

DA JUSTIÇA DA DESIGUALDADE À JUSTIÇA DA DIVERSIDADE

ORGANIZADO POR LENICE KELNER



fapesc

Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

PPGD

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito



DA JUSTIÇA DA DESIGUALDADE À JUSTIÇA DA DIVERSIDADE

ORGANIZADO POR LENICE KELNER

AUTORES

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

DANILO SARDINHA

FABRICIO RICARDO DE LIMAS TOMIO

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ

JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS

JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR

JOSÉ IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA

LUCIANO GÓES

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MARCIA DINIS

ROBERTA DUBOC PEDRINHA

WANDA MUNIZ

BLUMENAU, SC

2023



fapesc

Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

PPGD

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito



UNIVERSIDADE DE BLUMENAU



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Da justiça da desigualdade à justiça da
diversidade [livro eletrônico] / organizado por
Lenice Kelner. -- 1. ed. -- Blumenau, SC :
Ed. dos Autores, 2023.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-81978-6

1. Desigualdades sociais 2. Direitos humanos
3. Direito - Miscelânea 4. Diversidade social
5. Justiça - Brasil 6. Relações étnico-raciais
I. Kelner, Lenice.

23-174689

CDU-34 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito 34(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

06

Prefácio

11

En la senda lascasiana
Eugenio Raúl Zaffaroni

30

O direito achado na rua: a desigualdade e a diversidade
José Geraldo de Sousa Júnior

58

Da (Des)Igualdade Histórica na Questão de Gênero e Raça
Roberta Duboc Pedrinha

88

O monitoramento eletrônico de pessoas no âmbito penal: gênese e regulamentação legal no Brasil
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

135

O Direito da Cannabis no Brasil: medicina, guerra às drogas e manutenção do poder na sociedade capitalista

Marcia Dinis

171

Jurisdição constitucional (ADI), STF, direitos humanos e às diversidades: políticas públicas na pandemia de COVID-19

Fabricio Ricardo de Limas Tomio

204

O paradoxo das cidades inteligentes e a negligência da gestão pública em nossas vidas: o caso do saneamento

José Irivaldo Alves Oliveira Silva

240

Conquista da América: imposição da cultura moral e legal aos povos originários da América Latina

Jorge Henrique Schaefer Martins

262

A Lei 12.594/2012 (Lei do SINASE) dez anos depois: ensaio em defesa de uma perspectiva decolonial sobre a responsabilização infracional e a socioeducação no Brasil

*Hamilton Gonçalves Ferraz; Wanda Muniz;
Danilo Sardinha*

273

Manifesto negro por uma educação jurídica antirracista

Luciano Góes

06

PREFÁCIO

PREFÁCIO

É com imensa alegria que prefaciamos o livro *Da Justiça da Desigualdade à Justiça da Diversidade*, que foi fruto das pesquisas apresentadas no Seminário *Da Justiça da Desigualdade à Justiça da Diversidade* que aconteceu na Universidade Regional de Blumenau (FURB) de 22 a 25 de novembro de 2022, com verba da Fundação de Amparo à Pesquisa em Santa Catarina (FAPESC).

Esse seminário, que durou 4 dias, trouxe os debates tão necessários para a academia, e engrandeceu toda a graduação e pós-graduação do Curso do Direito da FURB, que teve o apoio do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), Programa de Pós-Graduação em Direito, especialmente o Mestrado em Direito (PPGD), e o Diretório Clóvis Bevilacqua (DACLOBE).

Os palestrantes apresentaram suas pesquisas com aderência a proposta do evento, articulando os estudos sobre as garantias fundamentais e os direitos humanos a partir de uma sensibilização e de uma crítica à realidade jurídica e social no Brasil e na América Latina. Territórios que convivem com a proliferação de sistemáticas crises que aprofundam as desigualdades sociais, econômicas e étnicas. Deste modo, a nossa proposta percorre os contornos das necessidades

imediatas em torno da reflexão e da problematização dos elementos ligados a necessidade de superação de tais paradigmas a partir de um olhar das experiências ligadas aos estudos em torno do constitucionalismo homologado, desde a emergência da Carta Magna de 1988.

Os alcances sociais, econômicos e ambientais desta proposta refletem a necessidade de aproximar e tensionar o campo do direito com relação aos cenários contemporâneos de desigualdades - sociais, étnicas e econômicas - que atingem tanto a realidade latino-americana, quanto a realidade brasileira. Tal cenário de desigualdades constitui-se como um grande desafio para uma leitura crítica em torno do nosso tempo presente e, como tal, as ciências jurídicas e o próprio direito necessitam operacionalizar suas ferramentas conceituais e metodológicas na leitura em torno dos elementos ligados a defesa da Constituição, do pluralismo cultural e da diversidade.

Desse modo, o evento contribuiu para a sensibilização dos elementos críticos em torno dos direitos humanos e das garantias fundamentais, a partir das suas capilaridades e transversalidades. Os recursos envolvidos no desenvolvimento desta atividade compreendem à composição de palestrantes provenientes de instituições reconhecidas como espaços de formação intelectual no campo do direito e/ou das ciências jurídicas. Essas instituições são: a) Universidade de Buenos Aires (UBA); b) Universidade de Brasília (UNB); c) Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); d) Universidade Federal do Paraná (UFPR); e) Universidade Federal Fluminense (UFF); f) IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros; g) Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); h) UNIJUÍ; i) Universidade Federal Santa Catarina (UFSC); j) UNILASALLE.

Destaca-se que as atividades propostas pensaram os contornos para o acesso a uma justiça amparada em um contexto de pluralidade cultural a partir de uma abordagem crítica e voltadas para à inclusão social, investigando a degradação dos direitos da pessoa humana, analisando o aumento da violência institucional das pessoas mais vulneráveis da sociedade brasileira, especialmente os empobrecidos, as mulheres, as crianças, os encarcerados, os negros, promovendo o respeito à diversidade cultural, a liberdade, e a Justiça, conforme as metas estabelecidas nos Objetivo 10 e 16 para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) descrito na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Os objetivos foram alcançados, pois os debates foram sobre elementos estratégicos e interdisciplinares relacionados ao contexto da defesa da dignidade da pessoa humana, compreendendo os efeitos interdisciplinares em torno dos processos de desigualdades étnicas, de classe e sociais no contexto da realidade brasileira e correlacionando os efeitos da Convenção Americana de Direitos Humanos com os princípios constitucionais na sociedade brasileira, pois, buscou-se favorecer a sensibilização dos elementos ligados a uma justiça da diversidade no contexto brasileiro e promover, a nível nacional uma série de debates pertinentes aos campos das ciências jurídicas e/ou do direito.

Nesta obra você encontrará pesquisas dos professores Dr. José Geraldo de Sousa Junior, Dr. Eugênio Raul Zaffaroni, Dra. Roberta Duboc Pedrinha, Dr. Luciano Góes, Dr. Maiquel Dezordi Wermuth, Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz, Dra. Wanda Muniz, Dr. Danilo Sardinha, Dr. Jorge Henrique Schaefer Martins, Dr. José Irivaldo Alves Oliveira Silva, Dra. Marcia Dinis e Dr. Fabricio Tomio.

Por fim, agradecemos a todos que contribuíram para o êxito deste evento, primeiramente a Fundação de Amparo à Pesquisa de Santa Catarina (FAPESC) e especialmente aos professores do Mestrado de Direito que foram mediadores das palestras, ao suporte técnico dos mestrandos em Direito e aos professores palestrantes que encaminharam seus artigos.

Lenice Kelner

Coordenadora do seminário e professora da FURB.

11

**EN LA SENDA
LASCASIANA**

*Eugenio Raúl Zaffaroni*¹

¹Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Francisco señaló que no hay dos crisis en el mundo, una social y otra ambiental, sino una única *socio-ambiental*, y también sostuvo que *esto no se sostiene*¹. Es poco cuestionable que con el pronombre *esto* se refiera a los efectos de la *actual variable* del capitalismo. Otros sostienen que son efectos de *todo el capitalismo*, pero lo curioso es que quienes los atribuyen a *todo el capitalismo* no dejan de celebrarlo, pues consideran que los cientos de millones de humanos genocidados en el mundo en los últimos quinientos años son simples e inevitables *efectos colaterales*.

Para esas otras voces, el capitalismo debería desarrollarse mundialmente hasta llevarnos al paraíso, sin escalas según los deformadores del pensamiento de Adam Smith², o con una previa escala revolucionaria provocada por sus contradicciones internas, según los marxistas. Los primeros llaman al colonialismo *subdesarrollo* y lo atribuyen a que no entregamos por completo las riquezas de nuestro Sur a los intereses coloniales del Norte³; desde la vertiente con escala

¹ *Carta Encíclica 'Laudato si' del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*, Bs. As., 2015.

² Es frecuente que se oculten partes enteras del pensamiento de Smith y, especialmente su tesis de los *sentimientos morales* (cfr. Víctor Méndez Baiges, *El filósofo y el mercader. Filosofía, derecho y economía en la obra de Adam Smith*, México, 2004).

³ Así lo afirmaba uno de los evangelistas del autodenominado *neoliberalismo*: Ludwig von Mises, *La mentalidad anticapitalista*, Madrid, 1995(original de 1956). También allí sostuvo que se cometía el frecuente error de creer que alguien tiene algún derecho por el solo hecho de nacer, máxima síntesis de la negación de los derechos humanos (en certero sentido crítico, Franz Hinkelammert, *Totalitarismo del mercado. El mercado capitalista como ser supremo*, México, 2018).

revolucionaria se afirma que *el colonialismo es un producto del capitalismo*.

Para quienes miramos al mundo desde el Sur, las cosas parecen diferentes. En cuanto a la idolatría del mercado -que postula el Norte sin respetarla⁴- nos parece evidente que aparejó la crisis socio-ambiental. Pero a diferencia de quienes esperan la escala revolucionaria, tampoco creemos que el colonialismo fue alumbrado por el capitalismo, puesto que, al menos, la historia de su eclosión europea y mundial indica que *el capitalismo se pudo desarrollar merced al colonialismo*.

En efecto: sin el oro, la plata y las materias primas que el colonialismo originario robó a nuestra América, la frágil Europa del siglo XV, acorralada por los islámicos y diezmada por la peste⁵, que buscaba restablecer su ruta al oriente con Colón y Vasco da Gama, no hubiese podido empoderarse para emprender el *neocolonialismo* y extender sus genocidios a todos los continentes.

La estructura *colonizante* fuertemente jerarquizada de la sociedad ibérica⁶, debida a su previa colonización secular del Al-

⁴ Es obvio que el Norte se vuelve *proteccionista* cuando quiere.

⁵ Cfr. Enrique Dussel, *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Madrid, 2007.

⁶ Esta estructura colonizante asumía la forma de un ejército, en que el *pater familiae* desempeña el papel de los sargentos y cabos. Si bien el patriarcado era común a toda Europa, el colonialismo ibérico lo reforzó y lo trajo a nuestra América, donde le sumó el racismo, inventado para jerarquizar a nuestras sociedades ya colonizadas. El patriarcado fue un presupuesto del colonialismo y el racismo un instrumento para su práctica y continuidad *in situ*.

Andalus⁷, le permitió tomar la delantera en la colonización originaria de nuestra América, causar la muerte de unos setenta millones de indios⁸ y esclavizar a más de veinte millones de africanos⁹. Pero esa misma estructura fosilizada le impidió generar una burguesía¹⁰, que surgió en el centro y norte europeos,

⁷ V. Felipe Maillo Salgado, *¿Por qué desapareció al-Ándalus?*, Buenos Aires, 1998.

⁸ No solo por explotación, sino también por las infecciones debidas a la carencia de anticuerpos de nuestros indios contra las epizootias, pues no habían tenido contacto con los animales europeos. En cuanto a la magnitud del crimen, entre muchos, David Day, *Conquista. Una nueva historia del mundo moderno*, Barcelona, 2006; Pierre Duviols, *La destrucción de las religiones andinas (durante la conquista y la colonia)*, México, 1977; Antonio Espino López, *La conquista de América. Una revisión crítica*, Barcelona, 2013; Tzvetan Todorov, *La conquista de América. El problema del otro*, México, 2009; Linda Newson, *El costo de la conquista*, Tegucigalpa, 2009.

⁹ V. Serbal/Unesco, *La trata negrera del siglo XV al XIX*, Barcelona, 1981; Catherine Coquery-Vidrovitch y Éric Mesnard, *Ser esclavo en África y América entre los siglos XV y XIX*, Madrid, 2013; Hugh Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, 1998; Laurentino Gomes, *Escravidão*, Rio de Janeiro, 2022. Este fue el primer crimen europeo contra África, cometido sin penetrar en el continente; el segundo lo cometieron en el siglo XIX, cuando perdieron el temor a las enfermedades y se repartieron sus zonas de expoliación.

¹⁰ La expulsión de los moros y en especial de los judíos fue el triunfo de la nobleza sobre la incipiente burguesía, seguido por la inquisición española, dedicada fundamentalmente a la persecución de conversos, o sea de los restos de esa burguesía (cfr. Martin Walker, *Historia de la Inquisición Española*, Madrid, 2001; Henry Kamen, *La inquisición Española, Una revisión crítica*, Barcelona, 1999).

proveedor de las manufacturas que los ibéricos compraban con los medios de pago robados a mano armada en nuestra América.

Cuando el imperio ibérico se derrumbó debido a su incapacidad para adaptarse a la revolución industrial, las oligarquías de nuestra América eliminaron a los próceres de la independencia¹¹ y se erigieron en proconsulares del poder del colonialismo ya planetarizado en forma de *neocolonialismo*¹².

La colonización originaria de nuestra América fue el primer crimen mundial, porque con ella apareció *el mundo de relaciones humanas mundiales*, es decir, como posibilidad real de relaciones entre todos los humanos, que antes no se conocían¹³ y, por ende, se generó lo que ahora se denomina el *sistema-mundo*¹⁴. De este modo -como reacción a la agresión colonial- nació la idea de una protección también mundial al ser humano, o sea que el primer *crimen colonialista mundial* provocó, como discurso de resistencia, la idea de lo que hoy llamamos *derechos humanos*.

Cuando el Norte nos relata que esta idea la gestaron a fines del siglo XVIII los ideólogos de sus burguesías contra el

¹¹ Se atentó contra la vida de Bolívar, Sucre y Monteagudo fueron asesinados, San Martín marchó al exilio en Francia.

¹² Nuestros próceres de la independencia lideraron ejércitos multiétnicos, eran igualitarios, pero las oligarquías ratificaron el racismo, el patriarcado y el esclavismo, es decir, no alteraron sustancialmente la jerarquización social del colonialismo originario.

¹³ Recordemos que el derecho, fundamentalmente, se ocupa de regular relaciones humanas: no se pudo pensar en un derecho realmente mundial hasta la mundialización de esas relaciones.

¹⁴ V. I. M. Wallerstein, *Comprendere il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo*, Trieste, 2006.

absolutismo o para no pagar impuestos¹⁵, haciéndola descender luego al Sur en forma de *civilización*, no podemos menos que asombrarnos¹⁶ ante el olvido de que esa idea tiene quinientos años, es cristiana y, entre quienes la enunciaron en nuestra América¹⁷, resalta la figura de Fray Bartolomé de las Casas¹⁸ como primer teórico o ideólogo de los derechos humanos¹⁹, quien señaló como *herejes* a los encomenderos, ladrones y asesinos del siglo XVI²⁰.

Las Casas no fue el autor de ninguna *leyenda negra*²¹, sino que sus respuestas a las *Doce dudas* que le plantearon los frailes Domingo de Santo Tomás y Bartolomé de la Vega, son un completo catálogo de derechos humanos, prescribiendo el respeto a la vida y la propiedad de los indios, la devolución de lo robado

¹⁵ Factor precipitante de la Revolución norteamericana, a diferencia de la francesa.

¹⁶ Esto no significa desvalorar el pensamiento iluminista y de los primeros liberales políticos, del que se apoderaron los próceres de nuestras intendencias para llevar adelante su empresa, pero lo que es inaceptable es pretender que alguna vez hayan tomado en cuenta a los colonizados y esclavizados del Sur y menos todavía que el Norte los haya tratado como iguales.

¹⁷ Tempranamente, hacia 1511, pueden mencionarse los nombres de Antonio de Montesino, Pedro de Córdoba, Bernardo de Santo Domingo, invocando el *derecho común de todas las gentes*. V. la abundante y actualizada bibliografía que sintetiza Alberto Filippi, *Constituciones, dictaduras y democracias*, Buenos Aires, 2015, pp. 64 y ss.

¹⁸ V. M. Bataillon – A. Saint-Lu, *El padre Las Casas y la defensa de los indios*, Barcelona, 1976.

¹⁹ Al respecto, Alberto Filippi, op. cit.

²⁰ Recordemos su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, publicada en Sevilla en 1552. V. sus *Obras completas*, Madrid, 1990.

²¹ Contra esta versión, lo reivindicaban en el siglo XIX los liberales españoles, como el poeta y ensayista Quintana (1772-1857) (v. Manuel José Quintana, *Fray Bartolomé de las Casas*, Buenos Aires, 1943).

y también de sus templos, o sea, el respeto a sus religiones, pues los consideraba en error pero no herejes²². Se le reprocha no haber tenido la misma consideración con los africanos esclavizados, pero de esto se arrepintió rápidamente²³ y, en su testamento, vaticinó graves castigos divinos a los colonizadores²⁴.

Ginés de Sepúlveda fue su mediocre contradictor en el debate de Valladolid, con el primer discurso orgánico justificante del colonialismo²⁵, fundado en la *superioridad de su propia cultura*, de la que deducía como *natural* el derecho a matar y esclavizar a quienes no vivían como a él le gustaba²⁶.

En los siglos siguientes se sucedieron discursos justificantes de los genocidios coloniales: primero con el *Geist*

²² Sus denuncias coinciden con el singular documento testimonial del siglo siguiente de Felipe Guamán Poma de Ayala, *El primer nueva crónica y buen gobierno*, México, 1980; sobre este documento, con detalle, Alberto Filippi, op. cit.

²³ Cfr. Ignacio Pérez Fernández, *Fray Bartolomé de las Casas. De defensor de los indios a defensor de los negros*, Salamanca, 1995. Tampoco había conocido muchos africanos y, además, el mayor número de esclavizados por la trata negrera fue después de doscientos años de la muerte de las Casas, es decir, en el siglo XVIII, llamado “siglo de las luces” por los europeos que ahora pretenden haber inventado la idea de derechos humanos.

²⁴ Por cierto, se cumplieron más de dos siglos después con la quiebra del imperio ibérico.

²⁵ J. Ginés de Sepúlveda, *Tratado de las justas causas de la guerra contra los indios*, México, 1941.

²⁶ Si bien llamaba a esto *derecho natural*, cabe advertir que, como es más que obvio, ni San Agustín ni Santo Tomás pudieron conocer las atrocidades del colonialismo de nuestra América que Sepúlveda justificaba. Cabe observar que es bastante común que se cite al pobre San Agustín para legitimar cualquier atrocidad en los casi dos milenios posteriores, con los que nada tuvo que ver el Obispo de Hipona.

espectral del romanticismo idealista hegeliano²⁷, siempre como superioridad cultural, pero luego como *superioridad biológica* por melanina, con el vulgar racismo *spenceriano*, conocido como *darwinismo social*²⁸.

Esta última recionalización, que rechazaba al hegelianismo por *metafísico* y se preciaba de *científica* y *progresista*²⁹, fue hasta mediados del siglo pasado el paradigma³⁰ universitario en nuestras repúblicas oligárquicas (el *porfiriato*

²⁷ V. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, en sus *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (Madrid, 1980) hace desaparecer a nuestros indios y excluye a los negros como aún no entrados en la humanidad. El nivel de elaboración de las antropologías filosóficas legitimantes del colonialismo fue mediocre con Ginés de Sepúlveda, alcanzó fineza con Hegel y luego fue decayendo progresivamente con el racismo melanínico, con el nebuloso *hombre occidental* y *cristiano* de la *seguridad nacional* y ahora más con el *homo economicus*.

²⁸ Darwin fue un científico, pero el diletante británico que inventó el discurso colonialista catastrofista y del más rastrero biologismo racista fue en realidad Herbert Spencer (sobre esto es terminante Marvin Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*, Madrid, 1983).

²⁹ Su *progresismo* no tenía otro fundamento que su anticlericalismo, ironizado en años recientes con la afirmación de que entre el padre médico y ateo y la madre católica, no habría conflicto en la educación de los hijos, pues para lo que para la última era pecado para el primero era antihigiénico (cfr. José Pedro Barran, *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*, Montevideo, 1990).

³⁰ Entendido como marco dentro del cual operan todas las ideologías de una época (cfr. Thomas Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1970).

mexicano³¹, la *oligarquía vacuna* argentina³², la *República Velha* brasileña³³, etc.).

Este discurso racista por melanina justificó todo el *neocolonialismo* que siguió al colonialismo originario y que extendió sus crímenes *nacionalcolonialistas*³⁴ a todo el planeta: se colonizó la India³⁵, se repartieron África en Berlín³⁶, llevaron la guerra del opio y a los *boxers* a China³⁷, se aniquilaron a los

³¹ Sus ideólogos se llamaron *el grupo de los científicos* (v. Leopoldo Zea, *El positivismo en México*, México, 1945; José C. Valadés, *El porfírrismo. Historia de un régimen*, México, 1987).

³² Se denomina de ese modo al modelo de país agroexportador en particular su último período (1930-1943), conocido como *la década infame*, que siguió al golpe que derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen.

³³ La *República Velha* fue el período político de Brasil que comenzó al finalizar el imperio en 1889, con una serie de presidentes militares y civiles, finalizado con la Revolución de Vargas en 1930. Su afiliación al positivismo de Comte llegó al punto de consagrar el lema de la bandera nacional.

³⁴ Entraron en la disputa de posibles colonias países que no habían participado del colonialismo originario como Bélgica, Italia y Alemania.

³⁵ Entre pestes y hambre pueden contarse más de quince millones de víctimas (v. Mike Davis, *Late Victorian Holocausts: El Niño Famines and the Making of the Third World*, 2017).

³⁶ V. Roberto Ceamanos, *El reparto de África*, Madrid, 2016. Los posteriores crímenes en África son espantosos (entre muchos, v. Pierre Bertaux, *Caracteres y efectos generales de la colonización en África*, Madrid, 1972; Marc Ferro (dir.), *El libro negro del colonialismo. Siglos XVI al XXI: del exterminio al arrepentimiento*, Madrid, 2005; Anna Maria Gentili, *El león y el cazador. Historia del África subsahariana*, Buenos Aires, 2012; Martin Meredith, *O destino da África. Cinco mil años de riquezas, ganância e desafios*, Río de Janeiro, 2017; Walter Rodney, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982; sobre las atrocidades de la empresa de Leopoldo II en el Congo, más de dos millones de muertos y mutilaciones incluso de niños, Adam Hochschild, *El fantasma del rey Leopoldo*, Barcelona, 1998).

³⁷ V. John King Fairbank, *Storia della Cina contemporanea*, Milán, 1988.

hereros³⁸, se redujeron al mínimo los indios en Norteamérica³⁹, casi se extinguió la población originaria de Australia⁴⁰, etc..

Los procónsules del neocolonialismo siguieran matando indios y negros en nuestras repúblicas oligárquicas⁴¹, que a desgano abolieran la esclavitud⁴² y promovieron el genocidio del Paraguay –llamado *guerra de la triple alianza*⁴³-, la *guerra del Pacífico*⁴⁴ y en el siglo XX la *guerra del Chaco*⁴⁵.

En tanto, el Norte nos mostró la guerra de secesión, la franco-prusiana, la batalla de Solferino⁴⁶, la primera guerra de los

³⁸ V. Enzo Traverso, *La violencia nazista. Una genealogía*, Bolonia, 2002.

³⁹ Se trató de un verdadero genocidio. Es interesante observar que a veces se cuenta esta historia para minimizar al de la colonización ibérica, o sea, una verdadera disputa para ver qué genocidio fue menor, como si por eso fuese justificado.

⁴⁰ Apenas en 1972 se concedió el derecho al voto a los pocos originarios sobrevivientes. El secuestro de niños para internarlos y *culturizarlos* fue legalizado por el *Commonwealth* Británico en 1951.

⁴¹ V. Osvaldo Bayer (coord.), *Historia de la crueldad argentina. Julio A. Rocay el genocidio de los Pueblos Originarios*, Buenos Aires, 2010; Roger Casement, *Libro Azul Británico. Informes de Roger Casement y otras cartas sobre las atrocidades en el Putumayo*, Introducción de Alberto Chirif, trad. de L. E. Belaunde, Lima, 2011; Euclides da *Os Sertões. Campanha de Canudos*, Río de Janeiro, 1902; en Perú los crímenes de Parra; en Chile los de Saavedra.

⁴² En 1888 en Brasil y en Cuba.

⁴³ V. José María Rosa, *La guerra del Paraguay y las montoneras argentinas*, Buenos Aires, 1985; Julio José Chiavenato, *Genocidio americano. La guerra del Paraguay*, Buenos Aires, 1984.

⁴⁴ El claro interés inglés en esta guerra (1879-1883) era el nitrato, enfrentó a Chile que respondía a esos intereses con los de Perú y Bolivia, inclinados por los franceses.

⁴⁵ Resultado del descubrimiento de petróleo por la Standard Oil en Santa Cruz de la Sierra.

⁴⁶ Los miles de mutilados abandonados moribundos en esa batalla que liberó el norte de Italia de los austríacos fue determinante de la acción de Dunant y

Balcanes y luego, sus dos etapas de los *treinta años de brutales guerras interimperiales*. En la última, uno de los beligerantes aplicó los métodos practicados en el Sur, pero con una siniestra técnica sofisticada de producción de cadáveres. Su empleo entre pobres en melanina precipitó la *Declaración Universal* de 1948, que demoró casi treinta años en concretarse en tratados⁴⁷, en tanto se crearon los sistemas regionales de derechos humanos⁴⁸.

Pese a que la *idea lascasiana* se positivizó en el derecho internacional, el Norte protagonizó la guerra de Corea, las coloniales en Vietnam, Argelia, Afganistán e Irak, la segunda de los Balcanes y la actual europea. En el Sur se produjeron las numerosas e interminables guerras sangrientas en África⁴⁹ y, en algunos de nuestros países, se dispararon los homicidios y decenas de miles de desaparecidos⁵⁰.

En el siglo XX habían surgido en nuestra América movimientos populares, contradictorios pero eficaces en cuanto a ampliación de la ciudadanía real que, al promediar el siglo, fueron

del nacimiento del derecho de La Haya o derecho internacional humanitario. Los muertos del Sur, hasta ese momento, no habían conmovido a los europeos.

⁴⁷ La Declaración Universal de 1948 no fue un tratado, tuvo en su momento el valor de una manifestación de buena voluntad sin poder normativo en el derecho internacional. Los dos grandes Pactos que configuran el sistema mundial de la ONU y la incorporación de la Declaración a la Carta de ese organismo demoraron casi tres décadas.

⁴⁸ El europeo y luego el americano, el africano es más reciente (Cfr. Manfred Nowak, *Introducción al régimen internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2009).

⁴⁹ Entre otras, las guerras del Congo y la represión en Kenia.

⁵⁰ Los casos más dramáticos son los de México, agredido con el reparto de tareas del tráfico de cocaína, consumida en el Norte, donde queda su mayor renta, y con los muertos al Sur del Río Bravo, como también el de Colombia.

interrumpidos violentamente⁵¹. Luego, del colonialismo francés en Indochina y Argelia⁵² se trajo la llamada *doctrina de la seguridad nacional*⁵³, para justificar 200.000 muertos en Guatemala, 80.000 en El Salvador, 30.000 en la Argentina, etc.⁵⁴ Ese ciclo se cerró hace décadas, *poniendo fin al neocolonialismo en la región*.

Sin perjuicio de los enclaves coloniales o con estatus colonial en nuestra América⁵⁵, lo cierto es que el colonialismo

⁵¹ La invasión a Guatemala para imponer la dictadura de Castillo Armas, el forzado suicidio de Vargas en Brasil, el bombardeo a la Plaza de Mayo en la Argentina y la posterior dictadura de 1955, la era de los *licenciados* en México, el cambio del MNR boliviano, la invasión a la República Dominicana, etc.

⁵² Cfr. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte, La escuela francesa*, Bs. As., 2005. Su mejor teórico sintetizador fue Carl Schmitt en su *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen* (trad. castellana: *El concepto de lo político*, México, 1985). La obcecación colonialista de los franceses casi les lleva a destartalar su economía, proceso revertido oportunamente por De Gaulle.

⁵³ En sentido crítico el párrafo 314 del *Documento de Puebla*, 1979, que la condena como una visión estatista del ser humano. La versión difundida en nuestra América fue simplificada en la Escuela de las Américas de Panamá, centro a alienación de nuestras oficialidades.

⁵⁴ Aunque las cifras son menores, no deben olvidarse los casos de Chile y Brasil. Un balance de los crímenes cometidos en Argentina, Chile, Paraguay, Guatemala y Colombia en José Ernesto Schulman, *Genocidios*, Bs. As., 2017; sobre la red genocida en Sudamérica, Stella Calloni, *Los años del lobo, Operación Cóndor*, Bs. As., 1999. Cabe advertir que existe una enorme bibliografía a este respecto.

⁵⁵ Son 20 los territorios en estas condiciones en América: Gran Bretaña tiene Anguilla, Bermuda, Islas Caimán, Islas Georgias y Sandwich del sur, Islas Malvinas, Monserrat, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas; Francia sobre Guadalupe, Martinica y Guyana; los Países Bajos sobre Aruba, Curaçao y San Martín y los municipios de Bonaire, San Eustaquio y Saba; Dinamarca sobre Groenlandia; y Estados Unidos sobre las Islas Vírgenes y Puerto Rico.

actual asume las características de un *tardocolonialismo* más refinado, como corresponde a la llamada *financiarización* de la economía y al rápido desarrollo de la tecnología de comunicación.

Su dominación se ejerce mediante el *endeudamiento* de nuestros países⁵⁶, para lo cual, sus monopolios mediáticos manipulan a la opinión y asumen la función de partidos políticos, promoviendo las candidaturas de procónsules endeudadores.

Esto aparece la *cronicización del subdesarrollo*, con su secuela de altos índices de muertes. En cuanto a homicidios, de los pocos más de veinte países de la ONU que superan los 20 x 100.000 anuales, diez y nueve son de nuestra América y el Caribe⁵⁷. En un país de la región, esta es una de las principales causas de muerte en la faja joven de negros y mulatos⁵⁸. A esas muertes deben sumarse las producidas por insuficientes campañas sanitarias y de vacunación⁵⁹, la atención selectiva de la

⁵⁶ El endeudamiento fue un viejo recurso del neocolonialismo, San Martín advertía contra esa agresión en Perú, Rivadavia hipotecó el suelo argentino (cfr. Jorge Cholvis, *Historia y Constitución*, Buenos Aires, 2019) y respecto de la Gran Colombia v. Alberto Filippi, op. cit. No obstante, nunca alcanzó las dimensiones actuales, producto de la financiarización mundial del capitalismo actual.

⁵⁷ Cfr. Carranza, Elías, Conferencia en el *Congreso Federal sobre reformas legislativas*, Mar del Plata, febrero de 2014, Internet.

⁵⁸ *Índice de Homicidios na Adolescência no Brasil (IHA-2014): Programa de Redução da Violência Letal*, Rio de Janeiro: Observatório de Favelas, 2017, pp. 15 y ss.

⁵⁹ Se puso en mayor evidencia con las brutales negligencias durante la pandemia, cuyo punto máximo fue el del gobierno de Bolsonaro, a cuya cuenta deben ponerse unas 100.000 muertes, aunque no fue el único.

salud⁶⁰, la inseguridad laboral y las víctimas de tránsito por inadecuación vial a los vehículos que impone el mercado. Si bien esto no es un genocidio clásico, la suma de todas esas muertes configura un *genocidio por goteo en curso*. No por azar estas cifras coinciden con la concentración de riqueza, pues nuestros coeficientes de Gini se hallan entre los más altos del mundo⁶¹.

En los últimos meses las muertes violentas vinculadas al *tardocolonialismo*, cuentan algunos cientos de muertos en las prisiones del Guayaquil, unos 70 en la represión del actual régimen peruano y aún no sabemos cuántos en la televisada política de campo de concentración para *seguridad* en El Salvador.

La creación mediática de realidad única, incompatible con democracias plurales, facilita ostensiblemente golpes de estado *soft* y no tan blandos⁶². De la conjunción de la concentración de medios con la *perversión institucional de los poderes judiciales* resulta el llamado *lawfare*⁶³, destinado a criminalizar a dirigentes populares y garantizar la impunidad de los endeudadores, al que en este ámbito se refirió críticamente Francisco hace cuatro años.

⁶⁰ La privatización de la salud incrementa en la región la selectividad de su atención.

⁶¹ Nuestros coeficientes no bajan de 40 y se acercan peligrosamente a 50, superados por Sudáfrica: los índices van de 1 (distribución igualitaria perfecta) hasta 100 (una persona concentra toda la riqueza).

⁶² Casos de destituciones en Honduras, Paraguay, Bolivia, Brasil, Perú,

⁶³ Ejemplos de *lawfare* ofrecen al Argentina, Brasil, Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú.

Es así como el tardocolonialismo incide en lo judicial, pues muchos de nuestros jueces integran poderes judiciales anómalos, manipulados por unos pocos jueces en posiciones claves, en tanto que la mayoría de ellos no participa en esos contubernios. Dejando a lado a la minoría pervertida, *la pregunta clave es qué puede hacer la mayoría de los jueces ajenos a esas manipulaciones.*

Ante todo, están limitados en su ejercicio jurisdiccional por (a) *censura vertical* de los pervertidos que ocupan las posiciones claves (lesión a la *independencia interna*). (b) En segundo término, son amenazados de *linchamiento mediático* al que se suman los políticos oportunistas⁶⁴ (lesión a la *independencia externa*). (c) En tercer lugar, su *entrenamiento teórico suele ser frágil*, porque no es raro que les facilite racionalizaciones por vía de una *normativización esquizofrénica* del mundo⁶⁵ que, al elevar la lógica a ontología⁶⁶, impide incorporar los datos de la realidad social a la dogmática jurídica. (d) Por último, carecen de un entrenamiento que los prepare subjetiva y psicológicamente para resistir semejantes agresiones.

⁶⁴ Algunos de estos casos han sido registrados por el Relator Especial de la ONU.

⁶⁵ El neokantismo de Baden o Sudoccidental, que asigna al *valor jurídico* la función de ordenar el mundo, permite seleccionar lo que ordena y lo dejar al resto fuera del derecho; el hegelianismo permite dejar fuera del derecho a quienes considera que no alcanzaron el momento del *espíritu subjetivo* (colonizados, enfermos mentales y otros no considerados partícipes de la *comunidad jurídica*).

⁶⁶ El valor de verdad del sistema interpretativo se limita a su completividad lógica normativa, en el campo del puro *deber ser*.

Suele afirmarse que al incorporar los datos de la realidad al discurso jurídico el doctrinario o el juez *usurpa la función del poder legislativo*, o bien, incurre en una apelación *ideológica al derecho natural supralegal*. Estos argumentos son inválidos, pues el respeto a la dignidad humana lo impone ahora el propio derecho positivo⁶⁷; lo que en realidad se postula consiste – simplemente- en dar eficacia a las normas de máxima jerarquía vigentes⁶⁸, cuidando que *el legislador no usurpe la función del constituyente*.

Así, una de las más evidentes usurpaciones constitucionales se verifica con que la mayoría de los presos de nuestra América, además de no ser condenados, es decir de hallarse en prisión preventiva⁶⁹, están alojados en prisiones superpobladas y controladas internamente por bandas que, al competir entre ellas, generan *motines*, con decenas de decapitados y descuartizados, exhibidos por los medios hegemónicos como supuesta muestra del *salvajismo* que justifica la prisionización masiva.

⁶⁷ Esto no significa negar la importancia filosófico-jurídica del eterno debate entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, sino solo destacar que ha perdido gran parte de su importancia práctica en la solución cotidiana de los conflictos que se le plantean a los jueces.

⁶⁸ Entre otros Kelsen marcaba la distinción entre *vigencia* (sanción por autoridad competente) y *eficacia* (observancia, o sea que en alguna medida el *ser* se adecue al *deber ser* de la norma vigente en la realidad social).

⁶⁹ Son los llamados *presos sin condena*. El alto porcentaje de presos no condenados en nuestra América es endémico (cfr. Carranza/Mora/Houed/Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983; posteriores versiones con datos actualizados que muestran el agravamiento de la situación).

Dado que estas *penas y no penas*⁷⁰ están prohibidas por todas las Constituciones, por la Convención Americana⁷¹ y por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU⁷², en puridad jurídica debe concluirse que nuestros jueces son autores mediatos de privaciones de libertad ilícitas⁷³.

Cabe preguntarse - en nuestro *ser-aquí del sur*- cómo hacer para que nuestros jueces puedan optar por la senda universal señalada hace medio milenio por Fray Bartolomé de las Casas y sus hermanos. Sin pretender una respuesta completa y menos definitiva, al menos es posible señalar algunas pautas elementales.

Ante todo, la academia debe hacerse cargo de la responsabilidad que parcialmente le incumbe y dejar de entrenar en racionalizaciones⁷⁴, apoyadas en teorías del conocimiento que excluyen la realidad. La ciencia jurídica no puede negar que toda

⁷⁰ Se pretende que la prisión preventiva es asimilable a el embargo preventivo civil, del mismo modo que al defender la tortura en el siglo XVIII se sostenía que no era pena, sino simple medida de investigación (contra esta argucia Joseph von Sonnenfels, *Sobre la abolición de la tortura*, Buenos Aires, 2023).

⁷¹ Artículo 5º numeral 2.

⁷² Artículo 7º.

⁷³ En algunos casos incluso de torturas y hasta de homicidios al menos culposos, aunque el difuso concepto de *dolo eventual* podría llegar a considerarlos también dolosos. Es obvio que no se pueden amparar en alguna causa de justificación (estado de necesidad justificante), pero quedaría la cuestión de la culpabilidad, es decir, que no serían reprochables, por hallarse en estado de necesidad exculpante. Operaría también en su favor la circunstancia de que, si alguno se negase a hacerlo, lo haría otro y quizá de peor manera. Esta reflexión no deja de ser una cruel paradoja.

⁷⁴ La *racionalización* es un mecanismo neurótico de huida, es decir, una evasión psicológicamente insalubre (V. Anna Freud, *El Yo y los mecanismos de defensa*. Barcelona, 1980).

sentencia es un acto *político* -de gobierno de la *polis*- y todo acto de esa naturaleza que no tome en cuenta los datos de la realidad social, no pasará nunca de ser una alucinación⁷⁵.

En segundo término, debe rechazarse el programa de eliminación de las materias *no jurídicas* (sociología, filosofía, historia, economía, politología) de los *currículos* universitarios⁷⁶, pues esos conocimientos evitan que los jueces se conviertan en instrumentos inconscientes de los intereses colonialistas.

Quizá sería conveniente fomentar la creación de un *observatorio jurídico* que, sin pretensión de omnipotencia, (a) detecte los casos más graves de violaciones a los derechos humanos en nuestra América, donde se sospeche la incidencia del colonialismo y se esclarezcan los intereses que los determinan, (b) defienda a los jueces perseguidos por cúpulas, politicastos y medios monopólicos; (c) exhiba estos hechos al conocimiento público, (d) haga llegar sus conclusiones a los organismos internacionales competentes, (e) fomente y reclame a los Estados la mayor eficacia e imparcialidad de estos organismos, (f)

⁷⁵ Es correcto tomar del Norte lo mejor de su ciencia jurídica, pero sin copiar modelos previo vaciamiento del cometido político que le es inherente en su origen, sino para aplicarlas conforme a los requerimientos de mayor eficacia del derecho exigidos por la realidad social de nuestra América, agredida y sin haber logrado eliminar las huellas coloniales del patriarcales, racistas y clasistas. Por otra parte, desde la sociología tradicional de Merton, se distinguen los fines manifiestos de las instituciones de los latentes o reales. Cuando *normativamente* se atiende solo a los manifiestos, se acepta cualquier ardid del poder.

⁷⁶ Es la tendencia a formar simples *trabajadores para el mercado laboral* señalada en el llamado *Plan Bolonia* de la Unión Europea de 1999 y sus repercusiones en nuestra América.

aconseje las medidas de protección para las víctimas, (g) reclame el cese en caso de una actividad continuada, (h) procure las medidas de protección que se hallen disponibles (i) e impulse las normativas y medidas de derecho interno e internacional necesarias o convenientes para prevenir toda reiteración.

No se trataría de abarcar toda la conflictividad generada por el colonialismo en su actual etapa, sino de seleccionar casos en orden a su gravedad. Si bien la privación de la vida humana no es el único indicador de gravedad, sin lugar a dudas es el signo de su máxima intensidad. Los muertos no son la única verdad en esta materia, pero sí una verdad incontrovertible. Menor dificultad presenta la ponderación de gravedad en las agresiones al medio ambiente, pues se dispone de pautas científicas indicadoras.

El debate de Valladolid es un hecho histórico que, como tal, asume ahora la forma de disputa por el discurso de los derechos humanos: los *tardocolonialistas* pretenden manipularlo para estigmatizar cualquier resistencia; por el contrario, sus víctimas lo esgrimen como instrumento de la *lucha por el derecho*⁷⁷.

La primera variable pretende inutilizar el discurso jushumano como resistencia de sus víctimas. Aniquilado de este modo el derecho, solo restaría la violencia que, por desgracia, recae siempre sobre los más humildes. *Es la fe en la fraternidad humana, en la razón y en el derecho, lo que nos impone decididamente la opción por la senda lascasiana.*

⁷⁷ V. el clásico libro de Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Viena, 1877.

30

O DIREITO ACHADO NA RUA: A DESIGUALDADE E A DIVERSIDADE

José Geraldo de Sousa Júnior¹

¹ Atualmente é professor titular da Universidade de Brasília, com vínculo de Pesquisador Sênior Voluntário, atuando na Faculdade de Direito (graduação e pós-graduação) e no CEAM- Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (Pós-Graduação - mestrado e doutorado - em Direitos Humanos e Cidadania).

Convidado a participar em seminário promovido pelo Instituto Joaquín Herrera Flores América Latina, no Rio de Janeiro, fui convocado a falar sobre “Fatores que desafiam a reestruturação da cultura democrática”. Na minha abordagem, invariavelmente percorrendo o itinerário da formação social brasileira numa experiência de colonialidade, creio ter coincidindo com os pontos de partida deste Seminário Da Justiça da Desigualdade à Justiça da Diversidade, numa vivência de emancipação humanizadora e de possibilidade de constituir titularidades subjetivas de direito.

Com efeito, abri minha exposição, citando uma passagem de um livrinho de Marilena Chauí, editado pela Perseu Abramo, em 2000 –Brasil. Mito Fundador e Sociedade Autoritária. Nesse erudito estudo, preparado para marcar o simbólico dos 500 anos do descobrimento, a notável professora da USP, designa os muitos signos ideológicos, suas fontes, as metáforas e apropriações narrativas sobre “o processo histórico de invenção da nação que nos permite compreender um fenômeno significativo, no Brasil, qual seja, a passagem da ideia de ‘caráter nacional’ para a de ‘identidade nacional’, essa tentação totalizante, de designar algo pleno e completo, seja essa plenitude positiva (caso de Afonso Celso, Gilberto Freyre ou Cassiano Ricardo) ou negativa (Silvio Romero, Manoel Bonfim, Paulo Prado), para louvar ou para depreciar isso que seriam os traços coerentes, fechados e sem lacunas do que nos constitui como natureza humana ou cultura determinadas.

Percorrendo, autores, temas, signos (verde-amarelismo, fé, orgulho, nação, povo), ela conclui de modo problemático:

Conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como ‘cultura senhorial’, a sociedade brasileira é marcada pela estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais e intersubjetivas são sempre realizadas como relações entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividades nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de ‘parentesco’, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que a constitui.

Ou, como anotam Lilia M. Schwarcz e Heloisa M. Starling, em seu monumental *Brasil: uma Biografia* (Companhia das Letras, 2015), lembrando que “história não é conta de somar”,

a cultura como afinal, “o que faz brasil, Brasil ou do Brazil, Brasil”, isto é, como nos inventamos, para elas, “um processo em que o Brasil, desde que inventou para si um sentido próprio e autônomo como nação, no qual a história do país vem se afirmando, como uma longa narrativa de lutas, violência, reivindicação de autonomia e igualdade, busca por direitos e construção da cidadania”.

Basta ver Querelas do Brasil, canção de Aldir Blanc e Maurício Tapajós:

O Brazil não conhece o Brasil

O Brasil nunca foi ao Brazil

Tapir, jabuti, iliana, alamanda

Ali, alaúde

Piau, ururau, aqui, ataúde

Piá, carioca, porê, kamekrá

Jobim, akore, jobim açu, uô, uô, uô

Pererê, camará, tororó, olerê

Piriri, ratatá, karatê, olará

O Brazil não merece o Brasil

O Brazil tá matando o Brasil

Gereba, saci, kaandrades, cunhãs, ariranha,
aranha

Sertões, guimarães, bachianas, águas

E marionaíma, arira, aribóia

Na aura das mãos de jobim açu, uô, uô
Cererê, sarará, sururu, olerê
Blabláblá, bafafá, sururu, olará
Do Brasil S.O.S ao Brasil
Do Brasil S.O.S. ao Brasil
Tinhorão, urutu, sucuri
O Jobim, sabiá, bem-te-vi
Cabuçu, coitovia, caxambi, olerê
Madureira, olaria e bangu, olará
Cascacura, água santa, acari, olerê
Ipanema e nova iguaçu, olará
Do Brasil S.O.S. ao Brasil
Do Brasil S.O.S. ao Brasil

Voltemos, pois, aos temas por propostos entre outros, por Sergio Buarque, Raymundo Faoro, Victor Nunes Leal, Darcy Ribeiro, José Murilo de Carvalho (Os Bestializados: Há Povo no Brasil?), para aferir esses fatores que desafiam a reestruturação da cultura democrática, localizando os obstáculos, no plano da cultura: colonialismo e autoritarismo e todos os seus paroxismos (coronelismo, clientelismo, prebendismo, cunhadismo, filhotismo, nepotismo, milicianismo); no pano paradigmático, o positivismo, como limite epistemológico e como ideologia, que no plano do jurídico (cultura legalista), inibe a internalização no direito nacional posto das conquistas internacionais dos direitos humanos (minimamente inscritos nos tratados e nas convenções),

enquanto não se dissolvam as falsas noções que a ideologia traz para o ensino e para a aplicação do Direito e o fascismo (Barthes) imponha à língua, inviabilizando, produzindo ausências e contendo emergências (Boaventura de Sousa Santos), que propiciem o livrar-se do favor, até que a cidadania ativa instaure uma verdadeira cultura de direitos (Victor Nunes Leal, Marilena Chauí).

Só assim, numa cultura de direitos como correspondência a uma cultura democrática, é que se poderá entender o Direito como modelo de legítima organização social da liberdade, base e projeção para os estudos e pesquisas que constituem a fortuna crítica de O Direito Achado na Rua? Um processo que leve a perceber, conforme indica Roberto Lyra Filho, que o Direito se faz no processo histórico de libertação enquanto desvenda precisamente os impedimentos da liberdade não-lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (isto é, atendendo ao ponto atual mais avançado de conscientização dos melhores padrões de liberdade em convivência) quanto produtos falsificados (isto é, a negação do Direito do próprio veículo de sua efetivação, que assim se torna um organismo canceroso, como as leis que ainda por aí representam a chancela da iniquidade, a pretexto de consagração do Direito) [ARAÚJO, Doreodó (Org). Desordem e Processo – Estudos Jurídicos em Homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986].

Trata-se de aferir no simbólico e no institucional as tensões que se forjam entre as estruturas coloniais que os constituíram e as perspectivas decoloniais que as interpelam. Vou me ater, para respeitar o tema do seminário, ao embate entre as estruturas do sistemas de justiça, afetadas pela dialética da desigualdade e da diversidade. Começo com uma nota. O Ministério Público Federal mandou instaurar procedimento correccional contra dois de seus membros, autores de Ação Civil Pública, objetivando a reparação aos danos morais coletivos causados aos cidadãos brasileiros pela Força Tarefa da Lava Jato em Curitiba e, especialmente, pelo então Juiz Federal Sérgio Fernando Moro em face da ofensa reiterada e sistemática por eles praticados contra o regime democrático (art. 1º, caput, da Constituição e art. 23, 1, “b” da Convenção Interamericana de Direitos Humanos) ao atuar em ofensa do devido processo legal e de modo inquisitivo no âmbito da denominada Operação Lava Jato, além de recomendar um conjunto de procedimentos para superar a realidade atual de uma intervenção de natureza ativista no plano judicial e do próprio MPF.

Inusitada situação. Para quem como eu, que tão ativamente participou dos debates constituintes, no espaço da Assembleia em depoimento sobre cidadania e direitos na Sub-Comissão que discutiu o tema, então representando a Comissão Brasileira de Justiça e Paz da CNBB é frustrante assistir hoje, esse enviesamento de uma Instituição que foi projetada na Constituição para ser garante da cidadania e dos direitos.

Assim, com certeza, orientava o constituinte Plínio de Arruda Sampaio, que foi o relator do capítulo na Constituição, ele antigo Promotor de Justiça, forjado na construção de uma institucionalidade atenta à dimensão ética do Ministério Público, deslocado da sua origem como procurador da Coroa para Procurador do Povo, conforme designou tão bem um de seus antigos membros quando em 1987, publicamos o primeiro volume de O Direito Achado na Rua (VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Ministério Público: De Procurador da Coroa a Procurador do Povo ou a História de um Feitiço que às Vezes de Vira contra o Feiticeiro. In SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua. Brasília CEAD/Editora da UnB, 1987).

Com Plínio, aliás, nunca se perdeu esse sentido de reposicionamento fundamental para republicanizar as instituições judiciais e do ministério público. No Seminário que organizamos por iniciativa da CNBB em 1996, Ética, Justiça e Direito, depois convertido em livro (PINHEIRO, Pe José Ernanne, SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melillo, SAMPAIO, Plínio de Arruda. Ética, Justiça e Direito. Reflexões sobre a Reforma do Judiciário. Petrópolis: CNBB/Editora Vozes, 1ª edição 1996), procuramos estabelecer o roteiro para a conquista civilizatória longa e difícil do estabelecimento e vigência do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, buscando-se não só construir formas democráticas de acesso à Justiça mas refletir sobre a própria justiça a que se quer acesso, antecipando-se como valor, o que a correição agora quer atribuir como ilícito, entre outros

fundamentos, apropriadamente lançados na Ação Cível pelos dignos procuradores, no uso de sua independência funcional, o que colocamos em nossas conclusões: necessidade de reestruturar completamente o ensino jurídico, a fim de que os futuros operadores do direito adquiram uma mentalidade mais aberta e sintonizada com os problemas e as necessidades do povo e ao mesmo tempo, democratizar o processo de seleção de juízes e promotores, reexaminando-se a fundo o conceito de carreira funcional da magistratura e do ministério público (op. cit. P. 15).

Exatamente o que recomendam os procuradores junto à cabível demanda de reparação de danos, hoje sobejamente designados pelo Supremo Tribunal Federal e por outras altas instâncias judiciais, declarando a suspeição do juízo e a irregularidade viciosa das promoções da chamada força tarefa (um termo típico da linguagem do *lawfare*).

A medida é uma objeção correccional originada de dois pesos e de duas medidas, se se anota o incômodo silêncio sobre outras atuações do próprio Ministério Público por vários de seus agentes quando praticam ou isentam de indiciamento, em alguns casos chegando a constranger o *facebook* que suspendeu perfis, assumidamente milícia das mídias sociais a serviço de uma causa político-ideológica; enquanto no ofício, argumente em outros casos para justificar arquivamento (Autos n.º: 08191.090277/2020-80 e 08191.098560/2020-50), com base em falta de justa causa porque a conduta “por mais combativa, divergente e controversa que seja, revela sua opinião pessoal sobre o tema do aborto, conforme apontado pelos diversos

documentos juntados aos autos, estando, assim, tal manifestação abarcada pelo direito constitucional da liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IX, da CF”.

Aqui, a liberdade de expressão abona a conduta, interpretada pelo membro do Ministério Público; lá, criminaliza-se a interpretação porque “o pedido inicial vem repleto de subjetivismos, imputações genéricas, elucubrações e argumentos de cunho político, afastando-se da objetividade necessária à prestação jurisdicional”.

O feiticeiro agora se coloca contra o feitiço e quer restaurar o Procurador da Coroa, renunciando à função de cidadania do Ministério Público instaurada com a Constituição. E pelo absurdo dos dois pesos e das duas medidas, mas que são sinais do tempo conforme anota importante jurista (<https://www.conjur.com.br/2021-set-27/lenio-streck-mpf-processar-colegas-crime-hermeneutica>), para caracterizar impossível crime de hermenêutica.

Agora, no âmbito do Judiciário.

Motivado por um instigante ensaio de Boaventura de Sousa (Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Cortez Editora, 3ª edição, 2011), publiquei em minha coluna na antiga Revista do SindjusDF – Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no DF (Revista do Sindjus-DF, Dezembro de 2007 • nº 45), o texto Uma Concepção Alargada de Acesso à Justiça (p. 4).

Nesse texto de 2007, recupero o tema do acesso à justiça como um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já antecipando ali essa necessidade de alargamento que depois eu procuraria trabalhar em outras situações. Se, ao limite, pudermos alargar esse conceito, o plano mais amplo que poderíamos lograr concebê-lo, seria, talvez, pensá-lo, seguindo Boaventura de Sousa Santos, como um procedimento de tradução, ou seja, como uma estratégia de mediação capaz de criar uma inteligibilidade mútua entre experiências possíveis e disponíveis para o reconhecimento de saberes, de culturas e de práticas sociais que formam as identidades dos sujeitos que buscam superar os seus conflitos, o que faz do acesso à justiça algo mais abrangente que acesso ao judiciário.

Esta mediação leva, conforme sugere Boaventura de Sousa Santos, a criar condições para emancipações sociais concretas de grupos sociais concretos num presente cuja injustiça é legitimada com base num maciço desperdício de experiência, mas que buscam criar sentidos e direções para práticas de transformação social e de realização de justiça, mediadas por um direito que se pode dizer achado na rua.

Fora desse contexto emancipatório o que resta é a configuração do acesso à justiça como objeto delimitado, mesmo considerados os dois níveis de acesso: igualdade constitucional de acesso representado ao sistema judicial para resolver conflitos e garantia e efetividade dos direitos no plano amplo de todo o sistema jurídico. Não por outra razão, Boaventura de Sousa Santos sugere que a estratégia mais promissora de reforma da

justiça está na procura dos cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para os reivindicar quando violados.

Intimidam-se ante as autoridades judiciais que os esmagam com a linguagem esotérica, o racismo e o sexismo mais ou menos explícitos, a presença arrogante, os edifícios esmagadores, as labirínticas secretarias.

Considerado o nível mais restrito, o sistema judicial se consolida justamente em seu fechamento democrático, na medida em que o seu conceito de acesso mina possibilidades de participação popular na interpretação de direitos; esgota a porosidade entre ordenamentos jurídicos hegemônicos e contra-hegemônicos; constituídos e instituídos pela prática dos movimentos sociais. Exemplo disso têm sido os obstáculos procedimentais que o litígio decorrente das demandas de reparação após os danos causados pela Empresa Vale em Brumadinho (rio Paraopeba) revelando a exclusão dos atingidos em seu protagonismo enquanto o Judiciário permanece acessível aos interesses empresariais e governamentais. Por isso o engajamento irredutível da assessoria técnica dos movimentos dos atingidos para fazer valer o princípio de que não há justiça sem participação social, conforme bem demonstra a elaboração da Matriz de Medidas Reparatórias Emergenciais elaborada pela Aedas (Associação Estadual de Defesa Ambiental e Social) com os movimentos e coletivos dos atingidos pelo desastre de Brumadinho (<https://youtu.be/Az83whQyKV>) .

O nível restrito do acesso à justiça, portanto, se reafirma no sistema judicial. O nível mais amplo do mesmo conceito se fortalece em espaços de sociabilidade que se localizam fora ou na fronteira do sistema de justiça. Contudo, ambos os níveis se referem a uma mesma sociedade, na qual se pretende o exercício constante da democracia.

Claro que, numa perspectiva de alargamento do acesso democrático à justiça, não basta institucionalizar os instrumentos decorrentes desse princípio, é preciso também reorientá-los para estratégias de superação desses mesmos pressupostos. Principalmente pelo Poder Judiciário que se tem mostrado extremamente recalcitrante à abertura de espaços para a ampliação das condições democráticas de realização da justiça.

Nesse sentido, algumas contradições precisam ser resolvidas, conforme sugere Boaventura de Sousa Santos. Primeiro, criar condições para inserir no modelo existente de administração da justiça, a ideia de participação popular que não está inscrita em sua estrutura; segundo, superar o obstáculo de uma demanda de participação popular não estatizada e policêntrica, num sistema de justiça que pressupõe uma administração unificada e centralizada; terceiro, fazer operar um protagonismo não subordinado institucional e profissionalmente, num sistema de justiça que atua com a predominância de escalões hierárquicos profissionais; quarto, aproximar a participação popular do cerne mesmo da salvaguarda institucional e profissional do sistema que é a determinação da pena e o exercício da coerção; quinto, considerar a participação popular como um

exercício de cidadania, para além do âmbito liberal individualizado, para alcançar formas de participação coletiva assentes na comunidade real de interesses determinados segundo critérios intra e trans-subjetivos.

Pode residir aí a situação percebida pela juíza Gláucia Falsarelli Foley, responsável em Brasília, pelo programa de justiça comunitária, quando se refere ao conjunto de movimentos necessários para impulsionar a universalização do acesso à Justiça, pleiteando, assim, por uma Justiça sem jurisdição porque efetivamente operada na comunidade, para a comunidade e, sobretudo, pela comunidade, conforme nesse Lido para Você, o meu <https://estadodedireito.com.br/28455-2/>, precisamente sobre o trabalho teórico-empírico de Gláucia.

Vem daí o impulso para pensar em sentido alargado o acesso à justiça e mais ainda a própria justiça a que se quer acesso, numa mobilização que pôde ser conduzida em resposta a demandas de formulação de política públicas, a partir de convocações do poder público ao pautar esse tema.

Assim é que, respondendo a edital do Ministério da Justiça, sobre elaborar uma concepção de observação do sistema de justiça e judiciário, que chegamos a uma formulação que levasse em conta essa concepção alargada. A propósito, in <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/223>, vol 10, n. 90, 2008, o meu texto Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça, representando todo o Coletivo que elaborou a proposta, cujo resumo pode ser assim lido: “Este trabalho tem o intuito de mapear a atual situação dos meios de

acesso à justiça no Brasil, abordando o modo como as relações Estado-sociedade se fazem presente nas esferas públicas de construção do direito e até que ponto os movimentos sociais são reconhecidos como fonte criadora de direitos. Para tanto, propõe-se uma discussão acerca de temas levantados pela sociologia da pós-modernidade, discussão esta decorrente da ação dos movimentos sociais na dinâmica própria do direito plural por eles fundado. Ao fim, propõem-se mudanças na postura das estruturas jurídicas de ensino, pesquisa e aplicação para que haja um reconhecimento da construção social do direito”.

A leitura sobre os resultados alcançados com a pesquisa – <https://estadodedireito.com.br/observatorio-do-judiciario/> – mostrando o quanto foi possível estabelecer diálogo com assessorias jurídicas de movimentos sociais e extrair de suas observações, a visão negativa dos modelos adjudicatórios do sistema legal e judiciário, presos às normas constituídas como unidade de análise das relações de conflito e incapazes de realizar até mesmo as promessas constitucionais de realização da Justiça, entre outros fatores, pela “resistência a trabalhar com o direito da rua”, pela “baixa sensibilidade para as demandas da comunidade”, pelos “limites culturais para a percepção de sujeitos e demandas inscritas nos conflitos sociais”, pela manutenção de “corpo com formação técnica desvinculada das experiências do mundo da vida”, pela “postura institucional burocrática” e pela “pouca permeabilidade ao controle social”.

Mostrando também, o quanto em contrapartida, pediam esses prestamistas de uma Justiça atualizada e modernizada para

além do simplesmente funcional-burocrático-legal: “respeito às temporalidades democráticas”, “fortalecimento comunitário”, “educação em Direitos Humanos”, “uso dos meios de comunicação”, “conscientização e sensibilização” e, em síntese, “reconhecimento e acreditamento do protagonismo das experiências de mediação social realizadas fora das instâncias estatais”.

Caminhamos na direção dessa possibilidade? Toda a ênfase numa postura recente do sistema judiciário engolfado numa estratégia de *lawfare* que se constitui num dos mais abusivos empregos de seu aparato para interferir no processo político, abre um biombo de desconfiança e de constatação que aí se enquistam o reduto da manutenção das desigualdades, inteiramente capturado pela modelagem neoliberal.

Caminhando noutra direção, o institucional parece orientar-se por uma geopolítica que se faz linha auxiliar do interesse da acumulação e dos negócios. Veja-se a tese de Talita Rampin (RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina. 2018. 436 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018).

A Autora, conforme o resumo do trabalho localizável no Repositório de Teses da Universidade de Brasília, estuda a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina. Revisa a literatura sobre justiça para conhecer o estado da arte e destaca a emergência de

abordagens de resistência, que desenvolvem práxis de justiça nos contextos e deslocam o conflito e as injustiças para a centralidade do exercício de teorização. Mapeia as reformas da justiça enquanto fenômeno nas Américas, para identificar suas características, atores participantes e estratégias. Analisa a participação de instituições financeiras internacionais no direcionamento das reformas da justiça no contexto latino-americano, problematizando as relações que são desenvolvidas entre o centro, a semiperiferia e a periferia do sistema mundial, utilizando a teoria dos sistemas de Immanuel Wallerstein. Analisa o conteúdo de documentos (acordos, relatórios, empréstimos e outros instrumentos normativos) para deles extrair elementos que sinalizem o direcionamento que as instituições financeiras, com destaque ao Banco Mundial, para que os Estados-nacionais latino-americanos adaptem suas estruturas estatais de justiça, em sentido amplo, aos interesses estabelecidos no contexto de mundialização da economia. Estuda a experiência brasileira de reforma da justiça, problematizando os cenários, os atores e os enredos específicos. Propõe uma abordagem geopolítica ao fenômeno, identificando os elementos geopolíticos que contribuem para uma ampla compreensão da reforma da justiça na América Latina.

Os movimentos e organizações engajados neste processo acreditam que é possível, com uma cidadania ativa, organizada e mobilizada, estancar as violações de direitos e construir uma nova sociedade, socialmente justa e ambientalmente sustentável. Por isso, o Fórum Social Mundial Justiça e Democracia tem sua relevância. Porque é preciso reunir todas as forças progressistas,

democráticas, populares e humanistas para juntas, buscaremos apontar saídas. A dinâmica horizontal e radicalmente democrática dos Fóruns Sociais será uma aliada para que, respeitando as especificidades, a pluralidade e os vários interesses, seja possível buscar pontos de unidade, de convergência e de ações comuns. Somem-se a este processo. O Brasil, a América Latina e o Mundo precisam de nossa criatividade, solidariedade e compromisso.

Ao final, cobrindo um mosaico de temas e de conclusões muito propositivas, pode-se chegar a um Consenso, eloquente em sua análise e mais ainda em seus propósitos que assumi e compartilho como um de seus subscritores:

Felizmente, há também movimentos caracterizados pelo empenho de resgatar o sistema de justiça para a orientação ética de resgate da cidadania e dos direitos. Em abril de 2022, o Fórum Social Mundial Justiça e Democracia (FSMJD), uma dessas articulações, inaugurou uma nova etapa de sua existência. Alimentado de ideias e de propostas geradas ao longo dos quatro dias em que se reuniu presencialmente, na cidade de Porto Alegre, na trégua – embora precária – de uma pandemia que tanto maltratou e impôs por duas vezes o adiamento do evento, o FSMJD quis se afirmar para cumprir o seu papel: o de ser movimento de luta para a transformação dos sistemas de justiça, assim como de reestruturação de instituições nele envolvidas e comprometidas com os valores da democracia, da dignidade e da justiça social.

Em diversos pontos de Porto Alegre, foram realizadas atividades múltiplas e palpitantes: palestras, rodas de conversa, exibição de filmes, lançamentos de livros, performances artísticas. Todas essas atividades tiveram um só propósito: apontar os dados, cada vez mais nítidos, de que os atuais sistemas de justiça se voltam a produzir injustiças: de um lado, com a inoperância para efetivar direitos fundamentais de parcela expressiva da população; de outro, com a lógica da seletividade no tratamento de conflitos de natureza coletiva, sobretudo naqueles em matéria criminal, caso em que assume ares inequívocos de perseguição, sendo o *lawfare* o exemplo mais contundente.

Numa perspectiva sistêmica do agir institucional, observa-se a influência avassaladora e progressiva da lógica neoliberal na justiça, que ignora a importância dos direitos da pessoa humana e cuida da preservação dos interesses econômicos e financeiros dos donos do capital. A captura econômica da lógica jurídica humanista exacerbou o DNA do capitalismo.

Nesse contexto, os sistemas de justiça manejam a ordem jurídica apenas formalmente, desconstitucionalizando direitos ao sucumbir às investidas do capital e de interesses oligopolistas, que apostam na agudização da concorrência entre os indivíduos e na mercantilização de todas as esferas da vida social. A ambição em concentrar riqueza, um dos pilares centrais do capitalismo, tem se intensificado na ordem neoliberal, fazendo emergir um poder autoritário, quando não tirânico. Mediante a captura de mentalidades de um número significativo de membros dos

sistemas de justiça, essa lógica avança no projeto de perseguir pessoas por força de suas posições e opiniões políticas avessas à opressão econômica; ela teima em suprimir os direitos da população mais pobre, elevando os indicadores da miséria; ela investe impiedosamente contra os direitos da classe trabalhadora, precarizando-a como força produtiva; e não se esquece de alvejar também outros setores vulnerabilizados da população, a fim de subtrair-lhes toda e qualquer dignidade humana.

O Fórum Social Mundial Justiça e Democracia – movimento de arregimentação das forças sociais voltado à permanente avaliação, denúncia e transformação dos sistemas de justiça, para a garantia da democracia – identifica a ação dos sistemas de justiça fragilizados na sua independência, que se prestam a aprofundar o fosso entre a institucionalidade e a cidadania. Denuncia, então, tais sistemas instruídos pelo neoliberalismo, conformados à burocracia e pouco entusiastas da democracia, que se mostram antes propensos a abrir do que fechar as portas para o fascismo.

Tal propensão, além de gerar críticas, impõe a autocrítica como necessidade inescapável de quem atua no interior desses sistemas. Ela demanda um agir concentrado para extrair o racismo, o poder patriarcal cis-heteronormativo e o elitismo que contaminam os sistemas de justiça instituídos nos territórios dos países colonizados e que contribuem para sequestrar a democracia. Urge, pois, uma autocrítica disposta a ver essas marcas históricas e a comprometer-se com a superação delas.

Nas conclusões, os participantes afirmaram que os dias de trabalho intensos que tivemos significaram, portanto, um momento de denúncia das falhas dos sistemas para efetivar a justiça e também um espaço de fortalecimento da nossa resistência para avançar no sentido de construir uma democracia de fato inclusiva e garantidora do respeito aos sujeitos. Mais do que isso, serviram para demonstrar que “democracia, justiça e participação são convocações do real”.

O Fórum ofereceu a oportunidade e ressaltou a importância de “vencermos o obstáculo epistemológico dos paradigmas que isolam o jurídico na forma e na lei”, distanciando o Direito da vida concreta. Ele nos lembra que “a função do Direito é contribuir para a obra da humanização” e que “a humanidade é uma experiência histórica e social”.

Ao desvelar as falhas dos sistemas de justiça por meio de depoimentos de pessoas que foram afetadas por eles ou por meio de estudos bem sistematizados, este Fórum presencial contribui para mensurar a extensão dos danos para a democracia que um sistema de justiça corroído acarreta. Também permite dimensionar os desafios com os quais nos deparamos para reafirmar a opção por um modelo de sociedade que seja alicerçado no princípio da igualdade, organizado em torno da ideia de emancipação política dos seus membros e, ainda, combativo quanto ao avanço do neoliberalismo econômico que leva ao exaurimento dos recursos naturais e objetifica as pessoas, automatizando-as. Isso sem contar que o neoliberalismo tenta apagar os saberes de povos originários (ainda resistentes) e solapa

qualquer ideia de implantação do bem-viver para a maioria da população, consagrando o poder absoluto de alguns indivíduos ou corporações, pretensamente onipresentes por meio de plataformas digitais.

Esses problemas desafiam a deflagrar hoje e em nome da democracia um movimento de mobilização permanente, de articulação e execução de ações concretas que transformem os sistemas de justiça, eliminando o caráter elitista, racista e patriarcal que historicamente foi tecendo a sua configuração. Trata-se, antes de mais nada, de mirar a fraternidade e a solidariedade entre os povos como pilares necessários à construção de um mundo para todas, todos e todes.

Com essas atividades, alcançou-se o discernimento de que Democracia e Justiça não são resultado de lei ou regimento, mas estão inscritas no seio da sociedade e são impulsionadas pela avaliação e pela injunção crítica e contínua dos sujeitos coletivos que fazem a mediação entre sociedade e direito. São eles que constroem coletivamente a sua independência social com base nas interações permanentes no sentido de fazer a temática do nosso fórum: democracia e justiça, a nossa vida.

Trata-se de reconhecer e de confiar num protagonismo que para afetar a história requer mediação coletiva. Confiança, conforme manifesta o Papa Francisco, de que são os Movimentos Sociais os sujeitos coletivos que operam as grandes transformações.

Numa disposição militante, quase encarnada e da rua, o Papa vem se fazendo presente em todas as oportunidades em que o diálogo intercultural possa construir mediações para o resgate das dimensões políticas que concretizem Justiça e Paz. Na sua percepção, é “da participação dos povos como protagonistas, e em grande medida de vós movimentos populares, dependem a direção que este momento histórico tomar e a solução desta crise que continua a exacerbar-se”.

Isso ele vem dizendo desde que iniciou em Modesto, na Califórnia, em 2017, seus encontros regulares com os Movimentos Populares. Depois, na Bolívia, no Peru e por último em Roma (de modo virtual por causa da pandemia), o Papa realçou a fraternidade e a transparência das conversas, que têm permitido ser possível falar “sobre muros e medo; sobre pontes e amor”, temas que desafiam os valores mais profundos para re-humanizar o mundo, coisificado pela ganância e pelo egoísmo, em sua exacerbação neoliberal.

Disse o Papa: “Sabemos que nenhum destes males teve início ontem. Desde há tempos enfrentamos a crise do paradigma imperante, um sistema que causa sofrimentos enormes à família humana, atacando ao mesmo tempo a dignidade das pessoas e a nossa Casa Comum, para sustentar a tirania invisível do dinheiro, que garante apenas os privilégios de poucos. «A humanidade vive um momento histórico» (Papa Francisco, *Evangelii gaudium*, n. 52)”.

“É preciso construir pontes de amor contra a intolerância, xenofobia e ódio aos pobres; é preciso ter a poesia e

a capacidade de sonhar juntos. “Os movimentos populares são, além de poetas sociais, ‘samaritanos coletivos’”, convencido, ele diz “de que o mundo se vê mais claramente a partir das periferias. Sigam impulsionando sua agenda de terra, teto e trabalho. Sigam sonhando juntos. E obrigado – obrigado seriamente – por deixarme sonhar com vocês.”

Aludo ao Papa, em parte pela proximidade teológica desde que integro a organização pastoral por justiça e paz, membro que sou da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Brasília. Mas ao mesmo tempo, numa leitura leiga, por encontrar nessa perspectiva inculturada, uma projeção para o âmbito de realização da Justiça na história e no mundo.

Em mais uma de suas proverbiais intervenções, agora aos juízes, em encontro remoto com juristas das Américas e da África – Primeiro Encontro virtual dos Comitês para os Direitos Sociais da África e da América – o Papa Francisco afirmou: “uma sentença justa é uma poesia que repara, redime e nutre” (<https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2020-11/papa-francisco-juizes-africa-america-sentencas.html>). “Nenhuma sentença pode ser justa, – ele ainda afirmou – se gera mais desigualdade, mais perda de direitos, indignidade ou violência”.

O que considero instigante nessa exortação, é o Papa investir na convocação que faz a uma dimensão poética que imante a crosta asséptica da atuação judicante: “O poeta precisa contemplar, pensar, compreender a música da realidade e moldá-la com palavras. Vocês juízes, em cada decisão, em cada sentença, estão diante da feliz oportunidade de fazer poesia: uma

poesia que cure as feridas dos pobres, que integre o planeta, que proteja a Mãe Terra e todos os seus descendentes. Uma poesia que repara, redime e nutre. Não renunciem a esta oportunidade. Assumam a graça a que têm direito, com determinação e coragem. Estejam ciente de que tudo o que contribuírem com sua retidão e compromisso é muito importante”.

Para o Papa, poesia não é apenas declamar, incluir nas sentenças versos que adornem o discurso, se resumindo a “um punhado de palavras mortas”. Francisco quer encorajar, pois, a atitude sensível na prática e na atitude dos juízes e dos operadores do Direito: “façam de sua poesia uma prática e assim vocês serão melhores poetas e melhores juízes. E jamais esqueçam que uma poesia que não transforma é apenas um punhado de palavras mortas”.

A mensagem do Papa me fez evocar o belo texto de Martha Nussbaun. De resto, um texto que tem merecido grande atenção de estudiosos e comentaristas. Um dos últimos que li foi o artigo de Andrés Botero-Bernal, publicado em *Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13, 2016, p. 830-897, “A leitura literária forma bons juízes? Análise crítica da obra ‘Justiça Poética’”, título que já oferece uma ideia do argumento desenvolvido no artigo. Com efeito, em sua análise considera que “segundo esta importante autora, ler literatura faz do juiz um bom ser humano dentro do modelo democrático e, ademais, lhe fornece ferramentas significativas para melhorar seu ofício, recuperando, assim, o advogado da fria forma na qual é formado pelo cientificismo e pelo utilitarismo”, embora em seu artigo se

afaste em boa medida dos enunciados da Autora para seguir numa “linha de defesa da literatura dentro do mundo jurídico”.

De minha parte eu já havia ferido esse tema, motivado pela leitura do livro, em mais de um ensaio, entre eles, em minha antiga coluna na Revista do Sindjus-DF (ano XVIII, nº 72, abril de 2011), exatamente com o título Justiça Poética.

O título dado ao artigo não apela, o que poderia parecer a primeira vista, a uma busca de relação entre a justiça e a literatura, para por em relevo a inclinação de magistrados para o uso da linguagem artística. Não que isso deixe de ocorrer ou que se rejeite o pendor estético quando se trata de desenvolver o discurso jurídico.

No plano epistemológico, a propósito, tem sido estimulante a vertente que trabalha a interlocução interdisciplinar e complexa para acentuar o diálogo entre saberes, demonstrando que o conhecimento não se realiza por uma única racionalidade, mas, ao contrário, pela integração entre diferentes modos de conhecer que nos habilitem a discernir o sentido e significado da existência e a elaborar sínteses interpretativas que, além de nos permitir compreender o mundo, contribuam para transformá-lo.

Trata-se, como acentua Roberto Lyra Filho, de operar padrões de esclarecimento, recusando o monólogo da razão causal explicativa, para se abrir a outras possibilidades de conhecimento: o fazer, da atitude técnica; o explicar e compreender, da atitude científica; o fundamentar, da atitude

filosófica; o intuir e mostrar, da atitude artística; o divertir-se, da atitude lúdica; o revelar, da atitude mística.

Tem razão Eduardo Lourenço, não só em sustentar a unidade da poesia fernandiana, mas em suscitar a totalidade que abarca os seus aparentes fragmentos heterônimos, para indicar que nesse processo o problema central continua a ser o do conhecimento.

Para Lourenço (Tempo e Melancolia em Fernando Pessoa, publicado na edição brasileira do livro O Mito da Saudade, Companhia das Letras), os avatares de Pessoa “representam uma tentativa desesperada de se instalar na realidade”.

Marx não havia ainda analisado a estrutura econômica para explicar a formação da mais-valia, com O Capital, e bem antes o Padre Vieira, artisticamente, a exibiu tal como está no Sermão XIV do Rosário: “Eles mandam e vós servis; eles dormem, e vós velais; eles descansam, e vós trabalhais; eles gozam o fruto do vosso trabalho, e o que vós colheis deles é um trabalho sobre outro. Não há trabalhos mais doces que o de vossas oficinas; mas toda essa doçura para quem é? Sois como as abelhas, de quem disse o poeta: ‘sic vos non vobis melificatis apes’ (assim como vós, mas não para vós, fabricais o mel abelhas).”

No plano das habilidades, que é o que remete mais imediatamente à constituição de perfis profissionais, a alusão a uma justiça poética quer mais designar a categoria subjetividade

como própria ao afazer do jurista para interpretar criativamente e com imaginação as relações do homem com o mundo e com o outro. É com esse sentido que Martha Nussbaun fala em poesia e imaginação (Justicia Poética. La Imaginación Literaria y La Vida Publica, Editorial Andrés Bello), ou seja, para caracterizá-las como “ingrediente indispensável ao pensamento público, com condição de criar hábitos mentais que contribuam para a efetivação da igualdade social”.

Aplicadas aos juízes, essas categorias traduzem as expectativas de mediação humanística entre visão de mundo e consciência social, de modo a traduzir aquela exigência funcional destacada por Bistra Apostolova (Perfil e Habilidades do Jurista: razão e sensibilidade, Notícia do Direito Brasileiro, nº 5, Faculdade de Direito da UnB): “a habilidade de ver o outro como diferente e saber colocar-se no lugar dele, e desse modo desenvolver a capacidade de imaginar e de compreender, essencial na formação do bacharel”.

Que se realize, pois, repito, uma justiça poética, conforme sugere a filósofa Martha Nussbaun, e agora o Papa Francisco que, contra a injustiça que gera desigualdade e indignidade, alude a uma justiça poética, que se transmute em sensibilidade, em solidariedade, em disposição para pensar, sentir e agir com o outro (*fratelli tutti*) exposto a julgamento: “quando a justiça é verdadeiramente justa, aquela justiça torna os países felizes e seus povos dignos. Nenhuma sentença pode ser justa, nenhuma lei é legítima se o que geram é mais desigualdade, se o que geram é mais perda de direitos, indignidade ou violência”.

DA (DES)IGUALDADE HISTÓRICA NA QUESTÃO DE GÊNERO E RAÇA

Roberta Duboc Pedrinha¹

¹ Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA - Argentina). Mestra em Ciências Criminais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especializada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH - Cuba). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Professora Permanente Credenciada ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC/UFF), Pesquisadora do Laboratório de Estudos Penais e Criminológicos (LEPEC). Pesquisadora e Professora Convidada de Criminologia e Saúde das Especializações, Mestrado Acadêmico e Profissional, e Doutorado da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ). Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Fundadora e Primeira Vice-Presidente da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (DDH).

É uma grande honra estar aqui hoje participando deste seminário. Trata-se do meu primeiro presencial desde a pandemia. E eu saúdo vocês, presto os meus agradecimentos à Professora Doutora Lenice Kelner, pelo convite, amizade e carinho, a essa colega que é tão querida, que fez seu pós-doutoramento com a Professora Vera Malaguti, assim como eu, e que criou comigo uma interlocução, uma parceria em tantos trabalhos na Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), em seminários, em artigos conjuntos, e em bancas de graduação e pós-graduação. E como vem sendo frutífero esse nosso encontro, porque, acima de tudo, ela traz em si uma bondade e simplicidade no coração, no compartilhar, e isso é maravilhoso. Registro aqui toda a minha gratidão.

Eu cumprimento aqui também os Colegas de mesa, que me ladeiam, o Professor Jorge Henrique Schäfer-Martins, que conheci agora, um grande prazer, e o Professor Doutor Raúl Zaffaroni, que é o Mestre dos Mestres.

Estar com o Professor Raúl Zaffaroni, eu digo a vocês, é um momento especial na vida de todos nós. Então, degustem, apreciem, saboreiem, aproveitem, porque isso é um espaço afetivo de encontro. A vida nos presenteia, mas assim como nos dá, ela também nos tira. Agora, o que nos oferta de melhor, é justamente isso, momento de encontro. Encontros com familiares, encontros com amigos, encontros com professores, encontros com alunos, pois tudo logo se esvai. Devemos apreciar os encontros e os reencontros.

Afinal, isso é mágico. Apreciem, porque é o que há de melhor. Não é o que nós temos, mas quem nós temos aqui junto conosco. Este já é um momento histórico, memorável, célebre para a FURB, para vocês, e como sempre é para mim, cada encontro com o Professor Zaffaroni.

Digo a vocês, uma lição do filósofo Sêneca, um estoico. Ele dizia que a vida é muito curta e que ou nós nos prendemos ao passado, ou nós negligenciamos o presente ou nós ficamos temendo o futuro. Então, hoje, viver aqui, o presente, o agora, é o desafio. Na mesma linha, Epíteto também um filósofo do estoicismo, afirmava: faça tudo enquanto puder, porque quando virares a esquina não sabes o que te ocorrerá. E é isso, *vita brevis*, então esse é o momento que nós temos que aproveitar, no presente, este presente que é tê-lo aqui, Professor Zaffaroni.

Eu quero cumprimentar a todos vocês aqui, algumas pessoas especiais que eu conheci recentemente, que conosco compartilham esse espaço, como os Professores Doutores da UNIJUÍ, Joice Nielsson e Maiquel Wermuth. Quero saudar a advogada Marcia Dinis, que cursou o mestrado comigo tantos anos atrás, e que segue comigo na Comissão de Criminologia, que juntas fundamos, do Instituto dos Advogados Brasileiros, a qual preside, e dirige uma das maiores bibliotecas jurídicas do país. Aproveito a ocasião para cumprimentar todos vocês, na pessoa do Professor Luciano Góes. Este é o nosso primeiro encontro presencial, mas de uma longa e intensa interlocução. Fiz curso com ele, aprendi muito com o Professor Luciano Góes, e digo-lhes que se trata de um dos jovens mais promissores entre os

juristas desse país. Portanto, também desfrutem desta companhia. Vocês estão aqui o conhecendo ainda bem jovem, mas ele ainda dará muito o que falar. O Professor Luciano Góes vem sempre pensando com muita originalidade a questão racial, nesse sistema de (in) justiça criminal.

Bem, nesse espaço de tanto afeto que nós temos hoje, quero frisar a minha gratidão ao Professor Raúl Zaffaroni, por todo o aprendizado que recebi, nos inesquecíveis meses de seu curso no Mestrado da Universidade Candido Mendes, no Rio de Janeiro, sob a batuta do meu também queridíssimo mestre brasileiro, Professor Doutor Nilo Batista; além das aulas no Doutorado em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires, durante minha estada na Argentina.

Até mesmo Literatura Brasileira aprendi com Zaffaroni. Pelo mestre portenho pude interpretar corretamente a obra Tenda dos Milagres, de Jorge Amado, ao compreender a crítica ao apartheid criminológico na Escola da Bahia, em reflexão zaffaroniana, descrita em texto que casualmente achei numa biblioteca. Quando ali, Raúl revelou-nos a correspondência de Nilo Argolo, personagem de Jorge Amado, com Nina Rodrigues, um branco racista que era antípoda acadêmica de Tobias Barreto, representado na obra pelo personagem Pedro Arcanjo, cuja negritude se travestia em bondade e beleza, em ressignificação estética, que eu nunca tinha me dado conta.

Esse é o Professor Zaffaroni, um profundo conhecedor da nossa literatura, que também já leu um dos mais picantes e polêmicos autores nacionais, Nelson Rodrigues, que disse uma

coisa que nunca me esqueci: “que é importante nós tentarmos ser o máximo possível de nós mesmos”. Estar com vocês, por um instante, nessa mesa, ladeada por essas pessoas mencionadas, com o Professor Raúl, me permite ser o máximo possível de mim mesma. Já o Professor Zaffaroni é o máximo possível dele mesmo sempre. Portanto, hoje é o máximo!

Salvo, pela ausência da Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, a única professora titular de criminologia do país, que deixa um vazio nessa mesa de reflexões, a nossa querida Diva, e uma das maiores criminólogas da Latinidade, a nossa Verinha do Sul, e com quem também sigo permanentemente dialogando. Contudo, ela não pode comparecer.

Por conta disso, a Professora Lenice Kelner incumbiu-me que falasse um pouco mais, pelo fato de Vera Andrade não estar na mesa conosco. Todavia, o que eu informo a vocês é, falarei um pouquinho mais, porém, o Professor Zaffaroni terá que falar o triplo de mim.

Indaguei também à Lenice sobre qual tema abordaria, e ela me sugeriu gênero, cujos debates já começaram com a Professora Joice, para que nós falássemos um pouco sobre isso. Então, eu iria falar de um artigo que estou redigindo para a Revista do IBCCRIM e que ampliei com informações de um livro que eu também escrevi, que foi lançado neste ano de 2022, na sua segunda edição, pela Editora Lumen Juris.

Trata-se de uma obra que eu dediquei à minha avó, uma mulher sempre à frente do tempo, e que combateu diversas formas

de controle social, e que foi um trabalho criteriosamente orientado pelo Professor Nilo Batista, meu orientador, que culminou com uma pesquisa que realizei em Portugal, na Torre do Tombo, e no Brasil também, no Real Gabinete Português, nas Pretorias da Capital, para buscar jurisprudências e no Arquivo Nacional. Consiste em um trabalho minucioso. Mas minha exposição contemplará sua combinação com este artigo que ainda não foi publicado, analisando criminologia e gênero no Brasil, através dos processos de criminalização e penalização.

Este livro que mencionei intitula-se Sexualidade, Controle Social e Práticas Punitivas. Eu o lancei no Dia da Mulher, em 08 de março de 2022, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros. Foi uma ocasião muito especial, pois tivemos ali como debatedora a ex-Presidenta Dilma Rousseff, a Elisabeth Gómez Alcorta, ministra de Gênero e Diversidade da Argentina, Vera Regina Pereira de Andrade, Professora Titular de Criminologia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e a Denise Carrascosa, Professora da Universidade Federal da Bahia (UFBA), sob a mediação da Marcia Dinis, com a participação dos Professores Doutores Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, José Geraldo e Lenice Kelner, além do advogado criminalista Alexandre Mallet.

Foi uma honra muito grande ter essas pessoas debatendo ali esse meu trabalho. Digo a vocês que, para além disso, minha vontade de estudar gênero veio muito tempo antes, cerca de 20 anos atrás, com o Professor Raúl Zaffaroni, quando estudava com

ele no mestrado, a partir de suas aulas sobre o *Malleus Maleficarum*, acerca do Poder Punitivo incidente nas mulheres.

Foi quando decidi me aprofundar no engendramento desses controles sociais, do Medieval até a Modernidade, abarcando vários marcos, ancorados na sexualidade, categorias de repressão, me embrenhando pelos processos de criminalização e penalização, desde a Inquisição, alcançando o Positivismo, e trabalhando a brasilidade disso. Quer dizer, mergulhando no período do Brasil Colônia, passando pelo Império e atingindo a República, e observando as permanências disso na nossa Atualidade.

Logo, trarei a vocês uma brevíssima digressão história, que remete ao autoritarismo penal. Este no Medieval era erigido pela Igreja Católica, que criou oficialmente a inquisição, advinda do termo em latim *inquisitio*. Por meio do Concílio de Toulouse em 1229, ampliou o enfrentamento à heresia, e uniu a Igreja ao Estado absolutista, compartilhando a jurisdição criminal. Portanto, cabia àquela julgar os crimes contra a fé, a moral e os bons costumes. Nesse cenário, os suplícios tornaram-se estratégicos, na busca de confissão, a regina *probatorum*, impingiam sempre dor, o máximo de dor no prolongamento da vida naquele estado de sofrimento. E as permanências disso vemos nos dias de hoje.

Lenice publicou a obra Inconstitucionalidade das Penas Cruéis e Infamantes, já na sua segunda edição, que saiu agora pela Lumen Juris, um livro maravilhoso, desvelando essas permanências ainda tão frequentes. Mas esse prolongamento da

vida no estado de sofrimento, pela prática de mutilações, de sevícias sexuais, tinha um alvo preferencial, a Mulher.

A misoginia medieval construiu a mulher como a autora do pecado original, aquele que vai ser o primeiro crime da humanidade, e aquela mítica toda cristã da Gênese, na versão bíblica da Eva, forjada de Adão, de um mundo que vivia feliz, no Paraíso, de todos os seres nus, pululantes, e que, de repente, pela quebra do único preceito proibitivo, não comer os frutos proibidos da árvore do bem e do mal, em que Eva persuade Adão a comê-lo, pela incidência da desobediência, assim, os castigos advêm.

Daí, remontam as punições, ambos são expurgados do Paraíso, surge a vergonha, nasce a pudicícia, a necessidade de tapar a nudez, as dores do parto, o trabalho, e tudo por culpa da mulher. Estamos aqui hoje nesse evento, em atividade de estudo, quando poderíamos estar bebendo as maravilhosas cervejas artesanais aqui de Blumenau, mas estamos aqui trabalhando. E por culpa de quem? A resposta é simples, da mulher.

Poderíamos estar aqui nus, todos nos olhando, pululantes, mas não, estamos todos trajados. Por culpa de quem? A resposta é fácil, da mulher. E vale lembrar que essa construção do papel negativo da mulher também se aplica à Pandora, com Epimeteu. Pois Pandora descumpriu a ordem de manter cerrada a caixa, não resistiu e abriu-a, permitiu que todos os males do mundo saíssem. Mas, subitamente, ela ainda fechara a caixa, e deixara lá trancafiada a esperança.

Por conseguinte, essa construção permanente da mulher, ela nos mostra o quê? Ela nos revela a figura de uma mulher transgressora. A mulher transgressora é a Eva revisitada, é a bruxa, que traduz exatamente a ruptura com a ordem vigente, a ruptura com a sexualidade submissa que lhe é imputada, ao seu papel subordinado imposto. Afinal, a mulher subverte esses padrões dominantes, ela viola a sexualidade, a religiosidade e o espaço doméstico, ao qual ela deveria ficar adstrita.

Uma representação interessante da mulher transgressora, da bruxa, se dá pela figura da Medeia, que vocês já devem ter ouvido falar. Por que a Medeia? Quem é Medeia? Medeia é aquela mulher que criava seus filhos, exercia o seu papel de mãe e esposa, ao lado de seu marido Jasão, cuidando do espaço doméstico. Inclusive, chega a salvar a vida do sogro, em face dos conhecimentos de ervas medicinais curativas que detinha. Contudo, ainda assim, Jasão a trai. E o que Medeia faz? Medeia, em sua fúria, mata os filhos, sai de casa, vai para um outro lugar, um reino distante, onde se torna rainha.

Nota-se que essa modificação, essa ruptura com o papel social de esposa, de mãe, com o espaço doméstico, para deslocar-se ao espaço público, o tornar-se rainha, vai fazer dela um exemplo mítico, tradutor do papel da mulher insubordinada, para a partir dela também ser construída a figura da bruxa. Não por acaso a bruxa tem uma vassoura. A vassoura consiste no objeto básico do espaço doméstico, do lar, serve para limpar a casa. E a bruxa é aquela que pega a vassoura e sai da casa com ela. E é

lindo, porque ela vai para o espaço público com a vassoura, voando. Maravilhoso isso.

Então, percebemos como o controle penal funcionava diante dessas questões da mulher. O Professor Zaffaroni nos revelou qual foi o primeiro discurso criminógeno de gênero, criminalizante e penalizante da mulher, descrito em pormenores, o *Malleus Maleficarum*, redigido por dois inquisidores alemães, Kramer e Sprenger, lá no século XV. Para esta obra, a interpretação imprimida a respeito do termo fêmea, designava fé em *minus*, *minus fidei*, ou seja, menos fé. Logo, a mulher estaria, naturalmente, em posição de fé reduzida, e inclusive apta a receber o espírito descorporificado do Demônio.

Por conseguinte, a mulher deverá ser controlada e reprimida. Isso impulsionará a queima de milhares de mulheres no período inquisitorial, inaugurará a caças às bruxas, que será um dos episódios, certamente, mais aterrorizantes da nossa história. Em Portugal, foram cerca de duas mil mortas, consoante os dados do Celso Roth, apresentados por Anita Novinsky, que é uma das maiores especialistas brasileiras nessa temática, na obra dela A Inquisição. A autora denota que o ponto central não foi o número de pessoas mortas, maior na Espanha, e bem maior e violento na Alemanha, porém o que isso propiciou.

E indago a vocês, o que a Inquisição lançou? Ela gerou um clima de intolerância e delação, na expressão de Sidney Chalhoub, instituiu uma suspeição generalizada. Essa suspeição se abateu sobre as mulheres no Brasil, onde meu recorte de estudo

foi muito centrado, nas que sofreram esse tipo de perseguição, a começar pelas portuguesas que vinham para cá.

Pois, em Portugal, com o início da comutação das penas, da pena de morte ao degredo, muitas mulheres condenadas como bruxas eram forçosamente conduzidas ao Brasil. Pesquisei vários desses casos, desde o século XVI, como o da Maria Silva, e tantas outras bruxas enviadas de Portugal, os busquei na Torre do Tombo, em Lisboa.

Em Portugal, como na Espanha, e em toda a América Espanhola, foi instituído pela Inquisição o Tribunal do Santo Ofício, para julgar os casos de heresia, do termo grego *haíresis*, que significa pensamento discordante, e bruxaria. Contudo, no Brasil não existiu. Lá em Lima, visitei o Tribunal do Santo Ofício, que no Peru se tornou um museu, como também há em Cartagena na Colômbia, na Ciudad de México. Aqui nós tivemos as chamadas Visitações do Tribunal do Santo Ofício de Portugal, que nos enviava, temporariamente, um visitador, para observar, buscar delações, reprimir e até perdoar.

No Brasil, as Visitações do Tribunal do Santo Ofício elucidaram alguns dos muitos casos de bruxaria, por confissão e delação, ocorrendo na maioria das vezes o perdão do Visitador. Outras não tiveram o mesmo destino, como o caso da Isabel Varengo, uma mulata mendiga que foi enquadrada como bruxa e queimada na fogueira. Como também a mulata curandeira Maria da Conceição. Foram cinco mulheres que tiveram esse fim. Muitas outras conseguiram se esquivar desse desfecho. Contudo, embora não tenha sido tão elevado o número de condenações, o

efeito controlador pelo poder configurador se impingiu, difundiu medo na população, subordinando-a, particularmente, as mulheres.

Nas mulheres negras escravizadas os controles eram ainda maiores, com efeito deletério brutal. Como o caso que acompanhei da negra Balbina, escravizada, que foi supliciada e remetida à Portugal, para lá ser queimada. Entre os negros escravizados tivemos também três homens levados a Portugal cujos processos se encontram lá na Torre do Tombo. Eles foram associados à prática do Sabá. Quando, certamente, elementos culturais do universo africano, de cultos milenares, se imiscuíam aos elementos de erotismo e sacrifícios de animais, e eram entendidos como práticas demoníacas para os portugueses.

De todo modo, é interessante averiguarmos como o Brasil, aos olhos dos portugueses, vai se tornar esse lugar de devassidão, esse lugar de pecado, de maior liberdade sexual, menos trajes, e até repleto dos corpos nus das índias, com inclusive práticas de poligamia.

Daí, os controles incidentes ganham os contornos mais rigorosos na tipificação da feitiçaria, da sodomia, da bestialidade, do adultério, e do incesto, todos punidos com pena de morte na fogueira, nas Ordenações Portuguesas aplicadas ao Brasil, ao longo do maior tempo de sua história.

O incesto é interessante, porque Freud, em seu livro Totem e Tabu, remonta à repressão de sua prática, desde os primeiros grupos de organização social. Narra as regras da

endogamia, as quais já nasceram rígidas, quer dizer, refere-se à proibição da relação sexual dentro do mesmo clã. Pois, a exogamia deveria imperar, através da busca à alguém em outro clã.

Logo, a relação endogâmica travestia-se em verdadeiro tabu, que maculava aquele clã, afrontava-o. Então, o expurgo era algo que funcionava imediatamente. Posteriormente, o Concílio de Latrão, trouxe a vedação ao incesto para suas determinações, como forte proscricção. Assim, advieram as proibições de relações sexuais entre os parentes consanguíneos até o quarto grau, e daí por diante. Depois, ocorreram ratificações locais, em cada país, uma gama de controles que se estendiam para negação de pequenas práticas corriqueiras.

Em Portugal, surgiram múltiplos vetos aos comportamentos, como nas Pragmáticas. A Lei das Sedas, por exemplo, incidia precisamente sobre as mulheres negras, proibindo-as de trajarem seda e utilizarem joias. Outras pragmáticas determinavam até a posição sexual, com a obrigatoriedade do homem por cima, a exigência da mulher por baixo, a manutenção de ambiente escuro, e inclusive, vetavam a abstinência sexual nos períodos de menstruação feminina, nos períodos de gestação e de amamentação.

Todas essas regulações da conduta da sexualidade feminina vão se dar de maneira muito contundente, descritas por regulações normativas até leis criminais robustas. A criminalização da sodomia deu-se desde a Antiguidade, mas na Idade Média ganhou os contornos mais visíveis e rigorosos. Pelas

Pragmáticas Portuguesas vigorava a imposição de meses de jejum, alternado por pequena quantidade de pão e água para a categoria homossexual, muitas rezas e proibição de qualquer ato sexual. As Pragmáticas de 1497 eram contra a homossexualidade entre homens. Depois, em 1499, as Pragmáticas eram contra a homossexualidade entre mulheres. Posteriormente, essa vedação foi introduzida nas Ordenações, a título de criminalização.

As Ordenações Filipinas elencaram no título XIII a pena de morte na fogueira para a sodomia. No Brasil, de 1591 a 1595, o Visitador Heitor Furtado de Mendonça, averiguou os casos das denúncias de sodomia feminina, em face dos chamados ajuntamentos dianteiros. Nesta ocasião, excepcionalmente, todas as mulheres poderiam ser perdoadas, desde que, elas delatassem as suas cúmplices mulheres, neste pecado nefando.

Alguns dos casos que ganharam mais notoriedade foram os de Paula da Siqueira, Filipa de Souza, e Guiomar Pinheiro, por práticas reiteradas. Todas foram açoitadas publicamente por conta de atos homossexuais. Da mesma maneira, a bestialidade, foi extremamente reprimida. Desta prática advieram as denúncias em face de ajuntamento dianteiro em ovelhas, vacas e éguas. Esta criminalização era sancionada com a pena de morte, podendo nas visitações ser transmutada para açoites públicos, no Brasil Colônia.

Do período Colonial ao Imperial, constatamos a constituição do modelo patriarcal no Brasil. Configura-se o poder do homem, o chefe da família, o senhor da mulher e o senhor dos “escravos”. Pela nossa historiografia oficial, narrada por versão

masculina, assiste-se à posição de domínio do homem sobre a mulher, do homem branco sobre o homem negro, circunscrevendo, portanto, a mulher negra escravizada, num espaço de rebotalho. Posto que, ela será o principal alvo de todos os açóites, será supliciada, mutilada, sofrerá as sevícias sexuais, será violentada.

É importante percebermos que a própria história da miscigenação no Brasil caracteriza-se como uma horrenda história do estupro que tivemos aqui, em nosso solo, e que foi silenciada. Houve não só um silenciamento, como um apagamento da história oficial também diante disso. O Professor Boaventura de Sousa Santos batizou de Sociologia das Ausências esses silenciamentos. Professor Zaffaroni já nos remete à Criminologia das Ausências.

E nós, então, com isso, assistimos a uma concentração desse poder masculino branco, que é a cis heteronormatividade, que é fundante da família patriarcal brasileira. Ela se inicia com o casamento, instituição destinada às mulheres brancas. Porque cabia às mulheres brancas se casarem. Elas, sim, eram aptas, não as negras. Logo, saíam do jugo do pai para o jugo do marido, mediante dote.

Já às mulheres negras cabia a labuta e o prazer sexual. Assim, distinguia-se que a mulher preta era forte para o trabalho braçal, e a mulher mulata era para o sexo. Então vejam como se dava essa distribuição. O casamento não lhes competia. Ainda hoje, se observarmos o censo brasileiro, ele nos revela que as

mulheres negras continuam sendo as mais preteridas, as que menos se casam.

Bell Hooks, por exemplo, mostra-nos a importância do amor na vida dessas mulheres negras, inclusive do amor-próprio. Demonstra como isso foi sempre afrontado e retirado delas, por tanta opressão e violência, impingidas ao longo do tempo. Em que a solidão era uma constante, não sendo dignas do casamento.

Mesmo as mulheres brancas, que eram dignas do casamento, se não o realizassem, restava-lhes o quê? O Convento. Um dos mais famosos no Brasil era o do Rio de Janeiro, chamando de Recolhimento do Parto, funcionava enclausurando as mulheres que eram estupradas. As mulheres que não eram mais moças virgens deveriam ficar ocultas lá. Aquelas que eram mães solteiras eram escondidas por sua família lá. E ainda servia para “guardar” esposas de maridos que se aventurassem pelo interior do Brasil, pois as deixavam em segurança, mas algumas vezes, as “esqueciam”. Então, a acumulação feminina foi ocorrendo naquele espaço, que acabou se transformando em um presídio feminino.

O adultério também era reprimido, especialmente, em razão do gênero. Vejam as Ordenações Filipinas de 1603, puniam as mulheres adúlteras com a morte. E o homem seu amante? Dependeria da condição social dele. Pois, caso ela fosse casada com um indivíduo escudeiro e tivesse um amante rústico, designado na legislação de peão, porque andava a pé, não possuía cavalo, portanto, pobre, ambos seriam executados com a pena de morte. Dada à condição social do homem amante, peão em

questão, inferior a do marido. Vale ressaltar que o termo peão, ainda nos dias atuais, é empregado pejorativa e grosseiramente, à pessoa pobre, despossuída de veículo.

Agora, se ao invés disso, ela fosse casada com um escudeiro e tivesse um amante fidalgo, termo expresso em lei, filho de alguém importante, portanto, de condição social superior ao marido, a legislação portuguesa exigia dele apenas que pagasse uma multa ao marido escudeiro, enquanto a mulher adúltera seria punida com a morte. Depreende-se a distinção na aplicação da pena, uma vez que as desigualdades no sistema de justiça, ou (in) justiça, são muito presentes, no tocante ao gênero e à condição social.

O Código Criminal do Império, de 1830, em relação ao adultério, previa punição com prisão somente às mulheres adúlteras. Aos homens apenas se eles mantivessem uma relação permanente, ou seja, caso se comprovasse a caracterização de concubinato. Então, vejam a discrepância.

Pesquisei as jurisprudências dos homens que matavam as suas esposas, as quais os traíam, assassinatos que seriam hoje tipificados como feminicídio. E os homens, autores dos crimes, livravam-se sob a escusa da legítima defesa da honra. Mas o inverso não se dava. Ao contrário, uma mulher traída que matasse o seu marido, era condenada à pena máxima no Brasil. Borelli realizou um estudo muito instigante nesse sentido.

Investiguei também a prostituição no país, desde a fase da Colônia. Um ponto importante é que era tolerada, inclusive

pela Igreja, percebida como mal necessário, porque protegia as mulheres brancas de serem defloradas. Contudo, as Pragmáticas portuguesas, muitas transpostas ao Brasil, inspiravam aqui várias normativas, posturas municipais de regulação da atividade de prostituição. Logo, estabeleciam os lugares para acontecer, sempre distantes da paróquia, os horários permitidos, sempre noturnos, e as vedações em dias de santos. Muitas eram as restrições impostas pelo controle.

Cumprе destacar que era muito comum, no período do Império, senhoras ditas respeitáveis brancas, terem as suas chamadas negrinhas de aluguel, mulheres escravizadas que as possibilitavam fazer uma poupança extra, quando submetidas sexualmente a homens que as alugavam. Nesse sentido, Sidney Chalhoub, informou sobre quartinhos fora da casa, ou no final dela, espaços destinados à prostituição forçada dessas negrinhas, ou ainda, em alguns casos, mediante promessa de que pagassem pela sua alforria. A prostituição deveria ocorrer durante o período noturno, pois no diurno deveriam trabalhar na casa.

Para além disso, nós vamos ter ainda muitas dessas prostitutas sofrendo uma série de controles policiais e médicos, vindos com os novos ventos da “Modernidade”, que foram ruindo esse modelo escravagista colono-imperial. O Império brasileiro esfacelou com a tomada golpista da República, a qual não se traduziu numa cisão com a desigualdade que era estrutural, bem como não se erigiu em nenhum tipo de reparação diante daquela massa imensa de ex-escravizados, os negros libertos. Portanto, não rompeu com o modelo patriarcal, sexista, classista e racista.

Mas assistimos à inserção de práticas higienistas, em busca de um ideal de limpeza e beleza brancos, ancorados no eurocentrismo, na constituição do positivismo criminológico brasileiro.

Os discursos médicos higienistas submeteram as prostitutas a rigorosos controles, na medida em que as associavam às doenças: sífilis e gonorreia. Daí, a forma de higienização que se deu, por adstringentes esfregados na genitália feminina, com emprego de sanguessugas colocadas neste mesmo local. Nessa época, era o tratamento recomendado por vários médicos, constando em suas teses doutorais na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

As mulheres diagnosticadas como ninfomaníacas também recebiam sanguessugas, que lhes eram aplicadas na vulva, além de tratamento de imersão em água, como na perturbadora citação de Michel Foucault, referente à descrição do Doutor Pomme, acerca dos prolongados banhos, de 10 a 12 horas diárias, durante vários meses, indicados para que elas se acalmassem.

Havia ainda o controle incidente nas mulheres que violavam a moral e os “bons costumes”, a nomeada moralidade pública. Esse bem jurídico que foi desconstruído pelo Professor Juarez Tavares, face à ausência total de concretude. De onde deriva um debate muito interessante, pois nessa linha o Professor Claus Roxin menciona a dessubstancialização do bem jurídico, e o saudoso Professor Winfried Hassemer anuncia a liquefação dele.

Contudo, segue hodiernamente, a tipificação do ultraje público ao pudor. No Rio de Janeiro, de modo recorrente, o topless, em suas praias, é criminalizado e penalizado, têm mulheres sendo presas pela caracterização do ato obsceno, da violação aos “bons costumes”. Lembro a vocês que esse termo “bons costumes” alude ao Medieval, e instou listado no nosso Código Penal do Brasil até 2009, quando ocorreu uma mudança no título VI, que passou a mencionar o termo dignidade sexual, com fulcro na Lei 12.015/2009.

Todavia, mesmo a alteração legal, manteve o aspecto moralizante, ao atribuir à sexualidade a adjetivação de digna e indigna. Afinal, para o Direito Penal, esse julgamento moral não importa, se o sexo é digno ou não. O que se circunscreve a sua esfera é o fato de afetar ou não a liberdade sexual, pois o que está em jogo é se há ou não coação. Esse é o ponto relevante e só poucos autores trabalham isso.

Na Modernidade, o paradigma científico e higienista foram forjados, e nasceu o positivismo criminológico, com o seu maior representante, Cesare Lombroso. Este, ao estudar o homem criminoso, anunciou preliminarmente, que o negro seria uma espécie de elo que nós teríamos, portanto, um elo perdido, entre o macaco e o homem branco europeu. Portanto, para o autor, o negro seria menos evoluído, em ruptura com o senso moral, como o criminoso.

E no que tange à questão de gênero, através da obra intitulada *La donna delinquente*, Lombroso efetuou o recorte da mulher criminosa, daquela que se constituiria em uma aberração.

Pois, segundo o próprio, toda mulher é dócil e obediente, de maneira que a desviante se consubstanciava enquanto caso excepcionalíssimo. Logo, o autor atestou a inferioridade feminina, informando ser a mulher menos racional do que o homem, trazendo alguns relatos nesse sentido, que por ilação comprovavam seu cérebro diminuto quando comparado ao cérebro masculino.

Tal premissa permitia a assertiva justificada da menor capacidade cognitiva da mulher, sendo aferida por diversos outros médicos, inclusive em estudos realizados na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) à época, por admiradores seguidores de Lombroso no Brasil, como o seu maior expoente nacional, Nina Rodrigues. Este foi esplendidamente desvelado pelo querido Professor Luciano Góes, em obra de sua autoria, *A Tradução de Lombroso na Obra de Nina Rodrigues*, fruto de pesquisa orientada por Vera Regina Pereira de Andrade.

Luciano Góes, nessa obra se debruça sobre os escritos de Nina Rodrigues referentes à perda das qualidades morais na raça negra, ao interpretar Lombroso. Nina Rodrigues retratou como um dos piores criminosos Inácio, um homossexual mulato, cuja noção de degenerescência era latente, e eu o apresento em meus estudos. Nestes remeto também ao tratamento conferido à mulher e, em especial, à mulher negra, por Nina Rodrigues, particularmente, relativo à mulata.

No que diz respeito à mulata, consoante o citado autor, é percebida contendo componentes atávicos, presentes em sua constituição orgânica, de excitação, de libertinagem, com

comportamentos de perversão sexual mórbida. Daí, ser responsável por causar relação de adultério, frente a homens brancos. Pois, trata-se de elemento de degenerescência contido na mulata, cujo termo deriva de mula, a mistura híbrida oriunda do cruzamento de cavalo com burra ou égua com burro.

Faz-se imprescindível denotar sobre a posição da mulher negra, a qual eu trago aqui, embora não seja o meu lugar de fala, mas friso, é o meu lugar de indignação, assistir como ela vai se colocar enquanto categoria mais vulnerabilizada, na medida em que sofrer o entrelaçamento de todas as opressões de raça, de gênero e de classe. Então, desenha-se a interseccionalidade que Kimberlé Crenshaw traça, e que antes dela, Lélia Gonzalez já chamava aqui de imbricações. Por isso, é importantíssimo nos mergulharmos na obra de Lélia Gonzalez, de intelectuais negras e negros. Eu, somente após me graduar, tive contato com Franz Fanon, que é um autor fantástico, magnífico, portanto, o aproveitem.

Destaco que à mulher racializada foram negados os mais básicos direitos. Como os direitos de viver, os direitos de constituir família, os direitos sexuais, os direitos reprodutivos, os direitos de ir e vir. A insigne Angela Davis, nos desmistificou acerca da categoria das negras de reprodução, que serviam aos homens reprodutores. O papel delas deveria sempre ser o de produzir mais “escravos”. E não deveriam amamentá-los, os seus próprios filhos, uma vez que lhes cabia, ainda, como seu papel, tão importante quanto, amamentar os filhos recém-nascidos dos brancos.

Logo, restringiam-se a corpos, dirigidos para reprodução e amamentação. Mas esses corpos também eram objeto de fruição sexual dos homens brancos, para obtenção de prazer, muitas vezes com práticas sádicas. Assim, os corpos pretos das mulheres transmudaram-se em posta de carne, onde se esparramavam e misturavam sangue, gozo e lágrimas. E nele crianças brancas com as suas bocas secas vinham se alimentar das suas tetas.

Essas mulheres negras tinham uma natureza jurídica híbrida. Porque para o Direito Civil eram peças, que poderiam ser vendidas, compradas e açoitadas. Mas perante o Direito Penal, respondiam como autoras de crimes, cabia responsabilidade criminal. Logo, eram pessoas para o Direito Penal, ainda que Nina Rodrigues contestasse isso

As “negrinhas”, como eram chamadas, consistiam em excelente depurativo para os homens com sífilis, então o seu senhorzinho, como narrou Gilberto Freire em sua obra Casa Grande e Senzala, defensor da Teoria da Democracia Racial, que suavizava os horrores da escravidão. O autor chegou a afirmar que a mulher negra na senzala facilitava toda depravação com a sua docilidade, porque ela abria as pernas para o seu Senhor.

Daí, a Luisa Bairos demonstrar o papel que a mulher negra deveria cumprir, como objeto sexual ao deleite do homem branco. Lélia Gonzalez revelou o lugar dessa mulher negra, construído da senzala à favela. Portanto, o lugar da mucama na escravidão, à empregada doméstica após a abolição.

A Françoise Vergès vai trazer o quão agastadas ficaram essas mulheres mesmo depois da abolição da escravatura, por conta da natureza de seus trabalhos braçais, dos trabalhos domésticos. Ela imprime essa crítica. Fiz uma mesa com a Françoise Vergès, pelo consulado francês, é importantíssima essa reflexão dela, e de como essas mulheres, nos trabalhos domésticos, na maioria das vezes, são as provedoras da casa.

Trata-se daquele patriarcado de miséria que a Sueli Carneiro denuncia e que vemos acontecendo. Então, o corpo da mulher negra foi colonizado, como uma mercadoria colocada à disposição, pelo capitalismo neoliberal, não sem razão, nossa diva saudosíssima da música brasileira, a eterna Elza Soares cantou e vaticinou que a carne mais barata do mercado é a carne negra.

Entrementes, para além da ideia da sororidade, da união fraternal entre mulheres, tem-se uma outra mais completa, que é noção de Dororidade, a qual intitula a obra. E eu lhe trouxe o livro Professor Zaffaroni, para presenteá-lo com um pretoguês, da nossa querida amiga e referência, que é Vilma Piedade, porque ela cunhou esse conceito, com muita originalidade, a partir da ideia da sororidade, que aperfeiçoará.

Assim, a autora nos esclarece que a Dororidade é uma dor específica das mulheres negras. Por mais que eu tenha toda a minha empatia pela causa, jamais poderei sentir dororidade. Pois, falta-me a vivência, a experiência de quem sente na pele o racismo, ou mesmo sofre desde a primeira infância, as piadas racistas, que Adilson Moreira nomeia de racismo recreativo,

como também me falta a dor de chorar a morte dos meus filhos negros executados, através dos homicídios que são gestados pela colonização punitiva extraoficial, e os encarceramentos pela colonização punitiva oficial.

Sem embargo, posso acompanhar essa prática homicida do Estado Penal Policial, e os convido a seguir comigo, a descortinar o racismo, que é estrutural em nossa sociedade, como nos ensina o douto Professor Silvio de Almeida, com quem tive a honra de estudar. Ele vai nos mostrar como o racismo se inscreve em todos os planos, no plano econômico, no plano político, no plano jurídico, como está entranhado nas relações sociais, na subjetividade, introjetado nas pessoas.

Lembra-nos o vetusto Professor Nilo Batista de nossas matrizes ibéricas, inquisitoriais e racistas. Logo, temos que, permanentemente, desconstituir aquele que é o sujeito matável. Então, esse é um esforço necessário para que se possa obstar essa Necropolítica que nos denuncia o admirável Professor camaronês Achille Mbembe, em livro que leva este título. Nessa senda, o Professor Zaffaroni, faz décadas, nos ofertou uma pesquisa magnífica, realizada por ele na América Latina, que se cristalizou na obra *Mortes Anunciadas*. Depois, presenteou-nos com nova obra, intitulada *A Palavra dos Mortos*, em que procurou lhes dar voz. Mais adiante, no seu livro *Colonização Punitiva e Totalitarismo Econômico*, talhou de genocídio gotejante, o que temos em nossa Latinidade.

Nessa esteira, os dados mais recentes, que eu trago a vocês, referentes ao sistema penal extraoficial, mostram-nos, por

exemplo, que no Rio de Janeiro, dos mortos, 87% são negros, uma média nacional que nós temos por dia, de cinco negros mortos, conforme pesquisas da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 2021 e apresentada em 2022. Já no que toca ao sistema penal oficial, através do sistema prisional, no Brasil, conforme os dados do Conselho Nacional de Justiça, de 30 de setembro de 2022, 2/3 dos presos são negros, quando a população total possui 56% de negros de acordo com o IBGE.

No que tange às prisões femininas, vêm se redesenhando o maior super encarceramento global de gênero. Antes era o controle pelo patriarcado, agora nós temos também pelo sistema penal, concorrente e crescente, como revelado pelo Instituto Terra Trabalho em 2022. Pois, o Brasil teve um aumento de mais de 600% do sistema carcerário feminino.

A filósofa Djamila Ribeiro adverte que agora, não pega bem se odiar negros e negras, então, se convalida o ódio ao criminoso, e é nessa categoria que se enquadram os negros. Posto que, o tipo penal é um mero pretexto criminalizador, para se subsumir quem interessa ao Poder Punitivo. Isso está lá no Manual de Direito Penal do Professor Raúl Zaffaroni com o Professor Nilo Batista. Lá se insere toda a negritude, tratada como fator criminógeno.

Após o generocídio proferido contra as bruxas, novos se perpetuam contra as mulheres, que se denotam através dos feminicídios. Porém além deles, são alarmantes os dados de violências domésticas, que podem descambar para futuros feminicídios. O Anuário Brasileiro de Segurança publicou em

2022 que, uma em cada quatro mulheres foi vítima de violência em 2021. Mais de 17 milhões de mulheres sofreram algum tipo de violência. E apontou que uma mulher foi vítima de feminicídio a cada sete horas, em 2021, no país. Nessa quadra, eu pergunto a vocês, que Justiça é essa?

Esse é o tema deste magnífico Seminário, organizado pela Professora Lenice Kelner, que intitula minha palestra. Respondo a vocês, a Justiça é cega, ela é cega como a Deusa Themis, da mitologia grega, filha do Céu e da Terra, ou de Urano e Geia, portanto, advém de uma representação europeia. Em contraponto, para as autoras Lívia Sant'anna Vaz e Chiara Ramos, em sua obra *A Justiça é uma Mulher Negra*, esta deveria ser a representação da nossa nação latina, cuja capa traz Oiá. E não por acaso, esta obra supracitada faz par com o livro novo de Luciano Góes, cuja capa traz Xangô, na complementaridade do Casal das Deidades Negras da Justiça, no Panteão africano, para se pensar nessa metafísica e trazê-la para o nosso contexto.

Por que pensamos em deidades gregas e romanas quando nós temos aqui uma construção na nossa matriz? É necessário percebermos a importância do papel de Oiá, do protagonismo que exerce, quando ela não atende a solicitação de Xangô, e descumpre o que ele, seu marido, lhe pede, ao não lhe retornar com a cabaça de plantas curativas. Pois, ao invés disso, o que ela faz? Por ser a Deusa da Justiça, Oiá, com mais sensibilidade e altruísmo distribui o poder de cura para todos os deuses e todas as deusas do Panteão. Logo, ela compartilha à coletividade, pois

entende que o poder de curar deve ser de todos e todas e para todos e todas.

Trata-se da Matripotência nessa representação mítica africana da Deidade Negra da Justiça, que enxerga e muito, pois vê além, não tem os olhos vendados. Afinal, faz e pensa no todo, e isso nos remete às práticas Ubuntu. Isso é imprescindível para o empoderamento das mulheres, a noção da dimensão coletiva e comunitária, no caminhar rumo a um novo pacto, um pacto social inclusivo, ao qual o saudosíssimo Mestre, Alessandro Barata, tanto aludia, na ruptura com as desigualdades de classe, raça e gênero.

Indubitavelmente, esse é o nosso grande desafio, estilhaçar esses grilhões dos controles sociais buscando trazer, acima de tudo, uma reinvenção das mulheres, uma ressignificação de seu espaço e papel, para que elas saiam desse lugar de oprimidas à emancipadas. Para quê de derrotadas e vencidas, tornem-se vitoriosas e vencedoras, para que elas possam então ter o seu protagonismo efetivamente sendo conferido a elas, essas heroínas do nosso panteão.

Que venham as vozes femininas ancestrais negras, dos Quilombos, desde Dandara dos Palmares a Tereza de Benguela, das tribunas, desde Esperança Garcia à Marielle Franco. Que ecoe a voz das mulheres difamadas, silenciadas como a de Dilma Rousseff, a única Presidenta da República do Brasil, que foi injustamente expurgada do mais alto cargo, por crime de responsabilidade que nunca cometeu, e desde a sua derrocada, as

reiteradas violências de gênero persistem, por conta desse patriarcado misógino que nós temos aqui.

Theodor Adorno, na sua palestra, em 1967, alertava-nos com temor sobre a ascensão do neofascismo. Ele nos dizia, e consta em seu livro, que o passado do qual se gostaria de fugir, ainda está muito vivo. Afinal, o fascismo nunca foi totalmente derrotado. Na mesma direção, Karl Marx já adicionava que a história se repete, a primeira vez por tragédia e a segunda como farsa. Nós estamos, reiteradamente, tentando impedir essas repetições. Romper o fascismo, o genocídio, o generocídio, o racismo estrutural, certamente será nosso desafio permanente de vida.

Então, sigamos buscando formatar a nossa ecologia de saberes, que sugeriu Boaventura, em nossa obrigação de enfrentamento e desvelamento desse epistemicídio que aconteceu ao longo da história escravagista constitutiva de nossa identidade pátria. Precisamos nos debruçar sobre o nosso passado e caminhar rumo à reparação da mulher negra, reconhecê-la e valorizá-la.

Não tem outra maneira de nós mudarmos a nossa sociedade se nós não olharmos para nossa matriz africana que é integrativa da nossa brasilidade. É uma matriz tão importante, sem mergulharmos também nos conhecimentos, sejam metafísicos, sejam pedagógicos africanos como das práticas Ubuntu.

Inobstante, estas são sim, um verdadeiro antídoto contra as práticas individualistas, competitivas, neoliberais, sexistas e

racistas. Por derradeiro, espero que possamos rasgar as amarras do controle social numa construção conjunta, que seja feminista, decolonial, antirracista, antipunitivista, de mulheres brancas, de mãos dadas com mulheres negras, compartilhando e doando, cedendo seus espaços. Para que possamos semear uma verdadeira Emancipação da Mulher. Obrigada.

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS NO ÂMBITO PENAL: GÊNESE E REGULAMENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth¹

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Bolsista de Produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) - Nível 2. Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS) - Edital nº 05/2019 e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - Edital nº 16/2020. Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo CNPq. E-mail: madwermuth@gmail.com

1 Considerações iniciais

O estudo do percurso de desenvolvimento e consolidação do que se chama hoje de “monitoramento eletrônico” ou “monitoração eletrônica” no âmbito do sistema penal, permite perceber a sua estreita interligação com o estágio de penetração e acomodação dos avanços tecnológicos e das ideias que orientam a perspectiva das sociedades acerca das funções da pena.

Esse atravessamento pode ser observado no desenrolar do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos, local onde se deu seu surgimento. Embora as discussões a respeito do tema apenas tenham despontado no Brasil no ano de 2001, momento em que projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional visando à sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, as primeiras discussões a respeito de um dispositivo que pudesse registrar a localização de pessoas envolvidas com o sistema de justiça criminal datam da década de 1960.

Neste capítulo, serão apresentadas as experiências com monitoração eletrônica de sujeitos no âmbito penal, abordando a expansão do instituto na contemporaneidade e sua regulamentação legal do tema no território brasileiro. Também serão apresentados dados estatísticos a respeito da implementação da monitoração eletrônica de pessoas no país, assim como o Modelo de gestão do monitoramento eletrônico no Brasil e a Resolução nº 412/2021, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece diretrizes e procedimentos para que o

Judiciário aplique e acompanhe a monitoração eletrônica de pessoas presas.

2 A monitoração eletrônica de pessoas no âmbito penal na contemporaneidade

Os sistemas de monitoramento eletrônico atuais costumam ser classificados como sistema passivo, ativo e de localização global, ou, ainda, como sistemas tecnológicos de primeira, segunda e terceira geração – classificação que é aqui adotada, na medida em que contempla os possíveis desenvolvimentos futuros dos sistemas de monitoramento eletrônico. A primeira geração abrange os sistemas passivo e ativo, a segunda, o sistema de localização global, que funciona por meio do Sistema de Posicionamento Global, ou GPS (em inglês, *Global Positioning System*), enquanto a terceira representa possibilidades que extrapolam o simples conhecimento da localização física do sujeito monitorado (CORRÊA JUNIOR, 2012; ISIDRO, 2017).

O sistema passivo, também denominado de sistema de contato programado, funciona de maneira relativamente simples, sem envolver grande complexidade tecnológica e operacional, razão pela qual também pode ser menos custoso, e, além disso, sem implicar a utilização, pela pessoa monitorada, de qualquer dispositivo que deva permanecer colado ao corpo. Isso porque, nesse sistema, o controle se dá por meio de ligações telefônicas, em horários aleatórios ou previamente estabelecidos, a fim de verificar se a pessoa se encontra no local determinado. A

averiguação da identidade do monitorado pode ocorrer por meio de senha, impressão digital, *scanner* de retina, reconhecimento de voz etc. Apresenta o inconveniente de que estará constantemente causando irrupções na vida do indivíduo monitorado e das pessoas do seu convívio – com ligações a qualquer momento do dia e da noite, por exemplo, em caso de prisão domiciliar (ISIDRO, 2017).

O sistema ativo, por sua vez, passa a propiciar o monitoramento contínuo, na medida em que a pessoa acopla ao seu corpo o dispositivo que irá permitir a detecção de sua localização. Também denominada de monitoração por radiofrequência, seu funcionamento ocorre da seguinte forma: o equipamento que o sujeito monitorado porta emite sinais de forma ininterrupta, os quais são captados por um receptor, que, por sua vez, transmite as informações a uma central. No caso de o indivíduo distanciar-se do receptor mais do que o permitido, ou tentar violar o equipamento, um alerta é emitido. Por meio desse sistema, também é possível estabelecer proibições de frequência a determinados lugares ou aproximação de certas pessoas, por meio da utilização de um receptor que emitirá alertas em caso de aproximação da pessoa monitorada (ISIDRO, 2017; SOUZA, 2014).

A segunda geração tecnológica no âmbito da monitoração eletrônica é a que se vale, conforme mencionado, do Sistema de Posicionamento Global - GPS, sendo esse o sistema dominante no Brasil. Seu funcionamento ocorre por meio da conexão de três componentes: um dispositivo móvel (que deve

ser portado pela pessoa monitorada e consiste, em geral, em um bracelete ou tornozeleira), satélites e uma rede de estações terrestres. A monitoração eletrônica realizada por GPS também pode ser exercida por meio de um sistema ou controle ativo ou passivo. No primeiro caso, é possível determinar a exata localização da pessoa, em tempo real, ao passo que, no segundo, os dados são registrados e enviados à central de monitoramento uma vez ao dia ou após algumas horas da colheita da informação pelos satélites. Além do mais, também é possível a utilização de um modelo misto, que funciona regularmente no modo do sistema passivo, porém, caso seja detectado o descumprimento das condições impostas, passa a funcionar ativamente, registrando a localização em tempo real. O sistema de GPS, mais complexo tecnologicamente, é o mais dispendioso aos cofres públicos.

Um dos aspectos vistos como vantajosos nesse sistema é o fato de permitir múltiplas possibilidades e formatos de execução de pena com significativa acurácia – desde que não haja limitações de sinal – , podendo ser utilizado para fiscalizar a permanência em determinado local, para fixar áreas de inclusão e exclusão¹, ou seja, locais onde a pessoa monitorada pode e onde não pode adentrar, determinar os horários de circulação permitidos, a proibição de aproximação de determinadas pessoas,

¹ Conforme define a Resolução n. 5, de 10 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, “áreas de inclusão e exclusão são os perímetros no sistema de monitoramento que envolvem o local sob o qual será determinada restrição de locomoção em determinado horário de acordo com metragem estabelecida em decisão judicial” (artigo 7º, parágrafo único) (BRASIL, 2017).

registrar os caminhos percorridos, e, até mesmo, ser utilizada como simples medida de vigilância, sem restrições específicas de movimentos (BLACK; SMITH, 2003; ISIDRO, 2017). A extensão da utilização da monitoração eletrônica e sob quais bases principiológicas deve ser aplicada dependem, portanto, do tipo de orientação político-criminal adotada, que pode ser mais ou menos punitiva e contribuir, em maior ou menor grau, para o espraiamento do poder punitivo para âmbitos cada vez maiores da vida humana.

Se, no sistema passivo, o inconveniente é a excessiva interferência em razão das ligações telefônicas, tanto o sistema de radiofrequência quanto o de GPS passam a representar a possibilidade intensificada de estigmatização da pessoa monitorada, que deverá portar em seu corpo o sinal de sua ligação com o sistema de justiça criminal, em uma espécie de atualização tecnológica da famosa “letra escarlate” (HAWTHORNE, 2011)².

A “tornozeleira eletrônica”, ou “tornozeleira”, como é chamada no Brasil, acoplada ao corpo, *marca-o*, de modo que a própria penalidade representada pelo dispositivo é *incorporada*, falando ao mundo sobre o virtual perigo representado por esse sujeito. Enquanto a tornozeleira torna a pessoa monitorada o sujeito ativo da gestão da sua pena, fazendo eco à racionalidade

² Sobre o tema, consultar notícia recentemente publicada em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/04/07/homem-com-tornozeleira-eletronica-e-detido-na-avenida-nazare-belem.ghtml?fbclid=IwAR15Z4MknlO6u8KkOK0nKzSODX1OaUMBr0ejl4XjXCbt_LkCBwwPcisncFU

neoliberal de responsabilização individual como dever moral, em detrimento da crítica estrutural e da proteção social (BROWN, 2018), paralelamente a insere no sistema de controle eletrônico como parte dele: ao mesmo tempo em que “subjetivado como agente prisional de si mesmo”, o sujeito torna-se “elemento componente da máquina penal” (CAMPELLO, 2019, p. 36).

Por fim, os sistemas tecnológicos de terceira geração, em parte ainda em estágio experimental, são aqueles que sinalizam possíveis caminhos futuros ou tendências das tecnologias a serem empregadas no monitoramento eletrônico, que fazem uso cada vez mais intenso das possibilidades tecnológicas atuais. Conforme explica Ricardo Urquiza Campello (2019), trata-se da utilização de outros mecanismos acoplados aos transmissores GPS, capazes de captar, por exemplo, dados fisiológicos das pessoas: medição de frequência cardíaca, respiratória, verificação do nível de álcool no sangue etc. Os Estados Unidos e a Inglaterra são, segundo o autor, exemplos de países que “realizam pesquisas empíricas para implantar microchips na camada subcutânea do organismo de condenados” (CAMPELLO, 2019, p. 84). Um mecanismo que já é realidade é a possibilidade de monitorar consumo de álcool por meio de uma espécie de bracelete que afeere o índice da substância no organismo por meio da transpiração (HOWARD, 2020).

O horizonte mais drástico desses sistemas refere-se à viabilidade de realizar intervenções corporais diretas na pessoa, por exemplo, “por meio descargas elétricas programadas, que repercutem diretamente no sistema nervoso central ou por meio

da abertura de uma cápsula que injeta um tranquilizante ou outra substância” (IGLESIAS RÍO; PÉREZ PARENTE, 2006, p. 1091, tradução nossa)³. O que está em questão aqui, portanto, não é apenas uma forma de o Estado averiguar o regular cumprimento de limites impostos em uma decisão judicial, tais como locais onde o indivíduo pode circular, onde não pode e em quais horários. Trata-se, isto sim, de um nível de intervenção diretamente na esfera pessoal do sujeito, que ultrapassa barreiras como a da proteção da intimidade e mínima intervenção do Direito Penal, e que, portanto, deve ser discutido não apenas em relação aos limites do poder punitivo e sua conformidade aos princípios constitucionais e aos direitos humanos, como também acerca da suposta neutralidade das tecnologias e em que contexto de discursos e práticas são empregadas.

Essa discussão pode ser inserida também naquela mais ampla acerca da neutralidade da Ciência-Tecnologia, problematizada pelos estudos sobre ciência, tecnologia e sociedade, desde pelo menos a década de 1960 no contexto Hemisfério Norte e que foi qualificada, considerando as especificidades e condição periférica dos países da América Latina, com os estudos do chamado “Pensamento Latino-Americano em Ciência, Tecnologia e Sociedade (PLACTS) (DAGNINO; DIAS; NOVAES, 2007; ROSA; AULER, 2016). Dada a persistência da concepção da neutralidade da Ciência-

³ No original: “por medio de descargas eléctricas programadas, que repercuten directamente en el sistema nervioso central o por medio de la apertura de una cápsula que le inyecta un tranquilizante u otra sustancia”.

Tecnologia em muitos âmbitos – não obstante sua problematização e superação na reflexão epistemológica e sociológica contemporânea –, de modo que resta encoberta a incorporação de determinados valores, representantes de interesses específicos, no desenvolvimento de tecnologias e artefatos, torna-se necessário também incluir esse olhar ao tema do monitoramento eletrônico.

Com isso, o questionamento não é sobre o bom ou mau uso das tecnologias, ou seja, do momento de aplicação, mas sim a respeito de dimensões mais amplas, relativas à sua produção, aos âmbitos decisórios, às teorias nas quais se baseiam, às decisões políticas que as movimentam etc. A incursão nessas discussões específicas foge ao escopo da presente pesquisa e, ademais, pertencem a campo próprio de estudos onde são realizadas de forma aprofundada, de modo que a menção não tem outro fim senão sublinhar que essa perspectiva também deve ser considerada – e, por conseguinte, a importância da conjunção de estudos a fim de estabelecer um olhar interdisciplinar sobre a questão.

A terminologia e definição do que até aqui vem-se denominando monitoramento eletrônico ou monitoração eletrônica diferencia-se de acordo com os diversos entendimentos acerca da sua abrangência e natureza jurídica. Para Pierpaolo Cruz Bottini (2008, p. 389), o monitoramento eletrônico é uma

forma de vigilância [que] impõe que seja atrelado ao corpo de um cidadão mecanismo que permite a identificação de sua localização, seus movimentos

e trajetos, bem como a hora em que os mesmos (*sic*) são realizados, e envia esta informação às autoridades públicas competentes para o monitoramento.

Bottini (2008) destacava, ainda antes da entrada em vigor das leis que incluíram o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a sua natureza penal e de restrição da autonomia individual, uma vez que afetaria os direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Esse entendimento vai ao encontro do que expressa Faustino Gudín Rodríguez-Magariños (2005), que opta pela denominação “*cárcel electrónica*” pois entende pertinente que se continue a utilizar a expressão “prisão” ou “cárcere”, já que, segundo ele, seria uma ilusão pensar que a vigilância eletrônica é uma “entidade heterogênea” da prisão cercada por muros.

As definições, diretrizes e metodologias adotadas em uma política de monitoramento eletrônico poderão orientar-se, portanto, de diversas formas, como, por exemplo: promoção do desencarceramento, proteção e segurança de algumas pessoas (exemplificativamente, a utilização do dispositivo em caso de violência doméstica), ao exercício de um controle penal mais rigoroso etc. Conforme explica Bottini (2008), há quem defenda o monitoramento àqueles que não foram condenados à pena privativa de liberdade, mas cumprem, por exemplo, pena restritiva de direitos, estão em liberdade condicional, suspensão condicional da pena ou em regime semiaberto e aberto. A questão é, portanto, de decisão político criminal no sentido de qual caminho deve seguir uma política de monitoração eletrônica.

3 A monitoração eletrônica de pessoas no ordenamento jurídico-penal brasileiro

No Brasil, as discussões a respeito do tema do monitoramento eletrônico começaram a surgir, conforme mencionado anteriormente, no ano de 2001, quando projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, com as justificativas de que a adoção da monitoração eletrônica poderia resultar em uma solução ao problema da superpopulação carcerária (a qual, naquele momento, tornava-se gritante em razão da ocorrência de diversas rebeliões) e que, além disso, promoveria a reintegração dos condenados. Os projetos, no entanto, não tiveram andamento, e apenas no ano de 2007 o tema voltou a emergir, com a apresentação de novas propostas legislativas⁴. As justificativas, além das já mencionadas, também se centraram na redução de custos, eis que a monitoração eletrônica teria um custo significativamente menor que a prisão (ISIDRO, 2017; SOUZA, 2014).

A partir de então, e com a existência já de uma experiência prática de uso de tornozeleira eletrônica – a primeira

⁴ No ano de 2001, foram apresentados na Câmara dos Deputados os Projetos de lei números 4.342/01 e 4.834/01, tendo sido esse posteriormente apensado ao PL 4.342. Já no ano de 2007, foram apresentados na Câmara dos Deputados os Projetos de lei números 337, 510 (posteriormente apensado ao PL 337), 641 e 1.440. No mesmo ano, no Senado Federal, foram apresentados os Projetos de lei números 165 (na Câmara, PL 1.295/2007) e 175 (na Câmara, PL 1.288/2007). A Lei n. 12.258/2010 é resultado do Projeto de Lei substitutivo n. 1.288/2007, que condensou os Projetos de lei números 337/2007, 510/2007, 641/07, 1.440/2007 e 1.295/2007.

do Brasil – na comarca de Guarabira, na Paraíba (ISIDRO, 2017), foram promovidos intensos debates sobre a matéria, que culminaram na edição da Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010 (BRASIL, 2010a), que alterou dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984). Após a sanção da Presidência da República, duas hipóteses de aplicação da monitoração eletrônica foram aprovadas: a) saída temporária ao preso que estiver cumprindo pena em regime semiaberto (art. 146-B, inciso II); e b) em caso de prisão domiciliar (art. 146-B, IV) (BRASIL, 2010a).

Foram vetados os seguintes dispositivos que previam a aplicação de monitoração eletrônica: a) quando aplicada pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto ou concedida progressão para tais regimes; b) quando aplicada pena restritiva de direitos que estabelecesse limitação de horários ou de frequência a determinados lugares; c) quando concedido o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena (BRASIL, 2010b). Nas razões do veto, lê-se que:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso (BRASIL, 2010b).

Nota-se que, embora as justificativas apresentadas aos projetos de lei se orientassem em busca de alternativas à prisão – e não apenas ao aumento do controle penal – tanto os dispositivos vetados quanto aqueles que foram positivados, autorizando a monitoração, privilegiam a utilização da monitoração em casos em que o preso já iria, antes do advento da lei, sair em liberdade. Isto é, não há um aumento das possibilidades de liberação de presos e conseqüente diminuição da população carcerária. Sobre o tema, Bernardo de Azevedo e Souza (2014) observa que, na verdade, a utilização do monitoramento eletrônico passou a constituir, no âmbito da execução penal, uma expansão do controle, por meio da vigilância, na medida em que as hipóteses atingirão somente aqueles que já se encontravam fora do sistema prisional.

Produzia-se, dessa forma, não apenas a ruptura com o objetivo da diminuição da população carcerária, justificativa principal quando das propostas legislativas – aliás, ruptura essa produzida no próprio teor dessas propostas – como também um conseqüente e lógico aumento dos custos aos cofres públicos. Além disso, a medida assim prevista somava-se aos mais variados substitutivos penais implementados no Brasil ao longo do tempo – desde penas pecuniárias, suspensão condicional da pena, livramento condicional, até as medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais – os quais contribuíram para o efeito de “alargamento da dimensão do tecido penal que, de uma forma ou de outra, também acabou sendo viabilizada por estes mecanismos” (AMARAL, 2010). Operava-se, assim, o “delírio infrutífero”, nas palavras de Augusto Jobim

do Amaral (2010, p. 83), consistente no fato de se menosprezar a dinâmica sempre expansiva do poder punitivo, acreditando que lançar um dispositivo nessas engrenagens, “ainda que dotado das melhores intenções” não iria fazer com que se incorporasse ao sistema e às suas propriedades estruturais.

Com o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011 (BRASIL, 2011b), foi incluída mais uma possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro: trata-se de sua previsão como medida cautelar diversa da prisão, no artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal. É de se destacar, com Aury Lopes Jr. (2012, p. 852, grifo do autor), que a maior inovação trazida pela mencionada lei foi a “criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de *medidas cautelares diversas da prisão*, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente”.

Com efeito, apesar da sua aparente natureza mais branda, isso não significa que a utilização de tais medidas possa se dar com a observância de menos requisitos. Pelo contrário: apesar disso, sua decretação exige a presença dos fundamentos da prisão preventiva, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ocorre apenas que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, outra medida cautelar que não a prisão possa resultar suficiente para tutelar a situação concreta (LOPES JR., 2012).

Para além das previsões legais, é de se observar que, a partir do ano de 2016, ampliou-se a possibilidade de utilização do

instituto, com a edição da Súmula Vinculante n. 56 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016b), que estabelece que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. O Recurso Extraordinário (RE) mencionado trata de situação, originada no Estado do Rio Grande do Sul, na qual os juízos de execução especialmente da Comarca de Porto Alegre, ante a total falta de vagas nos estabelecimentos de custódia, passaram a conceder prisão domiciliar com uso da tornozeleira eletrônica a pessoas que progrediam do regime fechado para o semiaberto ou iniciavam o cumprimento da pena nesse regime. Tendo em vista que alguns órgãos do Ministério Público agravavam as decisões, e alguns eram providos ou não, foi interposto o Recurso Extraordinário n. 641.320/RS (GONÇALVES, 2018). A decisão do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixou a tese, em relação a essa questão específica, de que:

c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado (BRASIL, 2016a).

Com isso, os parâmetros para os casos de falta de vagas implicam não a colocação imediata da pessoa para a qual não há vaga em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, mas, sim, a progressão àqueles que já estão mais próximos de atingir o tempo necessário para tanto, com aplicação do monitoramento eletrônico. Compreende-se, porém, que a utilização do instituto apenas é adequada no regime semiaberto e não no regime aberto, tendo em vista que esse é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade da pessoa, conforme dispõe o artigo 36, do Código Penal (BRASIL, 1940), e o monitoramento eletrônico não é medida que se orienta com base nesses ditames, eis que possibilita um controle que pode ser exercido sob a forma de vigilância ininterrupta – especialmente porque o Brasil adota predominantemente o sistema de GPS nas tornozeleiras eletrônicas. Essa análise não passou despercebida no voto do RE em apelo, que também tratou sobre a situação de ausência de vagas no regime aberto sinalizando a pertinência da aplicação substitutiva de penas restritivas de direito e/ou estudo.

O Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011a), regulamenta a monitoração eletrônica, definindo, em seu artigo 2º, que “considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização”. Estabelece, também, em relação à pessoa monitorada e à observância dos seus direitos, que ela deve ser informada acerca das condições da medida, por meio de documento “no qual constem, de forma clara e expressa, seus

direitos e os deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração” (artigo 3º), além de que deve ser respeitada a “integridade física moral e social” (artigo 5º) e ser observado o sigilo dos dados pessoais. Ademais, o Decreto prevê que cabem aos órgãos de gestão penitenciária a responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica, elencando suas demais atribuições (artigo 4º).

Na prática, essa gestão é feita por serviços públicos denominados Centrais de Monitoração Eletrônica, as quais são vinculadas à Secretaria responsável pela administração penitenciária ou órgão congênere, no âmbito do Poder Executivo estadual, conforme dispõe o artigo 10 da Resolução n. 5/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) (BRASIL, 2017). As atribuições do órgão de gestão, conforme define o Decreto nos incisos do artigo 4º, abrangem o acompanhamento e cumprimento da medida conforme a decisão judicial, encaminhamento de relatórios periódicos, bem como comunicação ao juízo quando da ocorrência de fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições e, além disso, a manutenção de equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio à pessoa monitorada, orientando-as e auxiliando-as na sua “reintegração social” (BRASIL, 2011a).

O modelo de monitoração eletrônica adotado no Brasil é, predominantemente, aquele de segunda geração tecnológica, ou seja, que funciona por meio de GPS, embora seja possível observar o uso de monitoração por radiofrequência em alguns

locais sem sinal de GPS e de celular. O equipamento utilizado é uma tornozeleira eletrônica que “emite sinais de forma contínua e envia dados de geolocalização pessoal à Central, permitindo-se atestar a presença da pessoa monitorada no território designado” (BRASIL, 2020b, p. 37). Sua alimentação se dá por uma bateria recarregável, e sinais sonoros ou luminosos são emitidos em caso de baixa bateria ou mau funcionamento do aparelho, que também possui sensores que detectam eventuais danos ou tentativas de violação.

Nas Centrais de Monitoração, as pessoas monitoradas são acompanhadas via computadores e televisores que indicam suas posições, sendo que a ocorrência de quaisquer *incidentes*⁵ é informada pelo sistema (BRASIL, 2020b; CAMPELLO, 2019). Salienta-se que a contratação da empresa fornecedora do serviço de monitoração eletrônica é realizada por cada Estado da

⁵ Incidente é “qualquer situação que interfira no cumprimento regular da medida de monitoração eletrônica”, o qual ensejará um tratamento por parte da Central de Monitoração Eletrônica. Os incidentes “podem ocorrer por causa de um ou mais fatores cumulativamente, incluindo falhas humanas diversas, mas também fatores de interferência secundários, como: falhas ou defeitos no equipamento de monitoração; cobertura reduzida ou instabilidade nos sinais de telefonia celular; interferências variadas nos mecanismos do sistema de posicionamento global (GPS); elementos relacionados à geografia, ao tipo de cobertura vegetal, à arquitetura das construções, às variações climáticas, etc.”. Assim, ocorrendo um incidente, a Central deverá tratá-lo, visando a manutenção da medida ou seu ajustamento, o que pode ensejar, inclusive, comunicação ao Juiz, quando não for solucionado, com a retomada do regular cumprimento da medida, no âmbito da Central (BRASIL, 2020b, p. 176).

federação, de modo que as características dos aparelhos e dos sistemas podem variar de um lugar para outro.

Embora o Decreto n. 7.627/2011 tenha sido editado no intuito de regulamentar a monitoração eletrônica, a regulamentação estabelecida foi parcial, de sorte que a disciplina legal restou fragmentária e lacunosa, sem o estabelecimento de protocolos e diretrizes, tanto para o Poder Judiciário, quanto para as Centrais de Monitoração Eletrônica, para uniformizar a aplicação e garantir segurança jurídica a todos os atores da política. Diante disso, diversos documentos foram sendo produzidos visando estabelecer melhores parâmetros para que se pudesse consolidar uma verdadeira política penal de monitoramento eletrônico. No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 213 (CNJ, 2015), sobre o tema das audiências de custódia, que também definiu as diretrizes pelas quais deveriam se reger os magistrados ao aplicarem a medida cautelar de monitoração eletrônica, quais sejam: efetiva alternativa à prisão provisória, necessidade e adequação, provisoriedade, menor dano e normalidade.

A Resolução estabeleceu os procedimentos a serem adotados nas Centrais de Monitoração Eletrônica, os quais referem-se especialmente à proteção dos dados, à manutenção da medida de monitoração e à atenção a eventuais carências das pessoas monitoradas. Assim, a atuação das Centrais deve assegurar o acolhimento e acompanhamento por equipes multidisciplinares, que devem realizar interação individualizada com as pessoas e, identificando demandas, encaminhá-las, de

forma voluntária, a serviços de assistência social, de saúde etc. Para tanto, as Centrais devem estar integradas em redes amplas de atendimento, que possam responder a demandas de habitação, trabalho, assistência judiciária, vestuário, transporte, dentre outras. Havendo incidentes (por exemplo, extrapolar as áreas de inclusão, deixar descarregar a bateria da tornozadeira etc.), deve-se prezar pela manutenção da medida em liberdade, de modo a evitar que haja a substituição, pela autoridade judicial, por medida mais gravosa, como a prisão. Nesses casos, as primeiras ações a serem adotadas são o atendimento por equipe psicossocial, priorizando a busca de diálogo e conscientização. As Centrais também devem adotar padrões adequados de segurança, sigilo, proteção e uso dos dados das pessoas em monitoração (CNJ, 2015).

4 O modelo de gestão para monitoração eletrônica de pessoas no Brasil

No ano de 2017 foi editado, no Brasil, o “Modelo de gestão para monitoração eletrônica de pessoas”⁶, que tratou extensivamente de vários aspectos buscando a consecução de uma política nacional de monitoração eletrônica de pessoas, tais como princípios orientadores, diretrizes quanto ao uso da

⁶ Produzido no âmbito da mesma parceria entre o Depen e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD Brasil), no âmbito do Projeto BRA/14/011 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, e atualizado no âmbito do Projeto BRA/18/019 - Fortalecimento do Monitoramento e da Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo, entre CNJ e PNUD Brasil, implementado em parceria com o DEPEN (BRASIL, 2020b).

tecnologia e da proteção dos dados das pessoas envolvidas, metodologias de acompanhamento, protocolos para tratamento de incidentes etc. (BRASIL, 2020b). O Modelo definiu a monitoração eletrônica como

os mecanismos de restrição da liberdade e de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito da política penal, executados por meios técnicos que permitem indicar a localização das pessoas monitoradas para controle e vigilância indireta, orientados para o desencarceramento (BRASIL, 2020b, p. 15).

Elementos importantes constam dessa definição, tais como o exposto reconhecimento de que se trata de mecanismo que restringe a liberdade, a orientação para o desencarceramento e, ainda, sua caracterização enquanto “política penal”. Trata-se de uma orientação alinhada aos demais estudos que foram desenvolvidos no âmbito do Projeto BRA/14/011 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, dentro do qual o Modelo de gestão para a monitoração eletrônica foi produzido, tais como o Modelo de gestão prisional e o Modelo de gestão para as alternativas penais, estabelecendo, com isso, similitudes e diferenciações que podem contribuir no melhor entendimento e aplicação do instituto.

Assim, o Modelo de gestão para a política de monitoração eletrônica informa que essa não é uma alternativa penal, na medida em que “não promove a auto responsabilização da pessoa monitorada, tampouco visa a restauração das relações e promoção da cultura da paz” (BRASIL, 2020b), postulados que são centrais para as alternativas penais, cuja responsabilização

buscada é pautada na dignidade, autonomia e liberdade (BRASIL, 2020a). A monitoração eletrônica é entendida, portanto, como medida excepcional, devendo ser privilegiadas as alternativas penais. Assim, no âmbito das medidas cautelares, sua aplicação deve ocorrer apenas quando não couber outra menos gravosa, “como alternativa ao cárcere e não como alternativa à liberdade, enquanto instrumento para conter o encarceramento e reduzir o alto número de presos provisórios”. O Modelo, inclusive, desestimula a utilização durante a fase de execução penal, visto que pode atuar – como de fato os dados têm demonstrado, como se verá no item 2.6 – como um mecanismo a mais de controle (BRASIL, 2020b, p. 16).

Por outro lado, entendida como política penal, a política de monitoração eletrônica diferencia-se de uma política de segurança pública, que possui diferentes sujeitos e objetos – embora assim seja encarada por muitos operadores (BRASIL, 2020b). Significa dizer que o sujeito central da política de monitoração eletrônica é a própria pessoa monitorada, daí que a atenção recai sobre ela, sendo necessário desenvolver “princípios voltados para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas monitoradas, bem como o desenvolvimento de práticas e fluxos de rotinas no campo da monitoração” (BRASIL, 2020b, p. 95).

Nesse sentido, o Modelo de gestão estabelece os princípios orientadores da política, que são em muitos sentidos similares àqueles das alternativas penais, justamente porque, embora não sendo uma alternativa penal, deve-se desenvolver um

sentido de proteção da pessoa humana e diminuição da violência do sistema. Os princípios possuem os seguintes vieses:

a) intervenção penal mínima e desencarceradora (subsidiariedade e intervenção mínima, legalidade, presunção de inocência, necessidade, adequação social, provisoriedade, proporcionalidade, responsabilidade baseada no fato e não no autor etc.);

b) promoção dos direitos humanos e justiça social (dignidade e liberdade, menor dano, comedimento nas medidas restritivas para preservar a normalidade da vida da pessoa monitorada, direito de escolha em relação aos encaminhamentos e serviços oferecidos, reconhecimento e respeito às diferenças etc.);

c) proteção de dados pessoais (considerar a natureza sensível de todos os dados da pessoa monitorada, bem como de seus familiares, vizinhos, dentre outros, privacidade, transparência, mínimo informacional, ou seja, coletar apenas as informações essenciais, confidencialidade etc.); e,

d) ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para desencarceramento (interinstitucionalidade, interdisciplinaridade, participação social, profissionalização dos serviços etc.) (BRASIL, 2020b).

É oportuno assinalar que, também no ano de 2017, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) editou a Resolução n. 5, de 10 de novembro (BRASIL, 2017), que disciplinou diversos aspectos relativos à monitoração. Dentre

eles, cumpre destacar a possibilidade de a pessoa monitorada requisitar à própria Central a alteração de áreas, locais e horários de acesso, trânsito ou permanência, desde que não conflitantes com as disposições da decisão judicial que determinou a medida – caso o sejam, a própria Central deve comunicar o juízo a fim de que decida sobre a solicitação (artigo 8º). Havendo necessidade de informar a autoridade judicial acerca de eventual descumprimento da medida, a Resolução indica que, sempre que possível ou adequado, a pessoa deve ser ouvida em audiência de justificação (artigo 9º).

Em relação às Centrais de Monitoração Eletrônica, a Resolução n. 5 do CNPCP estabelece, de forma mais detalhada, para além daqueles deveres já referidos pelo Decreto n. 7.627/2011, que devem também, por exemplo: garantir a prioridade de cumprimento, manutenção e restauração da medida, mesmo em casos de incidentes; não devem impor encaminhamentos ou outras medidas não especificadas na decisão judicial que determinou a monitoração; abster-se de acionar diretamente órgãos policiais, salvo nos casos de violação de área de exclusão em medida protetiva de urgência em que o não acionamento pode implicar risco de violência contra a mulher, bem como abster-se de compartilhar informações sobre as pessoas monitoradas (artigo 13) (BRASIL, 2017).

A Resolução também aponta que a monitoração só deve ser aplicada como medida cautelar diversa da prisão nos casos de acusação por “crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos ou condenadas por

outro crime doloso, em sentença transitada em julgado”, ou, “para garantir o cumprimento de medidas protetivas de urgência em crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência” (incisos I e II do artigo 17). Por outro lado, a monitoração não deve ser aplicada quando a eventual superveniência de decisão condenatória não ensejar aplicação de pena privativa de liberdade e quando as condições ou circunstâncias da pessoa monitorada demonstrem ser uma medida inadequada (artigo 18) – pense-se, por exemplo, nos casos de pessoas que não possuem fornecimento ininterrupto de energia elétrica, pessoa em situação de rua, que reside em local cujas condições inviabilizem o regular funcionamento do equipamento etc (BRASIL, 2017).

Referida Resolução também veda a aplicação da monitoração eletrônica, na fase de execução penal, nos seguintes casos, previstos no artigo 21: cumprimento de livramento condicional, salvo na hipótese de antecipação do direito e pelo tempo necessário até atingir o requisito objetivo (inciso I); cumprimento de suspensão condicional da pena ou transação penal (inciso II); exercício de trabalho externo, salvo se a pessoa estiver no regime fechado e sem escolta pela polícia (inciso III); e, em hipóteses não previstas em lei, que impliquem o agravamento da pena imposta (inciso IV) (BRASIL, 2017).

Tais previsões constituem um passo importante na tentativa de impedir a deturpação da política de monitoração eletrônica que, conforme apontaram os diagnósticos que serão analisados no tópico 2.6, tende a desembocar em uma expansão

do controle penal, na contramão da necessidade de limitar aquele poder punitivo.

5 A Resolução nº 412/2021 do Conselho Nacional de Justiça

Complementando a série de movimentos realizados pelos órgãos ligados à gestão prisional e ao Poder Judiciário no sentido de estabelecer melhores delineamentos à política de monitoração eletrônica no Brasil, o CNJ editou a Resolução n. 412, de 23 de agosto de 2021 (CNJ, 2021b), definindo diretrizes para a aplicação e acompanhamento da medida. A Resolução sistematizou, no artigo 3º, as hipóteses de aplicação do monitoramento eletrônico, quais sejam: medida cautelar diversa da prisão (recomendando o prazo de 90 dias para reavaliação da necessidade de manutenção); saída temporária no regime semiaberto (com decisão que indique a necessidade e adequação ao caso concreto); saída antecipada do estabelecimento penal, cumulada ou não com prisão domiciliar; prisão domiciliar de caráter cautelar; prisão domiciliar substitutiva do regime fechado, excepcionalmente, e do regime semiaberto; e, medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e familiar.

A Resolução marca, em seu artigo 3º, §1º, preocupação com a utilização da medida de monitoração eletrônica como *ultima ratio*, na medida em que preconiza que, “sempre que as circunstâncias do caso permitirem, deverá ser priorizada a aplicação de medida menos gravosa do que a monitoração eletrônica”. Estabelece o §4º do mesmo artigo que não devem ser submetidas à medida de monitoramento eletrônico as pessoas

menores de 18 (dezoito) anos e aquelas com até 21 (vinte e um) anos submetidas à legislação especializada em infância e juventude. Nessa mesma lógica, ou seja, da intervenção mínima, o artigo 5º recomenda que o monitoramento eletrônico apenas seja aplicado durante a saída temporária quando se evidenciar a necessidade e adequação ao caso concreto, o que deverá estar explicitado na decisão judicial. Caso não tenha ocorrido descumprimento anterior, a determinação da utilização de tornozeleira eletrônica deve ser reavaliada. A Resolução também alude, no §3º do artigo 3º, à situação que já se constitui uma prática em diversos Estados brasileiros, qual seja: aplicação de monitoramento eletrônico como forma de controle de vagas em estabelecimento prisional superlotado (o que vem sendo chamado de “regime semiaberto harmonizado/humanizado).

O artigo 4º, por sua vez, estabelece importante diretriz no sentido de fixação de prazo razoável para reavaliação da medida quando aplicada como medida cautelar diversa da prisão, recomendando o prazo máximo de 90 (noventa) dias. Busca evitar, com isso, que a monitoração eletrônica incida na mesma problemática, já evidenciada por inúmeros relatórios produzidos no país, quanto à duração exacerbada das medidas cautelares diversas da prisão. Da mesma forma, na fase de execução penal, recomenda a reavaliação da medida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme prevê o parágrafo único do artigo 6º. Esse mesmo artigo também incorpora importante disposição, preconizando que o período durante o qual a pessoa estiver submetida à monitoração eletrônica nos casos de saída antecipada ou em substituição à privação de liberdade em estabelecimento

penal, com regular cumprimento das condições impostas, será considerado como tempo de cumprimento de pena, o que se traduz como medida adequada à leitura convencional e constitucional do processo penal.

O artigo 7º dedica-se a estabelecer disposição a respeito do uso do monitoramento eletrônico nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dispõe, por exemplo, a respeito da possibilidade de a pessoa em situação de violência portar a Unidade Portátil de Rastreamento (UPR), consistente em equipamento adicional a integrar os serviços de monitoração eletrônica destinado a controlar a aproximação da pessoa que porta a tornozeleira da pessoa em situação de violência, funcionando, portanto, de maneira relacional com a tornozeleira eletrônica. Assim, quando os dois equipamentos são empregados, o sistema de monitoramento é capaz de gerar áreas dinâmicas de exclusão, segundo a geolocalização dos indivíduos em questão, informando eventual aproximação do agressor/suposto agressor da mulher em situação de violência ao sistema de monitoramento da Central de Monitoração. Corroborando as disposições da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o §4º da Resolução também recomenda o encaminhamento prioritário de autores de violência doméstica e familiar contra a mulher para programas de grupos reflexivos, acompanhamento psicossocial e demais serviços previstos naquele diploma legal.

A Resolução cuida, além disso, em seu artigo 8º, de questões afetas à inclusão social da pessoa monitorada, salientando que se deve assegurar, dentre outras, as seguintes

atividades: a) estudo e trabalho, incluindo a busca ativa, o trabalho informal e o que exige deslocamentos; b) atenção à saúde e aquisição regular de itens necessários à subsistência; c) atividades relacionadas ao cuidado com filhos e familiares; d) comparecimento a atividades religiosas. O parágrafo único do dispositivo em apreço prioriza a adoção de medidas distintas da monitoração eletrônica, em conjunto com o encaminhamento voluntário à rede de proteção social, nos casos em condições particulares da pessoa possam tornar a medida muito gravosa ou inadequada, tais como:

- As circunstâncias socioeconômicas da pessoa investigada, ré ou condenada inviabilizem o adequado funcionamento do equipamento: por exemplo, quando se tratar de pessoa em situação de rua, ou reside em moradia sem fornecimento regular de energia elétrica ou com cobertura limitada ou instável quanto à tecnologia utilizada pelo equipamento;
- As condições da pessoa investigada, ré ou condenada tornarem excepcionalmente gravosa a medida, devido a dificuldades de locomoção, condições físicas ou necessidade de prestação de cuidados a terceiros, tais como: a) quando se tratar de pessoas idosas; b) quando se tratar de pessoas com deficiência; c) quando se tratar de pessoas com doença grave; e d) quando se tratar de gestante, lactante, mãe ou pessoa responsável por criança de até 12 (doze) anos ou por pessoa com deficiência;

- As circunstâncias da pessoa investigada, ré ou condenada prejudiquem o cumprimento da medida, em razão de questões culturais, dificuldade de compreensão sobre o funcionamento do equipamento ou sobre as condições eventualmente impostas, tais como: a) condição de saúde mental; b) uso abusivo de álcool ou outras drogas; e c) quando se tratar de pessoas indígenas ou integrantes de comunidades tradicionais.

Ao Poder Judiciário, a Resolução indica, no artigo 9º, a expedição do mandado contendo uma série de informações, descritas no Protocolo de diretrizes e procedimentos para o monitoramento eletrônico de pessoas, anexo à Resolução, nestes termos: I – qualificação da pessoa monitorada; II – qualificação da pessoa em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso; III – número dos autos do processo; IV – hipótese de aplicação; V – prazo inicial e prazo final da medida; VI – prazo para reavaliação da medida, nos casos de execução penal; VII – áreas de inclusão e/ou de exclusão, quando for o caso; VIII – condições adicionais impostas à pessoa monitorada, quando for o caso; e IX – determinação de que, decorrido o prazo máximo estabelecido, o órgão responsável pelo acompanhamento da medida deverá efetuar a retirada do equipamento de monitoramento eletrônico, salvo decisão judicial em sentido contrário. O mandado deve estabelecer também, havendo condições técnicas, a coleta de biometria para atualização da

identificação civil e a coleta de material genético, nos termos do artigo 9º-A, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

A fim de proporcionar uma atuação sincronizada entre o Poder Judiciário e as Centrais de Monitoramento Eletrônico, a Resolução também determina a interlocução constante entre os órgãos, tanto para conhecimento acerca da disponibilidade ou não de tornozeleiras, quanto para a observância, no decorrer da medida, dos procedimentos indicados. Assim, o parágrafo 1º do artigo 10 da Resolução dispõe que, não havendo equipamento disponível para instalação imediata no momento do recebimento do alvará de soltura com imposição de medida de monitoramento eletrônico, a pessoa será intimada a comparecer ao órgão competente para a instalação no primeiro dia útil seguinte, sendo que, em caso de indisponibilidade de equipamento, o juízo deve ser comunicado (parágrafo 2º).

O juiz competente deve, ainda, nos termos do artigo 11, zelar pela observância, junto às Centrais de Monitoramento Eletrônico, de certos procedimentos, tais como: I – acompanhamento das condições especificadas na decisão judicial, sendo vedado à central exigir condições que não constem do pronunciamento; II – prioridade ao cumprimento, manutenção e restauração da medida conforme determinada judicialmente, inclusive em casos de incidentes, devendo o acionamento da autoridade judicial ser subsidiário e excepcional; III – atuação de equipes multidisciplinares, responsáveis por qualificar o tratamento de incidentes, mobilizar a rede de serviços de proteção social e colaborar no acompanhamento das medidas estabelecidas

judicialmente, a partir da interação individualizada com as pessoas monitoradas; e IV – adoção de padrões adequados de segurança, sigilo, proteção e uso dos dados das pessoas em monitoramento, respeitado o tratamento dos dados em conformidade com a finalidade das coletas.

Um dos pontos fundamentais e de maior impacto acarretado pela Resolução diz respeito ao estabelecimento de protocolos pormenorizados para o tratamento de incidentes. O artigo 12 estabelece, nesse sentido, uma “regra geral”, consistente na necessidade de ater-se aos atos estritamente necessários ao cumprimento da medida imposta, a fim de promover a eficiência e celeridade da atividade jurisdicional, além da busca por assegurar a manutenção da medida nos termos em que determinada judicialmente, respeitados, em todas as fases, os princípios do devido processo legal, ampla defesa e proporcionalidade. É estabelecida, com isso, uma diretriz importante no que diz respeito ao esforço de manutenção da medida de monitoramento eletrônico em detrimento de comunicação imediata, quando de incidentes, ao Poder Judiciário ou até mesmo às forças de segurança, o que pode resultar na piora da situação jurídica da pessoa monitorada e imposição de medidas mais gravosas. Os protocolos que devem ser seguidos pelas Centrais nos casos de incidentes, portanto – que foram pensados fazendo levando em consideração as diferenciações pertinentes quanto a incidentes em casos de medidas protetivas de urgência e as demais –, asseguram a análise minuciosa da situação da pessoa monitorada, a fim de evitar sanções que, por vezes, afiguram-se iam desproporcionais.

Veja-se o exemplo do protocolo a ser seguido em caso de incidente de violação de áreas de inclusão e exclusão, de acordo com o Protocolo de diretrizes e procedimentos anexo à Resolução:

- Quando verificada a violação de áreas, é indicado:
 - a) Registro do incidente em sistema específico de monitoramento eletrônico, com data, horário e identificação do funcionário operador;
 - b) Envio de sinal luminoso e vibratório ao equipamento de monitoramento eletrônico, 3 (três) vezes, com intervalos de 10 (dez) minutos;
 - c) Contato telefônico com a pessoa monitorada, 3 (três) vezes, com intervalos de 20 (vinte) minutos entre as tentativas, informando o incidente e a necessidade de retornar às áreas permitidas;
 - d) Contato telefônico com familiares, amigos, vizinhos e conhecidos que tenham dados fornecidos à central pela pessoa monitorada, 3 (três) vezes, alternando o contato quando possível, com intervalos de 10 (dez) minutos entre as tentativas, para localizar a pessoa e informá-la acerca da urgência em entrar em contato com a central.
- Caso o incidente permaneça sem solução, o mesmo procedimento será repetido nas 24 (vinte e quatro) horas subsequentes;
- Caso o incidente permaneça sem solução após a repetição dos procedimentos descritos

Observa-se que apenas será o juízo competente comunicado quando esgotadas as ferramentas previstas no protocolo visando ao restabelecimento do cumprimento regular da medida, sem a solução do incidente. Com a comunicação, o juízo poderá designar audiência de justificação, conforme

estabelece o artigo 12, §3º, da Resolução. Ressalva é feita, no entanto, aos casos de violência doméstica e familiar, ocasiões em que, havendo incidentes, a Central poderá acionar preventivamente órgãos de segurança pública, observado o procedimento previsto no protocolo (artigo 12, §4º).

Por fim, a Resolução realiza uma série de prescrições relativas ao tratamento e proteção dos dados das pessoas monitoradas. Estabelece, assim, no artigo 13, que os dados coletados durante o acompanhamento das medidas de monitoramento eletrônico possuem finalidade específica, relacionada ao cumprimento das condições estabelecidas judicialmente, podendo ser utilizados como meio de prova para apuração penal e estando, de qualquer forma, abrangidos pelo direito previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal e legislação de proteção de dados pessoais.

Tendo em vista essa característica de “finalidade específica”, devem ser os sistemas de registro de informações do monitoramento eletrônico estruturados de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada, da pessoa em situação de violência doméstica e familiar e de terceiros (§1º do artigo 13). Nesse sentido, o compartilhamento de tais dados (inclusive com instituições de segurança pública) apenas pode ocorrer com autorização judicial, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (§2º do artigo 13).

Exceção a essa regra é o caso de situação em que configurado iminente risco à vida, quando os órgãos de segurança

pública poderão requisitar diretamente à Central de Monitoramento Eletrônico a localização em tempo real da pessoa monitorada, hipótese em que o controle judicial do compartilhamento dos dados será realizado posteriormente. Para tanto, a Central de Monitoramento Eletrônico deverá encaminhar ao juízo competente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após o compartilhamento, o respectivo relatório, onde será registrada informação sobre a data e o horário do tratamento, a identidade do servidor que obteve e do que concedeu o acesso ao dado, a justificativa apresentada, bem como quais os dados tratados, a fim de permitir o controle, além de eventual auditoria (artigo 13, parágrafos 3º, 4º e 5º). Ainda, conforme mencionado, os incidentes específicos ocorridos no âmbito de medidas protetivas de urgência podem ensejar não apenas o acionamento preventivo dos órgãos de segurança pública, como também o próprio compartilhamento dos dados relativos à identificação e localização da pessoa monitorada, a fim de assegurar a eficiência desse acionamento (§6º do artigo 13).

O parágrafo 7º do artigo 13 dispõe que o prazo para manutenção dos dados, após o término da medida, é de 6 (seis) meses, ao passo que o parágrafo 8º estabelece o livre acesso, pelo titular, à integralidade dos dados produzidos durante o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico e à consulta facilitada sobre a forma e duração do tratamento.

A adoção dessas metodologias poderá contribuir para uma efetiva aplicação do instituto que tenha como um dos parâmetros o desencarceramento, tendo em vista que o objetivo

de tais regulamentações é, propriamente, a priorização do cumprimento da pena em liberdade, ainda que se trate de uma liberdade “sob medida” (CAMPELLO, 2019, p. 45) ou de um “cárcere eletrônico”, conforme definiu Rodríguez-Magariños (2005).

6 Monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil em números

No ano de 2015, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) divulgou o primeiro relatório nacional analisando a implementação da política de monitoração eletrônica no país, que resultou de parceria entre o Depen e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Até então, 19 Estados já haviam implementado os serviços de monitoração e 18.172 pessoas encontravam-se em monitoramento (o Rio Grande do Sul monitorava 1.318 pessoas), embora a capacidade contratual prevista pudesse chegar a 40.431 pessoas. Do total, 86,18% das pessoas monitoradas encontravam-se em fase de execução penal, sendo: 25,91% em regime aberto em prisão domiciliar, 21,87% em regime semiaberto em prisão domiciliar, 19,89% em regime semiaberto em trabalho externo, 16,57% em saída temporária (16,57%), 1,77% em regime fechado em prisão domiciliar e 0,17% em livramento condicional. Enquanto isso, as medidas cautelares diversas da prisão somavam apenas 8,42% do total (BRASIL, 2015b).

O diagnóstico mostrou que a expansão da utilização da tecnologia em âmbito penal vinha se realizando “sem a real orientação da política como espaço efetivo de alternativa à prisão – seja pelo efetivo impacto no desencarceramento, seja pela

assunção de premissas adequadas ao tratamento de público em liberdade” (BRASIL, 2015b, p. 6). A ausência de protocolos e diretrizes acarretava situações de colocação em risco e até mesmo vulneração de direitos fundamentais das pessoas envolvidas, sendo que “a inexistência de consensos básicos na aplicação dos serviços” acabava gerando “respostas pautadas em excessivo controle disciplinar” (BRASIL, 2015b, p. 11).

Além da aplicação da medida em casos não previstos na legislação e da predominância da utilização durante a execução penal, em detrimento do emprego do instituto como medida cautelar diversa da prisão, o diagnóstico também indicou a decretação da prisão como resposta central em face de eventuais violações ou incidentes – que, inclusive, podem ser causados sem a influência da pessoa monitorada, por corte de sinal, falha da tornozeleira, dentre outras ocorrências –, o que gerava a situação de, por exemplo, uma descarga completa da bateria do equipamento ser lançada no sistema como fuga do monitorado.

Uma atualização do diagnóstico foi realizada no ano de 2017 (BRASIL, 2018), indicando que o Brasil chegara ao total de 51.515 pessoas monitoradas e implementação em praticamente todos os Estados, com exceção do Amapá. São Paulo também se encontrava, naquele momento, com os serviços suspensos, apesar de já ter realizado a implementação. Novamente, foi registrada a predominância de aplicação da monitoração na fase de execução penal (73,96%) e a frustração do necessário objetivo de contenção do número de presos provisórios, além de “uma tendência conservadora na condução da política de monitoração eletrônica,

aplicada como ferramenta de controle na execução penal, mesmo nas hipóteses que têm previsão legal questionada” (BRASIL, 2018, p. 64).

Os dados mais recentes sobre a situação da monitoração eletrônica no Brasil, divulgados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do período de julho a dezembro de 2020 (BRASIL, 2021), indicam um total de 72.720 pessoas monitoradas eletronicamente, incluído o quantitativo relativo à Justiça Federal. Dessas, 3.834 estão na fase de cumprimento de pena em regime fechado, 36.877 em regime semiaberto, 13.950 em regime aberto, 18.082 são presos provisórios, 6 encontram-se em cumprimento de medida de internação e uma pessoa em tratamento ambulatorial. Contrariamente ao que ocorre em relação aos números relativos à Justiça Estadual, em que a maior fração de monitorados encontra-se em fase de execução de pena, a Justiça Federal apresenta um número maior de pessoas monitoradas em cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, visto que, das 402 pessoas monitoradas, 291 constam na categoria “presos provisórios”, ou seja, cerca de 72% (BRASIL, 2021).

6 Considerações Finais

O monitoramento eletrônico não se consolidou, ainda, como uma efetiva medida de evitar a prisionalização no Brasil, conforme apontam os diagnósticos sobre a política de monitoração eletrônica até o momento produzidos no país. Nesse

sentido, uma das críticas estabelecidas ao monitoramento eletrônico é justamente sua capacidade de alastrar, de forma quase que ilimitada, a presença do poder punitivo nos espaços que, antes, constituíam-se como lugares de liberdade.

A complexidade reside, aqui, não apenas nesse espraiamento, como também no paradoxo consistente no fato de que a “sociedade de controle” é uma sociedade que se “acostuma” com a vigilância e com a presença de controles sutis na configuração da vida social. A faceta configuradora da vida social característica do poder punitivo não deixa, no entanto, de estabelecer diferenciações fundamentais em relação a quais pessoas serão selecionadas para integrar os “bancos de dados” e incorporar, seja por meio da reclusão em instituições prisionais, seja pelo próprio acoplamento do símbolo ao corpo, a punição.

Assim, necessário reconhecer que o monitoramento eletrônico se insere em – e contribui para criá-lo – um contexto de sobreposição de controles, penais e não penais. Nesse sentido, ainda que lograsse o efeito de contribuir para a redução da população prisional, sua característica de vigilância ininterrupta, de restrição de liberdades, de submissão da pessoa a uma rotina programada de forma heterônoma, ou seja, a degradação que esse tipo de punição também é passível de causar, além do fato de se inserir no contexto de criminalização seletiva realizado no país, indica que é um instituto que segue materializando o mesmo paradigma que transformou a prisão na resposta central dos sistemas penais atuais.

Conforme observa Campello (2019), uma das consequências da utilização do monitoramento eletrônico é a potencialização das capacidades de controle do sistema penal. E, em um cenário tal, a monitoração eletrônica não se distancia da lógica punitiva. Pelo contrário: ela surge para compor o diagrama da punição, possibilitando a convivência do cárcere com seus módulos de extensão a céu aberto.

Tais observações evidenciam que as reflexões teóricas e os dados empíricos existentes até o momento acerca do monitoramento eletrônico no Brasil parecem indicar uma série de problemas que solapam a possibilidade dessa ferramenta de produzir efeitos concretamente benéficos no contexto penitenciário brasileiro, primordialmente, evitar que mais pessoas sejam presas e contribuir na desprisionalização, e, em uma visão mais otimista, auxiliar na redução da reincidência e reinserção social das pessoas condenadas (ou não condenadas, mas presas provisoriamente).

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: A cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 75-89, jul./dez. 2010.

BLACK, Matt; SMITH, Russell G. Electronic monitoring in the criminal justice system. **Trends and issues in crime and criminal justice**, n. 25. Canberra: Australian Institute of Criminology, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, [s.l.], v. 36, p. 387-404, 2008.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 337/2007**. Dispõe sobre o uso de dispositivo eletrônico como controle de condenados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 510/2007**. Estabelece o monitoramento eletrônico nos casos em que, por determinação judicial, o preso esteja em liberdade. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007b.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1440/2007**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, o Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e a Lei nº 9.099, de 27 de setembro de 1995 para estabelecer o monitoramento eletrônico de presos e réus sujeitos à liberdade provisória e suspensão condicional do processo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007c.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009a.

BRASIL, **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília: Presidência da República, 2009b.

BRASIL, **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília: Presidência da República, 2010a.

BRASIL, **Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010**. Brasília: Presidência da República, 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011**. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 2011a.

BRASIL, **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança,

liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN – Dezembro 2014. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

BRASIL. A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil: análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Brasília, Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016, 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 08 ago. 2016, 2016b.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 5, de 10 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica

e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2017.

BRASIL. Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica. Brasília: Ministério da Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2018.

BRASIL. Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020a.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Modelo de gestão para a monitoração eletrônica de pessoas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Período de Janeiro a Junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020c.

BRASIL. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Jul-dez-2020. Rio Grande do Sul. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2020d.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** - Período de Julho a Dezembro de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021.

BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial, neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade**. Tradução de Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.

CAMPELLO, Ricardo Urquizas. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal**: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019. 207 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Monitoramento eletrônico criminal**: evidências e leituras sobre a política no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 412, de 23 de agosto de 2021**. Estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021b.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DAGNINO, Renato; DIAS, Rafael; NOVAES, Henrique T. Evolução do desenvolvimento científico e tecnológico da América Latina: o caso brasileiro. *In*: SEBASTIÁN, Jesús (ed.) **Claves de desarrollo científico y tecnológico de América Latina**. Madrid: Fundación Carolina/Siglo XXI de España Editores, 2007.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, [s.l.], v. 143, p. 221-244, 2018.

HAWTHORNE, Nathaniel. **A letra escarlate**. Tradução de Christian Schwartz. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HOWARD, Flora Fitzalan. The experience of electronic monitoring and the implications for effective use. **The Howard Journal of Crime and Justice**, [s.l.], v. 59, n. 1, p. 17-43, mar. 2020.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *In*: **Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano 2006**, Tomo II. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. P. 1071-1107.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto urbano**: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI. **Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)**, [s.l.], v. 2005, p. 51-86, 2004/2005.

ROSA, Suiane Ewerling da; AULER, Décio. Não Neutralidade da Ciência-Tecnologia: Problematizando Silenciamentos em Práticas Educativas CTS. **Alexandria – Revista de Educação em Ciência e Tecnologia**, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 203-231, nov. 2016.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. Breves linhas sobre o monitoramento eletrônico na legislação brasileira e no anteprojeto de reforma do código de processo penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 83, p. 43-58, dez./jan., 2014.

135

O DIREITO DA CANNABIS NO BRASIL: MEDICINA, GUERRA ÀS DROGAS E MANUTENÇÃO DO PODER NA SOCIEDADE CAPITALISTA

Marcia Dinis¹

¹Advogada criminalista, mestre em criminologia (UCAM), bacharela em Comunicação Social (UFF) e Direito (UERJ). Presidenta da Comissão de Criminologia do IAB, Vice Presidenta da SACERJ e membro da Comissão do Direito do Setor da Cannabis Medicinal da OAB-RJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0844844185098829>.

1. Introdução

A Cannabis é utilizada para fins medicinais no Oriente desde antes de Cristo¹. No Ocidente, devido à influência cristã, o seu uso foi moralmente condenado, juridicamente combatido e as pesquisas no ramo foram desincentivadas². Ainda assim, ao longo dos anos, estudos sobre a Cannabis sativa comprovaram muitos de seus benefícios à saúde³.

Desde que o sobrevivente do holocausto Raphael Mechoulam conseguiu em suas pesquisas na Universidade Hebraica de Jerusalém isolar o THC, em 1964 e, posteriormente, em 1992, identificar os endocanabinoides⁴, os avanços na análise de inúmeras evidências científicas foram determinantes para autorizar a prescrição e a comercialização de remédios derivados da Cannabis.

¹ MIKURIYA, Tod H. Marijuana in medicine. California Medicine, São Francisco: vol. 1, n. 110, 1969, p. 34.

² VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 54-55.

³ A pesquisa “The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids: The Current State of Evidence and Recommendations for Research”, e.g., analisou 10.700 estudos sobre os efeitos terapêuticos da Cannabis publicados entre 1999 e 2016 e registrou evidências dos benefícios da Cannabis sativa para inúmeros tratamentos médico-terapêuticos. Disponível em: <https://nap.nationalacademies.org/catalog/24625/the-health-effects-of-cannabis-and-cannabinoids-the-current-state>. Acesso em 31/01/2023.

⁴ Disponível em: <https://sechat.com.br/a-ultima-descoberta-de-raphael-mechoulam-o-pai-da-cannabis/>; <https://www.ufpb.br/peccannabis/contents/videos/o-cientista-the-scientist-legendado-em-portugues>; e <https://veja.abril.com.br/coluna/cannabiz/o-legendado-de-raphael-mechoulam-considerado-o-pai-da-cannabis-medicinal/> Acesso em 23/03/2023.

No Brasil, os resultados benéficos dos tratamentos com canabinóides aliados aos diversos males provocados pela pandemia de Covid19 contribuíram para o considerável aumento da demanda e os últimos anos constituem um marco na utilização da Cannabis medicinal no país. Segundo pesquisa realizada pelo Senado Federal em 2019, 79% da população brasileira opinou a favor da distribuição de medicamentos derivados de Cannabis de forma gratuita pelo SUS⁵.

Apesar das evidências, em outubro de 2022, o Conselho Federal de Medicina (CFM) se posicionou contrariamente aos avanços de facilitação do acesso aos tratamentos oriundos da substância e editou a Resolução nº 2.324/2022⁶, fato que repercutiu rapidamente e não agradou aos apoiadores da causa. Diversas famílias de pacientes sob tratamento com produtos à base de Cannabis se opuseram às restrições impostas pelo CFM e, aliadas a médicos, advogados e demais profissionais engajados na defesa da liberação do uso medicinal da Cannabis,

⁵ BRASIL. Senado Federal. Uso Medicinal da Cannabis. Brasília: Instituto de Pesquisa DataSenado, 2019, p. 4.

⁶ A referida Resolução (i) restringiu a prescrição médica somente aos casos de Síndrome de Dravet e Lennox-Gastaut e no Complexo de Esclerose Tuberosa; (ii) proibiu que profissionais da saúde ministrassem palestras e cursos sobre uso de produtos originados de Cannabis fora do ambiente científico; e (iii) vedou a prescrição de Cannabis in natura a qualquer paciente, cf. documento oficial disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2014/2113>. Acesso em 31/01/2023.

organizaram protestos nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília⁷.

A mobilização da sociedade civil contra a normativa levou o Órgão a suspender a Resolução nº 2.324/2022 para abrir nova Consulta Pública sobre o tema, desta vez, com a participação de entidades médicas e da sociedade civil⁸.

O apoio popular à medicina canábica cresce de forma exponencial e profissionais de diversas áreas se manifestam a favor da efetivação do acesso à saúde, em conformidade com a Constituição Cidadã e contam com o apoio de importantes instituições: o Instituto dos Advogados do Brasil aprovou Parecer sobre a regulamentação do cultivo da Cannabis para fins medicinais⁹ e recentemente foi instaurada a Comissão do Direito do Setor da Cannabis Medicinal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ)¹⁰.

Nesse contexto e diante de decisões judiciais em prol da viabilização do uso medicinal da Cannabis, o setor da advocacia particular também se expande rapidamente para atender a esta nova demanda. Advogados de renome debatem as diversas implicações da regulamentação do mercado – que variam da

⁷ Cf. <https://www.poder360.com.br/saude/pacientes-e-medicos-protestam-contrarestricao-do-cannabidiol/>. Acesso em 31/01/2023.

⁸ A Resolução nº 2.324/2022 do CFM foi suspensa por meio da Resolução nº 2.326/2022.

⁹ IAB. Comissão de Criminologia. Parecer sobre o Substitutivo da Comissão Especial ao Projeto de Lei nº 399/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre marco regulatório da Cannabis spp. no Brasil. Parecer na Indicação, n. 24, 2022. Relatores: Ana Heymann Arruti e Ladislau Porto.

¹⁰ Cf. <https://www.oabRJ.org.br/noticias/oabRJ-forma-comissao-promover-direito-setorial-cannabis-medicinal>. Acesso em 31/01/2023.

descriminalização de determinadas condutas às especificidades do registro de patentes¹¹ – e grandes escritórios passam a oferecer serviços especializados voltados à atividade no setor.

No Congresso Nacional, em 2021, o Projeto de Lei nº 399/2015 - inicialmente proposto para possibilitar a comercialização de medicamentos que contenham Cannabis sativa em sua formulação e posteriormente editado, por meio de Substitutivos, para se tornar o pretendido marco regulatório da Cannabis spp. no país - foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e aguarda a deliberação dos recursos pela Mesa Diretora¹².

No entanto, ao passo que o Direito se reformula para facilitar o acesso à Cannabis para fins terapêutico-medicinais, o mesmo Direito insiste em aprisionar pessoas que portam ou armazenam a substância. Depois dos crimes contra o patrimônio, a Lei de Drogas impõe o maior número de prisões no Brasil, com 28,74% de todas as pessoas encarceradas, o que significa 215.466 pessoas presas¹³.

A chamada guerra às drogas encarcera e mata cotidianamente a população negra e pobre e é responsável pelo

¹¹ A título de ilustração, o escritório de advocacia Kasznar Leonardos, especializado em Direito da Propriedade Intelectual, veiculou *Fact Sheet* sobre a temática regulação e do registro de patentes, cf. KASZNAR LEONARDOS. A Cannabis no Brasil. São Paulo, fevereiro de 2023. 1 folder. 2 p..

¹² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/947642>. Acesso em 31/01/2023.

¹³ BRASIL. Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias - INFOPEN Período Janeiro a junho de 2022. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 31/01/2023.

significativo crescimento do número de mulheres encarceradas, produzindo efeitos nefastos e cada vez mais devastadores. Assim, o Direito que hoje se abre à medicina canábica também legitima a marginalização de uma imensa parcela da população que carece de justiça social.

A atuação policial na seletiva política criminal sob o manto do combate às drogas é também responsável por altas taxas de homicídio, que se concentram nas comunidades mais pobres das capitais: a média mensal de mortes por operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro nos meses de outubro de 2021 a janeiro de 2022 foi de 107 pessoas¹⁴.

Nessa perspectiva, há de se refletir sobre a contradição entre o aumento do uso da Cannabis medicinal no Brasil, as perspectivas de crescimento industrial e comercial do setor e como o Direito tem proporcionado tais avanços e a persistência da violenta política de guerra às drogas, que resulta na morte daqueles que não são vistos como sujeitos de direitos no país.

2. A Cannabis medicinal no Brasil: cenário atual e prospecções

A Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU, promulgada no Brasil em 1964, já dispunha em seu preâmbulo que “o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para

¹⁴ Cf. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/05/favelas-do-rj-tem-quase-800-mortos-em-aco-es-policiais-desde-que-stf-mandou-restringir-operacoes.ghtml>. Acesso em 31/01/2023.

tais fins”¹⁵. Ainda assim, somente em janeiro de 2015 o Canabidiol, substância extraída da planta, deixou de ser proibida no país pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que passou a classificá-la como substância sujeita a controle especial através da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 03/2015¹⁶.

No mesmo ano a RDC nº 17/2015¹⁷ estabeleceu os requisitos e procedimentos para a importação de produtos à base de Canabidiol, em associação com outros canabinoides¹⁸, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição médica, para tratamento de saúde.

Hoje, a RDC nº 327/2019¹⁹ regulamenta os procedimentos para comercialização de produtos de Cannabis

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, Presidente da República, 1964. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.html. Acesso em 31/01/2023.

¹⁶ Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32132854/doi1-2015-01-28-resolucao-rdc-n-3-de-26-de-janeiro-de-2015-32132677. Acesso em 31/01/2023.

¹⁷ Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/anvisa/2015/rdc0017_06_05_2015.pdf. Acesso em 31/01/2023.

¹⁸ Canabinoide é uma expressão genérica utilizada para descrever substâncias encontradas na Cannabis sativa que, se utilizadas por seres humanos, ativam receptores canabinóides.

¹⁹ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072>. Acesso em 31/01/2023.

para fins medicinais, ao passo que a RDC nº 660/2022²⁰ atualizou a regulamentação dos procedimentos de importação de produto derivado da planta por pessoa física.

Em relação ao plantio e cultivo da Cannabis para fins medicinais, não existe regulamentação da ANVISA até o momento. A Autarquia decidiu que não possui atribuição para tratar da regulação e autorização do cultivo de plantas, quaisquer que sejam elas, e que não deve atuar previamente ao início da cadeia produtiva²¹.

A autorização legislativa para o plantio de Cannabis sativa com fins medicinais está prevista no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), que estabelece que “pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”²². Ou seja, o legislador autorizou o plantio, a

²⁰ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-rdc-n-660-de-30-de-marco-de-2022-389908959>. Acesso em 31/01/2023.

²¹ A decisão consta do processo nº 25351.421833/2017-76, referente à “Proposta de Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) que dispõe sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta Cannabis spp. exclusivamente para fins medicinais ou científicos, e dá outras providências”, cf. informação disponível em: <https://www.sinpojud.org.br/siscon/print.php?id=17415>. Acesso em 31/01/2023.

²² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível

cultura e a colheita para fins medicinais, contudo, tal direito ainda carece de regulamentação da União para que possa ser exercido.

Na ausência da norma reguladora, o *Habeas Corpus* é usualmente a via eleita para obter salvo-conduto para plantio e produção do remédio para pessoas físicas, uma vez que a prática está tipificada na Lei nº 11.343/06. Recentemente, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tratam de processos criminais proferiram decisões paradigmáticas que concederam salvo-condutos a pessoas com prescrição médica para o uso do Canabidiol, autorizando o cultivo de plantas de maconha e a extração do óleo, sem que por isso sejam investigadas e processadas penalmente²³.

Tanto as normativas da ANVISA, quanto as decisões do STJ demonstram que a restrição e repressão à Cannabis estão em processo de flexibilização. Considerando os espectros regulatórios possíveis, a transação dos polos extremos de total proibição e total liberação para a “regulação legal estrita” tem sido reputada como melhor solução para a política de drogas²⁴.

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 31/01/2023.

²³ Decisões proferidas no Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 147.169/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior; no Recurso Especial (REsp) nº 1.972.092/SP, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti; e no Habeas Corpus (HC) nº 779.289, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

²⁴ “Pensando em termos de possibilidades de modelos de controle, no amplo espectro das opções normativas disponíveis entre os dois polos (proibição total/mercado criminal não regulado e legalização total/mercado legal desregulado), é possível identificar como o melhor cenário, a partir do critério de redução de danos sociais e à saúde, a faixa regulatória denominada ‘regulação legal estrita’, situada entre a proibição com medidas de redução de danos/descriminalização e a regulação do mercado sujeita a restrições e

Diversas associações civis dedicam-se a produção de remédios à base de Cannabis e são peças importantes no cenário de regulação por facilitarem o acesso às terapias canábicas. Formadas por profissionais engajados na luta antiproibicionista, as associações destacam-se pela difusão do conhecimento científico e jurídico, pelo atendimento das demandas médicas e legais dos pacientes e de seus familiares e, principalmente, pelo acolhimento proporcionado aos associados por meio da construção de um ambiente solidário²⁵. Além disso, “têm como missão trabalhar para o desenvolvimento do país em termos sociais, culturais e terapêuticos, à medida que o entrelaçamento destas linhas mestras se encontram na base da proibição da maconha, atirada à lata de lixo da história”²⁶.

Segundo o Anuário da Cannabis no Brasil, elaborado pela Kaya Mind, em 2022 existiam oitenta e uma associações ativas no território brasileiro, dentre as quais, seis possuíam

controles. (...) as políticas relacionadas à Cannabis – antes alinhadas a paradigmas mais repressivos – estão sendo gradualmente flexibilizadas.” (MARONNA, Cristiano Avila. Lei de Drogas interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 183.)

²⁵ POLICARPO, Frederico. O papel das Associações Canábicas: o atendimento das demandas por justiça, direito e saúde aos cidadãos brasileiros. In: ZANATTO, Rafael Morato (Org.). Introdução ao Associativismo Canábico. São Paulo: Disparo Comunicação e Educação - IBCCRIM - PBPD, p. 49-53, 2020.

²⁶ ZANATTO, Rafael Morato. Associativismo Canábico: passado, presente e futuro. In: ZANATTO, Rafael Morato (Org.). Introdução ao Associativismo Canábico. São Paulo: Disparo Comunicação e Educação - IBCCRIM - PBPD, p. 34, 2020.

autorizações para o plantio obtidas por meio de ações judiciais²⁷ e a tendência é o aumento de decisões judiciais autorizando o cultivo com o objetivo de produzir óleo para tratamento de associados, como recentemente decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁸.

Os avanços também repercutem na área da ciência. Em 2022, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) obteve licença para importação de sementes, plantio, e cultivo de Cannabis sativa para fins de pesquisa científica por meio de concessão de Autorização Especial Simplificada para Estabelecimento de Ensino e Pesquisa²⁹ no âmbito da ANVISA. A Universidade foi a primeira a conseguir a permissão para plantio em solo e servirá de precedente para que outras instituições de pesquisa busquem a autorização³⁰.

A evolução da área é notória. Em 2018, uma estimativa feita pela New Frontier Data em parceria com a The Green Hub

²⁷ KAYA MIND. Anuário da Cannabis no Brasil 2022: A Regulamentação da Cannabis no Brasil e seus Desdobramentos no Mercado. São Paulo, 2022, p. 48-50.

²⁸ A Decisão que concedeu a autorização de cultivo à Santa Cannabis (Associação de Cannabis Medicinal de Santa Catarina) foi proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5030058-16.2019.4.04.7200, que tramitou na 2ª Vara Federal de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina. Atuaram no processo, os advogados Ladislau Porto e Walter Beirith Freitas.

²⁹ A Autorização Especial Simplificada está prevista na RDC nº 99/2008 da ANVISA. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/anvisa/2008/rdc0099_30_12_2008.html. Acesso em 08/03/2023.

³⁰ Cf. <https://www.conjur.com.br/2022-dez-26/daniela-guarita-jambor-cultivo-cannabis-ssp> e <https://www.poder360.com.br/opiniaio/uma-nova-era-da-cannabis-no-brasil/>. Acessos em 08/03/2023.

já mostrava que o mercado brasileiro de Cannabis medicinal tinha o potencial de movimentar até 4 bilhões de reais por ano³¹. Em 2022, “a Kaya Mind mapeou mais de 80 empresas e 1900 produtos relacionados à Cannabis que estão ao alcance dos brasileiros, o que mostra a força da indústria nacional hoje, mesmo sem uma regulamentação abrangente”³² – entre as empresas mapeadas existem companhias de grande porte, que contam com mais de cinco mil funcionários.

Nísia Trindade, atual Ministra da Saúde, reconhece a importância do avanço das pesquisas sobre a Cannabis medicinal e em recente entrevista ressaltou a pertinência de incrementar o uso de medicamentos à base de canabinóides e sua adequação à realidade da saúde no Brasil³³. A especialista Carolina Sellani, coordenadora do grupo de trabalho de insumos de Cannabis da Associação Brasileira da Indústria de Insumos Farmacêuticos, afirmou que existe expectativa de que mais produtos derivados da substância sejam comercializados nas farmácias em 2023³⁴.

Até agosto de 2022, foram concedidas mais de 108 mil autorizações de importação pela ANVISA. Durante o período, 91.161 pacientes obtiveram acesso a produtos à base da substância via importação, 26.400 por meio de farmácias e cerca

³¹ Cf. relatório disponível em: <https://newfrontierdata.com/product/brazil-2018-portuguese/>. Acesso em 31/01/2023.

³² KAYA MIND, *op. cit.*, p. 13.

³³ Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2023/01/ministra-da-saude-quer-dialogo-com-a-sociedade-e-politicas-com-embasamento-cientifico.shtml>. Acesso em 30/01/2023.

³⁴ Cf. <https://www.poder360.com.br/opiniao/cannabis-em-2023-mais-pragmatismo-poucas-surpresas/>. Acesso em 31/01/2023.

de 70.000 por meio das associações, constituindo um total de mais de 187.500 de adeptos a este tipo de tratamento³⁵. Estes números crescem a cada dia e a estimativa de potenciais pacientes da medicina canábica no Brasil é de 6,9 milhões³⁶, o que indica uma factível capacidade de avanço do mercado nacional.

A evidente ascensão do setor tem movimentado aplicações financeiras e “algumas das empresas com serviços ativos no Brasil já receberam aportes financeiros relevantes de outras companhias do setor ou oferecem investimentos em novas instituições do mercado”³⁷. Existem, inclusive, empresas atuantes como *hubs* de investimento, que prestam serviços de consultoria e/ou se associam a empresas de pequeno porte nas quais veem potencial³⁸.

Toda esta mobilização financeira levou à inclusão da Cannabis em fundos de investimento no país, o que indica o aumento do interesse e da aceitação da pauta por parte da sociedade³⁹. A confiança no sucesso da medicina canábica reflete-se nas crescentes ofertas de novos investimentos no setor, amplamente divulgados por instituições financeiras de peso, que anunciam o alto potencial de faturamento do setor⁴⁰.

³⁵ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 37-39.

³⁶ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 44.

³⁷ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ “(...) o maior investimento de todos os mapeados pela Kaya Mind foi o da GreenCare, importadora de derivados da cannabis, em 2021, que obteve R\$ 55 milhões em dois diferentes aportes.” KAYA MIND, *op. cit.*, p. 82.

³⁹ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁰ Por exemplo: <https://comoinvestir.thecap.com.br/como-investir-em-cannabis-no-brasil#:~:text=Trend%20Cannabis&text=Adicionalmente%2C%20pode%20i>

Oportunidades de negócios e a experiência de bons resultados terapêuticos propiciam investimentos de profissionais de renome no mundo inteiro. Bob Burnquist, skatista brasileiro ganhador do X-Games, é um exemplo das muitas figuras públicas investidoras do ramo, que fala abertamente sobre o assunto e contribui para a receptividade da população ao tema. Por preferir se submeter a remédios naturais ao sofrer lesões, o atleta investiu na sua própria empresa de plantas medicinais, a Farmaleaf, que fabrica e comercializa produtos médicos à base de Cannabis⁴¹. A indústria de saúde e bem-estar como um todo é uma das mais rentáveis do mundo⁴² e, no Brasil, o setor figurou como o de maior evidência na Bolsa de Valores entre os anos de 2020 e 2022⁴³.

Nessa conjuntura, o mercado brasileiro da Cannabis abarcava 362,9 milhões de reais em 2022 e a projeção é de que alcance 917,2 milhões até 2024⁴⁴. O cenário não poderia ser melhor para a indústria da medicina canábica.

nvestir%20em%20empresas,0%2C5%25%20ao%20ano;
<https://euqueroinvestir.com/negocios/investir-em-cannabis;> e
<https://exame.com/invest/btg-insights/btg-fundo-cannabis-acessivel-100-reais/>. Acesso em 23/03/2023.

³⁹ Cf. <https://www.cnnbrasil.com.br/business/bob-burnquist-e-chef-alex-atala-investem-no-mercado-da-cannabis-veja-entrevista/>. Acesso em 30/01/2023.

⁴² O setor é protagonista mundial no mercado financeiro desde 2019, cf. <https://theshift.info/hot/o-bem-estar-e-um-bom-negocio>. Acesso em 31/01/2023.

⁴³ Cf. <https://blog.toroinvestimentos.com.br/bolsa/acoes-empresas-de-saude-na-bolsa>. Acesso em 31/01/2023.

⁴⁴ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 116.

3. A relação entre o capitalismo e o avanço da Cannabis medicinal

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, *caput*⁴⁵, consagrou o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Tal princípio reproduz a noção de igualdade formal forjada pela sociedade liberal, ideal construído sob o entendimento que se opõe a favorecimentos pessoais, privilégios e casualidades que beneficiem apenas alguns indivíduos.

No entanto, o paradigma liberal é essencialmente individualista, de modo que a igualdade formal descrita não se preocupa com problemáticas coletivas e difusas e, portanto, não é capaz de alcançar a justiça social.⁴⁶

O desprezo ao contexto social faz com que a visão puramente formalista da ordem jurídica reproduza e legitime as desigualdades e as violências socioculturais:

(...) este entendimento do direito invisibiliza, dissolve e naturaliza os conflitos e as desigualdades sociais num constante exercício técnico-ideológico de esquecimento em torno dos paradoxos e contradições, contribuindo para a

⁴⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

⁴⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Novos paradigmas para a teoria do direito. Em: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (orgs.). O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito como liberdade. Brasília: UnB, vol. 10, 2021, p. 196.

aceitação do real assente nos princípios da legitimidade e da legalidade. É por isso que a igualdade perante a lei e a suposta neutralidade do direito fazem esquecer a desigualdade entre cidadãos, e entre estes e instituições, nos planos nacional e global, patentes, por exemplo, no acesso ao direito e à justiça, no acesso às funções do Estado Social, e no modo como sob o signo do Estado de Direito, ocorre o empobrecimento da Democracia e dos seus cidadãos, bem como as mais diversas formas de discriminação social, sexual, econômica e cultural. (...) isto é, um direito que contribui para a reprodução das desigualdades sociais⁴⁷.

A construção liberal do Direito serve para mascarar e manter desigualdades sociais, econômicas e culturais. Desde o século XIX, a crítica marxista observou esse padrão e identificou que a manutenção de determinado grupo de pessoas à margem da sociedade também significa a manutenção de uma mesma classe social no poder. Em outras palavras, a crítica expôs o caráter de dominação do Direito e sua função política de preservação da estrutura social capitalista⁴⁸.

Ainda que preveja a igualdade formal, o Direito está comprometido com “a estabilidade das relações econômicas, sociais e políticas vigentes, e não com as mudanças – mesmo as necessárias”⁴⁹. Sob esse viés, constitui a simples organização da

⁴⁷ FERREIRA, António Casimiro. Desigualdades, "Efeito Mateus" e Exceção Sócio-jurídica. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 10: Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: UnB p. 149, 2021.

⁴⁸ MACHADO, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

lei do mais forte, um conjunto de normas regidas e determinadas em favor dos arranjos econômicos e da divisão de classes⁵⁰.

O ordenamento jurídico é um fenômeno político, na medida em que foi concebido para perpetuar as relações de poder na sociedade capitalista. Nesse contexto, não é possível analisar as mudanças do Direito em favor da medicina canábica sem considerar seu viés político.

Os avanços das construções jurídicas sobre o tema ocorrem de forma praticamente concomitante aos avanços econômicos observados por meio do desenvolvimento do mercado da Cannabis. A partir de uma perspectiva crítica do Direito, pode-se dizer que o ordenamento jurídico se molda na medida exata necessária à promoção dos interesses da classe dominante:

(...) a produção, a aplicação, a interpretação e a mobilização do direito favorecem determinados poderes em detrimento de outros, podendo perpetuar relações de dominação, as quais têm consequências na vida das pessoas e das sociedades, tornando-se um elemento fundamental e incontornável da ação política⁵¹.

Os aportes financeiros e as prospecções de crescimento do mercado ligado à Cannabis evidenciam a evolução do setor, o que

⁵⁰ LYRA FILHO, Roberto. Para uma visão dialética do direito. In: Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica, 1980. p. 71-73.

⁵¹ FERREIRA, António Casimiro. Desigualdades, "Efeito Mateus" e Exceção Sócio-jurídica. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 10: Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: UnB. p. 150, 2021.

significa o aumento de riquezas dos detentores dos meios de produção. Neste contexto, o Direito passa a abrir caminhos para a regulamentação do cultivo da planta e da fabricação das substâncias. A regulação completa da indústria da Cannabis nunca esteve tão próxima de se tornar uma realidade. Os dados e as projeções apresentadas são apenas alguns dos indícios desta movimentação política.

E é exatamente diante desta conjuntura que devem ser estabelecidos os critérios para nortear o favorecimento à criação e ao crescimento de empresas no ramo da Cannabis: há de se exigir uma rigorosa política de boas práticas a fim de garantir o caráter solidário e reparatório promovido pelas associações civis. Rafael Zanatto entende que as associações promovem reparo social, racial e sanitário e considera que a regulação da matéria somente poderia ser feita se atrelada a uma política de reparação histórica da população vítima da política de drogas:

Diante do quadro psicossocial brasileiro, a regulação da maconha poderá ser efetiva apenas se atender à necessidade de anistia e reparação histórica a todas as pessoas que sofreram e sofrem com punições legais e extrajudiciais, como encarceramento por cultivo, pequeno comércio de maconha ou até mesmo pelo simples fato de residirem em territórios nos quais operações policiais são chanceladas pela população e pelo poder público para o emprego da violência na premissa de combate à venda de maconha e outras substâncias consideradas ilícitas⁵².

⁵² ZANATTO, Rafael Morato. Associativismo Canábico: passado, presente e futuro. In: ZANATTO, Rafael Morato (Org.). Introdução ao Associativismo

A regulação e o desenvolvimento da indústria são necessários e podem produzir resultados positivos, como o desenvolvimento de novos remédios e o aumento de sua disponibilização, o que contribui para o exercício do direito à saúde. Atualmente, apenas cinco produtos nacionais estão disponíveis nas farmácias⁵³ e a ampliação da variedade seria benéfica aos pacientes, na medida em que forneceria maiores possibilidades de consumo e conseqüentemente de efetivação da dignidade humana.

Embora tais medidas propiciem o direito à saúde e se coadunem com a promoção da cidadania e da justiça social, esta preocupação não se faz presente na atuação das grandes indústrias farmacêuticas. Daí a importância de regulamentar as empresas que pretendem explorar o filão da Cannabis medicinal estabelecendo-se regras que atendam às demandas sociais e restaurativas, como as mencionadas anistia e reparação.

Há de se considerar que os recursos destinados à saúde pública são limitados, o que cria obstáculos ao seu acesso, razão pela qual muitos recorrem ao setor privado. Assim, a saúde é tratada como uma mercadoria. A agressividade das empresas nas campanhas de *marketing* de medicamentos, por exemplo, demonstra a carência de preocupação com a saúde das pessoas e

Canábico. São Paulo: Disparo Comunicação e Educação - IBCCRIM - PBPD, p. 35, 2020.

⁵³ KAYA MIND, *op. cit.*, p. 86.

o seu verdadeiro alvo, o lucro⁵⁴, refletindo os profundos impactos culturais e civilizatórios gerados pelo desenvolvimento acelerado e agressivo do capitalismo global.

A ideologia mercadológica está presente na moral, nos costumes, nas práticas do cotidiano e se tornou intrínseca aos seres humanos⁵⁵. A mesma lógica permeia as estruturas de acesso à saúde e à vida digna e se faz presente na formação das normas relativas à regulamentação da Cannabis. A mudança na discussão acerca da substância, anteriormente decretada ilícita, revela a arbitrariedade dos que a proibiram apenas por conveniência⁵⁶. Por

⁵⁴ CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 4: Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Brasília: UnB, 2009, p. 439-440.

⁵⁵ “(...) o capitalismo global, mais que um modo de produção, é hoje um regime cultural e civilizacional, portanto, estende cada vez mais os seus tentáculos a domínios que dificilmente se concebem como capitalistas, da família à religião, da gestão do tempo à capacidade de concentração, da concepção de tempo livre às relações com os que nos estão mais próximos, da avaliação do mérito científico à avaliação moral dos comportamentos que nos afetam. Lutar contra uma dominação cada vez mais polifacetada significa perversamente lutar contra a indefinição entre quem domina e quem é dominado, e, muitas vezes, lutar contra nós próprios.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010. p. 09-10.

⁵⁶ A tomada de decisões referentes à proibição de determinadas substâncias, psicotrópicas ou não, sempre foi determinada por interesses econômicos. A título de ilustração, a primeira grande proibição da qual se tem maiores registros, atinente ao ópio, na China do século XVIII, foi decretada sob o argumento de que a importação do produto, vindo majoritariamente de Portugal, desequilibrava a sua balança comercial; em contrapartida, a defesa intransigente do princípio do “livre comércio” por parte do país exportador rendeu fortunas aos portugueses, especialmente ao Ministro Lord Palmerston, que conduziu as “guerras do ópio” e foi uma das pessoas que mais enriqueceu com a venda da substância à China. Posteriormente, quando a China passou a

muitos anos, os estudos sobre o uso medicinal da Cannabis foram obstados pelo estigma que circundava (e ainda circunda) a planta e estima-se que décadas de pesquisa foram atrasadas devido à sua proibição⁵⁷.

Ainda que a descriminalização completa da Cannabis se torne realidade, a criminalização arbitrária de outras substâncias subsistirá, pois não se trata de um esforço pela viabilização do acesso à saúde – pesquisas sobre substâncias psicodélicas, como a psilocibina, por exemplo, continuam coibidas pelo proibicionismo, não obstante existam evidências sobre seus

permitir o plantio da papoula e deixou de ser dependente do ópio estrangeiro, em poucos anos o parlamento inglês passou a considerar o tráfico de ópio moralmente injustificável (cf. VALOIS, Luís Carlos, *op. cit.*, pp. 39/49). O lucrativo comércio do ópio também foi a base da fortuna de muitas famílias norte-americanas ligadas à política, contudo, o declínio da exportação devido às medidas menos proibicionistas tomadas pelo governo chinês permitiu a influência das sociedades religiosas que pregavam a abstinência das substâncias psicotrópicas, permitindo o ingresso moral dos missionários na estrutura comercial capitalista (Idem, pp. 52/57). Especificamente no que tange à maconha, a sua criminalização surge no âmbito da política interna dos EUA, quando, após o fim da proibição do álcool, os agentes que antes integravam as equipes de repressão viram-se sem função, o que obrigou o Departamento de Narcóticos a expandir para acomodar esse contingente e, consequentemente, gerou a necessidade de se ampliar o seu rol de inimigos. Devido à grande quantidade de imigrantes mexicanos desempregados, o Departamento viu no uso da maconha a oportunidade ideal para expandir suas atividades, o que foi incentivado e estimulado pelos magnatas da indústria têxtil, que viam no papel originário do cânhamo, material rico em fibras, um produto demasiadamente competitivo (Idem, pp. 114/126).

⁵⁷ Nos EUA, os estudos tiveram grande redução na metade do século XX, tendo em visto o aumento da política proibicionista, cf. MIKURIYA, Tod H. *op. cit.*, p. 37-38.

benefícios⁵⁸. No momento, mudanças legais que visam o aumento da circulação da Cannabis são lucrativas e este é o principal motivo da mudança do discurso sobre o tema.

4. Um lado mais violento da relação entre o capitalismo e a Cannabis

Em relação ao tratamento legal destinado à Cannabis, imprescindível mencionar a política criminal de drogas, que reprime condutas da mais variadas, como plantio, porte, armazenamento, entre tantas que compõem os verbos descritos nos dispositivos da Lei nº 11.343/2006.

A despeito da incompatibilidade do Direito Penal com a tutela da saúde pública⁵⁹, o legislador o escolheu como meio de solução dos conflitos supostamente advindos do uso de substância psicotrópicas, o que também é uma opção política.

⁵⁸ Nos EUA pesquisas sobre substâncias alucinógenas demonstraram serem estas as mais eficientes para aliviar o sofrimento de pacientes psiquiátricos, proporcionando-lhes dignidade, cf. <https://www.poder360.com.br/opiniao/amagia-dos-cogumelos/> e <https://vejario.abril.com.br/beira-mar/magia-cogumelos-psilocibina-recreacao-terapia/>. Acesso em 31/01/2023.

⁵⁹ “Defensores da penalização da conduta fundamentam seus argumentos na estrutura química da Cannabis, com o objetivo de fazer prevalecer a ideia de que a proibição está alicerçada na própria essência da substância, que seria intrinsecamente maléfica. No entanto, os que sustentam tal posição deixam de considerar que outras drogas como o álcool e o tabaco também possuem estruturas químicas que podem ser prejudiciais à saúde e não são proibidas. Ao revés, em relação à Cannabis, a ciência atesta os benefícios que podem ser usufruídos da planta (...)”. Cf. IAB, *op. cit.*, pp. 25-26.

As funções políticas do Direito estão em todos os seus âmbitos, na criação das normas e na sua aplicação, em qualquer área ou especialidade. A flexibilização das normas administrativas em torno da medicina canábica e a prospecção de outras mudanças são manifestações desse fenômeno, que favorece os detentores de capital e, logicamente, a estrutura da sociedade de classes.

Todos os ramos do Direito, portanto, servem à manutenção da ordem capitalista, inclusive aqueles que parecem vinculados à justiça social por sua própria natureza, como exemplificado no caso do direito à saúde. O mesmo ocorre na seara criminal.

O objetivo declarado do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos consagrados pela Constituição, que possuem estimado valor social e precisam de proteção especial. O sistema criminal, por conseguinte, deveria se ocupar somente de comportamentos nocivos ao interesse público, que causem efetiva lesão a tais bens⁶⁰.

Todavia, o que de fato ocorre é que o discurso político-criminal sugere um conceito de criminalidade com base nas suas próprias ideologias, com a finalidade de alcançar seus fins sociais classistas. A estrutura política da sociedade é que define a noção de criminalidade e que a corrobora, fazendo com que o sistema penal atue seletivamente, de forma a reprender condutas de

⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 9ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 28-29.

indivíduos marginalizados para preservar a organização econômica e social vigente⁶¹.

No âmbito penal, a função política do Direito se expressa de forma mais violenta, tendo em vista sua própria natureza criminalizante e segregadora.

O Direito, como a lei de produção capitalista, institui as formas de aquisição e ampliação da propriedade privada (direito civil e do trabalho), as formas de proteção fundada na propriedade privada (direito penal e processual penal), as formas de realização dos interesses fundados na propriedade privada (direito constitucional, administrativo, tributário), formando um sistema institucional cuja base fundamental é a divisão da sociedade em proprietários dos meios de produção (e circulação) da riqueza material e possuidores de força de trabalho, as classes fundamentais da sociedade capitalista, cuja origem é a separação trabalhador/meios de produção. Assim concebido, o Direito ou o ordenamento jurídico geral reproduz uma violência institucional de classes hegemônicas no processo de produção da riqueza material, sobre as subalternadas, articuladas em uma relação de dominação e de exploração na estrutura econômica da sociedade (...) é essencial demonstrar a violência institucional que se enraíza nas matrizes legais do direito penal, se desenvolve nas linhas do processo penal e culmina no sistema carcerário, em que os poderes legislativo, judiciário e executivo do Estado se

⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2ed, Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 19-23.

concentram para garantir os fundamentos e o funcionamento da sociedade capitalista, em um fenômeno em que as instituições jurídicas e políticas do Estado se fundem na realização de uma mesma tarefa: o processo de criminalização⁶².

Com efeito, a violência do sistema punitivo permeia toda as suas partes e organizações. Ao ser investigado ou indiciado, o indivíduo já sofre, sobretudo em termos de estigmatização⁶³. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “o controle social tem efeitos constitutivos da criminalidade, como uma realidade social construída, e do criminoso, como um *status* social atribuído pelo controle social”⁶⁴. Assim, os indivíduos sofrem mudanças em sua identidade social e são rotulados ao serem selecionados pelo sistema de justiça criminal⁶⁵.

⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *As Raízes do Crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 150-151.

⁶³ A Criminologia reflete sobre o processo de estigmatização desde quando autores como Howard Becker, representantes da chamada criminologia da reação social, passam a analisar o fenômeno criminal sob o enfoque do “etiquetamento”, também chamado de *labelling approach*. Tal enfoque destaca que “o desviado é aquele que ao desenvolver um comportamento não desejado recebe uma etiqueta (*label*), que o marcará para os seus comportamentos futuros”. Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 592.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: Contribuição para Crítica da Economia da Punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 179.

⁶⁵ *Idem*, p. 178-181.

Onde grassa a injustiça social há a necessidade de um direito forte, este que, manipulado pela elite, não tem o significado de diminuição das desigualdades sociais, mas de manutenção do *status quo*. E para garantir a efetividade desse direito é preciso uma polícia igualmente forte, representando o monopólio da violência por parte do Estado⁶⁶.

No que tange às drogas tornadas ilícitas, essa violência é ainda mais ostensiva, em função da repressão policial. No caso do Rio de Janeiro, por exemplo, 1/3 dos homicídios dolosos ocorridos no Estado são decorrentes de intervenção policial⁶⁷, de modo que “haveria a necessidade de uma redução de cerca de 70% na letalidade policial para que se admita que não há excesso de poder ou desvio de finalidade na ação policial fluminense”⁶⁸. Esses altíssimos índices, frutos da guerra às drogas, chamam atenção de Cortes nacionais e internacionais que reiteradamente determinam sejam criadas políticas de redução dessa violência⁶⁹.

Tal fenômeno pode ser compreendido se analisado conjuntamente com as escolhas feitas no âmbito do tratamento

⁶⁶ VALOIS, Luís Carlos. *op. cit.*, p. 396

⁶⁷ IAB. Comissão de Criminologia. Parecer sobre o Projeto de Lei nº 9.796/2018, que cria o Plano Nacional de Enfrentamento ao Homicídio de Jovens. Parecer na Indicação, nº. 74, 2022. Relator: Rafael Borges., p. 4.

⁶⁸ OAB-RJ. Presidência do Conselho Seccional; Comissão de Segurança Pública; e Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária. Ofício nº 310/GAB/2022. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 14 de junho de 2022, p. 8.

⁶⁹ A letalidade policial no Brasil e especialmente no Rio de Janeiro foi objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 635 e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília, cf. IAB, *op. cit.*, p. 4.

jurídico da Cannabis e com a grandiosidade das forças políticas que buscam a preservação do arranjo social capitalista e branco.

Para Achille Mbembe a crise do Estado neoliberal acompanhou o surgimento da necropolítica, biopolítica estatal que promove práticas de “fazer morrer” os indivíduos considerados inimigos dos grupos dominantes na divisão social de classes⁷⁰. No contexto brasileiro, Luciano Góes observa que “a necropolítica é reformulada como sucedâneo da segurança pública branca”⁷¹ e se torna uma “resposta natural(izada), decretada e executada pelas agências policiais que consolidam a ‘subcidadania’ negra, legalizando o *Direito Penal do autor racialmente construído*”⁷². Os inimigos tornam-se, então, os pretos e os pobres.

A “guerra às drogas” não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, é sim uma guerra contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da “guerra às drogas” são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Os

⁷⁰ MBEMBE, Achille, 2019, apud COSTA, Alexandre Bernardino; et. al. A Trajetória Teórica e Prática de O Direito Achado na Rua no Campo dos Direitos Humanos: humanismo dialético e crítica à descartibilidade do ser humano. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 10: Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: UnB. p. 203-215, 2021.

⁷¹ GOES, Luciano; Livia Sant’Anna Vaz e Chiara Ramos (coord.). Direito penal antirracista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 45.

⁷² Idem, p. 48.

“inimigos” nessa guerra são os pobres, não brancos, os marginalizados, desprovidos de poder⁷³.

Durante a ditadura militar, a lógica norte-americana da polarização advinda da guerra-fria foi incorporada à prática da Polícia Militar, que recebeu treinamento estadunidense e herdou a visão maniqueísta de suas forças armadas e, conseqüentemente, a noção de dever de combate a um inimigo. Contudo, distante da ameaça comunista, a definição de inimigo passou a ser condicionada por fatores sociais e se fixou na população negra e pobre⁷⁴.

O ideal de resguardo dos bens jurídicos supostamente tutelados pelo Direito Penal encobre sua atuação política de manutenção da organização social. No que se refere à Cannabis e às demais drogas tornadas ilícitas, pessoas são privadas de liberdade e assassinadas sob o argumento de proteção contra a dependência química⁷⁵.

A denominada guerra às drogas é justificada pela promoção da saúde pública e não se importa em atingir quem não

⁷³ KARAM, Maria Lucia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 9, out./dez/, 2013.

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial as razões da descriminalização). Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre, UFSC, 1996, p. 181-182.

⁷⁵ “Sob o pretexto de proteger o bem comum, se vale o poder público de normas penais para proteger interesses dos grupos sociais hegemônicos e estabelece, de antemão, quem são os indivíduos suscetíveis à estigmatização da sanção penal, que vêm a ser aqueles pertencentes grupos sociais vulneráveis, especialmente os que se encontram à margem do mercado de trabalho e do consumo social”. Cf. IAB, *op. cit.*, pp. 37-38.

possui acesso à saúde - ou a qualquer outro direito, nem mesmo o direito à vida, o bem jurídico teoricamente “mais valioso”. Isso porque a política foi estruturada em um Direito Penal do autor racialmente construído e se apresenta como uma guerra racista antinegra⁷⁶. A guerra, que se intitula contra substâncias, é, na verdade, “instrumento de continuidade do embranquecimento do país”⁷⁷.

É, portanto, dentro da lógica punitivista antinegra que nossa ‘guerra contra as drogas’ mira corpos coisificados de uma ‘quase gente’ cujo único ‘direito’ é (ainda) ser violentada, modernizando o genocídio negro sob discursos que envolvem a maconha. Com efeito, é evidente a manipulação dos discursos e punições sobre o uso e comércio da maconha ao longo da história (...).

O extermínio do *outro* evidencia a funcionalidade da identificação racial de ser ou não semelhante (e a quem!), eis que o objetivo da guerra nunca foi, e jamais será, a eliminação das drogas consideradas ilícitas – necessárias e utilizadas amplamente pela branquitude. Dito de outro modo, a conveniente ‘guerra às drogas’ é manipulada como mero pretexto para a continuidade da nulificação de corpos pretos (...)⁷⁸.

Marcelo Semer confirmou essa realidade ao analisar sentenças do crime de tráfico de drogas e verificar que essa política define o perfil populacional das penitenciárias brasileiras,

⁷⁶ GOES, Luciano. *op. cit.*, p. 50/51.

⁷⁷ *Idem*, p. 51.

⁷⁸ GOES, Luciano. *op. cit.*, p. 48/50.

em decorrência da seletividade consubstanciada na “opção preferencial pelo pobre, evidenciado, sobretudo, pela desproporcional atuação policial na repressão a partir da vigilância da rua”⁷⁹. O autor observou, ainda, que o “maior engajamento policial” na guerra às drogas levou ao aumento do encarceramento feminino e intensificou a representação excessiva da população negra nas prisões⁸⁰.

Outra prova de que a guerra às drogas é uma manifestação da nossa necropolítica é o fato de que, em 2021, 84,1% dos 6.145 mortos em intervenções policiais eram negros, assim como 67,7% dos 190 policiais assassinados no mesmo ano⁸¹.

A tutela da Cannabis medicinal pode ocultar inicialmente os verdadeiros fins políticos da classe dominante, mas a política adotada para prender e matar quem porta, armazena, ou cultiva a mesma planta não consegue esconder sua finalidade de “fazer morrer” a parcela social destituída de cidadania.

5. Conclusão

A medicina canábica está em ascensão no Brasil e a conjuntura atual indica o desenvolvimento da indústria, com altas perspectivas de lucro. O ordenamento jurídico brasileiro é tradicionalmente contrário à disponibilização da substância, que é proibida nos termos da não regulamentada Lei nº 11.343/2006,

⁷⁹ SEMER, Marcelo. Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 311.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ GOES, Luciano. *op. cit.*, p. 50/51.

mas, ainda assim, o interesse econômico deverá prevalecer e será determinante para a regulamentação do setor.

A construção de um direito pró-canábico revela as reais funções do sistema jurídico como instrumento político utilizado pela classe dominante para criar normas que legitimem e reproduzam as desigualdades sociais, bem como aplicá-las, de igual forma, para permanecer no poder e conservar a ordem social vigente. A provável regulação do uso terapêutico-medicinal da Cannabis sativa não se justifica pela garantia do direito à saúde, mas pela urgência de controlar os meios de produção de uma nova atividade que promete ser muito rentável.

A brutalidade empregada na política de guerra às drogas tornadas ilícitas também declara os reais interesses da eminente regulamentação da Cannabis medicinal. A política estatal neoliberal faz morrer os indivíduos marginalizados, considerados inimigos do Estado, que estão à margem do setor de produção e de consumo.

Diante do progresso da medicina canábica e da necropolítica atrelada à guerra às drogas tornadas ilícitas, o cultivo, a comercialização, a posse e o uso da substância podem implicar resultados demasiadamente diferentes a depender do agente: a indústria que a explora para obter lucro pode até receber incentivos governamentais num futuro próximo, enquanto o jovem negro e pobre que a vende pode acabar preso, quando não morto.

O crescimento da indústria da Cannabis medicinal e a movimentação do direito para sua regulação, à primeira vista, aparentam uma vitória da ciência e do direito à saúde. Entretanto,

um exame mais aprofundado da questão expõe a defesa dos verdadeiros interesses que a regem: a perpetuidade da classe dominante.

Tendo em vista o contexto social em torno da substância, a regulação é medida urgente, assim como é mandatória a descriminalização completa da Cannabis sativa para estancar o extermínio das inúmeras vítimas da política atual.

A regulamentação há de ser alinhada a políticas de reparação à população negra e pobre que há mais de dois séculos sofre as consequências do proibicionismo⁸². As empresas que pretendem atuar no setor devem se submeter a regras de boas práticas sociais que visem suprir a premente reparação e dirimir as marcas das violações cometidas. O campo fértil e lucrativo de desenvolvimento e expansão do setor canábico deve ser cultivado desde seus primórdios com o inalienável compromisso de gerar muito mais do que a saúde individual e a dignidade da pessoa humana. O resgate da cidadania e a promoção de justiça social é o módico preço que a indústria da saúde e bem-estar, uma das mais rentáveis do mundo, haverá de pagar para explorar comercialmente a droga que é historicamente objeto de preconceitos, discriminações e violações de direitos.

⁸² “(...) as origens históricas da proibição da Cannabis no território brasileiro são muito anteriores à Ditadura Militar e remontam ao Rio de Janeiro de 1830, quando a Câmara Municipal promulgou a “Lei do Pito Pango”, nome pelo qual a substância era conhecida, que direcionava expressamente a criminalização aos escravos que a consumissem. (...) A legislação proibicionista é racista desde aquela época, pois criminalizava a cultura negra ao reprimir o uso por parte dos escravos e apresentava tratamento diferenciado aos vendedores brancos, penalizados com mera multa”. Cf. IAB, *op. cit.*, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. 2ed, Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BRASIL. Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias - INFOPEN. Período Janeiro a junho de 2022. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em 31/01/2023.

BRASIL. Senado Federal. Uso Medicinal da Cannabis. Brasília: Instituto de Pesquisa DataSenado, 2019.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial as razões da descriminalização). Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre, UFSC, 1996.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 4: Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Brasília: Unb, 2009, p. 439-440.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. As Raízes do Crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 9ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia: Contribuição para Crítica da Economia da Punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

COSTA, Alexandre Bernardino; et. al. A Trajetória Teórica e Prática de O Direito Achado na Rua no Campo dos Direitos Humanos: humanismo dialético e crítica à descartibilidade do ser humano. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 10: Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: Unb. p. 203-215, 2021.

FERREIRA, António Casimiro. Desigualdades, "Efeito Mateus" e Exceção Sócio-jurídica. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (Orgs.) O Direito Achado na Rua Volume 10: Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: Unb. p. 149-152, 2021.

GOES, Luciano; Lívia Sant'Anna Vaz e Chiara Ramos (coord.). Direito penal antirracista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022. IAB. Comissão de Criminologia. Parecer sobre o Projeto de Lei nº 9.796/2018, que cria o Plano Nacional de Enfrentamento ao Homicídio de Jovens. Parecer na Indicação, nº. 74, 2022. Relator: Rafael Borges.

IAB. Comissão de Criminologia. Parecer sobre o Substitutivo da Comissão Especial ao Projeto de Lei nº 399/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre marco regulatório da Cannabis spp. no Brasil. Parecer na Indicação, nº 24/2022. Relatores: Ana Heymann Arruti e Ladislau Porto. Disponível em: <https://iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/parecer-na-indicacao-n-024-2022>. Acesso em 31/01/2023.

KARAM, Maria Lucia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 9, out./dez, 2013.

KAYA MIND. Anuário da Cannabis no Brasil 2022: A Regulamentação da Cannabis no Brasil e seus Desdobramentos no Mercado. São Paulo, 2022, 119p.

LYRA FILHO, Roberto. Para uma visão dialética do direito. In: Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica, 1980. p. 71-73.

MACHADO, Antônio Alberto. Novos paradigmas para a teoria do direito. Em: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; et. al (orgs.). O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito como liberdade. Brasília: UnB, vol. 10, p. 189-202, 2021.

MARONNA, Cristiano Avila. Lei de Drogas interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MIKURIYA, Tod H. Marijuana in medicine. California Medicine, São Francisco: vol. 1, n. 110, 1969.

OAB-RJ. Presidência do Conselho Seccional; Comissão de Segurança Pública; e Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária. Ofício nº 310/GAB/2022. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 14 de junho de 2022.

POLICARPO, Frederico. O papel das Associações Canábicas: o atendimento das demandas por justiça, direito e saúde aos cidadãos brasileiros. In: ZANATTO, Rafael Morato (Org.). Introdução ao Associativismo Canábico. São Paulo: Disparo Comunicação e Educação - IBCCRIM - PBPD, p. 49-53, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

SEMER, Marcelo. Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

ZANATTO, Rafael Morato. Associativismo Canábico: passado, presente e futuro. In: ZANATTO, Rafael Morato (Org.). Introdução ao Associativismo Canábico. São Paulo: Disparo Comunicação e Educação - IBCCRIM - PBPD, p. 25-42, 2020.

171

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL (ADI), STF, DIREITOS HUMANOS E ÀS DIVERSIDADES: POLÍTICAS PÚBLICAS NA PANDEMIA DE COVID-19

Fabricio Ricardo de Limas Tomio¹

¹ Professor Titular de Ciência Política no Departamento de Direito Público/UFPR, Mestre em Sociologia Política pela UFSC (1995) e Doutor em Ciência Política pela UNICAMP (2002), atuando nas Pós Graduações de Direito (PPGD/UFPR) e Ciência Política (PPGCP/UFPR). É pesquisador na área de Ciência Política, coordenador do Grupo de Pesquisa Instituições Políticas e Processo Legislativo (CNPq/UFPR) e do Núcleo de Pesquisa Direito e Política - DIRPOL (PPGD/UFPR)

1. Introdução

Este texto reúne os dados, os achados e as interpretações sobre a jurisdição constitucional no Brasil que integraram a apresentação na mesa redonda “O Estado Democrático de Direito: os direitos humanos para os empobrecidos e excluídos” do I SEMINÁRIO DA JUSTIÇA DA DESIGUALDADE À JUSTIÇA DA DIVERSIDADE, organizado pelo PPGD/FURB, em novembro de 2022. A base de dados (evidências empíricas) sobre a jurisdição constitucional comparada, constantemente atualizada, é um dos resultados de uma série de projetos de pesquisa realizados há um pouco mais de uma década no Grupo de Pesquisa DIRPOL/PPGD – Direito e Política e no Núcleo de Pesquisas CCONS/PPGD (Centro de Estudos da Constituição). Os dados utilizados neste texto descrevem as decisões, entre 2000 e 2022, do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade (ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Para situar os resultados da pesquisa no objeto de debate do seminário, destacamos as decisões em jurisdição constitucional abstrata que trataram, primeiro, de temas sobre os Direitos Humanos e, segundo, das decisões do STF diretamente relacionadas às normas legais que nortearam a atuação do Estado brasileiro nas políticas públicas de enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Entendo que, no processo decisório da jurisdição constitucional, resultante de decisões legislativas e governamentais, os efeitos da implementação das normas legais e das políticas públicas (DH e COVID-19) pelas instituições governamentais estão direta ou indiretamente relacionados à

situação, aos riscos de violência institucional e à possibilidade de respeito à diversidade e ao acesso à justiça pelas pessoas e grupos mais vulneráveis da população brasileira.

Certamente, é difícil idealizar papel mais contramajoritário de uma jurisdição constitucional do que o relacionado à garantia de direitos fundamentais e de diversidade de grupos e pessoas vulneráveis. Direitos constantemente ameaçados por (in)ação institucional de organizações públicas e violados por atos de associações privadas, cujo risco de deterioração se aprofundou durante a Pandemia de COVID-19.

Em março de 2020 o mundo “parou”. A principal preocupação tornou-se uma nova doença respiratória pouco conhecida que exigia ação rápida dos governos. Em certos casos, os governos agiram conforme indicado pela informação científica; em outros, tentaram soluções que se revelaram desastrosas para todos e, sobretudo, para as pessoas mais vulneráveis. No Brasil, algumas das políticas públicas implementadas pelo governo federal pode ser descrita como temerárias e até desastrosas. O próprio presidente, à época, definiu publicamente que a COVID-19 era apenas um “pequeno resfriado” e que não causaria grandes estragos, além de defender que o funcionamento da economia justificava correr o risco de morte pela doença. A atuação do governo federal gerou um conflito federativo com Estados e Municípios que pretendiam implementar as medidas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e instituições de saúde brasileiras. Por diversos motivos e diferentes legitimados, ações constitucionais foram ajuizadas no STF contra normas legais patrocinadas pelo

governo federal (leis, medidas provisórias, decretos e atos administrativos). A vigência de parte considerável dessas normas foi parcial ou totalmente suspensa/anulada em decisões jurisdicionais por violar a Constituição. Diante dessa situação, ao pesquisar as decisões do STF em ADI contra normas legais que regularam a ação estatal na COVID-19, buscou-se determinar se houve mudanças significativas no padrão decisório da Corte e de sua relação com o governo federal incumbente.

Neste sentido, este texto consiste em um estudo descritivo que utiliza uma base de dados com as decisões do STF (liminares e acórdãos, monocráticas e colegiadas) em julgamentos (ADI) sobre a constitucionalidade das normas legais durante seis mandatos presidenciais (2000-2022), com a diferenciação no último mandato das normas legais que regulamentaram temas relacionados ou não relacionados com a COVID-19.

As questões que nortearam a exposição e o estudo envolvem: Qual o impacto do controle de constitucionalidade no processo decisório federal? O controle de constitucionalidade abstrato é relevante para a estabilidade da democracia, para a garantia dos direitos humanos (e às diversidades) e para o consensualismo institucional? Há variações significativas da atuação do STF nos mandatos presidenciais das últimas décadas? O STF decide (e com qual frequência) de forma contramajoritária? Com a pandemia (COVID-19), mudou alguma coisa?

As principais conclusões e achados do estudo demonstram que não houve mudanças significativas nas decisões

do STF, durante o último mandato presidencial, em comparação com mandatos presidenciais anteriores, na jurisdição constitucional de normas jurídicas federais não relacionadas à pandemia de COVID-19. No entanto, na jurisdição constitucional relacionada à pandemia de COVID-19, o STF acolheu e decidiu em favor dos Legitimados (partidos políticos e associações nacionais) e anulou normas legais do governo Bolsonaro que “contradiziam” as recomendações de organismos internacionais e nacionais de saúde (OMS, etc.) na implementação de políticas públicas na pandemia de COVID-19, preservando direitos humanos e de minorias.

2. Decisões do STF e relações judiciário/executivo/legislativo antes da pandemia da COVID-19 – literatura e dados

Nos estudos sobre as instituições jurisdicionais no Brasil e o papel do Judiciário (judicial/constitutional review) nas políticas públicas, no acesso à justiça e nos direitos de cidadania, o tema mais pesquisado é, sem dúvida, a atuação do STF como Corte constitucional. As principais pesquisas têm ensinado muito sobre as formas institucionais, o processo decisório, a produção normativa nas ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF), suas relações com outros tribunais e atores judiciais, os impactos das decisões da Corte. A questão das relações do STF com os demais poderes tem sido mais polêmica, pois a análise do STF na dinâmica das instituições políticas parece assumir um posicionamento normativo sobre o modelo constitucional de 1988 e a democracia desde então. Isso aponta

para o problema mais geral do campo de investigação sobre a jurisdição constitucional: a clareza necessária sobre como combinar análise política e decisão normativa. Obviamente, durante a pandemia do COVID-19, esse aspecto do STF e sua relação com o executivo e maioria legislativa se acentuou.

A literatura sobre a judicialização da política abordou continuamente a atuação das instituições jurisdicionais e dos juízes e qual seria o modelo institucional e seu papel adequado na política brasileira pós CF 1988 (CARVALHO, 1999; CASTRO, 1994 e 1997; KOERNER, 1999; MACIEL e KOERNER, 2002; SADEK, 1995, 1996 e 1998; SADEK e ARANTES, 1994; ARANTES, 1997; TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2017a e 2017b; VIANNA, 1999). A questão das cortes constitucionais em democracia discutida na política comparada (VALLINDER, 1994; TATE e VALINDER, 1995; SHAPIRO e STONE, 1994) foi também reproduzida na análise da jurisdição constitucional no Brasil pós-1988.

O arranjo institucional da jurisdição constitucional instituído pela CF 1988 ampliou o acesso às disputas pela constitucionalidade das normas ao multiplicar os Legitimados, inserindo o Judiciário (em especial, o STF) no processo decisório, legislativo e político democrático. Milhares de demandas (só em ADI, mais de 7 mil, desde 1988) aliadas à ausência de regras decisórias claras que limitem a forma de participação do STF no processo político (prazo para propor ação, prazo para decidir, ordem cronológica na decisão, restrições à decisão monocrática/cautelar versus colegiada/final, etc.) geraram uma forma incomum de jurisdição constitucional. Incomum, quando

comparada ao processo decisório de outras cortes constitucionais (TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2017a).

Não existe uma abordagem teórico-metodológica única para lidar com as instituições judiciais no exercício da jurisdição constitucional (ROMANELLI e TOMIO, 2015). Os estudos sobre a jurisdição constitucional em seus aspectos institucionais e comparativos, na Ciência Política, no Direito e em outras áreas, têm ampliado o conhecimento descritivo e analítico sobre a participação do STF no processo político. Vários grupos de pesquisa dedicando-se sobre o STF, analisando o conteúdo de milhares de ADI e seus julgamentos, chegaram a conclusões semelhantes sobre: a presença do STF no processo decisório, a concentração de julgamentos na esfera subnacional por demanda de governadores e do PGR (Procurador Geral da República) contra a iniciativa legislativa das Assembleias (por vício formal de iniciativa e competência, respectivamente), o sucesso mais acentuado de legitimados institucionais (PGR) e de associações de carreiras jurídicas (OAB e Associações Nacionais de autoridades judiciais) em suas demandas de inconstitucionalidade contra normas federais, a baixa taxa de sucesso na numerosa e ampla gama de demandas de juízos de inconstitucionalidade (ADI) propostas por Partidos Políticos e Confederações/Associações Nacionais. (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007; CARVALHO, 2009 e 2010; TAYLOR e DA ROS, 2008; POGREBINSCHI, 2012; TOMIO e ROBL, 2013b, 2015; OLIVEIRA, 2016).

Porém, são poucos os estudos que descrevem e buscam explicar com evidências empíricas o controle abstrato de

constitucionalidade brasileiro em uma perspectiva comparada, investigando as decisões do STF em relação a outras Cortes Constitucionais e Tribunais Superiores da América Latina e da Europa com prerrogativas similares (TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2017a e 2017b). Nesse campo fundamental para a compreensão do controle de constitucionalidade brasileiro muitos recorrem somente a estudos comparativos sobre o processo decisório das Cortes Constitucionais que não incluem o STF (BZDERA, 1993; FIGUEROA e TAYLOR, 2006; ALIVIZATOS, 1995; GAROUPA e GREMBI, 2015).

Ou seja, no atual estado da arte da investigação sobre a jurisdição constitucional abstrata brasileira, podemos dizer, de forma muito mais descritiva e histórica do que preditiva, que as principais constatações sobre as decisões em ADI contra a constitucionalidade de normas legais federais o STF decidiu com maior frequência: a favor da União e contra legitimados/normas dos Estados; a favor da posição do Governo/Coalizão (Executivo e maioria parlamentar no Congresso) e contra às demandas de legitimados vinculados a agremiações (Partidos e Confederações/Associações) (TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2017; ROMANELLI, 2014).

Além disso, ao se considerar todas as ADI, contra normas legais federais e estaduais, os atores (Legitimados) institucionais com maior taxa de sucesso das decisões de declaração de inconstitucionalidade pelo STF são os Governadores de Estado e o PGR. Historicamente, o PGR tem alto índice de sucesso na anulação de normas legais: quase uma em cada duas ADI propostas resulta na declaração de

inconstitucionalidade de normas legais federais e estaduais. O PGR e os governadores protagonizam a declaração de inconstitucionalidade de normas legais estaduais. Os partidos políticos e associações nacionais têm uma baixa taxa de sucesso em suas ações de inconstitucionalidade.

3. Base de dados, análise e variáveis:

Conforme descrito, esse texto tem como objeto a jurisdição constitucional abstrata (ADI) pelo STF como parte do processo decisório e o impacto destas nas políticas públicas na pandemia de COVID-19. Esta jurisdição, especificamente quando relacionada à normas em temas de Direitos Humanos e políticas públicas na pandemia da COVID-19 são tratadas nesta análise como um proxy (variável) que descreve ações governamentais relacionadas à situação, aos riscos de violência institucional e à possibilidade de respeito à diversidade e ao acesso à justiça pelas pessoas e grupos mais vulneráveis da população brasileira.

O processo decisório judicializado no STF é tratado como um conjunto de interações entre atores institucionais (individuais e coletivos) que produzem um conjunto de resultados políticos, dependente da variação das regras institucionais (“regras do jogo”) e determinantes políticos sobre os incentivos e estratégias dos atores político-institucionais. As variáveis explanatórias/independentes e dependentes desta análise exploratória são:

VARIÁVEIS INDEPENDENTES/EXPLANATÓRIAS:

- NÍVEL_ADI – Nível institucional (FEDERAL ou ESTADUAL) da Norma Legal (Emendas Constitucionais, Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Atos Administrativos) que é objeto de uma ADI por um Requerente Legitimado;
- MANDATO_PRESIDENTE (2000/2022) – FHC (2000/2002), Lula (2003/2010), Dilma (2011/2016), Temer (2016/2018) e Bolsonaro (2019/2022);
- REQUERENTE_LEGITIMADO – Atores Institucionais e políticos com competência constitucional para requerer o julgamento de uma ADI contra norma legal a ser julgada pelo STF: Presidente, Congresso, PGR, Partidos Políticos, Governadores, Legislativo Estadual, OAB, Confederação/Associação Nacional;
- COVID_STF – autoclassificação (pelo STF) do objeto das ADI julgadas ou em tramitação (ADI contra "normas legais relacionadas à Pandemia da COVID-19" e ADI contra demais normas legais).

VARIÁVEL DEPENDENTE:

- DECISÃO_STF (decisão liminar e/ou final) – sucesso (declaração de INCONSTITUCIONALIDADE) ou insucesso (CONSTITUCIONALIDADE) do requerente da ADI contra o conteúdo da Norma Legal (parcial/integral e provisória/permanente) através do julgamento do

STF. A variável é descrita de forma binária (“em favor”/”contra” o legitimado) e, nas decisões de inconstitucionalidade, para interpretação, descrita em três variações de decisões em julgamento (ver Tabela 1), sendo também expressa como uma taxa (razão) por mandato presidencial, legitimado, nível institucional e tema da ADI.

Tabela 1. Classificação das Decisões do STF em julgamento de ADI sobre a Inconstitucionalidade/Constitucionalidade da Norma Legal

INCONSTITUCIONALIDADE			CONSTITUCIONALIDADE
(parcial/integral e provisória/permanente) da Norma Legal (“em favor” do legitimado)			da Norma Legal (“contra” o legitimado)
liminar e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (em favor do legitimado) e decisão final (contra o legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (contra o legitimado ou aguardando julgamento)

A variável dependente da análise exploratória é (a taxa de) o sucesso/insucesso do requerente legitimado em obter uma declaração de inconstitucionalidade da norma legal no julgamento do STF. Decisões "em favor do legitimado" são aqui tratadas como proxy de "derrotas" do governo/coalizão

parlamentar na Corte constitucional. Certamente, esta é uma interpretação limitada e imprecisa. O próprio governo pode ser o requerente (Presidente, Congresso) de uma ADI (evento raro) ou o governo pode ser indiferente à declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal federal aprovada pela maioria legislativa, inclusive com o apoio majoritário da coalizão parlamentar governista, não pressionando política e juridicamente o Tribunal por uma decisão ou uma não decisão (protelando o julgamento) favorável à constitucionalidade da norma legal no julgamento. Uma outra forma de interpretar a posição do governo pode ser pelo exame detalhado da manifestação do AGU em cada julgamento de ADI pelo STF (ROMANELLI, 2016), o que, pelo tempo e volume de trabalho necessário, não é viável nesta análise exploratória.

O principal objetivo da variável dependente nesta exposição é descrever a taxa de declaração de inconstitucionalidade de normas legais federais, por mandato presidencial e objeto da norma, sendo que a nulidade de uma norma legal pode ser diferenciada em três tipos de decisões no conjunto dos julgamentos do STF (Tabela 2).

Tabela 2. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais FEDERAIS – por Mandato Presidencial (2000-2022)

Mandato Presidente	INCONSTITUCIONALIDADE (parcial/integral e provisória/permanente) da Norma Legal (“em favor” do legitimado)			CONSTITUCIONALIDADE da Norma Legal (“contra” o legitimado)	TOTAL
	liminar e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (em favor do legitimado) e decisão final (contra o legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (contra o legitimado ou aguardando julgamento)	
FHC (2000/02)	11 3%	25 6%	53 12%	340 79%	429
Lula (2003/10)	7 1%	22 4%	63 12%	417 82%	509
Dilma (2011/16)	8 3%	14 5%	43 14%	241 79%	306
Temer (2016/18)	7 3%	14 6%	27 12%	184 79%	232
Bolsonaro (2019/22)	5 1%	74 20%	15 4%	280 75%	374
Bolsonaro (Não COVID)	5 2%	38 13%	13 4%	239 81%	295
Bolsonaro (COVID)	0 0%	36 46%	2 3%	41 52%	79
TOTAL	38 2%	149 8%	201 11%	1.462 79%	1.850

Fontes: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 2.743 decisões (liminar ou decisão final) em 1.850 ADI julgadas contra normas legais federais (2000-10/18/2022); “Painel de Ações COVID” (148 decisões em 79 ADI julgadas

contra normas legais federais, 2000-10/18/2022,
https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html).

O desenho da pesquisa verifica se no último mandato da Presidência da República (Bolsonaro, 2019-2022) houve um conflito político e institucional entre o Governo e o STF. E, como resultado, evidenciar se essa relação entre os poderes executivo e judiciário resultou (hipóteses exploratórias): (1) em uma alteração no padrão decisório do STF no controle de constitucionalidade abstrato (ADI) de normas legais federais; (2) ou, se a mudança no padrão decisório do STF limitou-se às normas legais que regulamentaram as políticas públicas federais voltadas à Pandemia da COVID-19. Como não há, neste estudo, um exame aprofundado de cada uma das ADI, o indicador utilizado para mensurar a possível variação no padrão decisório do STF (e, da relação judiciário/executivo) é a taxa sucesso dos requerentes legitimados em obter declarações de inconstitucionalidade no julgamento de ADI com a consequente anulação da vigência de normas legais federais editadas/sancionadas pelo governo e coalizão (maioria parlamentar). Secundariamente, para ampliar a interpretação dessa relação entre os poderes, verifico a variação das decisões do STF em ADI por Legitimado, sobretudo no último mandato do Presidente Bolsonaro (ver Tabela 3).

Tabela 3. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais FEDERAIS –Mandato Presidente Bolsonaro (2019-2022), por Requerente Legitimado

COVID/ Não COVID	INCONSTITUCIONALIDADE (parcial/integral e provisória/permanente) da Norma Legal (“em favor” do legitimado)			CONSTITUCIONALIDADE da Norma Legal (“contra” o legitimado)	TOTAL
	liminar e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (em favor do legitimado) e decisão final (contra o legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (contra o legitimado ou aguardando julgamento)	
Requerente Legitimado (2019/2022)					
COVID (Total)	0	36	2	41	79
Confederação/Associação	0	8	0	15	23
Governadores	0	1	0	3	4
OAB	0	2	0	1	3
Partido Político	0	23	2	19	44
Presidente	0	2	0	2	4
PGR	0	0	0	1	1
Não COVID (Total)	5	38	13	239	295
Assembleia Estadual	0	0	0	2	2
Confederação/Associação	2	7	3	113	125
Governadores	0	0	1	12	13
OAB	0	1	1	11	13
Partido Político	3	28	5	89	125
Cidadão (não legitimado)	0	0	0	1	1
Presidente	0	2	0	1	3
PGR	0	0	3	10	13
TOTAL	5	74	15	280	374

Fontes: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 2.743 decisões (liminar ou decisão final) em 1.850 ADI julgadas contra normas legais federais (2000-10/18/2022); “Painel de Ações COVID” (148 decisões em 79 ADI julgadas contra normas legais federais, 2000-10/18/2022, https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html).

A base de dados empírica dessas evidências é: uma seção de 2.743 decisões do STF em 1.850 julgamentos de ADI contra normas legais federais entre 2000 e 2022 (ver Tabela 2), em cinco mandatos presidenciais (FHC, Lula, Dilma, Temer e Bolsonaro); e, uma subseção de 148 decisões do STF em 79 julgamentos de ADI interpostas contra normas legais federais que legislaram sobre as políticas públicas na Pandemia COVID-19, na Presidência de Bolsonaro (ver Tabela 3).

Além disso, dentro do escopo do seminário em que teve lugar essa exposição, direito às diversidades, são descritos todos os julgamentos de ADI que trataram de temas de Direitos Humanos, diferenciando o nível institucional (federal/estadual) da norma legal contra a qual foi requerida a declaração de inconstitucionalidade pelo STF (ver Tabela 4). Como antecipado, na introdução, entendo que o conjunto do processo decisório da jurisdição constitucional, particularmente, nos efeitos da implementação das normas legais e das políticas públicas (DH e COVID-19) pelas instituições governamentais, constituem uma intersecção com o debate acadêmico e a atuação de organizações sociais que se dedicam à situação, aos riscos de violência institucional e à possibilidade de respeito à diversidade e ao acesso à justiça pelas pessoas e grupos mais vulneráveis.

A base de dados empírica na exposição reúne: 8.218 decisões do STF em 5.664 julgamentos de ADI contra normas legais federais e estaduais, entre 2000 e 2022; sendo que, dentro deste conjunto, classifiquei 72 ADI requeridas pelos Legitimados em temas de “Direitos Humanos” (cerca de 1,3% do total, ver Tabela 4).

Tabela 4. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais ESTADUAIS e FEDERAIS (2000-2022) – ADI Total e ADI em temas de Direitos Humanos

ADI Direitos Humanos (DH)/ ADI Outros Temas	INCONSTITUCIONALIDADE (parcial/integral e provisória/permanente) da Norma Legal (“em favor” do legitimado)			CONSTITUCIONALIDADE da Norma Legal (“contra” o legitimado)	TOTAL
	liminar e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (em favor do legitimado) e decisão final (contra o legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (em favor do legitimado)	liminar (sem liminar ou contra o legitimado) e decisão final (contra o legitimado ou aguardando julgamento)	
ADI DH (proxy Diversidades)	6	14	25	27	72
Norma Legal ESTADUAL	3	5	4	5	17
Norma Legal FEDERAL	3	9	21	22	55
ADI (TOTAL)	293	284	1.647	3.440	5.664
Norma Legal ESTADUAL	255	135	1.431	1.845	3.666
Norma Legal FEDERAL	38	149	216	1.595	1.998

Fonte: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 8.218 decisões (liminar ou decisão final) em 5.664 ADI julgadas contra normas legais (2000-10/18/2022).

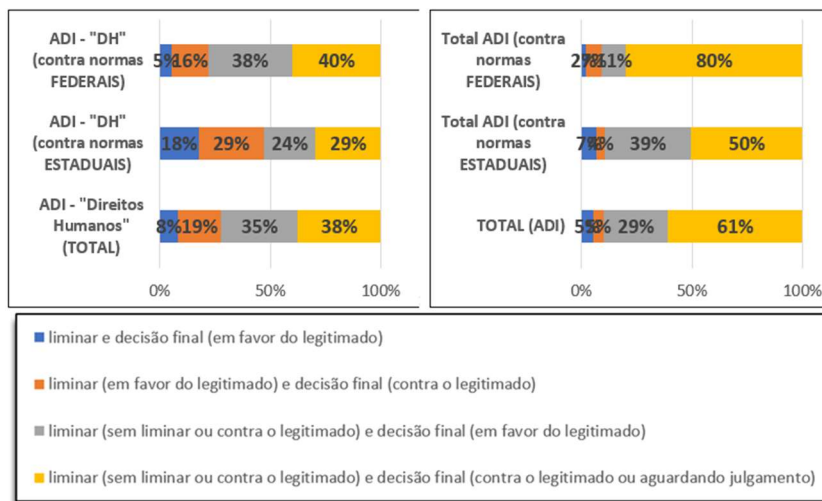
4. Evidências empíricas: julgamentos de adi sobre direitos humanos (direito às diversidades)

A imensa maioria das ações (ADI) requerendo a inconstitucionalidade de normas legais (federais e estaduais) não está relacionada com questões de Direitos Humanos. Provavelmente, outras classes de ações no controle concentrado de constitucionalidade sejam a via mais comum para a garantia, via jurisdição do STF, do direito às diversidades, sobretudo envolvendo casos concretos de violações de Direitos Humanos. Entretanto, mesmo sendo pouco numerosa, comparado ao total de ADI requeridas e julgadas, a ocorrência de 72 demandas pela inconstitucionalidade de uma norma legal que, potencialmente, amplia o risco de violência institucional e violação de direitos de pessoas e grupos mais vulneráveis não é irrelevante. Alguns exemplos de ADI nesta esfera de direitos demonstram a importância destes julgamentos pelo STF:

- **ADI 4275** (01/03/2018): Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Julgamento: Ação julgada PROCEDENTE.
- **ADI 5543** (11/05/2020): Art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da resolução da diretoria colegiada – RDC n. 34/2014 da Anvisa. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Julgamento: Ação julgada PROCEDENTE.

- **ADI 3330** (03/05/2012): MP N° 213/2004, convertida na LEI N° 11.096/2005. Programa Universidade para Todos – PROUNI. Ações afirmativas do estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. Julgamento: NÃO CONHECIDA. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes.
- **ADI 3239** (08/02/2018): Decreto N° 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Autoatribuição. Terras ocupadas. Desapropriação. Art. 2º, caput e §§ 1º, 2º e 3º, e art. 13, caput e § 2º, do Decreto N° 4.887/2003. Julgamento: IMPROCEDÊNCIA da Ação.

Gráfico 1. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais ESTADUAIS e FEDERAIS (2000-2022) – ADI em temas de Direitos Humanos e Total de ADI



Fonte: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 8.218 decisões (liminar ou decisão final) em 5.664 ADI julgadas contra normas legais (2000-10/18/2022).

Entre 2000 e 2022, a taxa de sucesso dos requerentes legitimados em decisões do STF nas ADI contra normas legais com potencial de violação de Direitos Humanos é muito mais acentuada quando comparado aos demais julgamentos de ADI (63% e 38%, respectivamente, ver Gráfico 1). Dito de outra forma, a probabilidade (como razões de chances) de uma ADI requerida contra uma norma por violar Direitos Humanos ter a sua inconstitucionalidade julgada pelo STF (em liminar e/ou decisão final; parcial/integralmente e

provisória/permanentemente) é 2,61 vezes (ou 161% maior) comparado a uma ADI relacionada a outros temas do direito. Se a ADI for proposta contra uma norma legal federal, as razões de chances de um julgamento favorável ao requerente são ainda mais expressivas: uma ADI contra uma norma legal federal, em temas de Direitos Humanos, tem 6,38 vezes mais razões de chances (ou 538% maior) de ter a sua inconstitucionalidade julgada pelo STF, comparada a outra ADI contra norma legal federal. Numa interpretação muito provisória, dado o caráter exploratório da análise, e sem entrar no mérito e qualidade de cada ação de inconstitucionalidade, seria possível afirmar que, nas últimas décadas, em julgamentos de ADI contra normas legais por violação constitucional de Direitos Humanos a maioria dos membros do STF teve uma um perfil decisório tipicamente classificado como contramajoritário.

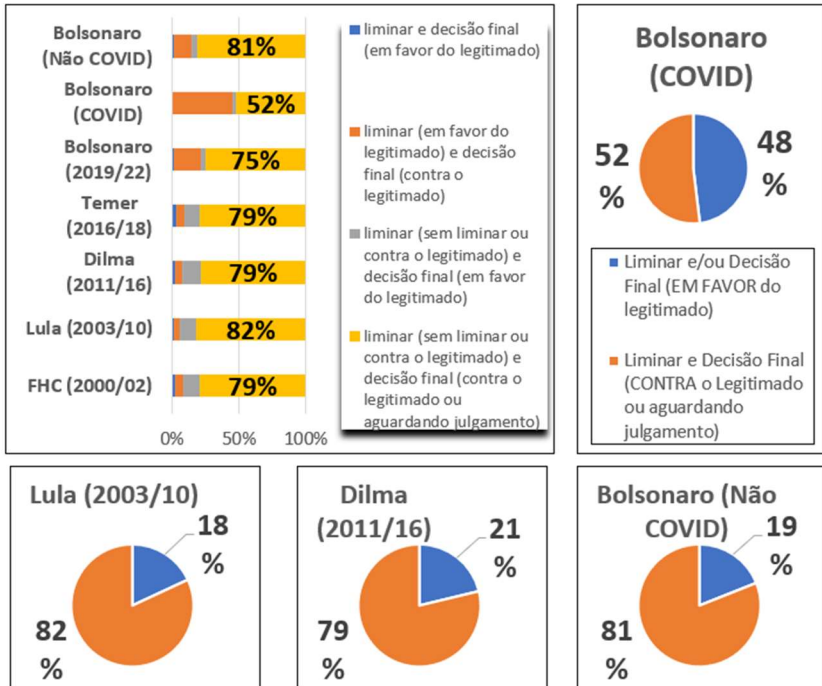
5. Evidências empíricas: e, com a pandemia da COVID-19, algo mudou nas decisões do STF e na relação executivo/judiciário?

Na segunda parte da exposição, que compara as evidências empíricas do processo decisório (relações executivo-legislativo/judiciário) na jurisdição constitucional, em cinco mandatos presidenciais e das políticas públicas de enfrentamento à pandemia de COVID-19 (entendido como um proxy de riscos de violência, pelas instituições governamentais, aos direitos humanos de pessoas e grupos mais vulneráveis), a análise exploratória permite interpretações provisórias semelhantes.

Como pode ser observado no Gráfico 2, o possível confronto entre STF e o governo Bolsonaro nos julgamentos de ADI parece estar restrito às ADI contra normas legais federais que regulamentavam aspectos de políticas públicas relacionadas à Pandemia de COVID-19. No restante das ADI julgadas contra normas legais federais, ao menos em termos percentuais, não há diferenças significativas nos resultados dos julgamentos (liminar ou decisão final) entre o mandato presidencial de Bolsonaro e os governos anteriores (Temer, Dilma, Lula e FHC).

Para a interpretação da descrição exposta, no primeiro tipo de gráfico (gráfico de barras, Gráfico 2) foi destacado os percentuais de taxa de insucesso do conjunto de requerentes legitimados no julgamento pelo STF das ADI (julgamento contra o requerente ou ADI aguardando o julgamento). Na maioria dos julgamentos em favor do requerente (que compõe a taxa de sucesso), a decisão do STF envolveu a suspensão da vigência da norma legal (em liminar) e a decisão final contra o requerente. Nestes casos, em geral, o trânsito em julgado resultou em “Prejuízo”, “Extinção do Processo”, “Perda do Objeto”. Na interpretação das evidências empíricas isto é tratado como um julgamento em favor do requerente porque o efeito pretendido através da ADI foi alcançado, com o governo anulando/alterando a norma legal (ato administrativo), a medida provisória perdendo a vigência ou a lei decorrente convertida pelo congresso com emendas supressivas da parte cautelarmente declarada inconstitucional. Esta situação, decisões liminares pelo STF, efetivamente convertem o controle constitucional sucessivo (ADI) em um veto preventivo.

Gráfico 2. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais FEDERAIS (2000-2022) – por mandato presidencial.

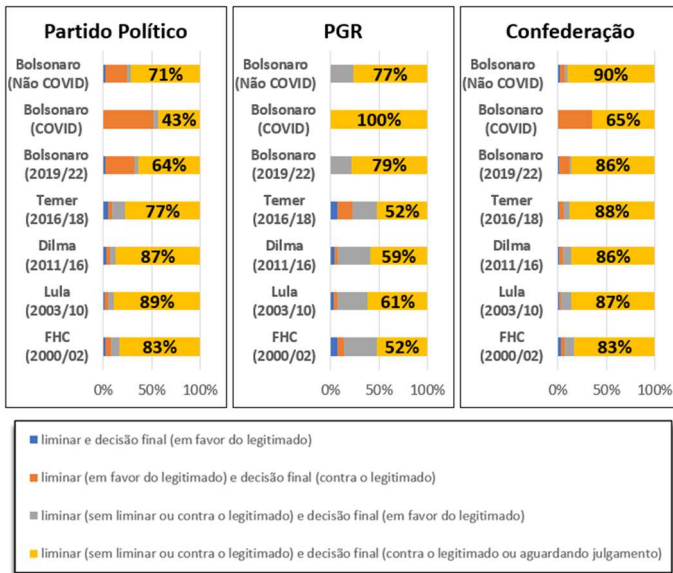


Fontes: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 2.743 decisões (liminar ou decisão final) em 1.850 ADI julgadas contra normas legais federais (2000-10/18/2022); “Painel de Ações COVID” (148 decisões em 79 ADI julgadas contra normas legais federais, 2000-10/18/2022, https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html).

No segundo tipo de gráfico (gráficos de pizza, Gráfico 2) foram agrupadas todas as ADI que tiveram decisão favorável ao requerente (liminar e/ou decisão final) e resultam na

declaração de inconstitucionalidade da norma legal (parcial/integral e temporária/ permanente). O objetivo é facilitar a visualização da variação nas taxas de sucesso dos requerentes em anular uma norma legal federal durante o mandato de um presidente, que é interpretado (de forma limitada) como proxy de "derrotas" do governo/coalizão parlamentar no STF. Neste sentido, reiterando a interpretação, com exceção de ADI sobre COVID-19, não parece haver nenhuma mudança significativa na relação entre STF e governo/coalizão nos mandatos presidenciais das últimas duas décadas.

Gráfico 5. Decisões do STF em Julgamentos de ADI contra Normas Legais FEDERAIS (2000-2022) – por mandato presidencial e requerente legitimado (Partido Político, PGR e Confederação/Associação Nacional)



Fontes: STF, “Estatísticas – Corte Aberta” (https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html), 2.743 decisões (liminar ou decisão final) em 1.850 ADI julgadas contra normas legais federais (2000-10/18/2022); “Painel de Ações COVID” (148 decisões em 79 ADI julgadas contra normas legais federais, 2000-10/18/2022, https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html).

No Gráfico 3, seguindo a interpretação do gráfico anterior (barras e percentuais de taxa de insucesso) e diferenciando os principais requerentes legitimados, é possível perceber que o resultado do julgamento da ADI requerida por PARTIDO POLÍTICO contra normas legais federais é atípico no governo Bolsonaro: No requerimento de ADