações sociais deixem de existir ou tornem onerosas aos seus beneficiários. Assim, as ações concretizadoras de direitos sociais vinculam o legislador com objetivo de proteção ao direito já certo, consistindo em um limite para as ações do Poder Público, garantindo que não haja violação arbitrária nas prestações.

⁸ Cf. SARLET (2008, p.3; 2006, p. 437).

⁹ Veremos a seguir que o autor (Gomes Canotilho) em outras obras pondera tal pensamento, relativizando tal princípio em circunstâncias de crise.

Em sentido similar, o constitucionalista Jorge Miranda (2001) entende que o legislador, ao concretizar uma norma de um direito decorrido da Constituição, institui um parâmetro normativo que limitará eventuais alterações que possam implicar em retrocessos sociais.

Adotando raciocínio semelhante, o Tribunal Constitucional se pronunciou no Acórdão nº39/84 favorável ao entendimento de que o legislador está vinculado às suas normas concretizadoras de prestações sociais. Tal acórdão se constitui como uma decisão paradigmática (*leading case*) para a jurisprudência nos casos de vedação ao retrocesso social¹⁰, a qual declarou a inconstitucionalidade de norma que alterava a lei geral do Serviço Nacional de Saúde, mas não previa substituição dos dispositivos alterados, demonstrando que a Corte aceita o princípio e que a liberdade de conformação do legislador tem um caráter mais restritivo nas hipóteses de alterações de normas que devolvam uma situação de inconstitucionalidade por omissão (MONIZ, 2015).

Para Ana Raquel Moniz (2015), a interpretação do acórdão deve ser realizada de forma a entender que o cumprimento do dever de legislar não compreende um esgotamento do dever estatal, mas na modificação de um dever de não eliminar. Não eliminar, contudo, não compreende imutabilidade, dado que a própria proteção social pode exigir adaptações.

Contudo, não há unanimidade.

Em visão mais moderada que os autores expostos, Vieira de Andrade (2012) entende que, com relação aos direitos sociais, a vinculação ao legislador não é absoluta, pois persiste a liberdade para definir forma, medida e grau de concretização de direito. Interpretação diversa, para o autor, consiste em convolar a função legislativa em mera função executiva da Constituição. Porém, Vieira de Andrade não nega a existência de uma vedação ao retrocesso social. O ponto central é sua discordância com a vertente absoluta, devendo ocorrer proibição nos casos que as alterações normativas afetem o núcleo essencial dos direitos sociais¹¹.

No sentido de noção ampla do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, Luís Verde (2007) entende que tal proibição garante a estabilidade da efetividade de uma norma produzida pelo legislador, além de conduzir para o princípio da proteção da confiança quando um direito passa a “valer” na sociedade, gera um entendimento geral para os cidadãos que tal prestação existe e, assim, as pessoas já contam com aquele determinado direito.

10 “Não se ignora a perigosidade desta formulação, pois que foi a partir dela que aquela Alta Jurisdição acabou por formular o princípio (mais restritivo para a liberdade de conformação legislativa) da proibição do retrocesso social – a que o citado aresto acaba por, em certa medida, aderir”. (MONIZ, 2015, p. 68).

11 Apesar de não ter apresentado nesse tópico, mas outros doutrinadores não concordam com a vinculação do legislador aos direitos sociais. No próximo tópico iremos tratar disso.

Desta forma, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social conjuga as ideias de segurança jurídica, de direitos adquiridos, de proteção da confiança e de vinculação do legislador para garantir ao interesse da sociedade para as prestações sociais. O problema que surge é: essa proibição é absoluta? Uma vez concretizado, o não poder retroceder no direito já se encontra garantido?

Após essa noção do que seria o princípio da vedação do retrocesso social, vamos agora analisá-lo sob os argumentos contrários ao princípio, principalmente, frente aos períodos de crise ou tempos de exceção econômica.

3 PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE

O presente tópico tem como fundamento analisar o impacto da crise nos direitos sociais e até que medida o Princípio da Vedação do Retrocesso Social pode servir de auxílio essencial para o Estado ou se o aludido princípio não se justifica em tempos de escassez, sendo admissível retroceder. Como se demonstrará, as crises financeiras do Estado português vão impactar a produção doutrinária e jurisprudencial daquele país.

Antes mesmo de tratar do Princípio da Vedação do Retrocesso Social no contexto de crise, é importante fixar a compreensão de Estado Social que será trabalhada para, posteriormente, compreendermos a problemática da crise nas prestações sociais.

Em síntese, podemos definir o *Welfare State* como a configuração política, jurídica e econômica onde liberdade e direitos sociais andam juntos. Nesse cenário, o Estado assume a figura de prestador de serviços e interveniente, regulando a economia, realizador da justiça social, assegurado da dignidade humana e promotor do desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais mais básicos. Em face de tais deveres, há a configuração de políticas públicas, procedimentos e instituições que objetivam concretizar as determinações constitucionais, tais como a estruturação e a execução de políticas de assistência social.

Por alguns anos, tais ideias de desenvolvimento através do Estado prestador conseguiram êxito¹², irradiando nos ordenamentos jurídicos ocidentais e também no direito internacional. Contudo, a “época de ouro” – conforme as palavras de Jorge Miranda (2012, p. 184) – de prestações sociais chegou ao fim e o Estado português se tornou insustentável¹³.

12 Cf. Esping-Andersen e Palier (2009, p.14.), Esping-Andersen (2002). Com ênfase no contexto de crise cf. Martins (2012) e Niez (2012).

13 “O Estado social é vítima, em alguns países, do seu próprio sucesso. As constituições «socialmente amigas» sofrem as críticas amargas da «crise de governabilidade», do «flagelo do bem», do «fim da igualdade», da «bancarota do Estado». Noutros países, que não resolveram ainda o problema do poder, confrontando-se com a *paradoxia* da necessidade de mais poder porque há pouco poder, países esses que estão longe de entrar nos limites mínimos do Estado social, o catálogo generoso de direitos econômicos, sociais e culturais é apenas uma narrativa emancipatória ilusória ou uma seqüela de

Na medida em que os direitos sociais detêm força de um princípio jurídico-constitucional e sua efetivação depende do Estado (legislador) – e, para isso ocorrer, o Estado precisa ter recursos financeiros –, o modelo de Estado Social passa a ter a sustentabilidade orçamentária e social questionada.

É nesse contexto que o Estado social recebeu críticas na produção doutrinária portuguesa, pois suas constituições induzem a ideia de direitos sociais garantidos pelo Estado, ainda que esse passe por instabilidade financeira¹⁴. Com isto, surgiram algumas interrogações: como o Estado pode continuar garantindo os direitos sociais em períodos de crise e falência financeira? Como preservar o “princípio da proibição do retrocesso social” em contextos de crise?

A partir de um cenário de crise, a interpretação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social foi sendo relativizada na ordem jurídica portuguesa, uma vez que a leitura do fenômeno foi de que direitos sociais são custosos e o Estado não consegue sustentar financeiramente direitos que dependem de suas prestações. Passa-se a ventilar, então, a possibilidade de um “retrocesso condicionado” (ANDRADE, 2015, p. 38).

O período de crise é um momento em que a dinâmica normal do Estado se altera e põe em causa a manutenção deste e, por isso, a norma constitucional considera e regula esses períodos excepcionais, prevendo que alguns dos direitos protegidos sofram restrições para que o bem geral (o interesse público no geral) seja protegido, tal qual ocorre no Estado de Sítio. Embora as Constituições sejam projetadas para tempos de normalidade econômica e institucional, a existência de regras específicas para crises compreende uma flexibilidade essencial para a sobrevivência do pacto constitucional.

A Constituição Portuguesa prevê o “estado de emergência”¹⁵ para situações de anormalidade. Porém, para Benedita Urbano (2013) deveria existir uma previsão que consagrasse um estado de crise econômico-financeira. Assim, para a autora, tal previsão se justificaria para que em alguns períodos se admitisse medidas “legitimadas pela excepcionalidade das circunstâncias” (URBANO, 2013, p. 9). Assim, em situação de crise econômico-financeira, seria vantajoso admitir um *direito à crise* ou um *estado de crise* sendo fundamentada na “ruptura, suspensão ou descontinuidade do direito, inclusive do

determinada leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada. A «cidadania social» conquista-se não através da *estatização da socialidade*, na esteira de Bismarck ou de Beveridge, mas sim através da *civilização da política*. Já não o Estado-Providência que tenta resolver os problemas ligados à distribuição dos recursos; é o *Estado-activo* tutelar, ou supervisor, que tem, só ele, a responsabilidade pela produção de bens colectivos indispensáveis à sociedade, quando se trata da segurança de bens essenciais no seu núcleo básico. A estratégia é a do «Estado preceptor», que deve substituir as ideias rectoras da intervenção estatal por ideias estimuladoras da mudança numa sociedade heterárquica e contextualizada”. (CANOTILHO, 2008, p. 122 e 123).

14 “Na verdade, algumas críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir”. (CANOTILHO, 2008, p. 255).

15 Cf. Art. 19 da Constituição da República Portuguesa.

direito constitucional, em nome da proteção de um bem maior que é o próprio Estado, a sua sobrevivência” (URBANO, 2013, p. 9). Portanto, nas conclusões da autora, faz-se necessário que as crises econômicas sejam específica e diretamente tratadas e não apenas quando resultantes de crises políticas, armadas ou naturais (URBANO, 2013). Desse modo, se as crises econômicas têm a capacidade de causar prejuízos, com consequências semelhantes a uma guerra ou um desastre natural, por que a ordem jurídica não a trataria como um estado de excepcionalidade, admitindo diminuição ou até mesmo eliminação de alguns direitos fundamentais sociais?

Benedita Urbano (2013) trata como legítimo a visão global do Estado contra a crise para assegurar o bem-estar do todo e para a sua manutenção. Nesse sentido, João Loureiro (2010, p. 56) afirma que em momentos de crise financeira o Estado é obrigado “a pensar seriamente não apenas a racionalização, mas o racionamento” das prestações e que, apesar da importância de os direitos sociais serem assegurados, não tem como o estado ignorar os custos destes.

É neste contexto que o princípio da proibição do retrocesso social se distancia da visão tradicional, apresentada no capítulo anterior, pois apesar de um propósito positivo em sua ideia basilar, a doutrina passou a considerar que, em momentos nos quais as decisões do Estado são imprescindíveis, condicionar a um princípio absoluto seria um caminho para a falência do Estado.

Dessa forma, a doutrina se mostra mais receptiva ao princípio relativizado, em que a proibição em retroceder não seja a vinculação do legislador de maneira absoluta e sim nos casos que ponha em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais ou ao mínimo para uma existência condigna (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

No caso de Canotilho (2008, p. 110), este passou a defender uma visão relativizada para o princípio da proibição do retrocesso social, reconhecendo mudança de posicionamentos anteriores em face da “insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social”. Partindo da premissa que o princípio não pode ser absoluto perante a vinculação do legislador as prestações sociais já concretizadas, a relativização do princípio deve obedecer aos limites da proteção da confiança e do núcleo essencial dos direitos, devendo ter em consequência alguma compensação do direito extinto (CANOTILHO, 2003).

Para fins de um paralelo com a doutrina brasileira, Ingo Sarlet (2008) defende a proibição do retrocesso social de forma relativa, nos casos em que ocorra o retrocesso com reflexos no núcleo essencial dos direitos sociais, pois a liberdade de conformação do legislador não pode ser disposta de maneira indeterminada que compreenda riscos ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Como interpreta José Carlos Vieira de Andrade somente em casos excepcionais pode ser limitada a liberdade de conformação do legislador, podendo ser aceito a proibição

de um retrocesso no caso de uma norma redutora de direito social violar o princípio da proteção da confiança, da igualdade e no caso de não haver um regime protetivo alternativo¹⁶. Além disso, o autor compreende que na atualidade está cada vez mais difícil ou ultrapassado defender um princípio absoluto de não retrocesso, pois em um contexto de escassez seria até utópico pensar em progresso constante. Assim, José Carlos Vieira de Andrade (2012) entende que em tempos de crise deve-se aceitar o retrocesso condicionado quando de crises mais agudas, ausência de crescimento ou escassez de recursos.

Jorge Reis Novais segue o mesmo pensamento: que a aceitação de um princípio absoluto de vedação a um retrocesso social se mostraria ineficaz, uma vez que em um contexto de crise “não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa” (NOVAIS, 2010, p. 82).

Portanto, a doutrina portuguesa passou a entender que a partir de alguns critérios a autonomia do legislador pode ser limitada sob o fundamento de garantir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e que, além disso, o princípio do retrocesso assume um espaço no direito constitucional, principalmente quando estudado sob a perspectiva de uma crise, que tanto necessita em certos momentos reduzir direitos (com objetivo de combater à crise), mas que, também, deve respeitar a essência dos direitos fundamentais.

3.1 Breve referência do princípio da vedação do retrocesso social no Tribunal Constitucional português

Dando continuidade na investigação orem empreendida, o estudo da jurisprudência constitucional é essencial para a compreensão dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, O Tribunal Constitucional português tem reconhecido o princípio da vedação do retrocesso social em diversos acórdãos, afirmando que os cidadãos não podem ser privados de direitos já concretizados. Porém, esse reconhecimento vem sendo *relativizado*.

Em tempos de crise, o Poder Judiciário tem a função de busca de um equilíbrio entre as decisões do poder público e o interesse fundamentado nos princípios constitucionais. Benedita Urbano afirma que o “direito da crise” admite uma interpretação diferenciada dos juízes do Tribunal Constitucional, fundamentada na necessidade do momento e na legalidade, uma vez que “o principal papel dos juízes será o de acomodar a Constituição

16 “[...] julgamos que é de aceitar, obviamente, a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional -, bem como o limite da proteção da confiança, embora, pelas razões aduzidas, apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do «retrocesso»”. (ANDRADE, 2012, p. 381, destaques no original).

às situações de crise e de emergência” (URBANO, 2013, p. 23).

Todavia, as decisões devem ser pautadas pela razoabilidade, com o objetivo que a interpretação que envolva direitos sociais seja ampla, de forma a reduzir ao máximo os possíveis danos. Entretanto, em tempos de crise, o papel da jurisprudência muda, devendo decidir de forma distinta do habitual, onde o direito pode ser reduzido, devendo ocorrer uma tolerância para retroceder no controle de constitucionalidade das normas (URBANO, 2013). Em outras palavras, podemos afirmar que além do dever de estabilidade, a jurisprudência é pressionada a conduzir mudanças graduais que permitam a continuidade da ordem jurídica.

No acórdão n.º 39/84, de relatoria do então conselheiro Vital Moreira,¹⁷ o qual versava sobre o serviço nacional de saúde, surgiu uma concordância do tema do não retrocesso social pelo Tribunal Constitucional¹⁸, pois na decisão ficou consignado que, após atendimento ao comando normativo dos direitos sociais, o “Estado, que estava obrigado a actuar (sic) para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”¹⁹. Para Jorge Reis Novais o acórdão sugere uma aceitação do princípio, tendo como parâmetro de validade que “a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão [...]” (NOVAIS, 2010, p. 83).

No acórdão n.º 509/02²⁰ (relativo à revogação do rendimento mínimo garantido, transformando em rendimento social de inserção e alterando a idade dos beneficiários de 18 anos para 25 anos), o Tribunal adotou uma postura mais moderada e o princípio da vedação do retrocesso só incidiria nos casos que a norma revogadora atingisse: a) O núcleo essencial do direito fundamental social, atingindo o mínimo para uma existência condigna próprio da garantia a dignidade humana²¹ e sem a criação de outro direito compensatório; b) a supressão de um direito social, que viole o princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; c) “ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”²².

Deste modo, os acórdãos (n.º 39/84 e n.º 509/02) demonstram que apesar da jurisprudência portuguesa não adotar o Princípio da Vedação do Retrocesso Social autonomamente, em síntese, admite nos casos: i) que os direitos sociais sejam violados

17 Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 21 fev. 2023.

18 Segundo boa parte da doutrina entende que o aludido acórdão tem o condão de ser um primeiro acolhimento do Tribunal Constitucional em matéria de proibição do retrocesso. Nesse sentido cf. CANOTILHO, 2003, p.469; SILVA, 2003, p. 258; MIRANDA, 2012, p. 194; MAC CROIRE, 2013, p. 36.

19 Acórdão n.º 39/84 - Tópico 2.3.3.

20 Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 fev. 2023

21 Acórdão n.º 509/02 – declaração de voto Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

22 Acórdão n.º 509/02 – tópico 9.

quando o legislador cria uma norma redutora que remete a uma inconstitucionalidade por omissão, devendo nesse momento ser limitada sua liberdade de conformação, a fim de que, dessa forma, não viole o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que tal princípio se fundamenta em dar limitações aos Poderes entre si e para nenhum dos três Poderes pode ser conferido plena liberdade nas suas ações; ii) admite um retrocesso nos casos de violação ao princípio da proteção da confiança e quando o conteúdo essencial do direito a um mínimo de existência condigna esteja ameaçada.

Neste contexto de crise percebe-se que o Tribunal vai decidindo cada vez mais no sentido reservado, ou numa “acepção restritiva valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais”²³.

Em decisões mais recentes o Tribunal vem se posicionando no sentido da valorização da alternância democrática – a qual se baseia na possibilidade de alteração das posições do legislador –, decidindo sob o aspecto de não considerar um retrocesso nos casos que, razoavelmente, perceba-se que não foram violados os limites do conteúdo mínimo dos direitos sociais (ZENKER, 2012).

No acórdão n.º 188/09 (relativo à questão das pensões), a Corte Constitucional admite mais uma vez a proibição do retrocesso apenas quando a alteração do conteúdo de direito social sugerir o “arbítrio ou desrazoabilidade manifesta do retrocesso, a violação do protecção da confiança”²⁴.

4 SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL

Em paralelo à admissão de restrições ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social, a doutrina portuguesa passou a discutir a sustentabilidade dos direitos sociais. Utilizando as palavras de João Loureiro (2010, p. 109) “[...] o anúncio da crise e do fim do Estado social prende-se, desde logo, com questões de sustentabilidade”.

Em períodos de crise, tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes em Portugal passaram a defender que a proibição do retrocesso dever ser relativizada, em razão de que “mais do que obstar às alterações da concretização legislativa dos direitos sociais, o problema consiste hoje em equacionar quais os limites da sustentabilidade no/do Estado social” (MONIZ, 2015, p. 69). E, uma vez que os direitos sociais dependem

23 Acórdão n.º 3/10 – Tópico 3. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100003.html>. Acesso em: 30 dez. 2015.

24 Acórdão n.º 188/09 – tópico 6. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>. Acesso em: 21 fev. 2023.

de financiamentos sustentáveis, até que medida se pode proibir o retrocesso social sem causar danos na sustentabilidade dos Direitos Sociais?

Antes de apresentar as respostas doutrinárias para tal questão, vamos primeiramente entender o que seria essa “sustentabilidade” dentro do contexto ora debatido. O pressuposto assumido é que, em período de escassez de recursos, o conceito de direitos sociais sustentáveis segue para um balanceamento imprescindível entre princípios e valores, buscando o princípio da concordância prática para uma razoabilidade nas prestações sociais. Isto significa que os direitos sociais “sofrem” um embate, pois dependem das condições que o Estado se encontra, devendo o Estado decidir a melhor forma para que a maioria se encontre resguardada, apesar da crise, em nome da sustentabilidade do Estado. Contudo, ao mesmo tempo em que o legislador tem que observar a questão financeira e o interesse geral, ele tem que respeitar o conteúdo essencial dos direitos sociais, pois são inerentes a dignidade da pessoa humana. Assim, encontrando um equilíbrio entre essas duas vertentes, a sustentabilidade social seria alcançada (MONIZ, 2015).

Sobre a questão, Jorge Miranda (2012, p. 195) entende que para ser sustentável e ocorrer à proibição do retrocesso, deve-se sempre fazer relação entre normatividade e a materialidade das relações sociais, culminando na seguinte formulação. “Por isso, deve concluir-se: 1º) Somente é obrigatório o que seja possível; 2º) mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório”. Ou seja, se o Estado não tem condições de sustentar algumas prestações sociais em períodos de crise, que haja o retrocesso de tais prestações; porém, se ocorrer o contrário e o Estado suportar manter os auxílios já concretizados pelo legislador, então ele está obrigado a mantê-los.

Para José Carlos Vieira de Andrade (2015), em épocas de crise a proibição do retrocesso deve ser encarada, seguindo a ideia de razoabilidade das prestações sociais indispensáveis, de forma que a reversibilidade de tais prestações no período de escassez possa garantir a sustentabilidade dos direitos sociais.

As questões de sustentabilidade vêm ocupando a preocupação dos doutrinadores do Direito Público português, sendo um dos questionamentos mais recorrentes: será que há alguma solução para que os direitos sociais se tornem sustentáveis? Ou chegamos ao fim do Estado social?

Joaquim Gomes Canotilho (2008) traz um olhar positivo ao estudo da sustentabilidade do Estado Social como um processo de encontrar soluções constitucionais para os desafios concretos impostos a esse ramo. Acompanhando a linha argumentativa de Canotilho, os doutrinadores ora estudados caminham para a discussão da sustentabilidade dos direitos sociais na busca de soluções eficazes.

Neste quadro, Jorge Miranda (2012) afirma que uma saída para o Estado Social seria diminuir o excessivo peso das prestações que atualmente o Estado sustenta, devendo

sustentar os direitos mais básicos, como a educação básica e a secundária, os serviços de saúde, assistência materna, auxílio ao trabalhador desempregado, inclusão de deficientes e marginalizados, além de auxílio no caso de calamidades naturais. O restante poderia ser compartilhado os custos.

Para João Loureiro (2010) o clássico modelo de estado social como Estado garantidor e realizador de prestações deveria ser esquecido, necessitando ocorrer uma divisão com mercado e terceiro setor, sobretudo com relação à serviços e infraestrutura. O Estado atuaria apenas nas falhas ou insuficiências do mercado.

Tal concepção passaria a ser associada a uma ideia de solidariedade, a qual deve ser exercida por todos, buscando uma harmonia entre os direitos e deveres dos cidadãos e do Estado. Com a solidariedades, os problemas sociais passam a ser “simultaneamente de cada um dos cidadãos, da sociedade e da sua forma mais organizada o Estado” (NABAI, 1999, p. 174).

Dessa forma, identifica-se na doutrina lusitana passa a se orientar para uma “cultura de deveres” (LOUREIRO, 2010, p. 22) em que a sociedade é protagonista junto com o Estado para arcar com as prestações sociais, assumindo assim os custos dos seus gastos, na medida em que os suportem, assumindo um papel ativo na sustentabilidade dos direitos sociais para todos os que necessitam.

Na tentativa de oferecer razões jurídicas e políticas para fundamentar a relativização do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, Vieira de Andrade (2015), ao seu turno, irá associar a gratuidade da prestação universal a um igualitarismo ideológico, devendo-se admitir contribuições dos que podem pagar quando serviços não sejam acessíveis a todos ou os beneficiários não sejam igualmente atendidos.

Isto significa que a concretização da solidariedade também pode ser desenvolvida pela sociedade, como o exercício das atividades do terceiro setor. Assim, o papel de bem-estar social – atribuído unicamente ao Estado no passado – passa a ser assumido pela sociedade. Nessa linha de defesa, afirma-se que para a sustentabilidade do Estado social é necessária uma cooperação mútua entre “o Estado, as entidades públicas e os cidadãos” (MONIZ, 2015, p. 79 e 80).

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais formam o núcleo essencial do Estado de Direito, uma vez que integram o objetivo constitucional de garantir aos cidadãos uma vida digna. Esses direitos geram ao Estado obrigações positivas (prestacionais) e negativas (assegurar a não violação de direitos). Portanto, para que os direitos fundamentais sociais prestacionais sejam concretizados, estes necessitam de uma ação do Estado com prestações de

serviços públicos e políticas públicas que busquem diminuir a exclusão social e auxílios para que haja condição de ter um mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa.

Assim, surge a proibição de um retrocesso para as condições sociais já realizadas, operando com um limite a autonomia do legislador, pois os direitos sociais não podem ser garantidos somente pela visão econômica de uma reserva financeiramente possível, mas também social.

Apesar de em um primeiro momento a doutrina seguir por uma interpretação mais protetiva do princípio da proibição do retrocesso – deixando o legislador vinculado a suas concretizações –, com o passar o tempo foi-se percebendo que essa visão forte – quiçá absoluta – foi considerada insustentável. Assim, o princípio da vedação do retrocesso social passou a ser reinterpretado, na doutrina majoritária das últimas duas décadas e na jurisprudência portuguesa, como passível de relativização à luz da ponderação e razoabilidade, principalmente no contexto de crise.

Desta forma, o Tribunal Constitucional passou a definir que retroceder significa violação constitucional nos casos: i) autonomia mínima do legislador: situações de direitos já concretizados o legislador só pode alterar a norma na medida em que não venha como consequência uma inconstitucionalidade por omissão (Ac. TC 509/02); ii) autonomia ampla do legislador: nesse caso as alterações só serão proibidas se o retrocesso violar um princípio fundamental, através do arbítrio ou desrazoabilidade e sem criar alternativas para a sua revogação (Ac. TC 3/10); iii) será proibido retroceder quando o conteúdo essencial dos direitos e mínimo para uma existência condigna estiverem em causa (Ac. TC 188/09).

Ato contínuo, identificou-se outros elementos argumentativos: a sustentabilidade e a corresponsabilidade. Através de um olhar direcionado a sociedade como e responsável por garantir juntamente com o Estado uma vida pautada na dignidade humana de todos e na solidariedade, entre os que podem pagar e os que não podem. Todavia, foi identificado que não é uma tarefa fácil determinar aquilo que se deve pagar ou não, uma vez que a barreira entre o básico e outras necessidades é pequena, dependendo de cada sociedade e de cada momento histórico.

Por fim, cabe aqui algumas ponderações sobre os resultados desta pesquisa. Como verificado pela metodologia e pelo objeto estudado, o foco de análise considerou a produção doutrinária e a atividade jurisprudencial portuguesas antes e depois do contexto de crise econômica e financeira que alcançou Portugal em 2008. Logo, constata-se a influência da conjuntura política e econômica do país na reflexão jurídica de modo que, em primeiro lugar, não se pode descartar a possibilidade de que em novos contextos a vedação ao retrocesso social possa fortalecida e, em segundo lugar, o transplante de tal reflexão para o Brasil deve ser feito com cuidados e ressalvas, uma vez que, no país

européu, se debateu expressamente a relativização de direitos já assegurados, enquanto no país sul-americano se considera a restrição de muitos direitos que sequer foram adequadamente implementados.

THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF SOCIAL RIGHTS AND THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL DOCTRINE AND OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

This research deals with the “The Principle of the Prohibition of the Retrocession of Social Rights” and aims to analyze the main aspects about this principle, discussing its doctrinal aspects and jurisprudence, putting in confrontation those who affirm and those who deny the aforementioned principle. In addition, it intends to map how the Portuguese doctrine and jurisprudence addressed the principle when considered a period of financial-economic crisis, in order to demonstrate its reflections on the sustainability of social rights. The research question is: how does Portuguese law, particularly its doctrinal and jurisprudential production, comprehend the principle of prohibition of social retrogression? To address this inquiry, a qualitative research approach is undertaken, employing the methods of bibliographic and documentary research.

Keywords: prohibition of the retrocession of social rights. economic and financial crisis. social rights. sustainability.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade. *In*: LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). **A economia social e civil**: estudos. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. [p.23-42].

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação ao legisla-**

dor: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*BYPASS*” Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais.* 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 253.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais. *In: Estudos Sobre Direitos Fundamentais,* 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ESPING-ANDERSEN, Gosta; PALIER, Bruno. **Três lições sobre o estado-providência.** Lisboa: Campo da Comunicação, 2009.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. Towards the Good Society, Once Again? *In: Why we need a New Welfare State/* Gosta Esping-Andersen with Ducan Callie [*et al.*], New York: OXFORD University Press, 2002.

GONÇALVES, Pedro *et. al* (Coord). **A Crise e o Direito Público.** VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). **A economia social e civil:** estudos. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

MAC CROIRE, Benedita. Os direitos sociais em crise? *In: GONÇALVES, Pedro et al.* (coord). **A Crise e o Direito Público.** VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013. [p.33-45].

MARTINS, Afonso D’Oliveira. A Constituição e a Crise. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Vol. I, Lisboa: Coimbra Editora, 2012. [p. 85-95].

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial. *In: LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana* (Coord.). **A economia social e civil:** estudos. Coimbra: Instituto Jurídico da

- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. [p.61-104].
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II: Tomo IV: Direitos Fundamentais, 5ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. 2012. [p.181-198].
- NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXV, 1999.
- NICZ, Alvacir Alfredo. A Superação das Crises de Governabilidade para o alcance da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I, Lisboa: Coimbra Editora, 2012. [p. 165-183].
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os Direitos Sociais (Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. *In: Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>. Acesso em: 21 fev. 2023.
- SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Univ. Católica Ed., 2003.
- SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 83, 2007.
- URBANO, Maria Benedita. Estado de necessidade económica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional. *In: GONÇALVES, Pedro e outros (coord). A Crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013. [p.7-31].
- ZENKER, Marcelo. A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo STF. *In: THEMIS*. Revista da Faculdade de Direito UNL. Ano 12, n°22/23, 2012. [p.219-259].

A INFLUÊNCIA DAS EMERGÊNCIAS
CLIMÁTICAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*THE INFLUENCE OF CLIMATE
EMERGENCIES ON THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS*

A INFLUÊNCIA DAS EMERGÊNCIAS CLIMÁTICAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES¹

*THE INFLUENCE OF CLIMATE EMERGENCIES ON THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS*

*Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl*²

*Eduardo Dias de Souza Ferreira*³

RESUMO

O presente trabalho analisa o contexto das implicações das emergências climáticas nos direitos humanos de crianças e adolescentes, com base em dados coletados junto aos relatórios recentes da ONU e UNICEF e de outras instituições públicas e privadas, a fim de demonstrar, em âmbito internacional e nacional, sugestões do que deve ser priorizado nas políticas públicas preventivas a fim de que se tenha uma atuação preventiva e assim, sejam minimizados os riscos e danos decorrentes de emergências climáticas.

Palavras-chave: emergência climática; mudanças climáticas; repercussão nos direitos fundamentais; crianças e adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

Cada vez mais tem sido ressaltada a importância da expressão emergência climática, definida como “uma situação em que é necessária uma ação imediata para reduzir ou deter a mudança climática e evitar danos graves e permanentes ao meio ambiente.” (OXFORD ADVANCED LEARNER’S DICTIONARY, [20--], tradução nossa). Contu-

1 Data de Recebimento: 05/07/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Promotora de Justiça no Ministério Público da Bahia (MP/BA), Pós-Graduada em Direito, Pós-graduanda em Infância e Juventude pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP e Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8646-3062>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0402523193864050>. E-mail: annatrennepohl@gmail.com

3 Procurador de Justiça Cível do Ministério Público de São Paulo (MP/SP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direitos Humanos (Graduação, Mestrado e Doutorado) com ênfase em Infância e Juventude da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Integrante do Corpo Docente dos Cursos de Especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (MP/SP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0716-3131>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0402523193864050>. E-mails: edsferreira@pucsp.br; eduardo@mpsp.mp.br

do, deve-se analisá-la não apenas sob o aspecto do direito ambiental, mas também como a sua repercussão em outras áreas do Direito e outras ciências, diante da sua complexidade e interferência policêntrica.

O ponto em comum do sentido literal atribuído a essa expressão consiste na gravidade dos riscos climáticos, que vão de graves à irreversíveis, e a conseqüente necessidade de adoção de medidas urgentes e imediatas para evitá-los ou mitigá-los (CARVALHO, 2022).

Tal questão de ordem foi objeto da normativa internacional na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima - UNFCCC, tendo em vista que atinge todo o planeta em diversas áreas de abrangência (BRASIL, 1998).

Entretanto, o presente artigo envidará esforços na análise das conseqüências das emergências climáticas nos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e as medidas que devem ser adotadas a fim de minimizá-las em âmbito nacional, com base em dados apresentados por organismos estrangeiros sobre o mundo e internacionais e nacionais sobre o Brasil, apresentando as possibilidades de minimização de tais danos, obtidas a partir do estudo bibliográfico e de dados de estudos sobre o tema, tendo em vista que, muitas vezes, os efeitos dos impactos ambientais de hoje somente serão suportados pelas próximas gerações, fato que funciona como um incentivo para se adia-rem decisões que em rigor são urgentes (BARROSO, 2020).

2 A INFLUÊNCIA DAS EMERGÊNCIAS CLIMÁTICAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Um estudo realizado pelo *National Research Council of National Academies* (2011), de âmbito restrito ao território norte americano, mas que serve de parâmetro para a análise do papel das mudanças climáticas no aumento e potencialização das ocorrências de emergências climáticas e conseqüentes desastres, Carvalho (2020) concluiu que certos níveis de aquecimento global, juntamente às emissões de dióxido de carbono, poderão atingir o planeta, bem como as futuras gerações em impactos de grande monta, já que atualmente se sabe que o incremento da temperatura global atinge os padrões de precipitação, ondas de calor extremo, ciclo hidrológico, recuo das geleiras no oceano, redução das colheitas, branqueamento dos corais e aumento dos níveis dos oceanos.

No ano de 2021, a UNICEF - United Nations Children's Fund – (2021b) divulgou o relatório *The Climate Crisis is a Child Rights Crisis (Introducing the Children's Climate Risk Index - CCRI)*, onde o Índice de Risco Climático Infantil (CCRI) fornece a primeira visão abrangente da exposição e vulnerabilidade das crianças aos impactos das mudanças climáticas. Esse relatório classifica os países com base na exposição das

crianças a choques climáticos e ambientais, como ciclones e ondas de calor, bem como sua vulnerabilidade a esses choques, com base no acesso a serviços essenciais.

O relatório apresenta uma estrutura conceitual, uma ferramenta e uma avaliação inicial ao nível global da exposição e vulnerabilidade das crianças aos perigos climáticos e ambientais, choques e estresses – a fim de ajudar a priorizar ações para aqueles que enfrentam em maior risco.

Verifica-se, portanto, que uma emergência climática afeta, além de outros direitos de pessoas jovens e adultas, imensamente os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, visto que, apesar de não ser decorrente de sua ação, e sim de ação da própria natureza ou de ação humana, são eles que mais sofrem as suas consequências e possuem direitos violados.

Ainda segundo o referido relatório, demonstra-se uma nova evidência global de quantas crianças estão atualmente expostas a uma variedade de perigos climáticos e ambientais, choques e estresses, os quais são classificados consoante a sua possibilidade de ocorrência, por exemplo, no caso de eventos de início repentino e moderadamente repentino: 820 milhões de crianças (mais de um terço do total de crianças no mundo) estão atualmente expostas às ondas de calor, com probabilidade que a situação se agrave, enquanto que a temperatura média da Terra aumenta e padrões climáticos se tornam mais erráticos; 330 milhões de crianças (1 a cada 7 crianças no mundo) estão altamente expostas às inundações fluviais e é provável que a situação se agrave, enquanto as geleiras derretem e as precipitações aumentam, devido ao alto teor de água na atmosfera, sendo resultado de maiores temperaturas médias e 240 milhões de crianças (1 a cada 10 crianças no mundo) estão altamente expostas à inundações costeiras (UNICEF, 2021b).

Além das mudanças acima descritas, há também as mudanças de início lento: 920 milhões de crianças (mais de um terço das crianças no mundo) estão altamente expostas à escassez de água e 600 milhões de crianças (mais de 1 a cada 4 crianças no mundo) estão altamente expostas a doenças transmitidas por vetores, como malária e dengue, entre outras (UNICEF, 2021b).

Em acréscimo a isso há a degradação ambiental e estresses em que 2 bilhões de crianças (quase 90% das crianças no mundo) estão altamente expostas à poluição do ar que excede $10\mu\text{g}/\text{m}^3$, e 815 milhões de crianças (mais de um terço da população mundial de crianças) encontram-se altamente expostas à poluição de chumbo devido à exposição ao ar, água, solo e comida contaminados. Situações estas com previsão de serem agravadas.

Por conta disso, em novembro de 2022, durante a 27ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP27), no Egito, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) fez o alerta: crianças e adolescentes são os mais impactados pelas

mudanças climáticas, e precisam ser priorizados.

No Brasil, uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística entre os anos 2014 e 2017 (IBGE, 2018) concluiu que 48,6% dos municípios brasileiros foram afetados por secas, 31% por alagamentos, 27% por enchentes ou enxurradas e 15% por deslizamentos.

Na mesma linha, entre os anos 2010 e 2019, os desastres oriundos de fenômenos climáticos mataram 1.734 pessoas no Brasil, afetaram 211 milhões de pessoas, e custaram prejuízos de mais de R\$ 300 bilhões, segundo o Instituto Nacional de Meteorologia (INMET, 2021). Um terceiro estudo, este da Confederação Nacional de Municípios - CNM, estima que desastres naturais tenham causado prejuízo de R\$ 341,3 bilhões no país entre janeiro de 2013 e abril de 2022 (CNM, 2022).

Segundo dados do EM-DAT - The International Database Disaster, levando em consideração o período de 2000 a 2023, o Brasil teve um registro de 143 desastres naturais, com 54264295 pessoas afetadas (CRED, 2023).

Tais dados, somados a todos os outros existentes, inclusive do Atlas Brasileiro de Desastres Naturais (UFSC, 2013), que em sua versão mais atual (1991 a 2012), registrou um total de 38.996 desastres naturais, comprovam o aumento significativo destes eventos e seus registros (CARVALHO, 2020).

Neste contexto, é importante ressaltar que crianças e adolescentes são mais vulneráveis aos choques climáticos e ambientais do que os adultos, em razão de inúmeros fatores, dentre eles as vulnerabilidades física e fisiológica e um maior risco de morte. Some-se a isso que muitas crianças e adolescentes vivem em áreas que enfrentam riscos climáticos e ambientais múltiplos e sobrepostos, tais como secas, inundações e clima severo, juntamente a outros estresses ambientais, que se complementam, tais como urbanização, caracterizada por seu desordenamento, já que, com frequência, populações mais desfavorecidas são obrigadas a se fixar em áreas geográfica e ecologicamente vulneráveis, como planícies inundáveis e encostas íngremes, vivendo em moradias precárias, sem acesso a saneamento básico e outros serviços essenciais.

Com base no levantamento destes dados, vê-se que menores de 18 anos, principalmente crianças, já estão sendo impactados de forma desproporcional por mudanças nos ambientes devido à singularidade de seu metabolismo, à sua fisiologia e às suas necessidades de desenvolvimento, que ainda são mais afetados pelas mudanças na temperatura, na qualidade do ar e da água, e nos meios disponíveis para a nutrição o desenvolvimento, o bem-estar e a saúde de crianças e adolescentes. Ressalte-se que crianças no começo da vida, cuja fisiologia e sistemas imunológicos ainda são pouco desenvolvidos, sofrem mais intensamente os efeitos do estresse relacionado às mudanças climáticas (UNICEF, 2021a).

Pesquisadores da Universidade de Lancaster e do instituto de pesquisa em saúde Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), no Brasil, concluíram uma pesquisa feita em 43 municípios altamente dependentes de rios no estado do Amazonas e constataram que bebês nascidos de mães expostas a choques extremos de chuva eram menores devido ao crescimento fetal restrito e nascimento prematuro. Assim, concluíram que os extremos climáticos podem afetar a saúde das mães e de seus bebês ainda não nascidos de várias maneiras – por exemplo, causando a quebra de safras, reduzindo o acesso a alimentos nutritivos e acessíveis, aumentando a prevalência de doenças infecciosas (LANCASTER UNIVERSITY, 2021).

Além disso, os impactos diretos e indiretos das mudanças climáticas afetam o bem-estar psicológico das crianças, que podem desenvolver transtorno de ansiedade, depressão, fobias, distúrbios do sono, distúrbios de apego e abuso de substâncias (BURKE; SANSON; HOORN, 2018, p. 2).

As emergências climáticas e riscos ambientais de que são vítimas as crianças e adolescentes de hoje repercutem não só na sua qualidade de vida presente, como também exercem influência sobre seu potencial futuro. Assim, além da exposição a riscos decorrentes da degradação climática e ambiental, que são expostas quando jovens, esses efeitos climáticos podem resultar em danos às futuras gerações.

Lembre-se que as emergências climáticas afetam também aos genitores ou responsáveis por estas crianças e adolescentes, e muitos deles tornam-se órfãos por serem aquelas vítimas fatais de emergências climáticas ou desastres ambientais, o que afetará de sobremaneira o seu futuro.

No Brasil, 40 milhões de meninas e meninos estão expostos a mais de um risco climático ou ambiental (60% do total) e as mudanças climáticas comprometem a garantia de direitos fundamentais. Foi o que revelou o relatório *Crianças, Adolescentes e Mudanças Climáticas no Brasil*, lançado pelo UNICEF (2022).

Este relatório revela que mais de dois milhões de pessoas foram mortas, desapareceram, ficaram feridas, enfermas, desabrigadas ou desalojadas diretamente por desastres ambientais em 2021, no Brasil.

Por conta de tudo isso, menores de 18 anos, principalmente as crianças, precisam estar no centro do pensamento das políticas públicas de combate à crise climática porque são mais vulneráveis a choques climáticos e ambientais que adultos, pelas razões acima lançadas, já que são menos capazes de suportar e sobreviver a choques naturais, como inundações, secas, clima severo e ondas de calor por serem fisiologicamente mais vulneráveis e afetos às exposições de substâncias, como chumbo e outras formas de poluição.

Quando uma emergência climática ocorre, caso seu dano não tenha sido evitado ou

minorado, a falta de acesso das crianças a serviços essenciais, como saúde, nutrição, educação e proteção social, as tornam particularmente suscetíveis ou exacerbadas, se já existentes. Não só os perigos climáticos e ambientais afetam o acesso das crianças aos principais serviços essenciais, mas também a falta de acesso das crianças em si reduz sua resiliência e capacidade adaptativa, aumentando sua vulnerabilidade aos perigos climáticos e ambientais.

Pode-se elencar diversos impactos resultantes das mudanças climáticas sobre direitos de crianças e adolescentes, dentre eles: (i) direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento; (ii) direito à educação; (iii) direito à proteção contra violências; (iv) direito à água potável e esgotamento sanitário; e (v) direito à proteção social.

As políticas públicas atreladas a prevenção dos danos causados pelas emergências climáticas são tão importantes quantos as que estão organizadas em áreas centrais, como a saúde, educação, assistência social, trabalho e geração de renda, tendo em vista que a falta de preparo para suportar emergências climáticas ou as consequências delas decorrentes repercute em estas outras políticas públicas.

O Brasil comprometeu-se a cumprir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em razão da Agenda 2030, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU, 2015).

A existência da própria sociedade e os ODS exigem que cada criança e adolescente possa ter as oportunidades que lhes permitam aprimorar suas habilidades e alcançar o mais alto nível de garantia de seus direitos, com acordos internacionais específicos para a implementação dos ODS, enfatizando a necessidade de fortalecer uma compreensão do desenvolvimento que alcança uma visão compartilhada para a conquista da equidade na concomitância dos aspectos sociais, ambientais e econômicos.

Em termos de infância e adolescência, os ODS estabelecem prioridades que devem ser buscadas até o ano de 2030, por meio de metas e indicadores consignados no CONPES⁴ 3918, de 15 de março de 2018, que enfatizam: a) a superação da pobreza que atinge crianças e adolescentes, acabando com todas as formas de desnutrição por meio da segurança alimentar; b) a garantia de educação inclusiva, equitativa e de qualidade eliminando as disparidades de gênero e garantindo a igualdade de acesso para pessoas vulneráveis, incluindo pessoas com deficiência, e povos indígenas nativos; b) igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas com a eliminação de todas as formas de violência contra eles, incluindo a exploração sexual; d) a adoção de medidas eficazes para erradicar o trabalho forçado e eliminar as piores formas de trabalho crianças, e) a oferta de acesso universal a áreas verdes e ambientes seguros, inclusivos

⁴ Consejo Nacional de Política Económica y Social - National Council for Economic and Social Policy.

e acessíveis e pôr fim aos maus tratos e, em geral, a todas as formas de violência contra meninas, meninos e adolescentes (WARPECHOWSKI, 2021).

Além disso, um dos objetivos do desenvolvimento sustentável, aprovado pela ONU em 2015, é precisamente o da “ação contra a mudança global do clima”, este que repercutiu enormemente nas metas acima elencadas.⁵

Ocorre que, nos últimos anos, há evidências no país de uma piora sustentada nos indicadores sociais e econômicos, que, de certa forma, atinge a implementação de políticas públicas e de desenvolvimento social e econômico (CRESCIMENTO..., 2021). No Brasil, crianças e adolescentes são, proporcionalmente, os mais afetados pela miséria: em 2019, em comparação com a população de adultos, era quase o dobro a probabilidade de uma criança viver com renda abaixo da linha da pobreza (IBGE, 2019). A submissão de crianças e adolescentes a emergências climáticas sem que existam medidas de prevenção ou mitigação dos danos impede também a concretização dos objetivos previstos para um desenvolvimento sustentável.

Crianças e adolescentes têm direito à moradia digna, mas desastres naturais como inundações, cada vez mais frequentes, estão destruindo suas casas, colocando-as em situação de vulnerabilidade em abrigos onde ficam sob o risco de diversas formas de violência, inclusive sexual. Além disso, elas também têm direito à água, à alimentação e à educação, mas eventos climáticos extremos, desertificação e seca trazem escassez de água e de comida.

São ainda mais atingidos crianças e adolescentes que já são particularmente vulneráveis. Sob esse prisma tem-se os que são privados de cuidados familiares; com deficiência; que vivem na pobreza ou em áreas rurais áreas; em serviços humanitários e áreas de conflito; e aqueles que têm uma relação próxima com o ambiente natural e seus recursos, como as crianças de povos tradicionais indígenas (UNICEF, 2022b, p. 8).

A crise resultante de problemas ou emergências climáticas impactam os mais básicos direitos infantis de sobreviver e de prosperar, de maneira que reduzir os riscos ambientais poderia evitar a morte de uma em cada quatro crianças no mundo, aponta a ONU. O cálculo considera um cenário em que esses riscos representam 25% da carga de doenças em crianças de até cinco anos.

Então surge a indagação se a satisfação destes direitos básicos é um direito humano. O economista em desenvolvimento Paul Streeten fez esta pergunta no ano de 1980. Ele quis saber se o mínimo de níveis de nutrição, saúde e educação estão entre os direitos fundamentais ou são estes os próprios direitos fundamentais (MOYN, 2018).

Quando uma emergência climática ocorre, além do risco à vida de crianças e ado-

⁵ The 2030 Agenda for Sustainable Development, Goal 13 (ONU, 2015).

lescentes, o que é o direito fundamental a ser preservado, há também ofensa ao direito à educação, tendo em vista que não só pode ocorrer a inviabilização do acesso à escola, bem como a dificuldade de acesso à saúde e à alimentação que afetam o desenvolvimento infantil e a capacidade de aprendizagem.

A violência decorrente de emergência climática também se baseia em em gênero, atingindo principalmente meninas e adolescentes do sexo feminino, onde surgem casos de casamento infantil, trabalho infantil, sequestro, tráfico, violência sexual e recrutamento para o crime armado e/ou grupos extremistas violentos (UNICEF, 2022b, p. 8).

Vê-se, pois, que crianças e adolescentes integram o grupo submetidos à injustiça climática ou ambiental, que são as populações mais atingidas, mas os quais são as que menos contribuem para a perpetuação desse modelo de destruição. Sendo o aquecimento global um risco catastrófico e agravado pela ação humana, enquanto aqueles que mais contribuem para isso, os agentes poluidores, privatizam os lucros, os riscos ambientais e sociais são socializados à custa de todos, fazendo com que os mais afetados por tal degradação ambiental sejam aqueles cidadãos, além de crianças e adolescentes, que possuem precárias condições de vida e restrito acesso aos serviços públicos. Isso significa que, independentemente de haverem contribuído ou não de forma significativa para a intensificação das mudanças climáticas, tais indivíduos serão os mais atingidos por seus efeitos, restando comprometida a dignidade e a qualidade de vida, muitas vezes, perdendo o pouco que têm visto que são aqueles mais vulneráveis e expostos ao risco catastrófico (FENSTERSEIFER, 2010, p. 83).

Vemos que a CF/88, em seu art. 225, dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se não só ao Poder Público, assim como à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988). Ainda no texto constitucional, no art. 227, lê-se que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

Tem-se, então, uma correlação entre o disposto no art. 225 e no art. 227 com o objetivo de garantir os direitos de crianças e adolescentes, ao nível de prioridade absoluta, o que inclui inexoravelmente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é essencial e insubstituível para a vida das crianças, seu desenvolvimento integral, seus direitos e melhor interesse.

A análise deste dispositivo demonstra que resulta numa verdadeira tarefa fundamental do Estado, com atribuição de deveres genéricos de proteção ambiental ao Estado e a violação destes deveres, tal como disposto no Art. 225, §1º, da Constituição, justificaria

a responsabilização civil pelo seu não cumprimento.

Quando, em setembro de 2016, o Brasil ratificou o Acordo de Paris juntou-se aos outros países que concordaram em “Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e evitar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais” (Decreto 9.073/2017).

Neste ano de 2023 há previsão de uma avaliação geral dos resultados alcançados com o Acordo de Paris e já se imagina que será necessária a ampliação dos esforços para que as metas que ali foram propostas sejam alcançadas.

No Brasil, o Protocolo Nacional Conjunto para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes, Pessoas Idosas e Pessoas com Deficiência em Situação de Riscos e Desastres, de 2012, foi elaborado por Grupo de Trabalho Interministerial, com participação do UNICEF (2011-2012), e buscou trazer as diretrizes mínimas necessárias para crianças e adolescentes em todas as etapas do ciclo de desastres climáticos.

Um dos objetivos do referido Protocolo é reduzir a vulnerabilidade a que crianças e adolescentes se encontrem expostos, através da orientação aos agentes públicos, sociedade civil, setor privado e agências de cooperação internacional atuando de forma preventiva e repressiva, nos três níveis da Federação.” (BRASIL, 2012). O Protocolo detalha e pauta cada área setorial em função de sua missão, que lhe é própria e específica, para que crianças, adolescentes, pessoas com deficiência ou dificuldade de locomoção sejam caracterizados e quantificados nos territórios onde vivem, sobretudo nas áreas suscetíveis a desastres.

Conhecer os riscos e desenvolver estratégias para prevenção e conscientização da população por parte dos governos locais é fundamental para a prevenção do risco de desastres. Nessa direção, o Protocolo contribui para o desenho de Planos de Contingência e Planos de Ação em caso de desastre, nas áreas de Saúde, Assistência Social, Educação, Defesa Civil e Segurança Pública – setores fundamentais para proteger e prevenir a violação de direitos de crianças e adolescentes em situação de desastres e calamidades públicas.

Note-se, contudo, que a Lei nº: 12.187/2009, que trata da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), não menciona em seu texto crianças e adolescentes. O Decreto que regulamenta o Decreto nº: 9.578/2018, também não faz referência às populações mais vulneráveis à crise climática (UNICEF, 2022a, p. 20).

O Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNA, 2016) foi concebido como uma estratégia para o aprimoramento da implementação da PNMC, e, um dos seus objetivos é propor ações, estratégias e diretrizes que visam a gestão e a diminuição do risco climático do país diante dos efeitos adversos da mudança do clima em suas

dimensões social, econômica e ambiental.” (MMA, 2016, p. 07).

Ademais, o PNA detém uma métrica (desenvolvida pela Fiocruz) para medir a vulnerabilidade de exposição de populações frente às mudanças climáticas, que considera a exposição ao risco, a capacidade de adaptação e a sensibilidade desta população ao risco enfrentado. Dentre os fatores que integram este risco considera-se a proporção de crianças até cinco anos e a projeção do número de crianças nessa faixa etária para o ano de 2040, além de elementos como a taxa de mortalidade infantil, a prevalência da pobreza monetária, a proporção da população com deficiência, e a qualidade de serviços de saúde e educação (MMA, 2016, p. 149).

Um ponto a ser destacado é que o PNA se restringe a crianças na primeira infância, ou seja, menores de cinco anos, nada mencionando sobre crianças até doze anos e adolescentes (UNICEF, 2022a, p. 25).

Diante deste quadro, conclui-se que as questões envolvendo a minimização de danos causados às crianças e adolescentes por conta de emergências climáticas exige não só conscientização, bem como um engajamento da sociedade, empresas e governos, já que os governos estaduais e municipais têm um papel crucial em relação às políticas de adaptação ao novo clima.

Tal atuação deve mirar a prevenção das emergências climáticas a fim de que uma vez que estas ocorram, os danos dela decorrentes sejam mínimos, contudo, o que se vê na prática, ano após ano, é que a atuação estatal é iniciada apenas quando as emergências climáticas já de fato aconteceram. Assim, deve-se mirar políticas públicas preventivas, além daquelas destinadas a amenizar os danos sofridos.

Sobre este aspecto elegeu-se quatro pilares, quais sejam: educação, infraestrutura, saúde física/mental e segurança alimentar, que devem pautar a atuação do ente público, com base no objetivos do desenvolvimento sustentável, para que a população esteja preparada para suportar a emergência climática, cada vez mais frequentes, tais como ocorreram no final de 2021, na Bahia⁶, e, no início de 2023, no litoral norte de São Paulo⁷, com o volume de chuvas maior que o esperado, e a seca no Ceará em dezembro de 2022, momento em que crianças e adolescentes foram vítimas das circunstâncias com ofensa aos seus direitos fundamentais.

Nessa senda, a promoção da educação ambiental assume especial relevância, já que crianças e adolescentes precisam se proteger das ameaças relacionadas ao clima e exercerem seu direito de serem escutados sobre políticas e ações que buscam remediar danos.

6 <https://www.cnnbrasil.com.br/tudo-sobre/chuvas-na-bahia/>. Acesso em: 25 fev. 2023.

7 <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/defesa-civil-alerta-para-chuvas-intensas-no-litoral-de-sp-buscas-continuam-nesta-quarta-22/>. Acesso em: 05 jul. 2023.

Em razão disso, os esforços da educação ambiental ao nível interpessoal permanecem válidos e devem se traduzir em decisões de mudança estrutural, para além da transversalidade no currículo escolar, a educação ambiental também deveria extrapolar o ensino formal para as crianças poderem engajar as famílias ao serem “multiplicadoras desse conhecimento em seus lares”, já que investimentos que melhorem os resultados escolares podem reduzir consideravelmente o nível geral de risco climático para crianças e adolescentes.

Desde 2001, passou a fazer parte do questionário do censo escolar, realizado anualmente pelo INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, perguntas sobre a oferta da Educação Ambiental no ensino fundamental.

Investir em educação sustentável tem um efeito multiplicador, tendo em vista que edifica conhecimento e habilidade, contribuindo na melhoria de práticas sustentáveis e na redução de emissões ao nível individual, institucional e comunitário.

O aprendizado com base em habilidades também é essencial para empoderar crianças, adolescentes e professores a participarem da mitigação das alterações climáticas, na adaptação e em atividades de resiliência às mudanças climáticas nas escolas, encorajando crianças a se tornarem parte da solução para a mudança climática.

Some-se a isso o investimento em infraestrutura resiliente a desastres para reduzir interrupções no processo de aprendizado de crianças, assim como soluções que aumentem acesso, como aprendizado digital.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que até 2030 a crise climática poderá ensejar a perda de 80 milhões de empregos, especialmente em países pobres. Assim, a educação ambiental, com foco na educação climática, é fundamental no processo de transição para uma economia verde, movimento de extrema relevância se quisermos visualizar um futuro possível.

Além da educação, deve-se dar atenção ao sistema alimentar dos vulneráveis, onde se incluem crianças e adolescentes. O atual sistema alimentar, que deixou de solucionar o problema da fome para se tornar um grande investimento, ameaçando a biodiversidade, é protagonista da crise hídrica, bem como uma das principais vítimas de seus efeitos. A falta de água atinge as principais regiões produtoras de alimentos no país, causando problemas no desenvolvimento de plantas por falta de irrigação, já que os eventos climáticos extremos podem também diminuir o potencial de pesca e da produção agrícola, interferindo na segurança alimentar.

A escassez de alimentos, em decorrência de estiagem ou de eventos de emergências climáticas, atingem a segurança alimentar de crianças e adolescentes, e, conseqüentemente comprometem todo o seu desenvolvimento cognitivo e físico, com prejuízos no rendimento escolar.

É importante salientar que a redução do nível geral de risco climático depende de investimentos preventivos em serviços de acesso à saúde e à alimentação para que sejam evitadas muitas doenças que são decorrentes da exposição às emergências climáticas.

3 CONCLUSÃO

A preocupação com as emergências climáticas e seus efeitos são notórios. Com base nos dados apresentados, vê-se que os que menos podem impulsionar estas emergências, que são crianças e adolescentes, podem ser os mais afetados.

Assim, deve-se ter a preocupação em evitar que os danos sejam causados às gerações presentes, atingindo seus direitos fundamentais, principalmente porque se sabe que as repercussões alcançam também as gerações futuras.

O enfrentamento do problema alcança não só o combate e conscientização dos poluidores, bem como com a existência de políticas públicas que desenvolvam educação ambiental, alimentação e saúde, o risco de situações de vulnerabilidade decorrentes da emergência climática, p. ex. a exploração sexual e de trabalho infantil.

A melhoria do acesso à proteção social busca uma cobertura universal de benefícios para crianças e famílias, bem como a garantia de que sistemas de proteção social podem fornecer conexões a outros serviços vitais nas áreas de saúde, educação, nutrição e força de trabalho do bem-estar social (UNICEF, 2021b).

Assim, haverá o ajuste necessário que emergências climáticas resultem em menos choques e estresses, principalmente sob o enfoque de crianças, adolescentes e de suas famílias, resultando apenas em choque climático que seja apenas uma interrupção temporária, e não uma determinação de pobreza de longo prazo para as famílias.

Esse problema é global e deve ser encarado por todos, principalmente os maiores poluidores, que impulsionam danos ao meio ambiente, visto que a ofensa aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes atinge também sua dignidade como pessoa humana.

Deve ser um consenso sobre dignidade que esta existe não só quando o Estado não tortura, mas sim prova ser muito mais útil quando nossos semelhantes se preocupam entre si com um bem-estar mais amplo ou emancipação coletiva (MOYN, 2017).

THE INFLUENCE OF CLIMATE EMERGENCIES ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

ABSTRACT

This paper analyzes the context of the implications of climate emergencies on the human rights of children and adolescents, based on data collected from recent reports by the UN and UNICEF and other public and private institutions, in order to demonstrate, at an international and national level, suggestions of what should be prioritized in preventive public policies in order to have preventive action and thus minimize the risks and damages resulting from climate emergencies.

Keywords: climate emergency; climate changes; repercussion on fundamental rights; children and adolescents.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. “Criança: a lei e a cidadania”. *In: A criança no Brasil hoje: desafio para o terceiro milênio*. RIZZINI, Irene. *et al.* Rio de Janeiro: Editora da Universidade Santa Úrsula, 1993.

AMIN, Andréa Rodrigues. *In: Curso da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*/Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coordenação) 14ª edição ver. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de fevereiro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacio-

nal sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União, Brasília, 7 de jul. de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de jul. de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Lei 12.187/2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto 9.073/2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP)**. REI -Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 791-832, 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio;

BURKE, Susie E L; SANSON, Ann V. Sanson e HOORN, Judith Van. **The Psychological Effects of Climate Change on Children**. Curr Psychiatry Rep. 2018, disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29637319/>. Acesso em: 05 jul. 2023.

BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. Desvendando a emergência climática. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 17, nº: 36, nov. 2022.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua regulação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS (CNM). **Danos e prejuízos causados por desastres no Brasil entre 2013 a 2022**. Estudos Técnicos. Brasília: CNM,

2022. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/15317>. Acesso em: 8 jan. 2023.

CRED. **EM-DAT**: Emergency Events Database. The OFDA/CRED International Disaster Database. Bruxelas: Université Catholique de Louvain. 2023. Disponível em: <https://public.emdat.be/data>. Acesso em: 23 fev. 2023.

CRESCIMENTO econômico, indicadores sociais e aumento da inflação geram debate virtual. **FGV**, 7 out. 2021. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/crescimento-e-economico-indicadores-sociais-e-aumento-inflacao-geram-debate-virtual>. Acesso em: 23 fev. 2023.

DEFESA Civil alerta para chuvas intensas no litoral de SP; buscas continuam nesta quarta (22) **CNN**, 22 fev. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/defesa-civil-alerta-para-chuvas-intensas-no-litoral-de-sp-buscas-continuam-nesta-quarta-22/>. Acesso em: 25 fev. 2023.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. *In*: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêscia Buzelato (org.). **Responsabilidade Civil e Mudanças Climáticas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

GUIMARÃES, Leandro. (2016). **O modelo de urbanização brasileiro**: notas gerais. GeoTextos. 12. 13. 10.9771/1984-5537geo.v12i1.14084.

Heather Randell and Clark Grayc. **Climate change and educational attainment in the global tropics**. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/pdf/10.1073/pnas.1817480116>. Acesso em: 19 fev. 2023.

INSTITUTO ALANA. **O direito das crianças e dos adolescentes à natureza e a um ambiente saudável** [Legal Policy Brief]. Disponível em: <https://criancaenatureza.org.br/clima/legal-policy-brief/>. Acesso em: jan. 2023.

IBGE. **Base da População em Áreas de Risco no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: notas técnicas. 4. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101651_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 8 jan. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE METEOROLOGIA (INMET). **Danos sociais e econômicos decorrentes de desastres naturais em consequência de fenômenos meteorológicos no Brasil**: 2010 – 2019. Brasília, agosto de 2021.

LANCASTER UNIVERSITY. **New research highlights health risks to babies on the**

front line of climate change. Lancaster: Lancaster University, 2021. Disponível em: <https://www.lancaster.ac.uk/news/new-research-highlights-health-risks-to-babies-on-the-front-line-of-climate-change>. Acesso em: 8 jan. 2023.

MARQUES, Eduardo Cesar. As políticas públicas na Ciência Política. *In:* MARQUES, Eduardo Cesar; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta(Orgs.). **A Política Pública como Campo Multidisciplinar.** São Paulo: UNESP, 2013.

MOYN, Samuel. **Human rights and the uses of history.** Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

MOYN, Samuel. **Not Enough: Human rights in an Unequal World.** 2. ed. Nova York: Verso, 2017.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. **Climate Stabilization Targets: Emissions, Concentrations, and Impacts over Decade to Millennia.** Washington, DC: National Academies Press, 2011, disponível em: <https://doi.org/10.17226/12877>. Acesso em: 04 jul. 2023.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. *In:* **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013, disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p225.pdf. acesso em 19 de fevereiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Programa mundial para educação em direitos humanos.** Nova Iorque; Genebra: ONU; UNESCO; Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2016.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **The 2030 Agenda for Sustainable Development**, Nova York, 2015. Disponível em: https://www.undp.org/sustainable-development-goals/no-poverty?gclid=Cj0KCQiArsefBhCbARIsAP98hXS8BqXL-vXi0rW_Zi-tvnN4Qfrhmmyr8LJHG1IzomTodCs1DjEZGTtAaAmZWEALw_wcB. Acesso em: 28 fev. 2023.

OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY. **Oxford Learner's Dictionaries.** Oxford: Oxford University Press. [20--]. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/climate-emergency?q=cli-mate+emergency>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SÊDA, Edson. **A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina.** Campinas: Adês, 1996.

SIQUEIRA, Kássia & *et al.* (Compilador), **Escritos sobre políticas públicas, infância e juventude,** Curitiba: CRV, 2020.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de inte-

resses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102690920010001000007&script=sci_arttext. Acesso em: 19 fev. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas Sobre Desastres (CEPED). **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais de 1991 a 2012**. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: UFSC, 2013.

UNICEF. **Crianças, Adolescentes e Mudanças Climáticas no Brasil: 2022a**. [S. l.]: UNICEF, 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/criancas-adolescentes-e-mudancas-climaticas-no-brasil-2022>. Acesso em: 19 fev. 2023.

UNICEF. **Healthy environments for healthy children**. Global Programme Framework. New York: United Nations Children’s Fund (UNICEF), 2021a. Disponível em: <https://www.unicef.org/health/healthy-environments>. Acesso em: 08 jan. 2023.

UNICEF. **The Climate Crisis is a Child Rights Crisis: Introducing the Children’s Climate Risk Index**. New York, United Nations Children’s Fund (UNICEF), 2021b. Disponível em <https://www.unicef.org/reports/climate-crisis-child-rights-crisis>. Acesso em: 19 fev. 2023.

UNICEF. **The Climate Crisis and violence against children**. New York, United Nations Children’s Fund (UNICEF), 2022b. Disponível em: <https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/the-climate-crisis-and-violence-against-children.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes *et al.* **Políticas Públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TORSO CANSADO DE APOLO: PETER
SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN E AS
IMPLICAÇÕES DA ANTROPOTÉCNICA
COMO AUTORREALIZAÇÃO

*APOLLO'S TIRED TORSO: PETER SLOTERDIJK,
BYUNG-CHUL HAN AND THE IMPLICATIONS OF
ANTHROPOTECHNICS AS SELF-REALIZATION*

TORSO CANSADO DE APOLO: PETER SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN E AS IMPLICAÇÕES DA ANTROPOTÉCNICA COMO AUTORREALIZAÇÃO¹

APOLLO'S TIRED TORSO: PETER SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN AND THE IMPLICATIONS OF ANTHROPOTECHNICS AS SELF-REALIZATION

Bráulio Marques Rodrigues²

Geraldo Barbosa Neto³

RESUMO

Peter Sloterdijk em “Tu tens de mudar de vida” [*Du mußt dein Leben ändern*] entende a antropotécnica como imperativo da experiência e ascetologia geral. A partir da ética pessoal, Sloterdijk propõe um catálogo de disciplinas com capacidade de contágio social. Sloterdijk acusa o pensamento da teoria crítica, na defesa dos movimentos sociais em suas lutas por direitos, de advocacia da deficiência. Para o filósofo alemão, a antropotécnica aparece como uma metáfora da autorrealização e não resta justificativa estrutural ao fracasso. Por sua vez, pode-se deduzir que há em Sloterdijk uma anuência tácita com o neoliberalismo. Em contraposição, é apresentado o diagnóstico de Byung-Chul Han sobre a sociedade do cansaço e o custo material que envolve a autorrealização em sistemas imunitários programados para restringir as condições psicopolíticas da autorrealização e atribuir deficiência ao desabilitado.

Palavras-chave: Sloterdijk; Byung-Chul Han; antropotécnica; imunologia.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade nos brindou com dois olhares resultantes de temperamentos filosóficos distintos. O *thymós*, o orgulho, falará no filósofo alemão Peter Sloterdijk, e em seu conceito de antropotécnica, que expressa o efeito intelectual de uma temporalidade

1 Data de Recebimento: 30/05/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Doutor em Direito (UEPA). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6281-2205>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2098508773841398>, E-mail: braulio.adv@proton.me

3 Docente do Departamento de Ciências Humanas - Campus V - Universidade do Estado da Bahia - UNEB, Licenciado em História, Mestre e Doutor em História Social (PUC-SP), ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4768-6586>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7891926488191944>. E-mail: geraldoneto@uneb.br

que encontra na *askésis*, nos exercícios, seu atributo distintivo. Ao passo que o cansaço [*Müdigkeit*] falará no filósofo coreano-alemão Byung-Chul Han, uma noção definidora do espírito de um tempo aturdido pela pressão do desempenho e que expressa uma época de depressão e de estados psíquicos patológicos.

Pesquisadores da filosofia contemporânea e, de modo geral, das humanidades, têm crescentemente dirigido sua atenção para as obras de Peter Sloterdijk e de Byung-Chul Han. As reflexões desse filósofo alemão nascido em Karlsruhe, bem como do filósofo sul-coreano que é professor da Universidade de Artes de Berlim, têm impulsionado debates expostos nas mídias e, ademais, sido recepcionadas por um público geral. Ambos aportam uma riqueza de questões e de conceitos dos quais se segue uma experiência renovada de pensar a contemporaneidade. As fecundas reflexões desses autores sobre a crise pandêmica que está sendo experimentada por nós, a título de exemplo, têm feito com que os aportes de Sloterdijk e Han sejam enlaçados e contrastados, como faz notar o recente *Angst, Sorge, Tod: Über eine "Ökonomie der Sorge" in der Corona-Krise*, de Birger P. Priddat.⁴

Não obstante, para além de contrastar os aportes desses autores sobre a crise pandêmica em curso, suas obras ainda aguardam ser contrastadas no que concerne a outras temáticas nas quais se encontram a partir de ângulos de incidência distintos. Parece intrigante, por exemplo, que Byung-Chul Han⁵ tenha levado a cabo o trabalho da crítica sobre a *Immunitas* de Roberto Esposito e tenha deixado no mais profundo silêncio o marco imunitário do pensamento de Sloterdijk. O filósofo sul-coreano daria de ombros para um filósofo que vincula ao pensamento contemporâneo temas filosóficos renovadores e impactantes em relação ao tesouro de reflexões já existente? Byung-Chul Han esquivava-se de Sloterdijk, dirigindo sua atenção a Esposito? Por meio de Esposito, Han ambicionaria tocar indiretamente na *Immunitas* sloterdijkiana? Peter Sloterdijk, por seu turno, também não é lacônico quanto a Byung-Chul Han? Levanta-se neste artigo a hipótese de que, seja de forma velada ou improvavelmente contingente, é possível reconhecer um contraste entre alguns tópicos que marcam as obras de ambos os filósofos.

Tens de mudar de vida [*Du mußt dein Leben ändern*], de Peter Sloterdijk, e *Sociedade do cansaço* [*Müdigkeitsgesellschaft*], de Byung-Chul Han, serão as obras nas quais concentraremos a atenção neste artigo. Sloterdijk⁶ (2009), quando usa para intitular sua obra o derradeiro verso do poema *Torso* arcaico de Apolo, de Rainer Maria Rilke, pode ter pretendido propiciar a disponibilidade de leitores cultos, tal como auferir o gosto popular alemão atraído pelas frases finais desse poema rilkeano. A um só tempo, o filósofo

4 PRIDDAT, *Angst, Sorge, Tod*.

5 HAN, *Sociedade do cansaço*.

6 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*.

alemão usa esse derradeiro verso para, a partir do mutilado e maciço busto de Apolo, expor diante de seu leitor a exigência de abandonar um suposto conforto, um deixar as coisas andarem, um abrigo na opinião de que as coisas são como devem ser, para iniciar exercícios e esforços somáticos capazes de dar-lhe formas que lhe ponham em condições de alçar-se à modos de vida orientados para a excelência.

Por outro lado, Byung-Chul Han⁷, ao usar a expressão *Müdigkeitsgesellschaft* [Sociedade do cansaço] para intitular seu livro, evoca um estado psíquico resultante de uma sociedade do desempenho e de uma sociedade ativa [*Leistungs- und Aktivgesellschaft*]. A sociedade do desempenho, como faz notar o filósofo coreano, obstina-se em acelerar, elevar e maximizar sua produtividade, ao passo que a sociedade ativa aponta para um *animal laborans* histórico, hiperativo e imerso na agitação. O cansaço [*Müdigkeit*] excessivo, destarte, desdobra-se da violência, da pressão e da exploração de si mesmo, consequentes de uma sociedade do desempenho e de uma sociedade ativa.

Em vista desses ricos subsídios dos quais é possível haurir contrapontos ao livro Tens de mudar de vida, de Peter Sloterdijk, o livro Sociedade do cansaço, de Byung-Chul Han, servirá de contraste ao imperativo sloterdijkiano de se levar a cabo exercícios e esforços somáticos de maneira a pôr-se em forma para se alçar à modos de vida orientados para a excelência. A antropotécnica de Sloterdijk será analisada criticamente desde o ângulo de incidência do cansaço [*Müdigkeit*] de Han.

2 ANTROPOTÉCNICA COMO AUTORREALIZAÇÃO EM PETER SLOTERDIJK

2.1 Regras para o parque humano e a antropotécnica como domesticação do humano

Pode-se dizer que o projeto ontológico de Heidegger instaura o diagnóstico sobre o esquecimento do ser e a elucidação da diferença ontológica⁸, também articula, uma tentativa de modulação da metafísica que atravessa a viragem.

Ao tratar da carta e posteriormente, da questão da técnica, Heidegger mostra que o desvelamento do ser e a compreensão da totalidade do ente se confunde com a própria tipologia no uso da técnica. Os movimentos de retração e liberação já não são suficientes para explicar o princípio da diferença ontológica. Isto é, o esquecimento do ser tende à uma configuração do homem e, por sua vez, uma relação com o lugar que lhe dá origem. Assim, a crítica ao humanismo latino provoca e adianta a questão da técnica.

⁷ HAN, *Sociedade do cansaço*.

⁸ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 2-5; HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 66.

Questionar o sentido da técnica (*τέχνη*) é questionar a cinética que move a concepção de história cujo destino é o progresso científico em detrimento do esquecimento do sentido originário da natureza (*physis*) e com fins de naturalização do modo de apreensão da natureza pelo homem.⁹

No *Regras para o parque humano* [*Regeln für den Menschenpark*], Sloterdijk aponta na antropotécnica um desdobramento desta técnica cujo fim é a naturalização do humano e o seu apego ao monstruoso. O monstro é o resultado da maquinação técnica absoluta sobre o real. Em tal uso da técnica, sem medida de elevação espiritual, o ente se mostra destituído de potencialidade ontológica. No entanto, para Sloterdijk a mera reclamação por dignidade ontológica não é capaz de iluminar o cinismo dominante. Em outras palavras, o domínio das forças naturais que eclodem na *Gestell* não são maleáveis pelo poema, ou mesmo, pelo exílio do tecnicismo moderno no pastoreio da linguagem. Para Sloterdijk é preciso abandonar a modulação da metafísica centrada na nostalgia da pátria e desenvolver uma investigação tridimensional onde a analítica da existência tenha atenção ao interesse da política na publicização da negatividade¹⁰. Antes de qualquer desvelamento é preciso primeiro vistoriar a mobilização ôntica agenciada na política, isto é, repensar a formação humana em sua dimensão co-existencial/colaborativa para que o questionamento sobre o sentido da formação humana não se reduza à justificação da singularidade.

Conforme Pitta,¹¹ frente à questão diretriz de Heidegger, a pergunta que se põe no espírito do deslocamento operado por Peter Sloterdijk, *foco primário do presente artigo*, é parelha àquela que, citada por Sloterdijk,¹² articula Bruno Latour,¹³ em tom de provocação: “Houve realmente alguém que esqueceu o ser?”. Pode-se dizer que uma das tentativas mais eloquentes para responder essa provocação está na resposta de Peter Sloterdijk a Heidegger. Em suas “Regras para o parque humano” [*Regeln für den Menschenpark*], Sloterdijk¹⁴ inicia citando o poeta romântico alemão Jean Paul, de quem retira a definição literária do humanismo: “cartas dirigidas a amigos, apenas mais longas”. A partir dessa ideia, Sloterdijk desenvolve a caracterização do humanismo como a amizade por

9 HEIDEGGER, *Carta sobre o humanismo*.

10 Cf. SLOTERDIJK, no círculo de palestras “Fronteiras do Pensamento”, trata da negatividade não apenas como existencial-originária, mas sim, bionegatividade. Uma bionegatividade significa dizer uma negatividade da natureza em seu sentido pessoal e espacial, uma negatividade da subjetividade e do ecológico. Para fundamentar essa negatividade biológica e contrapor Heidegger, Sloterdijk volta-se novamente para Nietzsche no sentido de reestabelecer a composição do homem como sujeito. Para Sloterdijk, o sentido de homem – que vem pela *humanitas* e é validado pelo iluminismo – é o sujeito demarcado pela homogeneidade epistemológica e pela unidade subjetiva. Segundo o filósofo de Karlsruhe, a filosofia do pós-iluminismo, veja-se aí a teoria crítica em suas matrizes weberiana e habermasiana, tende a desprezar ou ignorar a ruptura entre o Apolíneo e o Dionisiaco caracterizada pela disputa (*agon*).

11 PITTA, *Conquistar o Tertium Datur*, p. 190.

12 SLOTERDIJK, *Nicht gerettet: Versuche nach Heidegger*, p. 160.

13 LATOUR, *Jamais fomos modernos*, p. 66.

14 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 7.

meio da leitura e da escrita. A carta é um mensageiro endereçado a um amigo distante. Porém, a ideia de amizade aqui usada pode ser problematizada.

Tais cartas são dirigidas a leitores sequer conhecidos e tal forma de sociabilidade humana parece ser atravessada por um afeto superior em comum: o amor à sabedoria tão criticado por Heidegger no que versa a impessoalidade. A sociedade literária é uma congregação que dá o testemunho do amor à correspondência intergeracional¹⁵. A partir daí, Sloterdijk¹⁶ desenvolve o que ele chama de perspectiva erotodológica. Ao tratar da escrita e da leitura de cartas entre amigos desconhecidos, compara a literatura a um caso de amor à distância:

A escrita não só estabelece uma ponte tele comunicativa entre amigos manifestos vivendo espacialmente distantes um do outro no momento do envio da correspondência, mas também põe em marcha uma operação rumo ao que não está manifesto: ela lança uma sedução ao longe, uma *actio in distans*, no idioma da magia da antiga Europa, com o objetivo de revelar de revelar o amigo desconhecido enquanto tal e levá-lo a ingressá-lo no círculo de amigos¹⁷.

A composição de cartas e a troca de correspondências, quando endereçada ao compartilhamento intelectual, soma mensagens de modo a compor compêndios e inspirar obras. Além de servir como instrumento comunicativo para aqueles que estão distantes, a carta possui um atrativo mágico. Ao possibilitar a comunicação entre agentes oriundos de lugares distantes e também distintos, o destinatário pode vir ao encontro unicamente por meio da gramática. Segundo Sloterdijk, o conhecimento da gramática equivalia antigamente, em muitos lugares, à mais pura feitiçaria, daí porque, a palavra *glamour*, no inglês medieval, desenvolver-se a partir de *grammar*¹⁸. Aqui Sloterdijk principia como a gramática tem o poder de encantar o desconhecido e seduzir à distância. Não à toa reuniu gregos e romanos em torno de uma mesma ideia de homem. *Humanitas*, desde Cícero, é a expressão que designa as finalidades da alfabetização. A tradução da

15 Cf. SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 8, aponta que entre as gerações transmitidas na história, a mais importante foi a recepção da mensagem grega pelos romanos e menciona que os romanos, ao abrir o texto grego para o Império, traduziram a filosofia para a linguagem universal da sua época. Com a tradução para o latim, a filosofia grega foi transformada em rolos transportáveis para línguas vernáculas, o que permitiu também a sobrevivência desses escritos para as gerações posteriores ao declínio de Roma.

16 SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 9.

17 SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 10.

18 Cf. Blanco, *The Glamour of Grammar*, a etimologia da palavra *glamour* traz uma raiz do gaélico-escocês e origem do termo na palavra *grammar* (gramática). Nos tempos medievais, somente poucos clérigos sabiam ler e escrever e tinham conhecimento de gramática. Para todos os outros, a gramática era associada a práticas ocultas, misteriosas e mágicas. Naquela época, a palavra *grammar*, em inglês, significava “encantamento”, “feitiço”. Em escocês, a palavra era escrita com “L” em vez de “R”, como *glammar* e, mais tarde virou “*glamour*”.

filosofia em amor ao conhecimento, fundamentou uma amizade alijada a adesão comum de valores e de esquemas teóricos: uma mesma medida do mundo.

Assim Sloterdijk, vem nos dizer que aquilo se pode entender por *humanitas* “[...] faz parte, no sentido mais amplo e no mais estrito, das consequências da alfabetização. Desde que existe como gênero literário, a filosofia recruta seus seguidores escrevendo de modo contagiante sobre amor e amizade [...]”¹⁹. Para o autor, o Humanismo, que começa em Roma, mas é herdeiro do processo educacional da *paideia* grega, em verdade, trata-se de uma espécie de comunicação entre eras, entre gerações, a amizade entre pessoas de tempos distintos, que se comunicam pelos livros, que são verdadeiras cartas. Estas cartas formariam uma espécie de “sociedade literária”, em que o animais humanos, alfabetizados e civilizados, compartilhariam um amor e uma amizade em comuns, e aqui, diz Sloterdijk, “[e]ncontramos, no núcleo do humanismo, assim entendido, a fantasia de uma seita ou clube – do sonho a predestinada solidariedade do que foram eleitos para saber ler”, algo como estar iniciado nos “mistérios” da gramática²⁰.

Não é difícil prever a segunda dedução a seguir. Assim como amigos, a sociedade humanista também faz inimigos. Pois, a forma de reunião desse corpo difere conforme a fonte da sedução. Para Sloterdijk, se há alguma qualidade geral da natureza humana e comum à todas as culturas é o tribalismo e a rivalidade intercultural. Daí o risco sempre latente da invasão dos bárbaros. Roma guarda tesouros que remetem um ideal expansionista de civilização e fundado na estabilidade das instituições civis e familiares. Porém, essa organização política que na antiguidade romana possibilitou o cosmopolitismo, logo tem as suas fronteiras retraídas e o seu aspecto ginásial destacado.

Segundo o autor, o humanismo em sua versão moderna (1789-1945) toma a forma do nacional-humanismo e a sua cultura livresca acaba sendo limitada à filologia dos ídolos nacionais. É apenas com a modernidade tardia e a difusão de novas mídias como a radiodifusão (1918), a televisão (1945), e mais recente, com a Internet que a dimensão da globalidade parece ser novamente sentida²¹. Tem surgimento uma sociedade pós-literária, e logo, pós-humanista. Em tal sociedade não há mestres e a autoridade do professor é relativizada. Com a democratização e a maior acessibilidade aos meios de comunicação, a cidadania digital reclama visibilidade de modo que cada um com uma tela a sua disposição pode tornar-se um *influencer* sem qualquer tipo de formação nas letras. Em um mundo global, não há mais efetividade normativa para uma pedagogia da elevação em sentido estrito.

19 SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 7.

20 SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 10.

21 Cf. SLOTERDIJK, **Palácio de Cristal**, p. 19, a globalização inicia com as grandes navegações e, em especial, com a viagem de Magalhães. Com as cartografias e com as medições geográficas dos navegantes, a morfologia do mundo ganha pretensão de totalidade terrestre e a forma esférica apresenta um cosmo planetário a ser conquistado. Assim, o seu pensamento conecta as tendências universalistas do colonialismo à crescente densidade de esferas absolutistas em colapso, o que produz tendências desinibidoras associadas ao liberalismo.

É mister ressaltar que Sloterdijk não propõe um conceito de humanismo a ser seguido, mas parte de uma crítica que começou a elaborar desde o início de sua produção intelectual. Vale remontar a figura do pastor ocioso que aparece como uma mera falsificação produzida por meio de ilusões culturais que pretendem corresponder a natureza²². Aqui o autor se refere às circunstâncias topológicas em que emerge o humanismo latino. O lugar do humanismo latino é encontrado no interior da cidade e no repouso da cátedra. Já para o pós-humanismo de Heidegger, a normatividade do discurso e o seu caráter predicativo não tem mais lugar, seja na desconstrução do homem, ou mesmo, na construção do ciborgue.

Segundo Sloterdijk, o humanismo não é uma doutrina de elevação em si mesma, mas uma cultura dialética, entre a civilização e a barbárie, desse modo, o “pão e o circo” tem a função de escandalizar e apelar à prevalência da tendência domesticadora sobre a tendência bestializadora. Todo humanismo seja ele romano, cristão, marxista ou existencialista, possui uma estrutura tensionada entre a abertura biológica e a ambivalência moral²³. E continua, o erro de Heidegger foi não considerar a tarefa do pensamento uma tarefa com o rigor de uma ciência tal como a biologia, ou mesmo, a zoologia. Para Heidegger, a tarefa do pensamento não se confunde com o estudo das espécies, isso porque, a espécie humana se difere de todas as outras.

Nesse ponto, Heidegger é inexorável, caminhando ente o animal e o ser humano como um anjo colérico com espada em riste para impedir qualquer comunhão ontológica entre ambos. Sua paixão antivitalística e antibiológica leva-o a observações quase históricas, como quando declara, por exemplo, que aparentemente “é como se a essência do divino estivesse mais próxima de nós que a desconcertante essência dos seres vivos” (*Ü.d.H.*, p. 17). No núcleo desse *pathos* antivitalístico, atua a ideia de que existe entre o homem e o animal não uma diferença de gênero ou espécie, mas uma diferença ontológica, razão pela qual o primeiro não pode ser concebido sob nenhuma circunstância como um animal com algum acréscimo cultural ou metafísico.²⁴

Diferente do humano, para Heidegger o animal não tem mundo (*Welt*), apenas ambiente (*Umwelten*), e sendo assim, o animal não sente a própria existência. É aqui que a estratégia temática, a princípio colocada de lado por Sloterdijk, revela a sua envergadura

22 SLOTERDIJK, *Thinker on Stage*, p. 62.

23 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 19.

24 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 25.

ra moral. Heidegger está usando da oportunidade da carta para defender uma concepção de humanismo, esta concepção com origem na diferença entre o humano e o animal (o não-humano). Essa concepção, tem por meio, o distanciamento do inhumanismo, e por finalidade, o encontro de um fundamento filosófico para a dignidade humana. Tratar da dignidade é posicionar-se frente ao fascismo e esclarecer o aspecto combativo da clareira. Não há como pensar o humanismo sem algum tipo de normatividade e daí porque Heidegger pensa a verdade como vigília. Todavia, Heidegger trai a sua defesa humanista em reflexões autocráticas como quando se eleva ao autor exclusivo de todas as cartas essenciais e nomeia a si mesmo como o seu presente relator.

Heidegger torna-se o guarda maior do Ser e somente faz acenos a amigos quando se versa sobre adições espirituais. Para Sloterdijk, tal configuração de sentidos é muito difícil de ser validada, isso porque, até onde se pode ver, e a fenomenologia é a filosofia da visibilidade, nenhuma nação, e nem mesmo escolas alternativas, se formam do círculo desses co-pastores e amigos do ser – não há qualquer cânon público dos acenos do ser. Aqui está também a crítica de Sloterdijk à topologia do neo-humanismo heideggeriano e a arquitetura onto-antropológica da igreja invisível. Os guardas desta edificação, ao se prostrarem contra a invasão e os saques dos humanismos militantes - inclusa a atitude saltadora em Heidegger quando diz que a tarefa do pensamento é como um roubo dos tesouros da tradição. Nesse sentido, Sloterdijk²⁵ diz que:

[...] [e]sse neo-humanismo que desesperadamente volta olhos para Roma passando por Weimar foi um sonho e salvação da alma europeia por meio de uma bibliografia radicalizada – um entusiasmo melancólico-esperançoso pelo poder civilizador e humanizador da leitura clássica [...]

Para Sloterdijk, somente com a inversão do ôntico sobre o ontológico, a formação humanista pode ser pensada com seriedade. Não há como pensar um único humanismo. O universalismo humanista de Cícero já existia, bem como as pretensões católicas de ver os seres humanos como dotados de dignidade e liberdade, segundo a imagem e semelhança de Deus e, também, como não poderíamos deixar de mencionar, as pretensões da Renascença em repensar o Humanismo, retomando a cultura romana antiga. No entanto, foi com os Estados Modernos que o Humanismo se tornou um projeto educacional enquanto política de estado. Um projeto ideológico-nacional por meio da literatura a fim de assegurar a unidade da nação.

Como, porém, ambas as virtudes em sua unilateralidade podem pro-

25 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 16.

duzir degenerações específicas – a primeira, a beligerância militarista, seguida de suas consequências devastadoras para as pátrias; a segunda, o retraimento dos habitantes calmos e de espírito cultivado do país, que podem se tornar tão tíbios e distantes do Estado que ingressam na servidão sem percebê-lo – o estadista deve, por isso, desenredar as naturezas inadequadas antes de começar a tecer o Estado com as adequadas.²⁶

E isto foi assim até o fim da II Guerra Mundial. O projeto civilizatório neo-humanista da Modernidade, de raízes renascentistas, que teve sua versão protestante, uma versão contra-reformista no mundo ibérico, e ideológico-nacionalista na Europa – e também no Brasil, na era Vargas –, entra em crise profunda com a barbárie produzida em massa na II Guerra Mundial. Sloterdijk nos diz que é neste período que o Humanismo passa a ser questionado, assim como o projeto civilizador ocidental²⁷. Na esteira de Heidegger, Sloterdijk entende que, desde a antiguidade grega, a formação humanista domesticou o homem na medida de uma pedagogia tipográfica.

A saber, o humanismo é a pedagogia da leitura dos clássicos. Para o autor, a leitura e a escrita de mensagens refletem, no entanto, uma capacidade mais profunda do que a inteligência cognitiva, trata-se de uma capacidade antropógena. A saber, tal procedimento usado desde os gregos, no espaço do liceu, em caráter amplo, seria uma antropotécnica para domar a monstruosidade do homem e intervir em sua evolução, por meio de técnicas ontogenéticas e filogenéticas, com o fim de manipular a sua natureza a partir de um primeiro ideal biomimético cujo modelo de imitação da natureza é extraído do humanismo latino. Resta saber se na era da intervenção da técnica na biologia do homem – aquele animal que ganha afecção ao *logos* como disse Aristóteles – ainda tem por fim a transformação de bestas em homens, ou se essa transformação teria por fim a criação de uma vida mais elevada, personagem no qual Sloterdijk não chama apenas de super-homem, ou mesmo, além do homem (*Übermensch*), mas chama de pós-humanista, ou também, em outra tradução, super-humanista (*Über-humanisten*).

Mas o discurso sobre a diferença e a relação entre domesticação e criação, e qualquer referência à aurora de uma consciência quanto a produção de seres humanos e, de maneira mais ampla, de antropotécnicas – isto são processos dos quais o pensamento atual não pode desviar os olhos, a menos que se queira, novamente, aceder à suposição de inocuidade.²⁸

26 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 54.

27 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 20.

28 SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*, p. 42.

Na verdade, a problemática do projeto pastoril está no meio de domesticação e na pretensão de transformar o animal bestial em animal dócil apenas pela palavra. Em grau mais complexo, é preciso considerar a constituição desse animal doméstico por meio de um impulso biocultural sem sujeito que é a própria definição da antropotécnica. A saber, é preciso localizar a luta titânica entre os impulsos bestializadores e os impulsos bestializadores no ringue da autocontenção (autonomia e voluntariedade) e no coliseu do processo civilizatório. Isso não descarta o papel da leitura (*Lesen*) na formação humana, outrossim, agrega a seleção (*Auslesen*) ao teatro político do aprimoramento.

Aqui o propósito do argumento naturalista e a possível interpretação da seleção como seleção natural (*Selektion*) precisa ser sumariamente enfrentada. Sloterdijk²⁹, explicita que ancora o conceito de exercício em Nietzsche e, portanto, não está tratando de eugenia³⁰, mas de treinamento, disciplina, educação e *self design* – ainda que ressalte que Nietzsche pode ter ido longe demais ao equivaler a elevação ao ginásio dos homens fortes. A saber, apenas está ressaltando com Nietzsche a heterogeneidade dos fatores que qualificam o humano e possibilitam a ascensão de uma tipologia sobre a outra, leia-se, as relações de poder que comandam uma comunidade política. O escândalo de Habermas e seus partidários ressalta a hipocrisia de uma teoria crítica ainda romântica e utópica no que versa a sedução do discurso e indiferente (ou mesmo, cínica) para as causas materiais propícias para a sua ocorrência no lugar do conflito, do contraste, da conjugação e da composição de forças que é o parque humano³¹.

2.2 Você deve mudar de vida e a antropotécnica como ética para uma vida boa

No que interessa ao humanismo, pode-se dizer que a globalização é um fenômeno anterior à secularização. Para Sloterdijk³², o nascimento do capitalismo faz parte da “fê monoteísta da Idade Moderna” que comprime “mundos antes separados” em um contexto global. O seu pensamento conecta as tendências universalistas do colonialismo à

29 SLOTERDIJK, **Regras para o parque humano**, p. 31.

30 Cf. SLOTERDIJK, *Pós-Deus*, o sentido da antropotécnica ainda ressoa a controvérsia sobre o planejamento genético. Quando se trata quando se trata de eugenia aponta que está se referindo à uma prática própria da medicina liberal. O que se fazia nos termos de políticos de extermínio deve, como era o caso da Alemanha nazista, deve ser compreendido como eutanásia e não eugenia.

31 Cf. SCHULTE-SASSE (1989, XII) observa como as filosofias sociais concebidas nas tradições weberiana e habermasiana trabalham para reprimir esse conflito com a destemporalização do desejo subjacente ao conflito, o que implica em um desdobramento ou projeção espacial em diferentes reinos institucionais. O reprimido, porém, retorna sob a forma de estruturas psíquicas cuja constituição dividida é mal e compulsivamente encoberta por gestos de exclusão e identificação. Além disso, qualquer afirmação do projeto de modernidade que está no centro dessas filosofias deve levar, se politicamente bem sucedido, a ossificações cognitivas - ou ao “conforto metafísico”, como Nietzsche circunscreveu a tendência moderna de prender o desejo em projeções sentimentais de unidade: para ele, toda percepção afirmativa do modo de organização deve culminar na consolidação do romantismo; os românticos, segundo Nietzsche, tornam-se, em suas palavras, “conformados”, apesar de toda a auto-educação para a seriedade e o terror, “metafisicamente conformados” - em suma [...] como cristãos”.

32 SLOTERDIJK, **Palácio de Cristal**, pp. 20-24.

crescente densidade de esferas absolutistas em colapso, o que produz tendências desinibidoras associadas ao liberalismo.

Nietzsche, por outro lado, tenta privilegiar e refletir precisamente sobre esse mesmo conflito inscrito na subjetividade moderna. Ele o faz amparando-se em uma leitura da antiguidade e narrando um mito, ou seja, transformando em um conflito “entre duas divindades que interagem entre si como impulso e restrição, paixão e controle, liberação e moderação, movimento, compulsão e visão, música e imagem, vontade e representação”³³.

Segundo Schulte-Sasse³⁴ filósofos do iluminismo como Addison, Rousseau, Lord Kames (Henry Home) tendem a ver o Dionisíaco e o Apolíneo por meio de uma relação linear de intoxicação e constrangimento, transgressão e delimitação. Mesmo quando usam de uma leitura histórica, a descrição do Dionisíaco aparece na percepção iluminista do estético como elemento compensatório. Tais autores, não apenas tendem a identificar o Dionisíaco com a ideia de simpatia. O problema desta associação é confundir o Dionisíaco com um sentimentalismo que nasce de uma pedagogia, um pragmatismo político³⁵, ou mesmo de uma ação natural. Tal confusão apaga uma das problemáticas mais essenciais para Nietzsche ao formular o conceito de desinibição: a necessária e insuperável delimitação e distinção do Dionisíaco na e por meio da representação.

Sloterdijk volta-se para Nietzsche no intuito de contrapor o sujeito moderno demarcado pela homogeneidade epistemológica – nos termos da fenomenologia, na sua forma de conhecer o mundo – e unidade subjetiva. Segundo o filósofo de Karlsruhe, a filosofia do pós-iluminismo, veja-se aí a teoria crítica em suas matrizes weberiana e habermasiana, tende a desprezar ou ignorar essa ruptura entre o Apolíneo e o Dionisíaco caracterizado pela disputa (*agon*).

Filosofias sociais concebidas nas tradições weberiana e habermasiana trabalham para reprimir esse conflito com a destemporalização do desejo subjacente ao conflito, o que implica em um desdobra-

33 SCHULTE-SASSE. *Nietzsche's Theoretical Resistance*. In: SLOTERDIJK, *Thinker on Stage*, p. xii. No original: *Nietzsche, on the other hand, tries to foreground and reflect precisely this very conflict inscribed in modern subjectivity. He does so by hiding behind a reading of antiquity and by narrating a myth, that is, by turning the conflict into one “between two deities who interact with each other like impulse and constraint, passion and control, release and moderation, movement and compulsion and vision, music and image, will and representation”* (S 25).

34 SCHULTE-SASSE. *Nietzsche's Theoretical Resistance*. In: SLOTERDIJK, *Thinker on Stage*, p. xii.

35 Cf. SLOTERDIJK, *Regras para o parque humano*. pp. 21-26, com a emergência do Estado-Nação moderno, a literatura universal (dos *universais*) deixa de ser privilégio da elite. Como numa espécie de seita, os humanizados dão início a um projeto expansionista e o humanismo ganha um caráter pragmático, evidenciado nos Estados dos séculos XIX e XX, como forma de instituir uma sociedade literária – modelo normativo de sociedade política.

mento ou projeção espacial em diferentes reinos institucionais. O reprimido, porém, retorna sob a forma de estruturas psíquicas cuja constituição dividida é mal e compulsivamente encoberta por gestos de exclusão e identificação. Além disso, qualquer afirmação do projeto de modernidade que está no centro dessas filosofias deve levar, se politicamente bem sucedido, a ossificações cognitivas - ou ao “conforto metafísico”, como Nietzsche circunscreveu a tendência moderna de prender o desejo em projeções sentimentais de unidade: para ele, toda percepção afirmativa do modo de organização deve culminar na consolidação do romantismo; os românticos, segundo Nietzsche, tornam-se, em suas palavras, “conformados”, apesar de toda a auto-educação para a seriedade e o terror, “metafisicamente conformados” - em suma...como cristãos”.³⁶

Pode-se dizer que permanece no sujeito moderno a sedução pela tarefa de estruturar uma totalidade de sentidos a partir da letra e da gramática. Tal sedução remete à pretensão da *humanitas*, palavra que surge na língua latina com a função de descrever a humanidade como um todo. Sloterdijk já compunha uma crítica ao sentido latino do humanismo em uma obra anterior à chamada viragem esferológica; paradigma metafísico que estabelece os parâmetros teóricos do conceito de humano a ser defendido em obras posteriores do autor.

É mister ressaltar que nas suas *Regras*, Sloterdijk não propôs um conceito de humanismo a ser seguido, mas parte de uma crítica que começou a elaborar desde o início de sua produção intelectual. Vale remontar a figura do pastor ocioso que aparece como uma mera falsificação produzida por meio de ilusões culturais que pretendem corresponder a natureza³⁷. Aqui o autor se refere às circunstâncias topológicas em que emerge o humanismo latino. Em face da radical instrumentalização da técnica na modernidade, Sloterdijk aponta na domesticação como o grande impensado. Uma vez do fracasso do humanismo em docilizar o homem, qual a finalidade da formação humanista na atualidade se a dignidade do homem agora é pensada enquanto antropotécnica e autopoética de si mesmo? E em caráter ainda mais fundamental, como pensar a dignidade do homem

36 SLOTERDIJK, *Thinker on Stage*, p. xii. *No original: Social philosophies conceived in the Weberian-Habermasian tradition labor to repress this conflict by detemporalizing the desire underlying the conflict and by projecting or unfolding it spatially into different institutional realms. The repressed, however, returns in the form of psychic structures whose split constitution is barely and compulsively covered up by gestures of exclusion and identification. Furthermore, any affirmation of the project of modernity that is at the center of these philosophies must lead, if politically successful, to cognitive ossifications into “metaphysical comfort,” as Nietzsche circumscribed the modern tendency to arrest desire in sentimental projections of unity: for him, every affirmative perception of modernity’s desired mode of organization must end in a consoling romanticism; Romantics, according to Nietzsche, tend to end “comforted” as it is written, in spite of all self-education for seriousness and terror, “comforted” metaphysically – in sum... as Christians.*” (N 26).

37 SLOTERDIJK, *Thinker on Stage*, p. 62.

como cuidado com o não-humano e a preocupação com a heteroafirmação da vida? Para responder à essa pergunta, Sloterdijk parece propor uma mudança de comportamento a partir da retomada da responsabilidade individual:

A metanoia a metade do preço que, que define o *modus operandi* moral da “sociedade” semissecular desde o Barroco, permite o compromisso histórico entre o automelhoramento e o melhoramento do mundo. Enquanto o primeiro é, tal como dantes, inteiramente da competência do indivíduo que deseja mudar, o segundo depende das *performances* dos professores, dos inventores e dos empresários que povoaram o campo social com os resultados da sua atividade – resultados pedagógicos por um lado, técnicos e econômicos por outro. No que diz respeito à mudança de método, nota-se até que ponto o foco se desloca progressivamente da influência do indivíduo sobre si mesmo para a influência quase exterior, de professores e inventores sobre as massas. Quando Seneca escrevia ao seu aluno: *meun opus es*, dificilmente era mais do que uma expressão para estimular, além duma manifestação encantadora do eros pedagógico. Ele próprio sabia melhor do que ninguém que até na relação mais exigente entre o mestre e o discípulo tudo no fundo depende da vontade deste último de se autoformar³⁸.

Em *Tu tens de mudar de vida*, Sloterdijk elabora uma ética pessoal, e assim, atribui um outro sentido para a antropotécnica: a tese do automelhoramento como melhoramento do mundo. A saber, em contraposição à “Economia das trocas simbólicas” de Bourdieu e à sua teoria do *habitus* como estruturação do campo social, Sloterdijk parece reinvidicar uma nova pedagogia centrada na pessoa. Sloterdijk³⁹ faz menção à essa reorganização da pedagogia e da cultura por meio da indicação de novas disciplinas de ensino, ou melhor, multidisciplinares: 1) Acrobática e Estética, esse o campo mais amplo por incluir tanto a Filosofia como todos os gêneros da Arte em um mesmo campo reflexivo, 2) Atlética, o estudo geral dos estilos esportivos, 3) Retórica ou Sofística, área na qual Sloterdijk não detalha mas pode-se depreender de que se trate do estudo das formas do discurso, 4) Terapêutica em todas as especialidades, clínicas ou ambientais, 5) Epistêmica, teorias filosóficas e positivas do conhecimento, 6) Estudo Geral das Profissões, incluindo as “artes aplicadas” e o domínio das *arts et métiers*, 7) Estudo das Tecnologias Maquinísticas, responsável

38 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 458.

39 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 199.

pela operação de qualquer dispositivo ou aparato tecnológico, 8) Administrativística, “que constitui a infraestrutura estática do político e governamental, bem como o universo dos sistemas jurídicos”, 9) Enciclopédia dos Sistemas de Meditação no seu duplo aspecto de autotécnicas e não autotécnicas, 10) Ritualística, estudo de toda ordem de cerimônias e onde a religião aparece como sub-gênero, 11) Estudo das Práticas Sexuais, 12) Gastronômica e 13) lista aberta de atividades cultiváveis e cuja área aberta se dá em razão da possibilidade de combinação e articulação com base em subjetivações.

Este novo catálogo de multidisciplinas, que segundo Sloterdijk deve comportar a crítica em cada domínio, tem a finalidade de alargar o campo da pesquisa e da profissionalização encontrado na universidade contemporânea assim como oferecer uma formação para a vida que sirva tanto ao desenvolvimento da técnica (e da tecnologia) quanto ao autoconhecimento. Tais multidisciplinas estão tão envolvidas com a teoria quanto com a prática e visam compreender a produção não somente como um ofício técnico. O que está em questão com o sentido de produção que Sloterdijk toma emprestado de Foucault é contemplar as profissões como performances da existência e fábrica de subjetivações. Por isso, tão importante quanto a enunciação de uma lista que sirva como orientação é sinalizar a sua abertura para outras e novas formas de produção que podem vir a surgir. A título de complementação ainda sobre o catálogo, a distinção entre autotécnicas e não autotécnicas parece ser meramente secundária, uma vez que trata apenas da diferença entre técnicas que incidem diretamente ou indiretamente sobre o humano.

Aquilo que deveria ser realizado antigamente pela humildade religiosa sobrecarregada precisará ser produzido por uma cultura da racionalidade que se construa sobre observações de segunda ordem. Somente ela pode parar a ingenuidade maligna, uma vez que liga a vontade de validação com a autorrealização. Precisa-se de tempo para a solução dessa tarefa - mas este não é mais o tempo histórico da epopeia e do drama trágico. O tempo ocidental precisa ser definido como o tempo de aprendizado para civilizações. Quem só quer fazer “história” fica aquém dessa definição. A palavra “exercício” não deve nos iludir quanto ao fato de que sempre nos exercitamos sob condições próprias à situação de emergência, a fim de impedir, na medida do possível, a sua entrada em cena. Erros não são permitidos e, contudo, eles são prováveis. Num transcurso favorável dos exercícios, pode ser que se forme um conjunto de disciplinas interculturalmente obrigatórias que com razão se poderia então designar a justo título e pela primeira vez

com uma expressão que até aqui é constantemente empregada de maneira precipitada: cultura mundial⁴⁰.

Sloterdijk parece também em outros momentos advogar por uma educação que fuja do modelo aristocrático ou humanista tradicional (*Bildung*) e atente sobre as ressonâncias dessa autorformação em espaços comuns. As multidisciplinas parecem encontrar a cultura-mundial na medida em que a singularização se coloca a serviço do outro por meio de um gesto de solidariedade. O Narciso de Sloterdijk não olha ao espelho e se ensimesma, ou se reduz ao próprio reflexo, ao contrário, se joga ao exterior e se compreende no pertencimento, e por conseguinte, em uma série de atos capazes de imprimir cuidado à uma comunidade. De maneira geral, pode-se sintetizar que as multidisciplinas postuladas por Sloterdijk tem o propósito de ir além da academia e formatar uma gramática de comportamentos impulsionadora de uma razão imunitária global, razão esta onde todo sujeito seja receptor e toda subjetividade seja transmissora de capacidades.

Além de Heidegger⁴¹, cita o último **Foucault⁴² e trabalha o** “cuidado de si” como uma prática terapêutica. O raciocínio tem a intenção de se voltar para a individualidade como aquela forma de autossuficiência na solidão mencionada por Benjamin e que se assemelha muito ao cinismo defendido por Sloterdijk: o encontro com si mesmo se dá quando há uma total liberação de si para a projeção das próprias esperanças, das próprias recordações, dos próprios esquecimentos e da própria forma de ser e de viver.

Não é esse o sonho ou a quimera de uma política enfim reduzida ao essencial, a ecologia – a gestão dos equilíbrios entre a vida dos viventes? Todavia, mesmo em sonho essa política se mostraria impotente, obstada por seus próprios princípios: pois de que critérios disporia ela se não pudesse apoiar-se na prioridade da preservação da humanidade (ou melhor, da “espécie humana”) – o que seria uma entorse antropocentrista ou igualitarismo naturalista? [...] O que fazer de todas essas espécies proliferantes e como gerir sua coexistência nesse mundo da vida, onde, necessariamente as espécies se contrapõem umas às outras (pois a vida é isso mesmo)? O que fazer de todos esses viventes, como gerir todas essas vidas transbordantes e incompatíveis? [...] E quem vai decidir sobre a vida quando todos os viventes igualmente sujeitos de sua vida, ou melhor, uma vez que não são sequer responsáveis, sujeitos de *uma* vida? Além disso,

40 SLOTERDIJK, *Ira e tempo*, p. 299.

41 HEIDEGGER, *Carta sobre o humanismo*.a

42 FOUCAULT, *História da Sexualidade*.

como saber o que é uma *boa* vida nesse melhor dos mundos onde todos os viventes coexistiriam numa estrita igualdade de direitos? A administração política não pode fazer-se ecológica sem que o direito se torne eugenista, sem que educação se torne criação. Quem, nesse mundo, será o responsável pela criação e quem o será pelo criado? E quem servirá de polícia? Quem guardará os rebanhos? Torna-se realidade a provocação pós-humanista de Peter Sloterdijk. O animalismo venceu o humanismo.⁴³

No caso específico de Sloterdijk, a entrega a uma animalidade originária pode ser a oportunidade para transformações existenciais. Em momentos como esses, assistimos a uma espécie de despedida do humano, acessamos a uma forma de experiência que é exatamente o contrário da soberania da consciência fundado em um *eu* atomizado e isolado. Trata-se de pensar uma ideia diversa da crença e da afirmação baseada em proposições tanto individuais quanto formações coletivas: generosidade com diferentes formas de vida, práticas de si compartilhadas, interioridades operáveis, desejos de emancipação, criatividade pedagógica. Estas parecem encadear as palavras-chave de uma nova política.

Sloterdijk não parece ter todas as respostas sobre como a gestão dessa nova política pode ser formulada, e de fato o seu igualitarismo naturalista (ou para ser mais rigoroso e honesto com o autor, o igualitarismo que desdobra do seu naturalismo) possui uma orientação conservadora ao não problematizar onde reside o lugar do comum nas relações políticas. O comum do Estado de bem-estar social e intervencionista europeu certamente não é equivalente ao comum do Estado Liberal norte-americano e tampouco se aproxima ao comum no contexto periférico das repúblicas subdesenvolvidas ou “em desenvolvimento”. Ao simplesmente tratar da antropotécnica como atrator do comum, independente do seu contexto, Sloterdijk recai na alcunha de “neoliberal”, usando de analogias entre ontologia e democracia sem muita alteração de perspectiva, pois é sempre um autor europeu e se reconhece assim, como um autor europeu, que elogia (ao mesmo tempo que critica) a Europa, e usa de temas locais para abordar questões globais.

Essa limitação de perspectiva, no entanto, não invalida possíveis contribuições do filósofo alemão, inclusive políticas, em outros contextos. É importante destacar que Sloterdijk⁴⁴, desde a esferologia, já havia fundado uma ontologia diádica, ou seja, ontologia essa que voltada para uma abordagem pragmática e material do humano - em seus termos de inversão do ôntico sobre o ontológico – reconhece a imbricação da subjetivi-

43 WOLFF, *Nossa humanidade*, p. 276.

44 SLOTERDIJK, *Esferas I*.

dade ao coletivo. Porém, no que toca a virada antropotécnica elaborada em *Tu tens de mudar de vida*, é sobretudo por meio da defesa de uma nova ética da responsabilidade, agora não mais calcada em intuições morais, mas sim, em uma hipótese estética sobre o *modus operandi* da ressonância – ou seja, dos modos discursivo e não-discursivo da comunicação e da organização dos coletivos - que Sloterdijk quer rebater a premissa do particular sobre o geral que leva, necessariamente, à indiferença com a alteridade.

Sloterdijk parece advogar em função do transhumanismo e seu objetivo parece estimular a construção de espaços que serão morada do ser-aí das futuras gerações. Para a construção dessa habitação ontológica, o argumento deve se valer do aporte em uma razão sensível de base para a aqui chamada ética ascetológica fundamentada na diferença e na diversidade moral. A ética ascetológica está preocupada no desenvolvimento da inteligência humana com fim de possibilitar a construção da habitação com o melhor interior para a coexistência local.

Nas palavras de Sloterdijk⁴⁵, tal ética enfrenta o relativismo cultural por meio de definições estéticas. As definições estéticas devem ser entendidas aqui como os contornos de figurações existenciais, ou seja, das representações sobre o humano. As representações sobre o humano trazem consigo limitações de essência. Limitações de essência são nada mais do que valores sobre a justa medida no apoderamento dos entes exteriores. Toda cultura manuseia a natureza para a sua sobrevivência. Cabe agora uma reflexão sobre os impactos globais da racionalidade tecnocientífica na dominação da natureza como modo de assegurar a coexistência.

A citação do verso “Tens de mudar de vida” [*Du mußt dein Leben ändern*] do poema *Torso arcaico de Apolo* [*Archaischer Torso Apollos*] de Rilke, desde o título da obra de Sloterdijk⁴⁶, parece propor ao ascetismo uma ideia e uma prática presente em toda a história da humanidade. A ascese é remontada ao termo grego (*áskēsis*) e o seu significado pode ser traduzido enquanto ‘exercício’, ‘treino’ ou mesmo ‘repetição’. Asceticismo é aquilo que os atletas praticam no ginásio — onde dedicam horas ao fortalecimento e à autoconsciência do corpo com a intenção de refinar a técnica biofísica de um gesto ou movimento, por ex., o salto de um acrobata.

Em suma, o ascetismo é demonstrando em um código de disciplina pessoal. Os exercícios tem por finalidade a eleição de uma qualidade que possa servir como trampolim à superação de si mesmo. Superar as dores, a exaustão dos músculos, as doenças crônicas e os limites fisiológicos da maquinaria orgânica. A dor pode ser uma experiência limítrofe da morte assim como uma suspensão da angústia. Em outras palavras, todos os atletas, desde um *ironman* até um iniciante acompanhado por seu *personal* são ascetas.

45 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, pp. 498-499

46 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*.

O ascetismo é uma forma de abnegação e privação.

Nos tempos antigos, o objetivo do asceta era ganhar honras e ser visto como um símbolo de orgulho nos Jogos Olímpicos e nas praças públicas. Já no cristianismo primitivo, era uma forma para disciplinar a alma e aproximá-la ao modelo de perfeição/harmonia atribuído à uma divindade conhecida por ser tanto misericordiosa quanto beligerante - Javé era descrito no Antigo Testamento como o rei de todos os exércitos. Mais tarde, com a institucionalização do cristianismo e o surgimento da igreja Católica, os monges passam a habitar os mosteiros com o mesmo propósito fundamental no qual os heróis gregos esquivavam-se dos excessos no abrigo do ginásio: a domesticação e a docilização.

Todavia, no lugar do heroísmo do asceta, Sloterdijk defende no atletismo uma hipótese estética onde a autonomia é passível de realização por meio de uma liberdade que se mostra no exercício de diversas formas de vida. A diversidade de possibilidades para a existência consubstancia o humano a partir de uma alteridade inerente a metáfora da prática esportiva. Isto significa dizer que a superação de si mesmo tem a potência de contagiar a coletividade por meio de diferentes modos de exercício (genético, político, moral, pedagógico e esportivo). Para Sloterdijk⁴⁷, o agir ético se objetiva quando da obediência ao imperativo: “Você deve mudar a sua vida!”, e por sua vez, a submissão à seguinte máxima, “Age de tal maneira que a narração da tua evolução possa servir como esquema generalizável a toda história de realização”. Com essa construção, a legitimidade de diferentes formas de vida parte de uma liberdade individual. A hipótese estética remete a autonomia à observância de como a generalização de experiências pode servir de modelo universalizável do agir ético.

3 IMPLICAÇÕES DA ANTROPOTÉCNICA COMO AUTORREALIZAÇÃO À LUZ DE BYUNG-CHUL HAN

Desde a perspectiva exposta na seção precedente, Sloterdijk⁴⁸ articulou antropotécnica e sistemas imunitários simbólicos. Como assinala esse pensador alemão, as práticas simbólicas e psico-imunológicas desses sistemas constituem a matéria-prima a partir da qual as antropotécnicas emergem. O *homo immunologicus*, trabalhando sobre si mesmo a partir de procedimentos de exercitação, dá uma armadura simbólica à sua vida para fazer frente aos dos perigos e excessos nela incorporados. Esses sistemas imunitários que amiúde marcam as reflexões de Sloterdijk não encontram acedência em *Sociedade do cansaço*, de Byung-Chul Han.

47 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 314.

48 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 24.

Essa proposição pode ter a aquiescência de qualquer leitor que tenha lançado seu olhar sobre o capítulo com o qual Han⁴⁹ inaugura seu arguto livro. Desde a aurora do século XXI, conforme o filósofo coreano, os sistemas imunológicos como definidores de nossa época foram deixados para trás:

[...] o começo do século XXI não é definido como bacteriológico nem viral, mas neuronal. Doenças neuronais como a depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), Transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou a Síndrome de Burnout (SB) determinam a paisagem patológica do começo do século XXI. Não são infecções, mas enfartos, provocados não pela *negatividade* de algo imunologicamente diverso, mas pelo excesso de *positividade*. Assim, eles escapam a qualquer técnica imunológica, que tem a função de afastar a negatividade daquilo que é estranho.⁵⁰

Segundo Han, estamos no transcurso de um século pós-imunológico. Não contamos com invasores que nos ofereçam riscos e mobilizem de nós respostas imunitárias. Coexistimos tão somente com diferenças consumidas e neutralizadas por nós, impossibilitadas de fazer soar o alerta de nossa vulnerabilidade e de fazer empunharmos nossas armas imunológicas. Desde o ponto de vista de Han, sistemas imunológicos, com suas constitutivas e indispensáveis linhas demarcatórias, não encontram lugar em um mundo globalizado marcado por aberturas, trocas e intercâmbios. Ademais, esses sistemas imunológicos são dissonantes frente a hibridização cultural, apenas encontrando sentido se apoiados em uma distinção nítida e em uma cesura completamente diferenciadora entre culturas.

A assimilação e a absorção do outro resulta em nos termos por dispensados de reagir imunologicamente e, por conseguinte, perecermos de modo insuspeito pelos excessos da positividade, supostamente sem a consciência de uma necessidade de erguermos defesas e lançarmos mão de proteções. A defesa imunológica não encontra engajamento diante da violência da positividade. A diferença instala-se no cerne do sistema como um espectro e furtivamente o agride no mais profundo silêncio, sendo, pois, difícil identificar um inimigo contra o qual se deva erguer defesas imunológicas. Nos moveríamos em uma imanência povoada pelo estranho insuspeito que, destarte, não despertaria em nós nenhum senso de urgência e nenhuma reação capaz de nos levar a conclamar defesas

49 HAN, *Sociedade do cansaço*.

50 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 7-8.

imunológicas. Em suma, tendo em conta *Sociedade do cansaço*, de Byung-Chul Han⁵¹, os sistemas imunitários não dão conta de descrever o nosso século.

Como se mencionou no início dessa seção, Sloterdijk⁵² postulou que esses sistemas imunológicos constituem a estrutura a partir da qual surgem as antropotécnicas. Esse postulado não encontra um aliado em Byung-Chul Han e em suas considerações acerca de estarmos nos movendo em uma época pós-imunológica. Se o desvelamento de um século XXI marcado pelo excesso de positividade, dado a conhecer pelo filósofo coreano, faz justiça a nossa época, as antropotécnicas de Sloterdijk não poderiam mais surgir das práticas simbólicas e psico-imunológicas de outrora. Elas ficariam para trás assim como o estatuto imunológico da qual surgiriam ou subsistiriam atando-se a uma configuração epocal constituída por pressupostos outros.

Apesar de Byung-Chul Han descrever nossa época como pós-imunológica em sua *Sociedade do cansaço*, o atual momento pandêmico, por razões óbvias, não está apreendido nessa descrição. Se o diagnóstico pós-imunológico do filósofo coreano possui veridicção, nesse tempo de um risco vital a nossa espécie, parece razoável considerarmos a possibilidade de uma reabilitação de nossos sistemas imunitários. Não são poucos os programas dos quais lançamos mão para combater, para nos defender e para minimizar os impactos da pandemia.

Sloterdijk não somente encontra em Byung-Chul Han um impugnador dos sistemas imunitários com os quais articula suas antropotécnicas, como também encontra nele um contraste às implicações delas. Citando o autor alemão⁵³, exercício (*Übung*), conceito constitutivo de *Anthropotechnik* (Antropotécnica), é “[...] a operação pela qual a qualificação do agente é estabilizada ou melhorada até a execução seguinte da mesma operação, seja ela declarada ou não como exercício”. Essa operação, por seu turno, implica como horizonte um estado de excelência, de perfeição, de otimização incessante e infundável. Implica, ademais, uma busca obstinada pela superação dos próprios limites, tal como um aferrado lançar-se à automelhora do próprio rendimento. Desse modo, Sloterdijk encontra na *sociedade do desempenho* (*Leistungsgesellschaft*) de Byung-Chul Han⁵⁴ um contraste às suas antropotécnicas.

Se Sloterdijk⁵⁵ emprega a cinética de uma roda que gira por si mesma haurida do *Zarathustra* de Nietzsche como chave a partir da qual afigura-se compreensível o “[...] desejo artístico de transformação do futuro em um espaço de possibilidades ilimita-

51 HAN, *Sociedade do cansaço*.

52 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 24.

53 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 16.

54 HAN, *Sociedade do cansaço*.

55 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 155-156.

das de elevação artística [...]”⁵⁶, não obstante, Byung-Chul Han⁵⁷ escreveu: “O *poder* ilimitado é o verbo modal positivo da sociedade de desempenho. O plural coletivo da afirmação *Yes, we can* expressa precisamente o caráter de positividade da sociedade de desempenho.” Em outros termos, o espaço de possibilidades ilimitadas de elevação através dos exercícios antropotécnicos de Sloterdijk, à luz de Han⁵⁸, resultaria da patológica “[...] *pressão de desempenho*.” Essa pressão, põe-se em relevo, não seria exterior, mas exercida por sujeitos de desempenho que “São empresários de si mesmos”⁵⁹. As antropotécnicas não alcançam no filósofo coreano formas de se erguer verticalmente à excelência, mas uma violência da qual se desdobrariam depressão, infartos psíquicos, esgotamento e Síndrome de Burnout.⁶⁰

Ao passo que Sloterdijk⁶¹ outorga às antropotécnicas a mudança somaticamente aspirada por exercícios capazes de alçar o homem a estados cada vez mais perfeitos, tendo em conta a sociedade do desempenho de Han⁶², o exercitante poderia ser “[...] aquele *animal laborans* que explora a si mesmo e, quiçá deliberadamente, sem qualquer coação estranha. É agressor e vítima ao mesmo tempo.” Essa depressão do exercitante, desde a perspectiva do filósofo coreano:

[...] irrompe no momento em que o sujeito de desempenho não pode mais *poder*. Ela é de princípio um *cansaço de fazer e de poder*. A lamúria do indivíduo depressivo de que *nada é possível* só se torna possível numa sociedade que crê que *nada é impossível*. Não-mais-poder-poder leva a uma autoacusação destrutiva e a uma autoagressão. O sujeito de desempenho encontra-se em guerra consigo mesmo. O depressivo é o inválido dessa guerra internalizada⁶³.

Se o exercitante puder ser identificado ao sujeito de desempenho, é oportuno pôr em evidência que para Han⁶⁴, este:

[...] se entrega à *liberdade coercitiva* ou a *livre coerção* de maximizar o desempenho. O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade.

56 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, p. 155-156.

57 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 24.

58 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 27.

59 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 23.

60 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 26-27.

61 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*, pp. 38-39.

62 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 28.

63 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 29.

64 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 29-30.

O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência.

Se pode incluir aqui que o homem — “trabalho sobre si próprio”, pode, à luz de Han⁶⁵, estar imerso em um campo de trabalho no qual “[...] somos ao mesmo tempo prisioneiro e vigia, vítima e agressor”, tal como no qual “[...] acabamos explorando a nós mesmos.” Visto desta forma, o trabalho em si mesmo *sloterdijkiano* converter-se-ia em uma auto coerção que não necessita do outro para ser levada a efeito.

A autoexigência de mudar a vida por via de procedimentos de exercitação correndo em paralelo com o cansaço e com o esgotamento desdobrados da sociedade de desempenho poderia resultar no *doping* assinalado por Han⁶⁶. Em outras palavras, como a exaustão constitui um obstáculo para a superação dos próprios limites, uma alternativa seria uma automelhora bioquímica capaz de colocar o exercitante em condições de satisfazer a pressão e de aceder à violência de alçar-se, mais e mais, a um estado de excelência. Empregando as palavras de Han⁶⁷: “O *doping* possibilita de certo modo um desempenho sem desempenho.” O impulso bioquímico, assim, possibilitaria uma automelhora do próprio rendimento sem os dispêndios de árduos e extenuantes procedimentos de exercitação, bem como sem a autoacusação por não poder atender e abastecer à voraz máquina de desempenho. Em razão do *doping*: “[...] não só o corpo, mas também o homem como um todo se transforma numa máquina de desempenho, que pode funcionar livre de perturbações e maximizar seu desempenho”⁶⁸. Os excessos da busca de possibilidades ilimitadas de elevação podem resultar, conforme Han⁶⁹, em um “[...] infarto da alma”.

Sloterdijk⁷⁰ lança mão de um trapezista cuja existência é radicalmente levada separada do solo e de um artista da fome que, mesmo sem um público que lhe lança-se o olhar, subsiste quebrando recordes de fome, ambos exercitantes solitários hauridos de Kafka. Desde a posição de Han⁷¹, contudo, esse trapezista e esse artista da fome, ao invés de constituírem-se em modelos de vida ascética baseada em exercícios, consistem em exemplares da atuação do cansaço da sociedade do desempenho: “O cansaço da sociedade do desempenho é um cansaço solitário, que atua individualizando e isolando.”

65 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 47.

66 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 69-70.

67 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 69.

68 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 69.

69 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 71.

70 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*.

71 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 71.

O trapezista e o artista da fome kafkianos não parecem dar expressão a temperamentos dirigidos para ambições comunitárias e coletivas.

A *fitness* ativadora sloterdijkiana afigura-se contrária a outra natureza de cansaço distante do da sociedade do desempenho, a saber, o cansaço fundamental (*fundamentale Müdigkeit*) que Byung-Chul Han⁷² apropria de Handke, aquele que: “[...] habilita o homem para uma serenidade e abandono especial, para um não fazer sereno.” A ética do *training* sloterdijkiana parece não deixar qualquer espaço para o cansaço fundamental assinalado por Han⁷³:

O cansaço profundo afrouxa as presilhas da identidade. As coisas pestanejam, cintilam e tremulam em suas margens. Tornam-se mais indeterminadas, mais permeáveis, e perdem certo teor de sua decisibilidade. Essa especial indiferença concede-lhes uma *aura de amizade*. A rija delimitação frente aos outros é suspensa [...]. Esse cansaço cria uma amizade profunda e torna pensável uma comunidade que não precisa de pertença nem de parentesco. Homens e coisas mostram-se unidos através de um *e* amistoso.

Refere-se a um cansaço que inspira não a um cansaço que esgota:

O cansaço que inspira é um cansaço da potência negativa, a saber, do não-para. Também o Sabah, que originalmente significa *parar*, e um dia do *não-para*, um dia que está livre de todo *para-isso*, para falar com Heidegger, de toda e qualquer cura.⁷⁴

Ao passo que os procedimentos de exercitação físicos e mentais com os quais o homem otimiza seu estado imunológico, as antropotécnicas às quais Sloterdijk tem entregado suas reflexões desde *Regras para o parque humano*, exigem que pratiquemos diariamente com as armas da exercitação e apelam com um imperativo absoluto para que estejamos armados com equipamentos de autotécnicas, Han⁷⁵ não nos deixa negligenciar a relevância do “[...] fator de desarme” que possui o cansaço fundamental (*fundamentale Müdigkeit*). Tal fator de desarme, por seu turno, pode ser articulado com o conceito heideggeriano de serenidade (*Gelassenheit*), que ganhou nova vitalidade na interpretação que Han⁷⁶ lhe conferiu em sua obra intitulada *Bom Entretenimento* (*Gute Unterhaltung*).

72 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 73.

73 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 75.

74 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 76.

75 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 77.

76 HAN, *Bom entretenimento*.

Heidegger⁷⁷ pronunciou acerca da serenidade (*Gelassenheit*):

Podemos utilizar os objectos técnicos e, no entanto, ao utilizá-los normalmente, permanecer ao mesmo tempo livres deles, de tal modo que os possamos a qualquer momento largar. Podemos utilizar os objectos técnicos tal como eles têm de ser utilizados. Mas podemos, simultaneamente, deixar esses objectos repousar em si mesmos como algo que não interessa àquilo que temos de mais íntimo e de mais próprio. Podemos dizer «sim» à utilização inevitável dos objectos técnicos e podemos ao mesmo tempo dizer «não», impedindo que nos absorvam e, desse modo, verguem, confundam e, por fim, esgotem a nossa natureza (*Wesen*).

Se, no entanto, dissermos desta maneira, simultaneamente «sim» e «não» aos objectos técnicos, não se tornará a nossa relação com o mundo técnico ambígua e incerta? Muito pelo contrário. A nossa relação com o mundo técnico torna-se maravilhosamente simples e tranquila. Deixamos os objectos técnicos entrar no nosso mundo quotidiano e ao mesmo tempo deixamo-los fora, isto é, deixamo-los repousar em si mesmos como coisas que não são algo de absoluto, mas que dependem elas próprias de algo superior. Gostaria de designar esta atitude do sim e do não simultâneos em relação ao mundo técnico com uma palavra antiga: a serenidade para com as coisas (*die Gelassenheit zu den Dingen*).

Serenidade significa dizer a um só tempo sim e não ao mundo técnico. Significa a atitude de utilizar-se desse mundo técnico e concomitantemente livrar-se dele, abrir nossa vida para que a técnica possa penetrar, mas também deixá-la fora. Essa lógica da serenidade pode ser transposta para o contexto da sociedade do desempenho de Han. Destarte, falar de serenidade, nesse sentido, significa dizer sim para a produtividade dessa natureza de sociedade. Significa ademais dizer não para esse tipo de produtividade. Instala em uma ambiguidade que possibilita lançar mão da conclamação à produtividade em uma medida propícia contra a apatia, o torpor, a prostração patológica, ao passo que permite nos servirmos dela sem nos dobrarmos a sua expressão mais radical e violenta. Em outros termos, possibilita utilizarmos elementos da sociedade do desempenho, não que esta nos utilize como seus instrumentos, nem que nos converta em seus meios.

Essa serenidade confunde-se, assim, com o cansaço fundamental (*fundamentale Müdigkeit*). Admite a atitude de desligarmos o botão da máquina de desempenho, de

⁷⁷ Heidegger, *Serenidade*, p. 23-24.

optarmos por deixar sem efeito a força de sua pressão, de nos desenlaçarmos de suas coerções, de nos entregarmos a um tempo livre das garras do trabalho e de um engajamento em finalidades, para, desse modo, encontrarmos um ensejo para refletirmos sobre a sociedade do desempenho e nos abirmos ao desvelar do sentido que lhe dá forma. A serenidade, assim, faz com que o pensamento calculatório da sociedade do desempenho, que planifica maneiras da produtividade e do rendimento conseguirem ser alcançados da forma mais rápida e mais econômica possível, cedam lugar ao pensamento reflexivo, meditativo, que possa trazer para o primeiro plano os fundamentos a partir dos quais essa sociedade se ergue e se mantém.

Serenidade é a recusa voluntária da sociedade do desempenho, é a constituição de uma relação com ela firmada sobre novas bases:

A serenidade em relação às coisas e a abertura ao segredo são inseparáveis. Concedem-nos a possibilidade de estarmos no mundo de um modo completamente diferente. Prometem-nos um novo solo sobre o qual nos possamos manter e subsistir (*stehen und bestehen*), e sem perigo, no seio do mundo técnico.

A serenidade em relação às coisas e a abertura ao mistério dão-nos a perspectiva de um novo enraizamento. Que um dia poderá mesmo conseguir recordar, de uma nova forma, o velho enraizamento, que agora se desvanece rapidamente.⁷⁸

Aceder a essa serenidade é despertar para outros caminhos, fixar os pés sobre outros solos. Nela é possível buscar uma forma renovada de relação com o desempenho, buscar formas de não lidar com ele de modo irrefletido, de não nos mantermos e subsistirmos em uma sociedade do desempenho sem a tomarmos seriamente como alvo de meditação. Não se trata de conquistar com a serenidade aquela liberdade paradoxal na qual nos autoexploramos e nos autocoagimos, mas a liberdade em sua acepção mais nobre e elevada, que impulsiona a nos movermos por caminhos esclarecidos detidamente pela reflexão, não a nos entregarmos a formas veladas de absolutização e sobrecarga de rendimento distendido por crescentes, excessivas e incessantes requisições e violências.

Essa serenidade, tendo em conta o livro *Bom Entretenimento*, de Byung-Chul-Han, não significa tão somente a possibilidade de dizer “não” à sociedade do desempenho para entregar-se a si mesmo, às suas próprias vontades, interesses e prestações, bem como a ocupações estritamente narcisistas. Ela possibilita reatarmos uma relação com o mundo que se expresse com completude, posto que a sociedade do desempenho exige

⁷⁸ Heidegger, *Serenidade*, p. 25.

que fechemos as janelas que permitem nos distrairmos com o mundo para dirigirmos toda a plenitude de nossa atenção ao rendimento ambicionado. Para além de tolher o animal trabalhador de uma profunda relação consigo mesmo, a pressão de desempenho coloca obstáculos a uma interação com as dimensões do mundo que não se articulem diretamente com a hiperatividade e o hiperdesempenho cada vez mais elevados e maximizados. A serenidade, pois, não opera apenas para deixarmos de pertencer exclusivamente a máquina de desempenho para pertencermos a nós mesmos, mas, além disso, para nos reconectarmos com a totalidade do mundo ao qual pertencemos, mundo este desviado do nosso olhar pela hiperatenção requisitada pela produtividade histórica. Não se trata, assim sendo, da serenidade de Heidegger, mas de uma serenidade em relação ao mundo. Também não se trata de uma serenidade que somente nos torne disponíveis para uma autoformação antropotécnica, mas de uma que nos reconduza a uma dimensão mais ampla do mundo no qual estamos imersos.

Em *La sociedade paliativa*, Byung-Chul-Han⁷⁹, escreveu:

Na sociedade do desempenho neoliberal, negatividades como obrigações, proibições ou punições dão lugar a posititividades como motivação, auto-otimização ou autorrealização. Os espaços disciplinares são substituídos por zonas de bem-estar.

Esse pensador coreano-alemão, destarte, evoca uma motivação, uma auto-otimização e uma autorrealização como constituintes de uma zona de bem estar que marca uma sociedade neoliberal. As motivações elevadas, a ampliação progressiva de um perfeccionismo até se chegar ao máximo, a consideração de si mesmo como uma oficina de autorrealização, referidas por Peter Sloterdijk⁸⁰, se inscrevem na caracterização de uma sociedade neoliberal do tipo aludido por Han? O tesouro de exercícios oferecido por Peter Sloterdijk pode ser convertido em uma armadilha na qual “[...] se explora voluntariamente a si mesmo crendo que se está realizando”⁸¹?

Esse tesouro de exercícios sloterdijkiano pode, em seus usos e abusos orquestrados pela sociedade do desempenho, articular-se com a descrição que se segue:

O dispositivo neoliberal da felicidade tem a função de distrair da situação de dominação estabelecida, obrigando a uma introspecção

79 HAN, *La sociedad paliativa*, p. 22-23, tradução nossa. No original: En la sociedad neoliberal del rendimiento las negatividades, tales como las obligaciones, las prohibiciones o los castigos, dejan paso a posititividades tales como la motivación, la autooptimización o la autorrealización. Los espacios disciplinarios son sustituidos por zonas de bienestar.

80 SLOTERDIJK, *Tu tens de mudar de vida*.

81 HAN, *La sociedad paliativa*, p. 23, tradução nossa. No original: “[...] se explota voluntariamente a sí mismo creyendo que se está realizando”?

sem alma. Assegura que todos se preocupem apenas consigo próprios, com a sua própria psicologia, em vez de questionarem criticamente a situação social. O sofrimento, pelo qual a sociedade seria responsável, é privatizado e torna-se uma questão psicológica. O que precisa de ser melhorado não são as situações sociais, mas os estados de espírito. A exigência de melhorar a alma, que na realidade a obriga a conformar-se com as relações de poder estabelecidas, oculta as injustiças sociais. É assim que a psicologia positiva consome o fim da revolução. Aqueles que sobem ao palco já não são os revolucionários, mas os treinadores motivacionais que fazem com que o descontentamento, quanto mais a raiva, não surja [...]”⁸².

Dentro desse marco, essa ocupação consigo mesmo não se exprime nas raias de uma lógica antropotécnica? O trabalho sobre si mesmo não pode ser traduzido como uma forma de introspecção e uma manifestação privada do afã por uma formação levada a cabo em um âmbito imanente e, por conseguinte, privado? A avidez por uma automehora não pode se desdobrar insuspeitamente em uma marginalização do papel desempenhado pelas condições de possibilidade dela suceder-se? A exigência para otimizar-se não corre em paralelo com o imperativo de mudar de vida socorrendo-se em exercícios? O *Torso arcaico de Apolo* usado por Sloterdijk (2009) seria um desses treinadores motivacionais referidos por Byung-Chul-Han? A sentença que se segue se aplicaria ao exercitante e sua autosuperação?: “E visto que, em última instância, está concorrendo consigo mesmo, procura superar a si mesmo até sucumbir [...]. O sujeito do desempenho se realiza na morte. Realizar-se e autodestruir-se, aqui, coincidem.”⁸³.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste artigo resulta a proposição sloterdijkiana de uma retomada da responsabilidade individual pela mudança. Ele assinala, desde o filósofo alemão, um aceno para uma renovada pedagogia centrada na pessoa, levada a cabo por via de um novo catálogo de multidisciplinas cuja virtude, entre outras coisas, está em viabilizar uma formação para

82 HAN, *La sociedad paliativa*, p. 24, tradução nossa. No original: *El dispositivo neoliberal de felicidad nos distrae de la situación de dominio establecida obligándonos a una introspección anímica. Se encarga de que cada uno se ocupe solo de sí mismo, de su propia psicología, en lugar de cuestionar críticamente la situación social. El sufrimiento, del cual sería responsable la sociedad, se privatiza y se convierte en un asunto psicológico. Lo que hay que mejorar no son las situaciones sociales, sino los estados anímicos. La exigencia de optimizar el alma, que en realidad la obliga a ajustarse a las relaciones de poder establecidas, oculta las injusticias sociales. Así es como la psicología positiva consume el final de la revolución. Los que salen al escenario ya no son los revolucionarios, sino unos entrenadores motivacionales que se encargan de que no aflore el descontento, y mucho menos el enojo.*

83 HAN, *Sociedade do cansaço*, p. 86.

a vida e para o autoconhecimento. Postula-se a partir de Sloterdijk uma gramática de comportamentos impulsionadora de uma razão imunitária global. Além disso, resulta deste artigo um acento na especulação do filósofo alemão sobre um futuro no qual afigura-se uma consciência que invista na co-existência.

Convém, ademais, não negligenciar as possíveis implicações da precedente autorrealização antropotécnica. Se estamos no transcurso de um século pós-imunológico, como se expôs neste artigo a partir de Han, as antropotécnicas precisariam ser repensadas quanto a partir de onde e através do que elas surgem. O espaço de possibilidades ilimitadas de elevação implicado nas antropotécnicas contemporâneas pode ser desdobrado em uma violência capaz de repercutir patologicamente no campo social. O incansável exercitante pode ser identificado a um sujeito de desempenho que explora a si mesmo. O exercitante voraz pode converter-se em um algoz de si mesmo que se autocoage. Se as antropotécnicas puderem ser identificadas como peças que constituem engrenagens da máquina de desempenho que vigora, podem fabricar junto com aqueles que triunfam sobre si mesmos, também aqueles que fracassaram nessa tarefa ou aqueles que, conscientes dos limites e dos obstáculos do cansaço e do esgotamento, se valem de suportes bioquímicos para satisfazer as exigências de elevação.

Ao se expor neste artigo as implicações da autorrealização antropotécnica nos valendo dos aportes de Peter Sloterdijk e de Byung-Chul Han não se teve em vista que o leitor se deixe conduzir a uma espécie de bifurcação, a partir da qual seja confrontado com duas alternativas. Se acedermos tão somente às incomodantes considerações que preenchem as páginas de *Sociedade do cansaço*, de Byung-Chul Han, nos converteremos em neoreligiosos? Colocaremos mais uma vez a metafísica para vigorar? Reataremos com a crença em forças ultraterrenas que determinem a nossa existência? Ergueremos novamente nossos olhares aos céus esperando de lá a potência para desenvolver nossos modos de vida? Não parece exequível o homem abrir mão de sua autoprodução e, assim, forçosamente passar a basear sua vida em determinações que lhe sejam exteriores. Bem como, de outra forma, não parece racional e salubre configurar a vida por meio de diversas formas de exercício sem ponderar suas implicações da maneira mais completa possível, sobretudo as possíveis implicações levantadas a partir de Han.

Permitir se ver no Torso de Apolo sloterdijkiano e aceder, dogmaticamente, ao apelo que ele nos dirige para nos exercitarmos somaticamente na direção de nosso aperfeiçoamento parece ingênuo e fetichista sem considerarmos a possibilidade de, como esse artefato maciço, nos consumirmos em uma hiperatividade da qual resultemos fragmentados e mutilados quanto aos nossos estados psíquicos. Sob outra perspectiva, o cansaço fundamental sobre o qual versa Han, com o qual nos desmobilizamos e interrompemos nosso engajamento para algo, não dá conta de nos colocar em marcha para uma vida

diferente na qual floresça todo o tesouro de suas potencialidades. Trata-se acima de uma vida diferente buscada a partir de vontades, prestações e interesses que nos sejam próprios, não uma vida orientada para ambições impostas pela sociedade de desempenho.

Em suma, se tiver veridicção o levantamento de que as obras de Peter Sloterdijk e de Byung-Chul Han aguardam serem contrastadas por pesquisadores da filosofia contemporânea no tocante a temáticas sobre as quais incidem seus distintos olhares, este artigo pode contribuir para iniciarmos o preenchimento desse espaço em branco, ao haurir do livro *Sociedade do cansaço*, de Byung-Chul Han, contrapontos à autor-realização antropotécnica que preenche, entre outras obras, o livro *Tens de mudar de vida*, de Peter Sloterdijk.

APOLLO'S TIRED TORSO: PETER SLOTERDIJK, BYUNG-CHUL HAN AND THE IMPLICATIONS OF ANTHROPOTECHNICS AS SELF-REALIZATION

ABSTRACT

Peter Sloterdijk in *Tens de mudar de vida* [*Du mußt dein Leben ändern*] understands anthropotechnics as imperative experience and general ascetology. Starting from personal ethics, Sloterdijk proposes a catalog of disciplines with the capacity for social contagion. In a recent interview, Sloterdijk even accused the thought of critical theory, in its defense of social movements in their struggles for rights, of advocacy of disability. For the German philosopher, anthropotechnics appears as a metaphor for self-realization and there is no structural justification left for failure. In turn, one can deduce that there is in Sloterdijk a tacit acquiescence with neoliberalism. In counterposition, Byung-Chul Han's diagnosis of the society of fatigue and the material cost involved in self-realization in immune systems programmed to restrict the psychopolitical conditions of self-realization and attribute disability to the disabled is presented.

Keywords: Sloterdijk; Byung-Chul Han; anthropotechnics; immunology.

REFERÊNCIAS

BLANCO, Olga. *The Glamour of Grammar*. In: *New Medievalisms*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: o cuidado de si. v. 3. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HAN, Byung-Chul. **Bom entretenimento**: uma desconstrução da história da paixão

ocidental / Byung-Chul Han; tradução de Lucas Machado. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **La sociedad paliativa**. Madrid: Editorial Herder, 2020. (Pensamiento Herder).

Han, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. 2. ed. rev. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. São Paulo: Centauro, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Tradução de Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica**. Tradução de Carlos I. Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

PITTA, Maurício Fernando; WEBER, José Fernandes. Conquistar o Tertium Datur: Sloterdijk Em defesa de uma “antropologia cibernética” (entre Heidegger, Günther e Latour). **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 43, n. 1, p. 189-212, Mar. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010131732020000100189&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 mai. 2021.

PRIDDAT, Birger P. Angst, Sorge, Tod: Über eine “Ökonomie der Sorge” in der Corona-Krise, **Working Paper Serie**, No. 68, Cusanus Hochschule für Gesellschaftsgestaltung, Institute für Ökonomie und für Philosophie, Bernkastel-Kues, 2021.

SCHULTE-SASSE, Jochen. **Nietzsche’s Theoretical Resistance**. In: SLOTERDIJK, Peter. Thinker on Stage: Nietzsche’s Materialism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

SLOTERDIJK, Peter. **Esferas I: bolhas**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2016.

SLOTERDIJK, Peter. **Ira e tempo: ensaio político-psicológico**. Tradução de Marco Casanova. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

SLOTERDIJK, Peter. **Nicht gerettet: Versuche nach Heidegger**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

SLOTERDIJK, Peter. **Palácio de Cristal: para uma teoria filosófica da globalização**. Tradução de Manuel Resende. Lisboa: Relógio D’água, 2008.

SLOTERDIJK, Peter. **Pós-Deus**. Tradução de Markus A. Hediger. Petrópolis: Vozes, 2019.

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**. Tradução de José Oscar de Al-

- meida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.
- SLOTERDIJK, P. **Sistemas imunológicos em colisão**: Considerações sobre a civilização de povos e culturas na teoria da evolução [Entrevista concedida à Fronteiras do pensamento]. Tradução de Luciana Thomé. Porto Alegre: Fronteiras do pensamento, 2016. Disponível em: <https://www.frenteiras.com/resumos/sistemas-imunologicos-em-colisao-consideracoes-sobre-a-civilizacao-de-povos-e-culturas-na-teoria-da-evolucao-poa>. Acesso em: 11 mai, 2021.
- SLOTERDIJK, Peter. **Thinker on Stage**: Nietzsche's Materialism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- SLOTERDIJK, Peter. **Tu tens de mudar de vida**. Tradução de Carlos Leite. Lisboa: Relógio D'água, 2017.
- WOLFF, Francis. **Nossa humanidade**: de Aristóteles às neurociências. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012.

TUTELA COLETIVA DA REPARAÇÃO
CIVIL POR DANOS AO CONSUMIDOR E AO
MEIO AMBIENTE: O REALINHAMENTO
TEÓRICO DO DIREITO PRIVADO E OS
INSTRUMENTOS DO PROCESSO COLETIVO

*CLASS ACTION ON PRIVATE DAMAGES
REPARATION ON CONSUMER AND ENVIROMENT:
THE THEORICAL REALIGNEMENT OF PRIVATE
LAW AND THE CLASS ACTION INSTRUMENTS*

TUTELA COLETIVA DA REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AO CONSUMIDOR E AO MEIO AMBIENTE: O REALINHAMENTO TEÓRICO DO DIREITO PRIVADO E OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO COLETIVO¹

CLASS ACTION ON PRIVATE DAMAGES REPARATION ON CONSUMER AND ENVIROMENT: THE THEORICAL REALIGNEMENT OF PRIVATE LAW AND THE CLASS ACTION INSTRUMENTS

Gabriel Santos Lima²

Filipe Augusto Oliveira Rodrigues³

João Vitor Penna⁴

RESUMO

O presente artigo aborda a processo coletivo frente aos desafios apresentados pela responsabilidade civil ambiental e consumerista, para avaliar se a tutela coletiva representa um novo marco para o direito de danos. Apresenta-se o processo coletivo como instância democrática que busca compatibilizar interesses plurais de sujeitos indeterminados. Em seguida, analisa-se institutos a fim de averiguar o possível realinhamento do processo em demandas ambientais e consumeristas. A metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. A conclusão defende que os instrumentos de tutela coletiva são fundamentais para aplicação de um sistema de responsabilidade civil ambiental e consumerista.

Palavras-chave: filosofia da responsabilidade; filosofia do direito; processo coletivo; responsabilidade ambiental; responsabilidade no consumo.

1 Data de Recebimento: 29/05/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). ORCID n° 0000-0001-5117-5781. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6641506142203659>. E-mail: gabrielsantoslima@live.com

3 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). ORCID n° 0000-0003-4730-7694. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4725032631559275>. E-mail: filipe2809@gmail.com

4 Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). ORCID n° 0000-0003-3098-7793. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7222995294627660>. E-mail: jvitorpenna@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com as transformações da contemporaneidade, houve uma transformação em conceitos de vida pública e privada, impactando por sua vez no sistema jurídico do direito privado. É por meio das mudanças da racionalidade social e dos desafios concretos da sociedade, como a coletivização de danos massificados, que áreas do direito, que tradicionalmente se afastaram desta esfera coletiva, agora são chamadas para responder a estes problemas. Dentre as áreas do direito, o processo civil e a responsabilidade civil são algumas das áreas que precisaram passar por reformulações.

O antigo modelo de autonomia do sujeito e não intervenção do estado, no modelo dos direitos liberais, agora precisa enfrentar desafios como a luta pelo meio ambiente equilibrado e um novo mercado que não mais transitará com uma grande esfera de autonomia do sujeito frente ao direito com base em sua pretensa esfera privada, mas sim precisará respeitar a dignidade da pessoa humana tanto em suas relações com o estado quanto entre particulares.

O desafio que se apresenta, portanto, é o da refundação das bases do direito privado. Dentre os diversos aspectos que podem ser tratados nesta caracterização, enfocaremos neste artigo a relação em dois microsistemas específicos, o da tutela coletiva consumerista e o ambiental, uma vez que, como áreas de recente desenvolvimento no direito, seus elementos trazem os maiores desafios às respostas clássicas do direito liberal. O argumento que queremos defender na presente pesquisa consiste em analisar se configura um novo marco teórico para a responsabilidade, as mudanças trazidas pela tutela coletiva e os sistemas de danos criados pelo direito do consumidor e o direito ambiental. A metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. O argumento é dividido em duas partes principais. Na primeira parte, explica-se os elementos centrais do sistema da tutela coletiva e como se relaciona com a responsabilidade civil tanto ambiental quanto consumerista. Na segunda parte, analisa-se alguns institutos específicos e sua aplicação, dentro da tutela coletiva para mostrar as mudanças trazidas no sistema e a argumentação de que estes desafios da contradição do modelo antigo privatista e do novo modelo podem ser respondidos pela utilização de elementos de justiça distributiva para a responsabilidade.

2 O DESAFIO DA NOÇÃO DE TUTELA COLETIVA POR DANOS AO CONSUMIDOR E AO MEIO AMBIENTE

A Segunda metade do século XX é marcada por uma série de mudanças no direito. O sistema jurídico clássico da modernidade, construído desde as revoluções liberais

começa a entrar em contradição com uma série de conceitos e mudanças ocorridas com os avanços sociais. Um modelo que foi pensado pressupondo indivíduos no modelo liberal clássico e que tinha o direito como um elemento secundário em sua estrutura, agora precisava lidar com constituições que defendiam a existência de direitos sociais e coletivos que anteriormente eram relegados apenas às políticas.

Nestes processos de transformação, agora o indivíduo não seria mais tratado apenas individualmente, mas também coletivamente e não apenas em sua etnia ou grupo social, mas também em elementos em comum com outras pessoas na sociedade, como trabalho, área de habitação, compra de um mesmo produto, entre outros critérios. Desta forma, foi necessário que o direito abarcasse uma estrutura processual compatível com estes desafios e a tutela coletiva processual surge para exatamente adequar o direito ao novo contexto. Portanto, existe um vínculo, uma conexão, muito forte entre a criação da tutela coletiva e os novos direitos da metade do século XX, como o direito ambiental e a especialização da responsabilidade civil em áreas como o direito do consumidor.

Na primeira parte deste trabalho, será analisado exatamente este modelo de tutela coletiva em sua relação com o meio ambiente (direito ambiental) e ao consumidor (direito do consumidor), bem como seu realinhamento diante da compreensão do modelo de processo coletivo e as novas funções assumidas pela responsabilidade civil.

A ideia de processo coletivo, fruto de uma transição social própria de nosso tempo, foi apropriada do objetivo de materializar diversas pretensões em um local específico, que seria atrativo tanto em termos procedimentais, quanto econômicos. A instrumentalidade característica do direito processual, conforme Venturi (2007), é redimensionada no sentido de considerar as peculiaridades dos direitos envolvidos, especialmente pela pluralidade de aspectos políticos e sociais subjacentes. Essa visão, portanto, tem a ver especialmente com os ditos “novos direitos”, que se concretizam de forma característica no caso consumerista e ambiental.

O processo, portanto, de mero instrumento de resolução de uma lide entre sujeitos especificados, passa a ser ferramenta de pretensões diversas (interesses plurais de sujeitos determináveis e indetermináveis), em que tanto quem irá levar a pauta a juízo, quanto os limites das decisões serão relevantes. A construção dessa noção foi desenvolvida no direito anglo-saxão através das *class actions*, em que um indivíduo ou grupo de indivíduos passaria a representar um grupo que compartilhasse um interesse comum seja por que essa representação seria conveniente diante da infinidade de titulares, seja em virtude das dificuldades inerentes à própria jurisdição – como definições de competência, representação e coisa julgada (BUENO, 1996).

Tendo como inspiração clara as *class actions* da *common law*, a noção de processo coletivo foi sendo gestada no Brasil através de legislações esparsas que, em conjunto,

propiciaram um microsistema de tutela coletiva. Esse desenvolvimento contou inicialmente com a Lei de Ação Popular (lei nº 4.717/65), a Lei de Ação Civil Pública (lei nº 7.347/85.) e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), que permitiram uma visão mais abrangente de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como releitura dos próprios limites da tutela. Toda essa convergência sistêmica não ficou imune a instrumentos provenientes de processos objetivos, especialmente através da lei que regula as ações diretas de inconstitucionalidade (lei nº 9.868/99.), cujo desenvolvimento foi interessante para a construção, posterior, jurisprudencial e legal em processos subjetivos de conceitos como *amicus curiae*, legitimidade e competência adequadas.

Ainda que atualmente não seja um sistema perfeito, conta com uma importante dimensão principiológica e jurisprudencial progressista, especialmente através do advento do Código de Processo Civil vigente, o qual em suas normas fundamentais demonstra a clara consonância do processo aos valores consagrados pela Constituição Cidadã de 1988. Tudo isso ajudou a gestar o processo coletivo, de tal sorte que, conforme Didier Jr. e Zaneti Jr (2017), podemos falar em um devido processo coletivo como se verá adiante. A tendência de entendermos o contexto de emergência do processo coletivo é fundamental e imprescindível para a compreensão atual tanto da responsabilidade civil consumerista quanto da responsabilidade civil ambiental, que se caracterizam pela própria pluralidade inerente à tutela coletiva.

A responsabilidade civil, por seu lado, encontra amparo geral nos arts. 927 e 944 do Código Civil. Para que exista tal instituto é necessária a conjugação de quatro elementos, quais sejam, a existência conduta, dano, resultado e o nexo de causalidade entre o ato e o resultado danoso. A responsabilidade civil consumerista e ambiental, ainda, encontra previsão em legislações esparsas, sendo destacável a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Ambos os sistemas adotaram a teoria objetiva, a qual prescindiu a análise de culpa para a imputação de determinado resultado danoso.

Enquanto no modelo tradicional existia uma busca pelo culpado, agora existe apenas alguém que é responsável, mesmo que não exista moralmente um vínculo com uma culpa consciente. Neste novo contexto, o risco social é o elemento chave que precisa ser compreendido (Farias, Rosenvald e Netto, 2017). A emergência das teorias objetivas acabou por promover uma verdadeira diluição do nexo causal, o que nos indicou a proeminência da análise dos papéis da própria responsabilidade civil. Nesse cenário, restou problemático ao direito de danos se é possível a utilização de outras funções, que não as meramente reparatórias da responsabilidade civil. Isso é, indaga-se, cada vez mais, acerca da assunção punitiva e pedagógica da reparação civil, especialmente em contextos coletivos.

Deste debate, a conjugação entre direito material e direito processual instiga algumas perguntas jurídicas: Qual o representante adequado para a demanda? Qual o foro adequado? Quais os limites da coisa julgada? Diante desses questionamentos devemos adentrar a algumas noções de tutela coletiva, na perspectiva da responsabilidade civil ambiental e consumerista, no escopo de investigar possíveis desdobramentos práticos. Dessa forma, a noção de processo individual, em que há uma lide entre sujeitos determinados é insuficiente para a efetiva reparação dos danos mencionados. Na próxima parte aprofundaremos estas problemáticas no direito ambiental e no direito do consumidor.

3 O PROCESSO COLETIVO E A REPARAÇÃO CIVIL AMBIENTAL E CONSUMERISTA

3.1 Tutela coletiva em demandas ambientais e consumeristas

A discussão que gravita no entorno da reparação civil de danos ao consumidor e ao meio ambiente necessita de uma compreensão adequada do que se entende modernamente como processo. Isso se deve ao fato de que a discussão processual civil não resta imune de todo o contexto explicitado anteriormente de sociedade do risco e massificação dos danos. É justamente nesse interim que exsurge o processo coletivo como uma importante ferramenta de manejo para concretização de valores constitucionais e sociais.

A doutrina processual civil sofre inflexões resultantes de uma releitura principiológica. É nesse contexto que, de acordo com Venturi (2007), diante de violações cada vez mais usuais decorrentes da massificação dos danos, percebe-se a falibilidade de direitos meramente individuais, necessitando-se do albergue de algo mais, tornando a o processo coletivo como essência de uma efetiva reparação em moldes outros.

O processo coletivo é fundado sob as bases do princípio democrático, uma vez que as ferramentas para resguardo de interesses e direitos coletivos é pressuposto do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, imprescindível a tutela de bens de suma importância para a sociedade como o caso consumerista e ambiental (VENTURI, 2007). A natureza do processo coletivo se mostra como instância de transformação da realidade social (ALMEIDA; MELLO NETO, 2011). Assim, vê-se que a preocupação eminentemente democrática penetrou diversos institutos cuja preocupação em momento anterior era o de meramente assegurar um suposto equilíbrio bipolar entre sujeitos.

Nessa perspectiva, sob a égide específica da Constituição de 1988, é impossível segregar a realidade de demandas reparatórias da sua efetiva salvaguarda por um processo coletivo. Didier Jr e Zaneti Jr (2011) mencionam a importância de um regramento prin-

ciológico do processo coletivo, advogando pela aplicação similar ao que ocorre no direito estadunidense das *class actions*. Nesse esteio, o Judiciário brasileiro, em clara leitura do que dispõe o art. 8º do CPC/15, teria como atribuição a devida aplicação do devido processo legal coletivo, que exigem postulados específicos desde a certificação adequada de uma demanda coletiva, até um viés interpretativo específico como a utilização necessária do diálogo das fontes (DIDIER JR; ZANETI JR, 2011).

Também insta mencionar a potencialidade de produzir decisões estruturantes do processo coletivo, pela leitura de Fachin e Schinemann (2018), ocasião em que atos jurídicos proferidos pelo Judiciário teriam aptidão para promover uma reorganização social ou política, de modo a intentar valores caros socialmente. Essas decisões, cujo início histórico remonta a clássica atuação de jurisdição constitucional norte-americana nos casos *Brown I* e *Brown II*, demonstraram a importância das ferramentas processuais para transversalizar realidades sociais, numa aplicação procedimental nos moldes alexynianos.

No sentido do que propomos, especialmente a conjugação de dois danos possíveis, consumidor e ambiental, é necessário que façamos o recorte de quatro institutos do processo coletivo que se tornam essenciais para qualquer pretensão que se queira, qual seja, a representação, a competência, a gestão de provas e a utilização de fundos. Esses aspectos são fundamentais para que se fale de responsabilidade civil a danos individuais homogêneos, coletivos e/ou difusos, fazendo com que a relação entre processo e o direito material seja renovada e representando verdadeira revolução no direito de danos.

O contexto de proteção em face de uma reparação por danos ao consumidor e ao meio ambiente exige a apropriação de um conceito muito desenvolvido no mundo anglo-saxão, qual seja, a noção de representação adequada. Ante a um contexto não raro de danos indiscriminados a uma variedade de sujeitos, a representação influenciará de sobremaneira não só as fases processuais posteriores, como também a incidência do próprio direito material em si. É nesse sentido que a noção de processo coletivo se coaduna com uma postura mais incisiva e ativa do julgador, frente a uma conduta responsiva e concretizadora da sua atribuição histórica.

Arenhart (2017), citando o caso de um problema estrutural, processo coletivo por excelência, enfatiza infinidade de pretensões que subsistem nas expectativas dos sujeitos envolvidos, distanciando-se daquela simplória visão bipolar do processo. Tal fato reclama, portanto, que o sujeito que participe do processo consiga trazer de forma adequada o cerne das questões envolvendo o litígio. Dessa forma, tal qual a certificação de uma ação coletiva, deve haver a certificação (ou controle) de representação adequada por parte do juízo como elemento chave, especialmente por repercutir nos

efeitos futuros de quem será alcançado pela eventual decisão, bem como os limites de eventual coisa julgada.

O caso da responsabilidade civil ambiental e consumerista, por exemplo, é sintomático numa ação coletiva, ante a diferença entre diversos sujeitos afetados, dos consumidores aos indivíduos que efetivamente sofrem o impacto ambiental em si. A representação deve ser o meio de traduzir de maneira fidedigna o cerne da pretensão dos sujeitos ao processo. É nesse sentido que o sistema de tutela coletivo apresenta modernamente o conceito de representação adequada.

A representação adequada seria a reversão dos padrões de representação unicamente *ope legis* do processo civil clássico, especialmente pelo condão do processo coletivo de atribuir a terceiros tanto a vinculação ao processo, quanto vinculação à coisa julgada (ARENHART, 2017). Embora a representação adequada ache empecilhos no sistema de processo coletivo muito fechado, em que os legitimados quase sempre são designados pela letra da lei, vem se percebendo certa evolução jurisprudencial no sentido de analisar a pertinência temática mesmo para entes cuja representação fora atribuída *ope legis*. Os litígios em sede de ação civil pública cada vez mais exigem a pertinência temática, seja exigindo dos legitimados institucionalidade adequada, relevância social ou nexo territorial mínimo, exercício legítimo de controle de representatividade adequada pelo Poder Judiciário (COSTA, 2009).

A própria figura associativa e do *amicus curiae*, instrumento inicialmente previsto para processos objetivos (onde não “existem” partes), foi paulatinamente apropriada no bojo de diversas ações coletivas. Fato é que, não raro, o Judiciário é chamado para fazer um exercício de representação adequada, especialmente pelas preocupações esposadas acima. Se o processo coletivo é uma instância democrática, conforme Venturi (2007), a representação deve condizer com esse poderoso instrumento e sua participação, imputando-se ao legitimado exercício de adequação parecido com a pertinência temática, a fim de que possa exercer de forma responsável possível ante ao poderoso poder democrático de uma atuação em face do processo coletivo.

O controle de representatividade, inspirado no direito norte-americano, está contido no microsistema de tutela coletiva brasileira por uma leitura conjugada da legislação ordinária e da Constituição de 1988 (ARENHART, 2017). Tal instituto influenciará de sobremaneira o resultado efetivo do processo coletivo, seja na repercussão de uma eventual procedência ou improcedência da ação, quanto na consecução da melhor tutela para a proteção do direito material pretendido (COSTA, 2009). Em se tratando de tutelas referentes a demandas coletivas consumeristas e ambientais, a representação adequada tem evidente condão de fortalecer as decisões e evitar uma infinidade de demandas individuais.

Por sua vez, de igual modo, a decisão sobre a competência dos processos coletivos tem influenciará as outras etapas processuais. A nova leitura constitucional do instituto permite um olhar para além dos termos estritamente legais, uma vez que a escolha da competência influenciará não só a notificação dos interessados, como o melhor lugar para gestão da prova e, conseqüentemente, uma reparação coletiva condizente com o que se almeja. Fala-se, então, em nova abordagem, a competência adequada.

A leitura atual da competência em processo coletivo deve ser analisada em um modelo mais maleável. É nesse sentido que, conforme Cabral (2017), os parâmetros de controle da competência devem medir tanto as capacidades institucionais, quanto os aspectos estruturais e funcionais do órgão competente. Isso é, o esforço deve se direcionar no sentido de encontrar, além de competente, a melhor instância para a discussão da demanda coletiva.

O processo se torna uma instância não só de eficiência, mas de harmonização de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos envolvidos, na medida em que a decisão de competência é um ato que demanda grande fundamentação baseada em indicadores aferíveis, no intuito de um cálculo envolvendo múltiplos fatores econômicos, sociais, temporais (CABRAL, 2017). É justamente o caso de demandas coletivas consumeristas e ambientais, cujos cálculos são complexos e o exame da competência se faz obrigatório.

O caso da responsabilidade civil ambiental por danos ambientais e consumeristas é marcante pelo fato de o lugar da ação danosa se distinguir, não raras vezes, do local do dano efetivo. Isso desafia, em processo coletivo, a maior proximidade tanto dos legitimados, quanto da própria gestão da prova. Nesse caso, a coordenação de competências – exercício de competência adequada – faz-se necessária especialmente no intuito de articular interesses públicos e privados (CABRAL, 2017).

Insta mencionar que o caso em questão pode suscitar a competência de diversos órgãos institucionalmente competentes. Uma demanda de danos ambientais pode atrair simultaneamente a competência de varas estaduais e federais de unidades da federação distintas. Uma situação complexa como essa pode nos induzir a utilização de instrumentos inicialmente previstos no mundo anglo-saxão, como a utilização do *forum non conveniens*, para controlar a abusividade e inadequação de uma competência que embora seja legal, não é adequada, ou também a utilização do conceito de *minimum contacts*, na gestão de demandas que afetem simultaneamente bens consumeristas ambientais, uma vez que propicia o acesso ao juízo mais próximo da possível lesão ou dos grupos efetivamente atingidos (CABRAL, 2017). Esse é o caso, por exemplo, da divergência entre a produção de produtos em uma unidade da federação e o dano ambiental produzido pelo despejo em outro localidade pertencente a outro estado. Não há dúvidas do exercício necessário do Judiciário em tal caso.

Igualmente, a tutela coletiva não prescinde uma análise processual da gestão da prova em matéria de direito de danos, no que se refere especialmente aos casos abordados no presente trabalho. Isso se reflete, especialmente, pela análise probabilística probatória tanto da conduta que gera o dano, mas também do resultado. Essa análise é um dos marcos do processo coletivo.

O processo coletivo requer, portanto, uma saída conjunta para resolução de conflitos, verdadeira revolução dos parâmetros teóricos clássicos. A gestão da prova não está imune à sociedade de massa. É nesse sentido que muitos ordenamentos tiveram como saída o *Multidistrict Litigation*. – MDL, que é uma forma de técnica específica direcionada a reunir diversas ações distintas que tenham em afinidade questões de fato ou de direito para que a gestão da prova seja feita de forma comum (ZANETTI; PASCHOAL, 2021). Tal aplicação seria possível, ao menos na forma apropriada pelo espírito do Código de Processo Civil de 2015, através atos concertados, atos de cooperação e centralização de processos (ZANETTI; PASCHOAL, 2021). Todas essas tentativas vão ao encontro de uma mudança de mentalidade no pensar o processo e demanda uma discricionariedade fundamentada do juízo. Seria como no caso ora analisado no presente uma reunião de ações que, ainda que tenham o condão de atrair a competência de instâncias judiciais distintas, como é bastante crível no caso de um dano ambiental e consumerista diante de fato específico, em que tais ações fossem reunidas para a eficiência procedimental e econômica para manejo instrutório comum.

De outro turno, a gestão da prova em processo coletivo demanda cada vez mais uma análise probabilística e estatística. Dessa forma, conforme Vitorelli (2020), toda prova exige raciocínios probabilísticos, sejam explícitos ou implícitos. Em outras palavras, o próprio juízo de certeza efetivado por um magistrado, em algum grau, tem conexão com juízos probabilísticos estatísticos, sem os quais nenhuma prova seria valorada em um sistema jurídico pelos próprios limites de compreensão da linguagem subjacentes. A falta de regulamentação desses termos induz a uma profunda discrepância na análise probatória (e possível insegurança jurídica). Mais do que isso, a falta de manejo desse recurso pode significar a profunda inocuidade do instituto da responsabilidade civil no caso de danos ao consumidor e ao meio ambiente. Não raras vezes é possível apontar a margem de um resultado danoso aos bens ambientais numa análise pró-futuro. Ou é difícil a comprovação efetiva de um dano consumerista como uma publicidade indevida. É impossível mensurar em grau de certeza tanto o ato danoso quanto a exatidão do próprio dano proveniente da conduta nesses casos.

Por fim, a importância dos fundos para o direito de danos é fulcral para a compreensão prática da responsabilidade civil por danos coletivos. Silveira, Silveira e Do Carmo (2020) explicam a importância da fluid recovery no âmbito de ações coletivas. Segundo

os autores, a incidência dos fundos de reparação coletiva aos moldes da *fluid recovery* encontraram espaço no microsistema de tutela coletiva brasileiro e teve como base os anseios das sociedades de massa diante do estado de danosidade que será exposto adiante. A relação entre o instituto e o direito material é evidente, tendo em vista a concretude da satisfação material das vítimas diante dos mecanismos executórios, o que é dado por meio da legislação processual civil.

A *fluid recovery* tem como escopo a compensação das vítimas por meio da utilização de fundos coletivos, de maneira a promover forma de compensação indireta de lesados em determinada demanda coletiva (SILVEIRA; SILVEIRA; DO CARMO, 2020). Tal mecanismo, previsto no Código de Defesa do Consumidor, para o caso de lesão de direitos individuais homogêneos, ou disposto na Lei da Ação Civil Pública, almeja contornar o problema inerente de identificação das vítimas em uma demanda coletiva, de modo a auxiliar no efetivo cumprimento de sentença de demandas que, por serem de difícil comprovação, poderiam ocasionar constante vulneração pequena em termos individuais, mas expressiva no computo global, como no caso ambiental.

Venturi (2010) concebe a previsão do referido instituto como forma de viabilidade de tutelas preventivas, com o manejo de instrumentos inibitórios ou ressarcitórios, dessa forma, concretizando a reparação civil no caso de violação a direitos coletivos e/ou difusos. Dessa forma, segundo Silveira, Silveira e Do Carmo (2020), a utilização de fundos de reparação pode ocorrer como medida de prevenção geral ou especial de condutas lesivas a direitos que extrapolam o liame jurídico individual, como no caso das demandas coletivas. A utilização de fundos, conforme Leal e Bonna (2017), seria forma de expressão pedagógica, punitiva e repressiva da responsabilidade civil, que pode ser fomentada, inclusive, na seara extrajudicial.

Conforme visto, a leitura processual da tutela coletiva de danos ao meio ambiente, caracterizados como novos direitos provenientes de uma sociedade de massa, não está imune à leitura principiológica dos bens a serem protegidos. Daí se nota a preocupação democrática e condizente com a leitura constitucional dos institutos que, embora processuais, servirão de base para aplicação efetiva do direito material. Se, por ora, a utilização de fundos de compensação às vítimas traduz a preocupação do processo como instrumento de proteção de interesses diversos, a gestão da prova, através de técnicas processuais para facilitar o acesso à lide da melhor posição instrutória ou garantir o viés interpretativo que permita a consecução dos bens ambientais, é fundamental para as pretensões de uma efetiva tutela como exigida no caso de danos ambientais.

Conforme visto, a leitura processual da tutela coletiva de danos ao consumidor ou ao meio ambiente, caracterizados como novos direitos provenientes de uma sociedade de massa, não está imune à leitura principiológica dos bens a serem protegidos. Daí se

nota a preocupação democrática e condizente com a leitura constitucional dos institutos que, embora processuais, servirão de base para aplicação efetiva do direito material. Se por ora a representação e competência traduzem preocupações do processo como instrumento de proteção de interesses diversos, a gestão da prova através de técnicas processuais para facilitar o acesso à lide da melhor posição instrutória ou garantir o viés interpretativo que permita a consecução dos bens ambientais é fundamental para as pretensões de uma efetiva tutela como no caso dos danos ambientais e consumeristas.

3.2 Aplicação da reparação civil ambiental e consumerista e perspectiva e os instrumentos de processo coletivo

Nesta parte final da pesquisa abordaremos algumas repercussões práticas do que foi exposto da análise da responsabilidade civil ambiental em leitura conjugada com os instrumentos de tutela coletiva no presente caso. Assim, instrumentos de tutela coletiva, tal como representação adequada, competência e provas se mostram indispensáveis para a correta aplicação de direito de danos.

Inicialmente, vale pontuar que os danos ambientais e consumeristas, não raro, permitem uma leitura heterogênea dos afetados. Essa diversidade dos sujeitos não prescindirá a uma análise, em sede de tutela coletiva, sobre representação adequada. Isso em virtude da divergência de pretensões entre esses diversos sujeitos envolvidos nos danos provenientes da responsabilidade civil ambiental e consumerista, que vão desde consumidores, de graduações diferentes, a afetados ambientais, como moradores locais ou comunidades tradicionais, por exemplo. Essa diversidade de interesses culmina na necessidade de aferir se o representante judicial desses dois grupos, em eventual ação reparatória coletiva, poderia traduzir de maneira fidedigna a pretensão dos indivíduos afetados. Essa equação, pela moderna doutrina processualista, não pode ser resolvida apenas com a literalidade dos dispositivos que passam sobre o tema, especificamente o art. 85 do CDC e art. 5º da lei nº 7.347/85.

Segundo Arenhart (2017), os critérios para definição da representação desses sujeitos passariam pelo exame de indicadores de capacidade técnica do legitimado. Os requisitos *ope legis*, conforme já visto, não seriam os únicos, uma vez que o exame deveria perpassar por um exercício similar ao previsto no art. 138 do CPC, quando da pertinência temática do *amicus curiae*. Figura um exemplo do que se caracteriza como exercício de representação adequada feito pelos STJ (RESP nº 1002813/RJ) quando da atribuição de representação de uma demanda consumerista a uma comissão temática do Poder Legislativo Estadual, não obstante a inexistência de personalidade própria, porém sendo a instância mais adequada e apta para legitimidade da ação (ARENHART, 2017).

Tal entendimento se soma ao caso também comentado por Arenhart (2017) e por Costa (2009), em que a jurisprudência tem ido além de critérios puramente legais para definição seja para negar ou atribuir legitimidade aos representantes legais, cujo exemplo de recusa pode ser visualizado no RESP nº 1178660/MG, em que a legitimidade do Ministério Público foi afastada para a tutela de direitos individuais homogêneos, ante a não relevância social do bem jurídico envolvido – assim como a não previsão do objeto nas finalidades institucionais do *parquet*, em contrapartida do RESP nº 1192577/RS que conferiu legitimidade à Defensoria Pública, ainda que, na defesa de grupos necessitados, acabe por tutelar também grupos que não estariam inicialmente como objeto de tutela institucional ordinariamente prevista. Todo esse cenário se coaduna perfeitamente com as pretensões de grupos vulneráveis pelo cenário abrangido pelo presente artigo, fazendo crer que no caso da responsabilidade civil por danos consumeristas e ambientais necessita de um exercício de representação adequada dos grupos vulneráveis (seja consumidores ou afetados ambientais). Mais do que isso, o processo coletivo se demonstra cada vez mais como instância participativa, no intuito de promover o estreitamento desses interesses despersonalizados.

A definição da representação e a própria condição de vulnerável prepondera em nossas análises para o enquadramento da possibilidade de responsabilidade civil ora analisada. Dessa forma, antes da análise probatória e da noção distributiva do caso teoricamente elaborado aqui, é preciso dissecar a noção de competência, que tem repercussão para os legitimados e para os grupos apontados acima. Se a ideia de processo coletivo, de acordo com Hensler (2009), coaduna-se com a própria noção de relação de poderes entre indivíduos vulneráveis, temos que a definição de competência é continuidade primordial dessa noção. A repercussão de danos consumeristas e ambientais tem potencialidade para atrair uma infinidade de foros competentes. A própria definição plural de meio ambiente pode implicar em um tipo de competência diferenciada, a exemplo das várias competências diferentes a depender da especificidade do bem atingido (por exemplo, justiça comum, estadual ou federal, justiça do trabalho).

Como essa subdivisão pode ocasionar, em caso de danos ambientais, a existência de instâncias igualmente competentes para julgar o feito, cabe ao magistrado promover o controle não só do juízo competente, mas o mais adequado para a tramitação, segundo Cabral (2017), o que pode ocorrer em sede de processo coletivo, seja pelo controle do *forum shopping* através do *forum non conveniens*, seja pela utilização de mecanismos de gestão do processo como atos concertados e centralização de processos. A utilização desses mecanismos parece adequada no caso da responsabilidade civil ambiental e consumerista programada, pela própria aptidão de tal sistema explicitar lesões em foros distintos, em vista da concretização da responsabilidade civil consumerista e ambiental.

De outro turno, em relação ainda aos aspectos distributivos de lesões consumeristas e ao meio ambiente também encontramos um ponto de encontro no que tange a relação entre o direito e de danos e os instrumentos de tutela coletiva, especificamente em relação aos fundos previstos na lei de ação civil pública. Diante do apresentado, a tutela coletiva de danos consumeristas e ambientais encontra aporte teórico numa releitura de institutos de direito processual, na perspectiva contemporânea de processo coletivo, o que pode implicar em uma importante proteção jurídica aos referidos bens lesados.

4 CONCLUSÃO

Com base no exposto, tentamos fundamentar teoricamente a tutela coletiva da responsabilidade por danos ao consumidor e ao meio ambiente em face do novo caráter assumido pelos modernos contornos do processo. Foi necessária a contextualização básica das dificuldades que esses tipos de danos projetam frente a uma efetiva reparação. Dessa forma, representação e competência adequadas são um pressuposto da aplicação dos dois modelos de responsabilidade, ante a evidente preocupação democrática do processo coletivo. A gestão de provas e utilização de fundos também são ferramentas importantes para os sistemas de responsabilidade trabalhados, de modo que tanto técnicas de processo coletivo, quanto a análise estatística e probabilística da instrução processual, precisam estar alinhadas e enfrentadas no caso da ocorrência dos danos consumeristas e ambientais.

CLASS ACTION ON PRIVATE DAMAGES REPARATION ON CONSUMER AND ENVIROMENT: THE THEORICAL REALIGNMENT OF PRIVATE LAW AND THE CLASS ACTION INSTRUMENTS

ABSTRACT

This article addresses the class action in the face of the challenges presented by environmental and consumerist tort, to assess whether the class action represents a new milestone for the right to damages. The class action is initially presented as a democratic instance that seeks to reconcile the plural interests of indeterminate subjects. Then, the institutes are debated in order to investigate the possible realignment of the process in environmental and consumerist demands. The methodology of the work was based on theoretical research, with a bibliographic survey. The conclusion argues that class action protection instruments are fundamental for the application of an environmental and consumer civil liability system.

Keywords: philosophy of responsibility; philosophy of law; class action; environmental liability; consumer liability.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (TÍTULO II, CAPÍTULO I). **Revista TST**, vol. 77, no 3, jul/set, p. 77-97, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 661-677, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARISTÓTELES. Ética a **Nicômaco**. Livro V. Tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2009.

ASSUMPTÃO, Lia. **Obsolescência programada, práticas de consumo e design: uma sondagem sobre bens de consumo**. 2017. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 586316/MG (REsp nº 586316/MG)**. Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Rel. Min. Humberto Martins. Julgamento em 28 de abril de 2009. Diário de Justiça, BrasíliaDF, 25 de setembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600998380&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em: 10 jan.2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. vol. 82 p. 92-151, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. **Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso para professor titular de Direito Processual Civil**, 2017.

COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, p. 957, 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. Vol. IV.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo**

Fato do Produto e do Serviço: Um Debate Jurídico- Filosófico entre o Formalismo e o Funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do Direito Privado:** Uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana. São Paulo: Atlas, 2013.

EFING, Antonio Carlos; CAMPOS, Fabio Henrique Fernandez. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, 2020.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

HENSLER, Deborah R. The globalization of class actions: an overview. **The annals of the american academy of political and social science**, v. 622, n. 1, p. 7-29, 2009.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. EXECUÇÕES JUDICIAIS PECUNIÁRIAS DE PROCESSOS COLETIVOS: ENTRE A FLUID RECOVERY, A CY PRES E OS FUNDOS. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 18, n. 2, 2017.

LEAL, Virgínia de Carvalho. Responsabilidade Ambiental e as Teorias de Justiça: um novo paradigma rumo à justiça ambiental distributiva? **Revista Cabo dos Trabalhos**, vol. 10, p. 1-16, 2014. Disponível em: https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.2.5_Virginia_de_Carvalho_Leal.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. Responsabilidade civil sem dano-prejuízo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 12, n. 2, 2017.

MEIRELLES, Fernando S. Pesquisa Anual do FGVcia. **Panorama do Uso de TI no Brasil**, 2021.

MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. **Justiça e contrato:** entre comutar e distribuir. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

PAPAYANNIS, Diego M. **El derecho privado como cuestión pública**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. A responsabilidade civil ambiental na sociedade de risco. **Direito Ambiental do Trabalho:** Apontamentos para uma Teoria Geral, v. 5, p. 95, 2020.

SILVEIRA, Sebastiao Sérgio; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; DO CARMO, Isaias. A DESTINAÇÃO DAS REPARAÇÕES E ASTREINTES EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A SOLUÇÃO DA FLUID RECOVERY. **Revista Jurídica Cesumar:** Mestrado, v. 20, n. 2, 2020.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo:** a tutela jurisdicional dos direitos difusos,

coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. **O problema conceitual da tutela coletiva**: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei n. 5.130-2009. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, p. 171-205, 2010.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VIEIRA, Gabriella Castro; REZENDE, Elcio Nacur. A responsabilidade civil ambiental decorrente da obsolescência programada. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, n. 2, p. 66-76, 2015.

VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel do estatístico na análise probatória. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 76, abr/jun, p. 51-74, 2020.

VITORELLI, Edilson; OLIVEIRA, Matheus Rodrigues. O Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos e o desvio de finalidade na aplicação de seus recursos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 221-250, 2019.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate. In: SPECTOR, Ezequiel; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho** – vol. 3. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ZANETTI, Giulia; PASCHOAL, Thaís Amoroso. Por um tratamento eficiente da prova: notas sobre o multidistrict litigation enquanto técnica coletiva de gestão de processos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021.

REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO
DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DO
PROCEDIMENTO AOS PROCEDIMENTOS
JUDICIAIS ESPECIAIS E EXTRAJUDICIAIS

*A REFLECTION ON THE APPLICATION
OF THE TECHNIQUES OF DIFFERENTIATION
OF THE PROCEDURE TO JUDICIAL AND
EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS*

REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DO PROCEDIMENTO AOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS ESPECIAIS E EXTRAJUDICIAIS¹

*A REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE TECHNIQUES OF
DIFFERENTIATION OF THE PROCEDURE TO JUDICIAL AND
EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS*

Maurício Schibuola de Carvalho²

RESUMO

Nas linhas do neoconstitucionalismo, do formalismo-valorativo e da força normativa da Constituição, o presente artigo, a partir de uma análise histórica, dogmática e principiológica, analisa a aplicação das técnicas diferenciadas de procedimento entre os procedimentos judiciais comum e especial, bem como entre os procedimentos judiciais e os extrajudiciais de titularidade do Ministério Público, em atenção ao perfil resolutivo deste.

Palavras-chave: Ministério Público; técnicas; procedimentos; extrajudiciais; especiais.

1 INTRODUÇÃO

Anteriormente, predominava a ideia da possibilidade de existência de um único procedimento para a devida tutela das diversas espécies de direitos materiais, originária dos fundamentos de liberdade e igualdade formal do Estado Liberal³. Esse ideal decorria do racionalismo típico do positivismo jurídico e da denominada “era das codificações”⁴, existindo uma crença de que um único procedimento, perfeito, proporcionaria o devido processo legal a todos os conflitos.

1 Data de Recebimento: 21/02/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Processo Civil Contemporâneo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Fundador do Grupo de Estudos de Processo Civil da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Promotor de Justiça de Entrância Intermediária do Estado de Sergipe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4437-2407>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7478535751501767>. E-mail: mau0309@gmail.com

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. P. 19.

4 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 19.

Contudo, paulatinamente, ocorreu a superação da utopia⁵ do procedimento único, fortalecendo-se a ideia da necessidade de criação de procedimentos especializados. Desse modo, tais procedimentos deveriam respeitar e adaptar-se às especificidades de determinados direitos materiais e de suas tutelas⁶.

Isso se deu, principalmente, a partir das ideias do neoconstitucionalismo e da consolidação do Estado Constitucional no Brasil, quando houve o fortalecimento dos princípios constitucionais e de suas tutelas.

Nesse contexto, na Constituição de 1988, foi positivado o princípio do devido processo legal, do qual deriva o direito a procedimento adequado ao caso concreto, e que confira prestação jurisdicional eficiente.

Se, por um lado, na perspectiva do neoconstitucionalismo, o processo e os procedimentos devem atender às diferentes demandas, por outro, é impossível ao legislador criar tantos procedimentos quantos sejam as necessidades dos litigantes⁷. Não há como criar um procedimento para cada tipo de direito substancial.

Diante disso, constatou-se a necessidade de conferir-se maior flexibilidade aos procedimentos, o que pode ser feito mediante a permissão da utilização de técnicas previstas pela legislação para os procedimentos processuais do procedimento comum aos especiais - bem como o caminho inverso - de acordo com as particularidades dos casos concretos⁸.

Diante disso, é preciso que haja uma mudança de paradigma no estudo dos procedimentos, compreendendo-os à luz da neoconstitucionalismo⁹.

5 "...poder-se-ia dizer que, hipoteticamente, se tivéssemos de pensar em um futuro utópico, o ideal seria que houvesse um procedimento único para todas as ações, para todas as partes, mas um procedimento tão bem-regulado que nele todas as hipóteses e exigências do direito material pudessem ser atendidas. Com isso, o processo seria simples e todos os juízes adotariam os mesmos procedimentos, as mesmas regras, e até qualquer cidadão comum poderia, mesmo sem patrocínio de advogado, ingressar em juízo, porque tais regras seriam de conhecimento de todos e iguais em todos os processos." (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 399).

6 Escreveu Ovídio em 1993: "Afim, conclui-se agora, não obstante seja uma e única a "ação" processual, a cada direito (existente e declarado procedente na causa!), haverá de corresponder uma ação (de direito material) que o assegure, tornando-o efetivo e realizado. Sendo assim, urge que o direito processual afeiçoe-se aos direitos materiais, dando a cada um deles, na medida do possível, instrumentos compatíveis e adequados a sua natureza." (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Procedimentos especiais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Aide ed, 1993. P. 74).

7 Heitor Sica lista cinco formas distintas de realizar adaptações da técnica processual para melhor adequação do instrumento à situação conflituosa e ao direito que a ela se aplica em: SICA, Heitor. "Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais", disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>, acesso em 02/10/2018.

8 Marinoni e Arenhart dividem a história dos procedimentos em: 1ª) fase da uniformidade procedimental; 2ª) fase das tutelas jurisdicionais diferenciadas; 3ª) fase atual, na qual as normas abertas permitem a construção dos procedimentos adequados à tutela do direito material no caso concreto (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. P. 41).

9 MARINONI, L. G.; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. P. 335.

Vejam-se observações feitas por Luiz Guilherme Marinoni:

A partir do momento em que as normas relativas à ação passam a se voltar à realidade ou ao caso concreto, rompe-se o gesso da época em que o seu exercício ficava restrito aos meios processuais previamente disponibilizados a hipóteses específicas. O direito brasileiro impõe a tese do direito à construção da ação adequada ao caso concreto.

A partir dessa mudança de ponto de partida, critérios devem ser criados para a incorporação de técnicas especiais nos procedimentos.

O Código de Processo Civil, de 2015, consolidou a irradiação da eficácia das normas constitucionais sobre toda a sistemática processual brasileira, firmando postulados do neoconstitucionalismo¹⁰, tal qual a necessidade de aplicação e interpretação das normas processuais tendo como ponto de partida sempre a Constituição¹¹.

Nesse contexto, alguns princípios constitucionais¹², como o da eficiência¹³⁻¹⁴, são positivados na legislação processual infraconstitucional, o que confere maior destaque à incidência normativa das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico. Não é diferente com os procedimentos especiais, os quais, igualmente, devem ser interpretados e aplicados consoante a legislação constitucional.

Do mesmo modo, não deve, nesse ponto, ser conferido tratamento diverso aos procedimentos extrajudiciais, a exemplo dos inquéritos civis e procedimentos administrativos, que, também, devem respeito aos postulados constitucionais, na vertente do neoconstitucionalismo vigente.

10 “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.” [BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2005, n. 240, p. 42].

11 NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. P. 39.

12 Ivo Dantas faz uma distinção entre princípios constitucionais do processo e princípios do procedimento: DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 431.

13 “Conforme preleciona Taruffo, podemos buscar pelo menos dois tipos de eficiência no sistema processual. Uma primeira perspectiva de eficiência, por mim nominada quantitativa, definiria-se em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a solução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito.” (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, v. 184, p. 112).

14 Sobre princípio da eficiência no processo civil: CAMPOS, Eduardo Luiz. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O presente artigo traz premissas dogmáticas, principiológicas e históricas que servem a duas principais finalidades: 1) sob a ótica do processo judicial, concluir pela aplicação de uma via de mão-dupla entre técnicas procedimentais do procedimento comum e especial; 2) do ponto de vista extrajudicial, trazer questionamentos sobre a aplicação ou não dessa mesma conclusão aos procedimentos extrajudiciais de titularidade do Ministério Público. Em relação ao segundo ponto, não há a pretensão de firmar uma conclusão e encerrar uma discussão; pelo contrário, o objetivo é ser pura e simplesmente o limiar de uma reflexão.

2 MARCOS TEÓRICOS: POSITIVISMO JURÍDICO E FORMALISMO-VALORATIVO

O período pós-positivista do direito é marcado por dois fenômenos fundamentais: o afastamento do modelo lógico do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais próximas da realidade jurídica, e a consequente intensificação da força normativa dos princípios¹⁵.

Já pontuava Konrad Hesse¹⁶:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão.

É dentro dessa realidade que se insere o neoconstitucionalismo e o formalismo-valorativo, cujas influências, no ordenamento jurídico brasileiro atual, são notórias.

O neoconstitucionalismo, correlacionado à afirmação do Brasil como modelo de Estado Constitucional, apresenta, dentre seus principais traços caracterizadores, a necessidade da interpretação do direito como um todo por meio dos princípios constitucionais¹⁷.

Consequentemente, ocorreu a denominada constitucionalização dos direitos, que retira os códigos do centro dos ordenamentos infraconstitucionais e insere, neste espaço,

15 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., F (org.). Salvador: Jus Podivm, p. 138.

16 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 13.

17 BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *In: DEL NERO*, Patrícia Aurélio; GUERRA, Roberta Freitas. (org). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014, p. 36.

a Constituição, o que se denomina descodificação¹⁸.

Barroso aponta:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Assim como os demais ramos, o Direito Processual Civil e os procedimentos extrajudiciais sofreram forte influência do neoconstitucionalismo, passando, portanto, a buscar os fundamentos de validade formal e material dos seus institutos na Constituição Federal¹⁹.

No âmbito do processo, o impacto da constitucionalização recebeu a alcunha de neoprocessualismo. Assim, o modelo processual atual, por influência do neoprocessualismo, apresenta como principais fundamentos os princípios constitucionais, incluindo-se, dentre eles, o direito a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa (arts. 5.º, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF, e 1.º, 3.º e 4.º, do CPC).

Igualmente, verifica-se possuírem os participantes de um procedimento extrajudicial de titularidade do Ministério Público o mesmo direito a uma tutela adequada, efetiva e justa, haja vista, também, tratar-se de relação Estado-particular ou Estado-Estado, em observância à eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o conceito de formalismo-valorativo está intrinsecamente atrelado ao neoconstitucionalismo, pois se trata de reação aos formalismos excessivos do positivismo, afastando-se do abstrato e aproximando-se da realidade fática: transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar a justiça concreta e individualizada do caso²⁰.

A junção do neoconstitucionalismo e do formalismo-valorativo traz, também, como consequência, a proliferação de textos normativos indeterminados, os quais serão concretizados de acordo com as singularidades dos casos concretos²¹.

18 BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *In: DEL NERO, Patrícia Aurélio; GUERRA, Roberta Freitas (org). Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Ed. Viçosa: UFV, 2014. P. 36.

19 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, P. 233.

20 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Jus Podivm, p. 162.

21 *Idem*. Processo civil brasileiro e codificação. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2010, n. 179, p. 264.

Há, portanto, uma redefinição do processo civil, quando compreendido à luz do Estado Constitucional, o que, também, deve ocorrer com as teorias gerais dos procedimentos especiais e dos procedimentos extrajudiciais, as quais necessitam ser redimensionadas de acordo com os princípios constitucionais vigentes.

É a partir desses marcos teóricos – neoconstitucionalismo e formalismo-valorativo – que se pretende analisar a teoria geral dos procedimentos judiciais especiais e extrajudiciais.

3 MARCO HISTÓRICO: CAUSAS DE EXISTÊNCIA E EVOLUÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

No Estado Liberal, predominava a ideia de igualdade, contudo meramente formal, o que se refletia no âmbito jurídico, no qual a tutela dos direitos devia se dar de modo uniforme²².

Consequentemente, os valores do Estado Liberal impunham a uniformização do procedimento e o decorrente afastamento das tutelas em relação ao direito material do caso.

No século XIX, com a finalidade de reforçar a autonomia científica do direito processual, acabou-se por tornar o direito processual neutro e indiferente às várias situações de direito substancial, ao firmar-se que a ação processual seria autônoma do direito material²³.

Esse movimento serviu para ratificar a ideia de que um único procedimento padronizado serviria para atender a diferentes situações jurídicas, repudiando formas sumárias de tutela processual²⁴.

A incessante busca pela autonomia do direito processual foi levada ao extremo, sendo construído um sistema em que o instrumento afastou-se completamente do seu fim²⁵.

Com a evolução do Estado, verificou-se que a complexidade das relações jurídicas não comportava a existência de procedimento único, pois várias situações jurídicas²⁶

22 Sobre conceito de fatos jurídicos: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo V; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2011.

23 Na verdade, a teorização sobre o conceito de “ação” processual escondeu sempre a proposição ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a universalização do procedimento ordinário, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna, ao mesmo tempo em que – com um único golpe – derrotava-se outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam, os processos sumários. (SILVA, Ovídio Batista Araújo da. Curso de Processo Civil. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 103).

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. P. 21. Complementando: “*La concepción del Derecho como un instrumento conservador del orden social, generó en el campo procesal una suerte de terror por la “victoria provisional”, tal como era concebida una decisión obtenida en un proceso distinto al ordinario.*” (MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2003, v. 109, p. 191).

25 *Ibidem*. P. 192.

26 Conceitua Carnelutti situação jurídica: “*Al ser el interés una posición del hombre, el interés jurídicamente protegido*

exigem tutelas diferenciadas²⁷.

Diversos são os fatores apontados como capazes de justificar ou fazerem surgir os procedimentos especiais²⁸, tal qual a promoção do acesso à justiça para os menos favorecidos economicamente, a transindividualidade de certos direitos²⁹, a ação material³⁰ e até a simples impaciência do legislador quanto à morosidade do Judiciário³¹. Ainda, há as questões de política legislativa e os *lobbys* de determinadas classes sociais.

Desse modo, a teoria dos procedimentos especiais acompanhou a evolução social, conforme pode ser verificado no raciocínio desenvolvido por Eduardo Cambi:

O Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII. O pensar o Direito deve passar por um *aggiornamento* para que a sua concretização, para não ficar presa a institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos, não se dissocie da realidade, frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas³².

Porém, é certo que muitas vezes o traço distintivo dos procedimentos especiais é a simples sumarização da prestação jurisdicional, geralmente mais demorada no procedimento comum, não apresentando grandes diferenças em relação ao rito ordinário, como é o caso das ações de família.³³ Isso é bem apontado por Dinamarco³⁴:

Como variam muito os graus de intensidade das reduções impostas pela lei à cognição em determinados processos (quer no plano verti-

o jurídicamente subordinado constituye lo que se llama situación jurídica. La situación jurídica es, por ello, elemento de la relación, que se compone de dos situaciones combinadas” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, v. 1. Buenos Aires: Uteha, 1944. P. 29).

27 “Como variam muito os graus de intensidade das reduções impostas pela lei à cognição em determinados processos (quer no plano vertical, quer no horizontal), há processos mais fortemente diferenciados e processos menos fortemente diferenciados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 740).

28 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 3. P. 544.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. P. 21; CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, n. 179, p. 143.

30 “...a principal característica do procedimento – e a chave da exegese do art. 292, § 2º – deflui da sua afinidade com a ação material.” (ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. P. 268).

31 FABRICIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Disponível em: [www.abdpc.org.br/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3).formatado.pdf). Acesso em 08 out. 2018. MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 56.

32 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, P. 234.

33 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Op. Cit., p. 30/31.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 740.

cal, quer no horizontal), há processos mais fortemente diferenciados e processos menos fortemente diferenciados.

Todavia, a proliferação de procedimentos especiais, embora tenha por fundamento lógico a maior adaptabilidade e simplificação da prestação jurisdicional, pode levar ao distanciamento do processo do cidadão e ao aumento da complexidade processual³⁵.

Quanto aos procedimentos extrajudiciais, tais quais os já citados de titularidade do Ministério Público, costumam ser naturalmente flexíveis, tendo em vista a existência de escassa disposição normativa que trate do seu rito e o engesse, sendo, em grande parte, regulados por Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, a exemplo das Resoluções do CNMP de n.ºs 23/2007, 174/2017 e 183/2018.

4 REFORMULAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS PROCEDIMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Como dito, o neoconstitucionalismo exige do intérprete do Direito uma modificação na forma de tratar as normas jurídicas como um todo, refletindo-se no abandono da visão positivista, que se caracterizava por uma visão puramente formalista do direito, e a consequente adoção dos princípios como principal fonte normativa.

O denominado direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF) tem como consectário o direito ao procedimento e às técnicas adequadas³⁶. Esse é o denominado princípio da adequação, cujo conteúdo é extraído da cláusula do devido processo legal³⁷.

Desse modo, não basta abrir as portas do Judiciário ou do Ministério Público, é necessário prestar uma tutela eficiente, efetiva e justa, sem formalismos excessivos.

Do mesmo modo, não é suficiente prever procedimentos, deve-se ir além e fazer com que a prestação conferida por meio deles atenda aos escopos constitucionais³⁸.

Assim, a existência de um direito material implica a correlação de procedimento adequado; caso contrário, o direito material seria previsto abstratamente, mas irrealizável concretamente³⁹.

A doutrina tradicional conferia as seguintes características aos procedimentos judiciais especiais: a) legalidade; b) taxatividade; c) excepcionalidade; d) indisponibilidade;

35 NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, v. 184, p. 119/120.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2013. P. 28.

37 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, n. 179, p. 143.

38 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Jus Podivm, p. 156/157.

39 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. P. 224.

e) inflexibilidade; f) infungibilidade; g) exclusividade⁴⁰.

A legalidade, característica que serve de fundamento para várias outras, consiste, basicamente, na exigência de previsão legislativa para caracterizar o procedimento como especial, bem como na estrita vinculação do rito especial ao estabelecido na lei⁴¹.

A excepcionalidade é a visão do procedimento especial como instrumento a ser usado nas hipóteses previstas em lei; caso não haja previsão legal, a regra será o uso do comum⁴². Essa característica levou a doutrina à crença da impossibilidade de elaborar-se uma teoria geral dos procedimentos⁴³.

A indisponibilidade determina a impossibilidade da parte optar por outro procedimento, quando a lei estipular procedimento especial, não havendo espaço para qualquer tipo de escolha sobre qual procedimento será utilizado⁴⁴.

Apontava-se, ainda, a inflexibilidade ou rigidez como característica dos procedimentos especiais, por se almejar proporcionar segurança jurídica ao processo: o raciocínio era que, quanto mais regrado legalmente o procedimento, maior seria a segurança jurídica⁴⁵. Nesse sentido, a doutrina de Monroy Gálvez e Monroy Palacios:

Toda la construcción teórica del proceso liberal durante el siglo que se acaba, se ha hecho teniendo como ídolo al principio de seguridad jurídica. A la búsqueda de su obtención han sido muchas las veces en las que se debió sacrificar al valor justicia. Por mucho tiempo el proceso se ha desarrollado optando respecto de un falso dilema: Justicia vs. Seguridad jurídica.

Já a infungibilidade trata-se da inviabilidade de conversão entre procedimentos especiais e o comum ou entre dois diferentes procedimentos especiais, o que apenas se permitiria nos casos previstos expressamente em lei⁴⁶⁻⁴⁷.

40 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 32.

41 SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n. 264, fev. 2017, p. 530.

42 MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 55; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 372.

43 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 36.

44 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 585. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 338; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. P. 25; SICA, Heitor. Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais, disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>. Acesso em: 02 out. 2018.

45 MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales*. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, 2003, v. 109, p. 203.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 338; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998. P. 182.

47 Ernane Fidelis dividia os procedimentos especiais em fungíveis, absolutamente infungíveis e relativamente infungíveis

Por fim, a exclusividade consiste em considerar que as técnicas procedimentais diferenciadas apenas poderiam ser empregadas no procedimento especial, não sendo adequada a utilização no procedimento comum⁴⁸.

Todavia, essa visão engessada acerca da teoria dos procedimentos deve ser modificada, pois, principalmente diante do modelo processual do CPC-2015, é necessário permitir aos sujeitos processuais que, dentro de determinados limites, ajustem o procedimento (processual comum, processual especial ou extrajudicial) às particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, deve-se observar o princípio implícito da adaptabilidade⁴⁹, o qual possibilita ao juiz flexibilizar o procedimento, ainda que ausente previsão legal específica⁵⁰, para promover alterações no rito, que viabilizem tutela mais adequada às peculiaridades da causa, atendendo-se, dentre outros, aos princípios do devido processo legal e da eficiência.

A alteração e a flexibilização do procedimento podem, por exemplo, potencializar o princípio da isonomia e da paridade de armas, uma vez que possibilitam conferir maior equilíbrio de forças entre os litigantes em situações em que há desigualdades materiais.

José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni fazem um balanço acerca da rigidez procedimental:

O sistema típico ou rígido de procedimentos tende a alcançar resultados satisfatórios, na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos, sendo até mesmo conveniente a previsão de um procedimento uniforme para os casos em que problemas similares se reproduzem imensamente, a fim de que se assegure a todos aqueles que se encontrem em uma mesma situação de direito material solução procedimental também igual. No entanto, na medida em que surgem novos pormenores na vida social e, portanto, no direito material, o sistema típico acaba se revelando ineficiente, o que acaba impondo um ajuste tendente a especificar um procedimento para o problema trazido pelas partes ao órgão jurisdicional⁵¹.

(SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 2).

48 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 39.

49 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes. (org.). **Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2009, p. 25.

50 *Ibidem*. P. 26.

51 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. P. 225.

Além disso, as próprias partes, incluindo o Ministério Público⁵², podem, por convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC, estipular mudanças no procedimento de acordo com as especificidades da causa, o que afasta o caráter da indisponibilidade, taxatividade e rigidez do procedimento.

Quanto à indisponibilidade, essa característica sofre críticas doutrinárias há algum tempo⁵³.

Porém, é importante pontuar que há procedimentos que realmente devem ser considerados obrigatórios por motivos que, em tese, não se poderia permitir aos sujeitos processuais dispor, como o interesse público (ex: desapropriação) e a extrema peculiaridade da situação (ex: falência e recuperação judicial)⁵⁴.

Desse modo, atualmente, devem ser considerados traços caracterizadores dos procedimentos a flexibilidade, disponibilidade, fungibilidade e complementaridade. Tais características podem ser consideradas tanto para os procedimentos especiais da legislação processual, quanto para os procedimentos extrajudiciais de titularidade ministerial.

Ainda, vale destacar análise de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira acerca do conflito entre garantismo e eficiência na aplicação dos procedimentos judiciais, raciocínio que pode ser perfeitamente aplicado também aos procedimentos extrajudiciais:

À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.⁵⁵

52 Nesse sentido: Enunciado nº 253 do FPPC; CABRAL, Antonio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. Negócios processuais.** Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2015. P. 541/557.

53 “...se a lei adota para alguma ação o processo especial, pode o autor preferir o rito ordinário. É o princípio da preferibilidade do rito ordinário.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** t. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. P. 527).

54 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** Salvador: JusPodivm, 2018. P. 41.

55 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Leituras complementares de processo civil.** DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, p. 147.

5 PLANO JUDICIAL: APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS PELO JUIZ

O direito de ação, por si só, não basta para legitimar a proibição da autotutela e o monopólio estatal da jurisdição, é necessário permitir ao autor valer-se de técnicas adequadas à efetiva tutela do direito material⁵⁶. Esse é o já citado direito ao procedimento adequado, cujo conteúdo complementa o direito de ação, podendo ser extraído dos preceitos dos arts. 139, IV, 327, § 2º, 497, 498, 536 e 537 do CPC.

Como antecipado, é impossível ao legislador construir procedimentos e técnicas que atendam a todas as possíveis situações de direito material, pois, ainda que possam ser visualizadas abstratamente, as circunstâncias do caso concreto podem torná-las carentes de um tratamento diferenciado⁵⁷.

Portanto, em respeito ao princípio da adequação, deve ser conferido ao juiz o poder-dever de adequar o procedimento, bem como ao legislador, o de construir técnicas processuais adequadas à tutela eficiente dos direitos materiais⁵⁸.

Há, ainda, no CPC, uma cláusula geral⁵⁹ de flexibilização procedimental no seu art. 327, § 2º, que permite a aplicação de técnicas procedimentais especializadas no procedimento ordinário, em caso de cumulação de pedidos, cujo teor é o seguinte:

Art. 327. (...)

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Tal dispositivo quebra o paradigma da rigidez do procedimento comum, para, assim, permitir a adaptação do procedimento comum, tornando-o rito apropriado à aplicação

56 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v.1. 3. Ed. São Paulo: RT, 2017. P. 327.

57 *Ibidem*. P. 334.

58 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Leituras complementares de processo civil**. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Jus Podivm, P. 253.

59 Sobre as cláusulas gerais: “O direito contemporâneo absorveu com enorme e impressionante rapidez a tendência que a algumas décadas se podia observar em poucos “episódios” legislativos, e que consiste no uso de técnica legislativa que prioriza, em lugar de textos normativos precisos, minuciosos, fechados, “estatutários” por assim dizer, normas abertas, a partir de construções semânticas fluidas e genéricas. Essas normas abertas consistem nos princípios, nas leis que contêm conceitos indeterminados e nas cláusulas gerais, estas invariavelmente construídas com o uso de conceitos vagos, ou indeterminados.” (WAMBIER, Luiz Roberto. Abuso do procedimento especial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012, v. 204, p. 54/55).

de disposições procedimentais especiais. Ainda, essa cláusula geral de adaptação procedimental permite o caminho inverso: aplicação para o procedimento especial de técnicas do comum.

Portanto, desde que haja compatibilidade, é permitido o diálogo entre as técnicas diferenciadas dos procedimentos⁶⁰.

Ademais, o art. 1.049, parágrafo único, do CPC, também dispõe sobre a incorporação de procedimentos especiais ao procedimento comum, apresentando a seguinte redação:

Art. 1.049. Sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código.

Parágrafo único. Na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver.

Assim, pode-se considerar superada a concepção da subsidiariedade do procedimento comum em face dos especiais⁶¹.

É mais adequado aos ideais de eficiência processual falar-se em complementaridade ou supletividade: integração normativa entre procedimentos especiais e o comum, com um diálogo entre as fontes normativas e a mútua aplicação das técnicas⁶².

É importante destacar que não se defende a aplicação das técnicas procedimentais de forma indiscriminada, mas sim, com o respeito a limites normativos e critérios objetivos, a exemplo da afetação da esfera jurídica do réu⁶³. Assim dispõem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero:

Como é óbvio, o autor deve optar pelo meio executivo idôneo à tutela do direito material. Contudo, diante da eventualidade de dois meios idôneos a propiciar a tutela do direito, necessariamente deve utilizar o que cause a menor restrição possível ao réu.

60 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 70.

61 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 336; DEEBEIS, Toufic Daher. *Processo civil de conhecimento e procedimentos*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998. P. 221; SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 87.

62 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 92.

63 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v.1. 3. Ed. São Paulo: RT, 2017. P. 336.

Exemplifica-se com o caso do procedimento da reintegração de posse, o qual exige para a expedição do mandado liminar apenas a devida instrução da petição inicial (art. 562, do CPC), não exigindo, pois, o cumprimento dos requisitos previstos para a tutela provisória do procedimento comum.

Nesse caso, as particularidades do direito substancial em disputa⁶⁴ não permitem ao juiz exigir a comprovação dos requisitos do procedimento ordinário⁶⁵.

A produção das normas jurídicas e a aplicação da Constituição exigem do intérprete um esforço hermenêutico de compreensão da Constituição como sistema⁶⁶: um conjunto de normas ligadas entre si⁶⁷. Não é diferente com a legislação processual, inclusive em relação à legislação extravagante, que, igualmente, exige do seu intérprete a interpretação sistemática.

Diante disso, mais uma vez se conclui que não há óbice à aplicação de técnicas procedimentais previstas na legislação extravagante no procedimento comum, bem como à utilização de técnicas previstas no procedimento comum aos especiais da legislação extravagante⁶⁸. Como dito, há um livre trânsito entre as técnicas diferenciadas, o que inclui, até mesmo, o uso de técnicas de um procedimento especial noutro.

No caso de ações processuais fundadas no Código de Defesa do Consumidor, pode-se extrair do próprio texto do CDC (art. 83) o direito ao procedimento adequado, legitimando, assim, a utilização da técnica procedimental mais adequada à resolução da lide⁶⁹, vide:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero:

64 “Isso porque se presume que os direitos à reintegração e à manutenção de posse trazem em si a urgência. Ou seja, quando tais direitos são evidenciados, ainda que sumariamente, logo após a violação do direito (a turbacão ou o esbulho), presume-se a necessidade de sua realização urgente. É por esse motivo que a tutela antecipatória, nesses casos, exige que a ação tenha sido proposta dentro de ano e dia. É que, se a ação foi proposta depois de ano e dia, há a presunção contrária, isto é, de que não há a necessidade de tutela imediata do direito.” (*Ibidem*. p. 323).

65 Outro exemplo é a não aplicação da estabilização da tutela de urgência no procedimento do mandado de segurança (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 622).

66 Ivo Dantas, ao conceituar sistema, destaca: “Embora, didaticamente, se fale em ramos do Direito, este, enquanto processo, e em suas diversas formas de manifestação, traz consigo a característica da unidade, significando dizer-se que deva ser visto como um sistema” (DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. P. 49/50).

67 *Idem*. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 399.

68 Nesse sentido, é o Enunciado 506 do FPPC: “(art. 327, §2º) A expressão “procedimentos especiais” a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial.”.

69 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v.1. 3. Ed. São Paulo: RT, 2017.. P. 333.

A norma do art. 83 do CDC, portanto, ao falar de ações capazes de propiciar a tutela efetiva dos direitos, quer dizer que o autor tem o direito de propor uma ação estruturada com técnicas processuais capazes de permitir o efetivo encontro da tutela do direito material.

Deve-se ressaltar que, tampouco, há que se falar em violação ao princípio da especialidade, ainda que seja o caso de aplicação de técnicas de procedimento do CPC em procedimento de legislação extravagante, uma vez que ambas as legislações integram o mesmo sistema jurídico, sendo mais consentâneo com o princípio da eficiência a interação e complementaridade entre elas

Sobre a aplicação do princípio da especialidade sobre os procedimentos especiais, ainda sob a égide do CPC-73, aborda a problemática Vicente Greco Filho⁷⁰:

...quando o intérprete examina um procedimento especial, deve fazê-lo à luz das regras gerais do processo de conhecimento, daí serem, num primeiro momento, aplicáveis aos procedimentos especiais os princípios do processo e do procedimento da teoria geral. (...) Os princípios ou regras gerais, porém, sofrerão adaptações em face da especialidade do regramento dos diversos procedimentos. Se se revelarem incompatíveis com estes, a eles cedem passo em virtude da regra de hermenêutica de que a norma especial derroga a geral.

Ademais, ainda que haja conflitos entre normas extravagantes anteriores ao CPC e deste, baseando-se no postulado da integridade (art. 926 do CPC), firmou-se a diretriz hermenêutica de que, caso a regra do procedimento previsto na legislação extravagante seja igual à comum prevista no CPC da época em que o procedimento foi regulado, a mudança da regra para o procedimento comum feita pelo CPC implicará mudança, também, para o procedimento da legislação extravagante⁷¹.

Logo, se há a possibilidade de aplicar determinadas normas do CPC em vez de alguns dispositivos da lei extravagante, qual o impeditivo para a aplicação de técnicas procedimentais do CPC?

70 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 202.

71 É o caso da dispensa de prévia garantia do juízo pros embargos à execução fiscal, a despeito da jurisprudência do STJ em sentido diverso (STJ, 1ª Seção, REsp 1.272.827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 22/05/2013, Dje 31/05/2013)”. Favorável à dispensa: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 498.

Diante disso, por que não se aplicar a audiência inicial de conciliação e mediação em procedimento especial de lei extravagante?⁷²

Qual o motivo de não se utilizar o regramento da tutela provisória, quando o procedimento especial da legislação extravagante prever a liminar?⁷³

Qual a razão para não se aplicar a técnica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica a outros casos de extensão de responsabilidade patrimonial?⁷⁴

Inclusive, a doutrina já apontou no sentido da possibilidade de utilização de técnicas processuais do procedimento comum à legislação extravagante em alguns casos, como a aplicação de técnica de: a) incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo falimentar⁷⁵; b) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova a processos de improbidade administrativa⁷⁶ e de mandado de segurança⁷⁷; c) improcedência liminar do pedido⁷⁸, de indeferimento da inicial, e de substituição do polo passivo ao mandado de segurança⁷⁹; d) disposições do procedimento especial de ação possessória do CPC ao procedimento especial extravagante de ação de usucapião coletiva⁸⁰; e) tutela antecipada antecedente ao procedimento dos alimentos provisórios⁸¹; f) improcedência liminar do pedido e técnicas de mediação e conciliação ao microsistema dos Juizados Especiais⁸²; g) concessão de tutela provisória da Lei de

72 “A mediação só poderá ser aplicada se não retirar do procedimento especial todas as suas características e razões de existir.” (SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 264, fev. 2017, p. 533).

73 “O regime geral de tutelas provisórias convive perfeitamente com as normas especiais que preveem requisitos diferenciados para a antecipação de tutela, como a “força nova” da turbação ou esbulho para a ação possessória (arts. 560 a 562) ou as hipóteses específicas de direito material previstas para a decretação liminar do despejo do locatário do imóvel urbano (art. 59, § 1.º, da Lei n. 8.245/91).” (SICA, Heitor. “Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais”, disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>, acesso em 02/10/2018).

74 YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário*, v. II. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 224.

75 Enunciado 247 do FPPC: “(art. 133) Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar.”

76 Enunciado 251 do FPPC: “(art. 139, VI) O inciso VI do art. 139 do CPC aplica-se ao processo de improbidade administrativa.”

77 Enunciado 5 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “A dilação de prazos processuais prevista no art. 139, VI do CPC é compatível com o mandado de segurança.”

78 Enunciado 15 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “Aplica-se ao mandado de segurança o julgamento de improcedência liminar do pedido.”

79 Enunciado 291 do FPPC: “(art. 331) Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os arts. 331 e parágrafos e 332, §3º do CPC.” Enunciado 511 do FPPC: “(art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009) a técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança.”

80 Enunciado 328 do FPPC: “(arts. 554 e 565) Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana.”

81 Enunciado 500 do FPPC: “(art. 304) O regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/1968, observado o §1º do art. 13 da mesma lei.”

82 Enunciado 507 do FPPC: “(art. 332; Lei n.º 9.099/1995) O art. 332 aplica-se ao sistema de Juizados Especiais. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante).” Enunciado 509 do FPPC (art. 334; Lei

Alimentos em caso de cumulação de pedido de alimentos com relativos a ações de família⁸³; h) ampliação do colegiado no julgamento de recurso de apelação interposto em mandado de segurança⁸⁴.

Assim, resta evidente ser possível a aplicação das técnicas processuais tanto entre procedimentos especiais, quanto entre procedimentos comum e especiais.

6 PLANO EXTRAJUDICIAL: APLICAÇÃO (OU NÃO) DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como bem aponta a doutrina de João Gaspar Rodrigues, o perfil do MP pode ser dividido em três: “demandista (propositor ou promotor de medidas judiciais), parecerista (atuação como custos legis em ações não promovidas pela instituição) e resolutivo (atuação extrajudicial)”⁸⁵.

No âmbito do Ministério Público, nota-se a valorização, cada vez maior, da tutela de direitos através da via extrajudicial, superando-se a ideia de um MP demandista - mero litigante que atua em processos judiciais - para um MP resolutivo - que utiliza a melhor “porta” para a solução do conflito (*multi-door system*), seja na via judicial ou extrajudicial.

É nesse contexto que o presente estudo questiona acerca da possibilidade de aplicação de algumas técnicas procedimentais da legislação processual (mais rígida e regulamentada) para os procedimentos extrajudiciais conduzidos pelo Ministério Público.

Por um lado, pode-se refutar a ideia e afirmar que, a partir do momento em que se aplicam as técnicas previstas na legislação processual aos procedimentos extrajudiciais, estar-se-ia tornando mais rígido um procedimento que, por si só, é flexível e livre das amarras da legislação processual.

Por outro lado, qual seria o impedimento legal - ou até mesmo pragmático - para ser aplicada uma técnica processual a um procedimento extrajudicial?

Por exemplo, o art. 139, IV, do CPC-15, afirma que o juiz poderá determinar as me-

n.º 9.099/1995) Sem prejuízo da adoção das técnicas de conciliação e mediação, não se aplicam no âmbito dos juizados especiais os prazos previstos no art. 334.”(grifei).

83 Enunciado 672 do FPPC: “(arts. 327, §2º e 693, parágrafo único) É admissível a cumulação do pedido de alimentos com os pedidos relativos às ações de família, valendo-se o autor desse procedimento especial, sem prejuízo da utilização da técnica específica para concessão de tutela provisória prevista na Lei de Alimentos.”.

84 Enunciado 62 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJP: “Aplica-se a técnica prevista no art. 942 do CPC no julgamento de recurso de apelação interposto em mandado de segurança”. No mesmo sentido: Enunciado 24 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF.

85 RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos sobre a Nova Dinâmica**. P. 399. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.18.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

didadas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, portanto expressa que o modelo adequado de tutela dependerá das peculiaridades do caso concreto, o que possibilita ao juiz moldar o procedimento, em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Não poderia o Promotor de Justiça, em sede de procedimento extrajudicial de sua titularidade, determinar as medidas necessárias para o cumprimento do seu poder de requisição (arts. 129, VI, da CF, 8º, II, IV e VIII, da LC nº 75/93, e 26, I e II, da Lei nº 8.625/93), respeitados os limites constitucionais e legais deste poder⁸⁶?

O que impede o Promotor de Justiça de realizar um despacho saneador, em sede de inquérito civil, para delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade investigatória, tal qual prevê o art. 357 do CPC?

Por que não indeferir de plano, nos termos do art. 4º, § 4º, da Resolução nº 174/2017 do CNMP, uma Notícia de Fato se for verificada a ausência de interesse de agir, tal qual prevê o art. 330 do CPC?

E, se da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão do que foi narrado pelo declarante na Notícia de Fato, não se poderia haver o indeferimento? Não seria um caso de inépcia de uma Notícia de Fato?

É argumento favorável à aplicação de técnicas de procedimentos especiais também o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, do qual se pode extrair do seu texto⁸⁷ o direito ao procedimento adequado, legitimando, assim, a utilização da técnica mais adequada à resolução da lide⁸⁸.

Quanto a esse último argumento, é importante pontuar que o CDC integra o microsistema do direito coletivo (seja material ou processual), o qual apresenta um caráter intercambiante, que permite o diálogo de fontes⁸⁹, ou seja, a mútua e recíproca aplicação de dispositivos de legislações diversas referentes a direitos coletivos.

Ademais, a expressão “ação” do art. 83 do CDC não restringe a aplicação da norma ao processo, tendo em vista a polissemia do termo “ação”, que apresenta, dentre os seus significados, o de ação de direito material⁹⁰.

86 Para maior aprofundamento dos limites do poder de requisição do Ministério Público: ISMAIL FILHO, Salomão. **Poder requisitório e princípio do dever de colaboração com o Ministério Público**. Disponível em: <https://amppe.com.br/poder-requisitorio-e-principio-do-dever-de-colaboracao-com-o-ministerio-publico/#:~:text=No%20mais%2C%20o%20art.,inferior%20a%20dez%20dias%20C3%Bateis>. Acesso em: 15 fev. 2023.

87 Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

88 “A norma do art. 83 do CDC, portanto, ao falar de ações capazes de propiciar a tutela efetiva dos direitos, quer dizer que o autor tem o direito de propor uma ação estruturada com técnicas processuais capazes de permitir o efetivo encontro da tutela do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.. P. 333).

89 Para maior compreensão da teoria do diálogo de fontes: MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004; MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

90 Sobre o conceito de ação de direito material e sua evolução, escrevi em: BURIL DE MACÉDO, Lucas; CARVALHO,

Como foi afirmado no início, não se pretende nesse artigo apresentar respostas ou firmar tese, mas simplesmente propor uma reflexão. Na linha da Maiêutica Socrática, uma conclusão não se chega sem o prévio questionamento: trata-se da arte de conduzir a produção do conhecimento através de perguntas. É o que aqui se pretende.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo e a aplicação da teoria dos procedimentos devem seguir a linha do formalismo-valorativo e do neoconstitucionalismo, almejando-se maior simplificação e flexibilidade dos procedimentos, a fim de se conferir tutela mais adequada, efetiva e eficiente ao direito material.

Assim, verifica-se a necessidade de reconstrução da teoria dos procedimentos, passando por suas características essenciais, até o modo pelo qual devem ser aplicadas as técnicas procedimentais especializadas, sempre apresentando como base do estudo os postulados neoconstitucionalistas.

Se, antes, a tendência era a proliferação de procedimentos, agora o caminho a ser seguido é a diminuição de sua quantidade, acompanhada de instrumentos flexibilizadores, para, assim, diminuir a complexidade do direito e proporcionar maior empoderamento às partes, as quais passariam a dispor de um cardápio de opções de técnicas especiais.

Todavia, como afirma Eduardo Cambi, o neoprocessualismo exige modificação na postura dos operadores jurídicos, para ocorrer a concretização da consciência constitucional e a formação de uma cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais⁹¹.

Nesse contexto, para as alterações oriundas de uma nova normativa surtirem efeito, é necessário, antes de qualquer coisa, haver a mudança de mentalidade dos seus operadores⁹². José Carlos Barbosa Moreira brilhantemente aponta para a mesma questão:

É um dado da experiência que, infelizmente, não basta editar normas para alcançar o objetivo que as inspira. Numerosos fatores influem na transfusão dos textos para o mundo dos fatos: alguns contribuem para torná-la efetiva, ao passo que outros, ao contrário, a dificultam ou impedem.

Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31296>. Acesso em: 10 out. 2018.

91 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, P. 265.

92 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, p. 345.

É inegável a relevância da modificação feita pelo CPC-15, principalmente do ponto de vista parapsicológico, devido à inclusão de um título próprio para as normas fundamentais e à clareza com que foi exposta a submissão da lei processual às normas constitucionais.

Da mesma forma, é relevante a mudança no papel que o Ministério Público vem assumindo, desde a Constituição Federal de 1988, cada vez mais incorporando o espírito resolutivo em detrimento do meramente demandista, o que pode ser visto na Resolução nº 118 do CNMP.

As essências do processo civil brasileiro e do papel do Ministério Público, na sociedade, mudaram, entretanto essa mudança de paradigma, na prática jurídica, exige primordialmente a aceitação e adaptabilidade daqueles que atuam diretamente com a lei.⁹³

Nélson Nery Jr. elabora raciocínio similar:

Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infra-estrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam.

Diante do exposto, igualmente deve acontecer com a teoria dos procedimentos, com a aplicação das técnicas pelos agentes do procedimento judicial ou extrajudicial, em respeito, dentre outros, aos princípios da eficiência e do devido processo legal.

A REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE TECHNIQUES OF DIFFERENTIATION OF THE PROCEDURE TO JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

In the line of neoconstitutionalism, axiological formalism and normative force of

93 NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. P. 318.

the constitution, this article, from a historical, dogmatic and principiologic study, analyzes the application of differentiated techniques of procedure between the common and special judicial procedures, as well between judicial and extrajudicial proceedings owned by the Public Prosecutor's Office, in attention to your problem-solving profile.

Keywords: district attorney; techniques; procedures; extrajudicial; special.

REFERÊNCIAS

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie (org.). Salvador: Jus Podivm, p. 137/148.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER JR., Fredie; Salvador: Jus Podivm, p. 149/170.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo civil brasileiro e codificação. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, n. 179, p. 261/271.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. P. 268.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2005, n. 240, p. 1/42.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *In: DEL NERO, Patrícia Aurélia; GUERRA, Roberta Freitas*. (org). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa, UFV, 2014.

BURIL DE MACÊDO, Lucas. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BURIL DE MACÊDO, Lucas; CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31296>. Acesso em: 10 out. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541/557.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

CAMPOS, Eduardo Luiz. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, 2010, n. 179, p. 141/174.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DEEBEIS, Toufic Daher. **Processo civil de conhecimento e procedimentos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. **Justificação teórica dos procedimentos especiais**. Disponível em: [www.abdpc.org.br/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf). Acesso em: 08 out. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes. **Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 17/28.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris, 1991.

ISMAIL FILHO, Salomão. **Poder requisitório e princípio do dever de colaboração com o Ministério Público**. Disponível em: <https://amppe.com.br/poder-requisitorio-e-principio-do-dever-de-colaboracao-com-o-ministerio-publico/#:~:text=No%20mais%2C%20o%20art.,inferior%20a%20dez%20dias%20%C3%Bateis>. Acesso em: 15 fev. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo**

Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, v.1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio Cruz. **Procedimentos especiais.** 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)**, nº 7, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 13.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo I-V.

MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinário a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. **Revista de Processo.** São Paulo, RT, 2003, v. 109, p. 187/220.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras complementares de processo civil.** Salvador: Jus Podivm, p. 345/356.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo.** São Paulo, RT, 2010, v. 184, p. 109/140.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos:** Lineamentos sobre a Nova Dinâmica. P. 399. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.18.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil.** v. 2. ed.

São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SICA, Heitor. **Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais>. Acesso em: 02 out. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Procedimentos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

SOARES, Marcos José de Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n. 264, fev. 2017, p. 523/543.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012, v. 204, p. 51/73.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. v. I, II e III. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM
DEFICIÊNCIA: PROTEÇÃO INTEGRAL
E TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH
DISABILITIES: FULL PROTECTION AND
GUARDIANSHIP BY THE PUBLIC MINISTRY*

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA: PROTEÇÃO INTEGRAL E TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH DISABILITIES: FULL PROTECTION AND GUARDIANSHIP BY THE PUBLIC MINISTRY

Sandra Lucia Garcia Massud²

RESUMO

Este artigo consubstancia-se no exame da competência das Varas da Infância e Juventude e das atribuições das Promotorias especializadas quanto à tutela dos direitos de crianças e adolescentes com deficiência, sopesando o histórico social e a realidade da estrutura organizada pelos órgãos públicos envolvidos. Para tanto baseia-se na análise das normas protetivas referentes aos dois grupos considerando as diversas faces dos direitos sociais e direitos individuais indisponíveis.

Palavras-chave: estatuto da criança e do adolescente; estatuto da pessoa com deficiência; crianças e adolescentes com deficiência; Ministério Público; vara da infância e juventude.

1 INTRODUÇÃO

Os documentos históricos mostram que, desde a época do Brasil Colônia, a institucionalização foi uma alternativa criada para o abrigo de crianças rejeitadas por suas origens ou simplesmente abandonadas por quaisquer motivos. Essa solução, muito mais do que pensar no cuidado das crianças, se dava no contexto assistencialista e religioso que dominava a época e com o intuito de ocultar os comportamentos de promiscuidade ou adultério. A conhecida Roda dos Expostos, por muitos anos, recebeu crianças que eram colocadas em um cilindro giratório de onde não se podia ver quem as estava deixando ali. Essas crianças eram acolhidas pela Igreja e educadas para

¹ Data de Recebimento: 20/02/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

² Promotora de Justiça da Infância e Juventude do Estado de São Paulo, Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP, Especialista em Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/It. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6156-7674>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5887912891747765>. E-mail: sandramassud@mpsp.mp.br

exercerem trabalhos domésticos e subalternos. Após a Proclamação da República e a separação entre Estado e Igreja, muitos serviços de assistência desse tipo, passaram a ser geridos pela iniciativa privada com subsídio estatal.

Na década de 1920, surgiu o movimento de urbanização e higienização das cidades com o qual pessoas pobres passaram a ser retiradas das ruas e, da mesma forma as crianças consideradas em perigo. Assim, com o intuito de “cuidar” dessas crianças, foi promulgado o Decreto 17.943 de 1927, chamado Código de Menores, que foi revogado posteriormente pela Lei 6.697 de 1979 com o mesmo nome. O Código tinha como finalidade tratar o “menor em situação irregular”, ou seja, abandonado, desassistido ou em “perigo moral”, situações essas que poderiam ser consequência de sua conduta infracional. No entanto, mesmo aqueles que estivessem desassistidos por ausência dos pais, pobreza ou violência eram tratados da mesma maneira pelo Código, ou seja, com a segregação, tratamento e a busca pela cura.

Resta claro que, a política menorista discriminava crianças e adolescentes pois, os que tinham família estruturada e boa situação socioeconômica, não necessitavam da intervenção do Estado em suas vidas. Ou seja, já se entendia como relevante a presença do elemento da vulnerabilidade socioeconômica como definidor da atuação estatal.

A respeito da criança com deficiência a situação foi ainda pior. Encaradas a partir de concepções místicas e desvirtuadas, tais como, castigos divinos e possuídos por maus espíritos, eram discriminadas até mesmo por suas famílias. Seus destinos eram, além da Roda dos Expostos, instituições asilares e manicômios.

Abandonadas, desprezadas ou ignoradas socialmente até o início do século XX, crianças com deficiência passaram a ser uma preocupação quando a política pública higienista passou a entender que a deficiência era um problema de saúde pública. A partir de então, o Estado começou a criar espaços para elas em instituições hospitalares e manicômios já existentes para adultos, como o Hospital dos Alienados no Rio de Janeiro e o Hospício do Juquery.

Após a 1ª Guerra houve intensa procura por postos de empregos na indústria e comércio, os pais saíram de casa para trabalhar, assim surgiu a necessidade de organização de associações de pais e familiares com a finalidade de dar atendimento e acolhimento aos filhos com deficiência. Entidades existentes até hoje, como a “Sociedade Pestalozzi” (1934) e a “Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE)” (1954), foram constituídas nessa época.

Verifica-se assim que, o cuidado com a saúde mental da infância no Brasil, de forma precária, seguiu o desenvolvimento da sociedade moderna, mas aliado ao movimento de higiene mental criado para toda a população. Nesse passo, a exemplo dos cuidados com a infância, a educação, nesse início de século, também não era uma preocupação

social pois, a economia estava firmada no setor agrário, o direito ao voto era censitário e vinculado à renda, ou seja, a escolarização de crianças não era valorizada nem procurada por nenhuma camada social.

O filósofo Michel Foucault estudou profundamente a medicina como forma de controle dos indivíduos. No curso que ministrou e foi retratado no livro “O Poder Psiquiátrico” (FOUCAULT, 2006), observou que, a partir do momento em que a psiquiatria passou a diferenciar o que chamavam de “desenvolvimento anormal” de crianças, dos comportamentos chamados de “loucura” dos adultos, ela assumiu todas as áreas da vida de crianças nessas condições. Assim, demonstrou que, diante da mudança de pensamento a respeito dos processos psiquiátricos, da maneira como a pessoa passou a ser observada, a criança passou a ter atenção e cuidado diferente da do adulto. Apesar disso, não significava naquele momento, uma individualização com relação a questões biológicas, isso porque a “anormalidade” abrangia também a pobreza e o conflito com a lei.

O psicólogo e escritor brasileiro Isaias Pessotti se dedicou à pesquisa histórica da deficiência mental, mas também ao tratamento da medicina e pedagogia com relação aos indivíduos com essas características. Assim como Foucault, entendeu que a medicina tomava conta de todos os aspectos da vida dessas pessoas: “O médico é o novo árbitro do destino do deficiente. Ele julga, ele salva, ele condena” (PESSOTTI, 1984, p.68).

A institucionalização traz às crianças e adolescentes estigmas sociais, ritualização do comportamento e ausência de pertencimento apesar dos esforços da legislação em remodelar os serviços de acolhimento e proteção. De acordo com a teoria psicanalítica de Sigmund Freud, a época fundamental do desenvolvimento psíquico é a infância e chama a atenção sobre o fato de que situações traumáticas na infância influenciam em doenças psíquicas no adulto (PRISZLUNIK, 2004).

Filósofos e psicólogos trouxeram as bases fundantes para a transformação desse pensamento e modo de agir.

No âmbito normativo internacional, crianças e adolescentes tornaram-se sujeitos de direitos de forma genérica, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual reconhece que: “todas as pessoas possuem todos os direitos e liberdades nele enunciados, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza”. Apenas em 1989 foi promulgada a Convenção sobre os Direitos da Criança, essa com dispositivos específicos e abrangentes e, em 2007, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que também reconhece direitos específicos para crianças e adolescentes com deficiência.³

3 Preâmbulo da Carta da ONU: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens

Para explicar a gênese de direitos fundamentais como os acima expostos, o professor Vidal Serrano Nunes Junior, os diferencia do conceito de direitos humanos de acordo com a função que devem cumprir:

Nessa linha de raciocínio, parece-nos que os direitos humanos cumprem duas funções essenciais: Função *normogênética*, na medida em que servirão de fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas respectivas ordens internas. Terão, em outras palavras, uma função de substanciação dos direitos fundamentais, quer pela incorporação às respectivas constituições, quer pelo reconhecimento, pela ordem interna, dos tratados e convenções de direitos humanos. Função *translativa*, na medida em que, verificada a insuficiência de um Estado no reconhecimento e na proteção dos direitos essenciais ao ser humano, a questão se desloca da ordem interna para o cenário internacional (NUNES JUNIOR, 2009, p.24).

Assim, não há sombra de dúvidas que estamos tratando de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a partir apenas da definição por idade, consubstanciados em normas internacionais e internas.

Recobrando o histórico e a trajetória desses dois grupos: crianças/adolescentes e pessoas com deficiência e, ainda, o quanto isso refletiu na adoção de normas tão específicas, observa-se que surge uma dificuldade em estabelecer quem são os principais ou, até mesmo, os necessários atores para o reconhecimento e defesa dos direitos referentes ao público contido na intersecção dos conceitos: crianças e adolescentes COM deficiência.

A partir dessa dificuldade, torna-se imperioso analisar em qual medida o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Pessoa com Deficiência se complementam, como se interrelacionam e como se propõem a oferecer uma proteção integral, diante, por exemplo, de impasses gerados em conflitos de competência entre Varas Especializadas e em conflitos de atribuições entre Promotores de Justiça.

2 BASES CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A Constituição Brasileira de 1988 é considerada uma das mais protetivas do mundo

e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.”

em relação a direitos humanos, passando de um sistema garantidor do patrimônio individual para um sistema que prima pelo amparo à dignidade humana.

Introduzindo um grande volume de garantias e direitos fundamentais e preconizando a proteção de direitos de grupos minoritários de forma efetiva, a Constituição de 1988 também, reconheceu obrigações internacionais em temas de direitos humanos. Deste modo, elegeu a prevalência dos direitos humanos como um princípio fundamental a reger o Estado em suas relações internacionais, de forma pioneira dentre as Constituições Brasileiras (artigo 4º, inciso II).

A atual Constituição abandonou por completo o modelo da situação irregular em relação às crianças e adolescentes, para adotar o modelo da doutrina da proteção integral. O artigo 227 deixa explícito que esse público tem prioridade absoluta em todas as ações, bem como, foi atribuída a responsabilidade ao Estado, à família e à sociedade, de protegê-los de toda forma de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Ministério Público, tal como foi desenhado pela Constituição Federal de 1988, figura como uma das instituições fundamentais para a promoção do acesso à Justiça, defesa do regime democrático e do princípio da transformação social, sendo um dos principais legitimados à defesa dos direitos e garantias fundamentais, conforme delimitado no artigo 3º.

Na definição de atribuições, sem perder a função de defensor da ordem jurídica (*custos legis*), foi consagrado ao Ministério Público, além da atuação perante o Judiciário, a atuação extrajudicial por intermédio de vários instrumentos tais como audiências públicas, investigação por meio de inquérito civil, acordos em termo de ajustamento de conduta, recomendações, medidas de inserção social como capacitação, palestras e reuniões, fiscalização de entidades de acolhimentos e internação, bem como através dos projetos executivos do plano de atuação funcional (art.127 a 129).

Ilustrando essa gênese, José Afonso da Silva, ao analisar a hermenêutica constitucional, explica que:

(...) o certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. (SILVA, 2017, p.187).

No entanto, era necessário mais. Em 20 de novembro de 1989, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos Criança. Essa

Convenção foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e por mais de 190 países. O Brasil também assinou seu Protocolo facultativo no ano de 2000, submetendo-se ao seu monitoramento. Essa Convenção considera criança todos os menores de 18 anos, bem como dispõe que, os Estados-parte devem garantir a proteção da criança contra todas as formas de discriminação ou punição, em função da sua condição, independente de raça, cor, sexo, origem ou deficiência.⁴

A partir da Convenção sobre os Direitos da Criança houve a especificação do sujeito destinatário da norma, ou seja, não se trata mais de uma proteção genérica para todos os seres humanos, mas sim, àqueles com menos de 18 anos de idade. Mais do que isso, as crianças e os adolescentes não são mais apenas objetos da proteção e tutela da família, passaram a ser os sujeitos diretos dos direitos e garantias previstos.

Flávia Piovesan, professora doutora de Direito Constitucional, esclarece a responsabilidade sobre o cumprimento de tratados internacionais ratificados:

Sob este prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional. (PIOVESAN, 2002, p.37).

Desse modo e, com base no mais recente entendimento sobre a efetividade dos tratados internacionais, os preceitos dessa Convenção têm aplicação imediata por ser norma veiculadora de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Nesse sentido, analisando o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais” é indiscutível que, os direitos contemplados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, são também direitos constitucionalmente protegidos, ou seja, têm *status* constitucional. Assim, enquanto os outros documentos, por força do artigo 102, inciso III, “b”, da Constituição Federal, têm força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos têm força de norma constitucional.

⁴ Dispõe no artigo 23: 1. Os Estados Parte reconhecem que a criança com deficiência física ou mental devesse desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autoconfiança e facilitem sua participação ativa na comunidade. (...); 3. Reconhecendo as necessidades especiais da criança com deficiência, a assistência ampliada, conforme disposto no parágrafo 2 deste artigo deve ser gratuita sempre que possível, levando em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas responsáveis pela criança e deve assegurar a criança deficiente acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde e de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança a integração social e o desenvolvimento individual mais completos possíveis incluindo seu desenvolvimento cultural e espiritual.

3 LEI 8.069 de 13 de julho de 1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Após a promulgação da Constituição Federal e da Convenção Internacional, o Brasil aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. O conhecido ECA trouxe absoluta inovação nas formas de atendimento às crianças e adolescentes, inclusive quanto ao conceito de situação de risco. Os instrumentos, órgãos e espaços nos quais crianças e adolescentes terão seus direitos protegidos estão em contínuo processo de aprimoramento.

O Estatuto é um documento que mostra a maturidade do Estado Brasileiro ao ampliar a participação da sociedade em assuntos de interesse da infância e adolescência, por meio da atuação de organizações não governamentais, tais como, Fóruns, Conselhos de Direitos Nacional (CONANDA), estaduais (CONDECA) e municipais (CMDCA) bem como a criação dos Conselhos Tutelares – órgão permanente e autônomo – eleito pela comunidade local com a finalidade de dar garantir a proteção, o apoio e orientação caso a caso.

Mas não é só. O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê, expressamente, a competência da Vara Especializada da Infância e Juventude para analisar, processar e julgar ações relacionadas aos direitos de crianças e adolescente com deficiência.⁵

O artigo 148 inciso IV do ECA determina a competência da Justiça da Infância e Juventude, para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, ou seja, cuida-se de competência em razão da matéria portanto absoluta, de ordem pública.

Por sua vez, o artigo 208 do mesmo Estatuto dispõe, claramente, as situações que devem ser dirimidas na Vara Especializada da Infância e Juventude, assim vejamos:

Art.208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de respon-

⁵ **Art. 11.** É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. § 1º **A criança e o adolescente portadores de deficiência** receberão atendimento especializado. (...) **Art. 54.** É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) **III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;** (...) **Art. 66.** **Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido.**

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: (...) **VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.**

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: (...) **§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.**

Capítulo VII - Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: (...) **II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência**

sabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:(...)

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; (...)

VII – de acesso às ações e serviços de saúde;(...)

Parágrafo 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. (...).

A prioridade absoluta na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, também contempla o reconhecimento de que a criança com deficiência deve ter seus direitos tutelados pelos mesmos órgãos que tutelam os da infância em geral.

Ou seja, esses direitos devem ser assegurados pelo mesmo sistema de proteção da Infância e Juventude pois, a garantia da prioridade absoluta não excluiu crianças e adolescentes que tenham alguma outra condição: “**Nenhuma criança ou adolescente** será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” (art. 5º, ECA, grifo nosso).⁶

A Justiça da Infância e Juventude oferece uma proteção muito mais pronta e eficaz aos direitos daqueles que o legislador entendeu serem os sujeitos mais sensíveis das relações sociais.

Nesse norte, a tutela de direitos de crianças e adolescentes com deficiência, em quaisquer situações, não se constitui uma faculdade, haja vista que, o citado artigo não faz nenhuma diferenciação entre crianças com essa ou aquela condição biológica.

Por sua vez, a situação de vulnerabilidade marcante nesses contextos, aparentemente, pode estar apenas atrelada à concepção da fragilidade ligada ao fator socioeconômico, ou seja, a posse ou o controle de recursos materiais, ao abandono psicológico ou abandono material. Mas, na verdade, a vulnerabilidade indicadora da situação de risco, vai além e pode afetar a saúde física, social ou mental e a qualidade de vida de crianças e adolescentes.

Além do fator socioeconômico, há outros componentes para se avaliar o grau de vulnerabilidade de um indivíduo, tais como, o acesso a políticas públicas, aos meios

⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 09 ago. 2023.

de comunicação, o acesso à escolarização, o local de moradia, os espaços de lazer, as barreiras que impedem a fruição de direitos que, no caso de crianças e adolescentes, os expõe a riscos efetivos como o trabalho infantil, a exploração sexual, ao uso de álcool e substâncias psicoativas e gravidez precoce.

De todo modo, o chamado risco social tem se modificado ao longo dos anos, deixando de ser considerado apenas para uma questão de bem-estar social e permeando as relações familiares e sociais. Assim, vê-se que, a proteção trazida pelo ECA iguala crianças e adolescentes aos adultos, no sentido de que, passam a poder acionar a justiça contra seus pais, parentes ou professores quando tiverem seus direitos violados. Assim sendo, ser vulnerável significa ter o direito de poder suplantar as condições de risco que abalem seu bem-estar.

Sobre esse ponto, as sociólogas Vânia Morales Sierra e Wania Amélia Mesquita explicam:

Nesta perspectiva, a concepção de bem-estar social se amplia e passa a incluir também o desempenho dos relacionamentos em geral. A ideia de vulnerabilidade parece mais adequada, já que não se restringe a uma questão de situação social, mas envolve o universo das interações sociais que ocorrem tanto nos ambientes públicos quanto privados. (SIERRA e MESQUITA, 2006, p. 148-155).

Nesse caminho, conclui-se que a situação de risco decorre da vulnerabilidade. A garantia de acesso à uma educação de qualidade, às políticas de habitação e moradia, políticas que garantam que a criança não precise ser levada a se autossustentar, a ser arrebatada pelo tráfico de entorpecentes ou a gerar outra criança é absolutamente necessária e prioritária.

É inconteste que, a noção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes, tem sido cada vez mais estudada e empregada com a finalidade de atender às demandas e a organizar as políticas públicas, porém seu significado encontra-se em aberto.

O risco também pode ser presumido pela situação de fato, ou seja, estar configurado por ausência ou omissão do Poder Público em assegurar direitos fundamentais, tais como educação e saúde. A educação é o meio pelo qual a criança vai atingir seu desenvolvimento social, econômico e cultural, sendo uma ponte para a liberdade, o crescimento e a mudança da realidade em que vive. Por tudo isso, a falta ou a dificuldade de acesso à educação já se traduz em uma situação de risco.

Por sua vez, o Ministério Público, na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, possui inúmeras atribuições específicas: realiza inspeções em entidades de acolhimento institucional, fiscaliza os conselhos tutelares, fiscaliza entidades privadas que se dedi-

cam ao atendimento de crianças e adolescentes nas áreas da saúde, educação, inclusão social, tem livre acesso a locais onde se encontrem crianças e adolescentes, também acompanha a aplicação dos recursos dos fundos de direitos, requisita informações e documentos de instituições privadas, tem assento junto aos Conselhos Estaduais e Municipais dos direitos da criança e do adolescente. Em suma, adota de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas, cuidando de toda a proteção desses direitos e das relações jurídicas deles decorrentes.

Analisando por amostragem, em algumas das leis de organização dos Ministérios Públicos dos Estados brasileiros encontra-se, expressamente prevista, a atribuição da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude Especializada, como sendo aquela em que o membro atua diretamente com a Vara Especializada.

Para exemplificar o quanto dito: o artigo 58 da Lei Complementar 11/1993 do Estado do Amazonas, que dispõe que o membro do Ministério Público no exercício da promotoria de Infância e Juventude deve exercer suas funções em todos os processos e procedimentos da competência da Vara da Infância e Juventude; o artigo 44, parágrafo 3º, inciso I da Lei Complementar 25/1998 do Estado de Goiás e o artigo 44, parágrafo 2º, inciso I da Lei Complementar 79/2013 do Estado do Amapá estabelecem que, Promotorias especializadas são aquelas cujos cargos que as integram têm suas funções definidas pela espécie de infração penal, pela natureza da relação jurídica de direito civil ou pela competência de determinado órgão jurisdicional, fixada, exclusivamente, em razão da matéria. Por fim, o artigo 47, parágrafo 3º inciso I da Lei 734/1993, do Estado de São Paulo, considera Promotorias Especializadas, aquelas cujos cargos que as integram têm suas funções definidas pela competência de determinado órgão jurisdicional, fixada exclusivamente em razão da matéria.

Importante ressaltar que, há nos Tribunais Superiores discussão sobre conflitos de competência entre Varas da Infância e Juventude e outras Varas como as da Fazenda Pública ou Justiça Federal.⁷ Esses conflitos, presentes em muitas ações relativas a vagas

7 1. Na forma da jurisprudência do STJ, “a competência da vara da infância e juventude para apreciar pedidos referentes ao menor de idade é absoluta, consoante art. 148, inciso IV, do Estatuto da Criança e do adolescente” (STJ, AgRg no REsp 1.464.637/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/03/2016). (AgInt no AREsp 1238406/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018)

2. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS OU COLETIVOS VINCULADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 535. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284. ACÓRDÃO QUE SE FUNDA EM LEI LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE RECONHECE A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.

3. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Mandado de segurança impetrado por criança visando ao fornecimento de medicamento - Ajuizamento perante a Vara da Fazenda Pública de Jundiá - Redistribuição dos autos à Vara da Infância e Juventude da referida Comarca, sob fundamento de que a impetrante é menor impúbere - Competência do Juízo da Infância correspondente ao local da residência da criança - Inteligência dos artigos 147, inciso I, e 209 do ECA - Norma

em creche e escolas, gerou o julgamento dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça o qual fixou a competência absoluta da Justiça da Infância e Juventude para processar e julgar causas envolvendo matrícula de crianças em creches ou escolas – Tema 1.058.

4 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A LEI 13.146/2015

Na esteira do que vinha acontecendo a partir dos movimentos sociais mundiais, em dezembro de 2006, a Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York promulgou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Após a ratificação pelo Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº186/2008 e internalizada por meio do Decreto Federal nº6949/2009.

Conhecida como Convenção de Nova York, esse tratado foi fruto de décadas de discussão e luta por parte de associações, organizações não governamentais e movimentos representativos das pessoas com deficiências. A Convenção foi discutida em menos de 5 anos em etapas que envolviam inúmeras associações civis, bem como, por delegações de países interessados em regulamentar de forma global, os interesses desse público por tanto tempo invisibilizado. Reafirmando direitos fundamentais individuais e sociais, a Convenção de Nova York pretendeu, nitidamente, o fortalecimento e a intenção de impor medidas concretas a serem cumpridas pelos Estados, com o intuito de dar a máxima proteção aos seus destinatários.

de ordem pública e de interesse social - Competência absoluta - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitante. . (TJ-SP - CC: XXXXX SP, Relator: Martins Pinto, Data de Julgamento: 10/11/2008, Câmara Especial, Data de Publicação: 09/12/2008)

4. “PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS OU COLETIVOS VINCULADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. A pretensão deduzida na demanda enquadra-se na hipótese contida nos arts. 98, I, 148, IV, 208, VII e 209, todos da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), sendo da competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. As medidas de proteção, tais como o fornecimento de medicamentos e tratamentos, são adotadas quando verificadas quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA. justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado nos termos do art. 208, VII do ECA, bem como por se tratar de questão afeta a direitos individuais, difusos ou coletivos do infante, nos termos dos arts. 148, inciso IV, e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. O Estatuto da Criança e Adolescente é *lex specialis* e prevalece sobre a regra geral de competência das Varas de Fazenda Pública, quando o feito envolver Ação Civil Pública em favor da criança ou adolescente, na qual se pleiteia acesso às ações ou serviços e saúde, independentemente de a criança ou o adolescente estar em situação de abandono ou risco. Recurso Especial provido. REsp 1486219/MG, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª. Turma, DJe 4/12/2014

5. No mesmo sentido, registro as seguintes decisões monocráticas: REsp 1398318, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 01/07/16; AREsp 892564, Relatora Ministra Diva Malerbi, DJe 10/05/16; AREsp 646772, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 08/04/16; REsp 1559745, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 15/12/15.

A Convenção apresenta várias inovações em termos normativos: a terminologia; a definição de pessoa com deficiência; conceitos como adaptação razoável, desenho universal, discriminação por motivo da deficiência; as obrigações para os Estados-partes, tais como, adotar medidas legislativas para cumprimento da Convenção, promoção de pesquisas, capacitação em relação aos direitos previstos na Convenção, oitiva das pessoas com deficiência e suas entidades representativas quando da elaboração de políticas e legislação; os direitos e liberdades das mulheres e meninas com deficiência; acessibilidade como meio de vida independente; a preservação da capacidade civil; o direito de contrair matrimônio com base no livre consentimento; o direito à educação inclusiva com adoção de medidas de apoio necessário no âmbito do sistema educacional com vistas a facilitar sua efetiva educação; a obrigação aos Estados-partes na promoção de oportunidades de trabalho, emprego e ascensão profissional; a promoção da participação política das pessoas com deficiência; o acesso à bens culturais em formato acessível.

Para dar cumprimento aos ditames da referida Convenção, embora já estivesse em tratativas perante o Congresso Nacional, foi promulgada em 2015 a Lei 13.146, conhecida por Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei 13.146/2015 é bastante abrangente em relação aos direitos e mecanismos de proteção das pessoas com deficiência. Mas também está de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente tratando dos direitos inerentes à infância, como o direito à educação inclusiva em todos os níveis, direito à cultura, esporte, turismo e lazer, direito à saúde, inclusive sexual e reprodutiva e do acesso à justiça.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem o mesmo status que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ambas são normas de natureza específica. Embora a Lei 13.146/2015 seja posterior, na aplicação no caso concreto devem ser complementares uma em relação à outra.

Assim, a partir dessa premissa, passamos a aprofundar a análise da atuação dos Promotores de Justiça que tenham atribuições específicas previstas em leis orgânicas de seus Estados.

Após a promulgação da Constituição Federal, em 1989, já tinha sido conferido pela Lei 7.853/89, de forma expressa e, pela primeira vez, a legitimidade do Ministério Público para atuar em substituição processual nas ações que versem sobre interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência (art.3º). Nesse mesmo sentido, o ECA dispõe que, o Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, nas ações em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas, sem discriminar a situação socioeconômica do tutelado.

Para ilustrar a importância dessa atuação, analisa-se como exemplo, as atribuições

distribuídas entre membros do Ministério Público do Estado de São Paulo. Observe-se que a promotoria de defesa dos direitos da pessoa com deficiência está inserida dentro do Livro VII – Das Promotorias de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. No Título VI, Capítulo III, artigo 439, foi dada a essa promotoria a incumbência, entre outras, de intentar ações nas áreas de saúde, educação, formação profissional e do trabalho, lazer, previdência social, acessibilidade em geral, inclusive quanto à informação e à comunicação. E nos casos de direitos individuais indisponíveis, verificar a possibilidade de propositura de ação coletiva que resguarde os interesses de todas as pessoas com deficiência que se encontrem na mesma situação. (ATO Normativo 675/2010 – PGJ-CGMP).

Ocorre que, pelo que está disposto nessa norma, esse sistema está previsto, especificamente, para a atuação ministerial em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ou seja, quando a situação tratar de direitos individuais de adulto com deficiência, essa atribuição é dada ao promotor de justiça cível e quando se referir à criança ou adolescente com deficiência é o promotor da infância e juventude quem atuará.

Desse modo, independentemente de ter qualquer deficiência, a criança ou adolescente que tiver seus direitos fundamentais violados, terá a tutela do Promotor de Justiça que atua perante a Vara da Infância e Juventude.

Desta feita, com base na interpretação sistemática das normas que visam proteger os direitos de crianças e adolescentes com deficiência, resta claro que, a competência da Vara da Infância e Juventude é absoluta e independe de qualquer característica da criança e do adolescente bem como independe da natureza das relações discutidas nas causas.

No mesmo sentido, o promotor de justiça que atua perante as Varas da Infância e Juventude é quem terá a atribuição primordial e indelegável para atuar nas causas que envolvem crianças e adolescentes com deficiência independentemente de sua situação socioeconômica e da natureza das relações envolvidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi dito no início deste estudo, surgem dúvidas, materializadas em conflitos administrativos, a respeito de qual órgão judicial e ministerial teria a responsabilidade pelo conhecimento e tutela dos interesses de crianças e adolescentes com deficiência em suas inúmeras relações jurídicas.

Perceber e analisar que os Estatuto da Criança e do Adolescente e da Pessoa com Deficiência devem se complementar, ser mais um suporte entre si para oferecer a proteção integral e prioritária para as quais foram criados.

Para corroborar a necessidade dessa tutela específica, deve-se observar o quão é

evidente que as crianças e adolescentes com deficiência são ainda mais vulneráveis que as demais.

Veja-se que as crianças com deficiência têm maiores chances de continuar institucionalizadas por alguns motivos bem claros: se o motivo da institucionalização foi negligência com seus cuidados, muito dificilmente a família se mobilizará ou se capacitará de alguma forma para trazer a criança de volta. Existe um sentimento constante de que, na instituição, ela terá tratamento melhor do que em casa e essa institucionalização vai se perpetuando até que ela se torne um adulto sem referências familiares. E, caso seja a criança encaminhada para a adoção, suas chances são muito menores do que a das demais crianças diante do perfil desejado pelos candidatos à adoção no Brasil.

Essas são crianças e jovens definidos a partir do que têm de diferente, a partir de suas limitações biológicas e não a partir das suas potencialidades e habilidades. Tratados como eternos dependentes, entendidos como incapazes, inválidos, imperfeitos, não conseguem acessar o caminho da independência.

Toda criança precisa ser preparada para uma vida independente, autônoma e baseada na liberdade, igualdade, solidariedade e tolerância e, apenas em razão de sua imaturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais. O desenvolvimento de competências e habilidades que definirão o futuro de cada um depende das oportunidades a que estarão expostos.

A criança deve preceder a deficiência. Nenhum órgão, estrutura ou mecanismo de defesa de direitos pode ver a deficiência antes da criança. A deficiência é apenas parte dela e que poderá deixar de existir a partir da eliminação das barreiras que impeçam a fruição de seus direitos.

A vulnerabilidade, por seu turno, está em todos aqueles que perdem seus direitos à educação, à saúde, à habitação digna e, cabe aos órgãos imbuídos da defesa da criança e do adolescente tomar a frente para garantir que o risco não se torne realidade.

CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH DISABILITIES: FULL PROTECTION AND GUARDIANSHIP BY THE PUBLIC MINISTRY

ABSTRACT

This article is based on the examination of the jurisdiction of the Child and Youth Court and the attributions of the specialized Public Prosecutors regarding the protection of the rights of children and adolescents with disabilities, weighing the social history and the reality of the structure organized by the public agencies involved. For that, it is based on the analysis of the protective norms referring to the two groups, considering

the different faces of social rights and unavailable individual rights.

Keywords: statute of children and adolescents; statute of people with disabilities; children and adolescents with disabilities; Public Ministry; childhood and youth court.

REFERÊNCIAS

ALVES, Layane Pereira; SANTOS, Vinicius Silva; SANTOS, Jacques Fernandes. Vulnerabilidade e Situação de Risco em Paulo Afonso - Bahia. **Revista Científica da Fase-te:** Unirios, Paulo Afonso, v. 10, n. 10, p. 68-82, dez. 2016. Semestral.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência.** 4.ed. Brasília: Corde, 2011. Disponível em: <https://pessoacomdeficiencia.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Direito das pessoas com deficiência. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, v. 2, p. 1-12, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 2 fev. 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Mauricio. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 86, p. 165-181, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Mauricio. O novo conceito de pessoa com deficiência e a aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. **Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales**, Santiago, v. 2, n. 3, p. 1-17, set. 2015. Disponível em: <https://www.revistainclusiones.cl>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Aplicabilidade das normas internacionais no espaço:** a compatibilidade com as Constituições e com os Direitos Humanos. São Paulo: Barauna, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BLIKSTEIN, Flavia. **Saúde Mental:** Retratos de Crianças Esquecidas. São Paulo: Labrador, 2021. p. 272.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Ministerio Público. *In:* MACIEL, Katia Regi-

na Ferreira Lobo Andrade *et al* (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Cap. 2, p. 715.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIAS, Joelson *et al*. **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2014.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS; Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Sur - Revista Internacional de Direito Humanos**, v. 6, n. 11, p. 64-77, dez. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200004>. Acesso em: 25 maio 2018.

FERRAZ, Carolina Valença *et al*. **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Franciele Fagundes; SENA, Ramony Kris R.; SANTOS, Rocky Lane A. dos; DIAS, Orlene Veloso; COSTA, Simone de Melo. As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. **Revista Paulista de Pediatría**, [S.L.], v. 31, n. 2, p. 258-264, jun. 2013. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-05822013000200019>.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica**. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **O Poder Psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUGEL, Maria Aparecida *et al*. **Deficiência no Brasil**. São Paulo: Obra Jurídica, 2007.

HOURDAKIS, Antoine. **Aristóteles e a educação**. São Paulo: Loyola, 2001.

LEITE, Flavia Piva Almeida *et al*. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *et al*. **Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *et al*. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PESSOTTI, Isaias. **Deficiência Mental: da superstição à ciência**. São Paulo: Edusp, 1984.

PESSOTTI, Isaias. **A Loucura e as épocas**. Rio de Janeiro: 34 Literatura, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.

ed. São Paulo: Saraiv SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a hierarquia entre direitos humanos e direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. In: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tessinari (Org.). **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 237-250.a, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

PRISZKULNIK, Léia. A criança sob a ótica da Psicanálise: algumas considerações. **Psic**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 72-77, jun. 2004. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-73142004000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 ago. 2023.

RICARDO, Juliana de Souza. **O acolhimento institucional de crianças e adolescentes com deficiência em face ao direito à convivência familiar e comunitária: Uma análise do contexto do município do Rio de Janeiro**. 2011. 112f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0912192_2011_pretextual.pdf. Acesso em: 23 abr. 2017.

RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente. **Práticas em Educação Especial e inclusiva na área da deficiência mental** / Vera Lúcia Messias Fialho Capellini (org.). – Bauru: MEC/FC/SEE, 2008.

SILVA, Oto Marques da. **A epopeia ignorada**. São Paulo: Cedas, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 187.

**VENDA PROIBIDA
IMPRESSO COM
RECURSOS PÚBLICOS**



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp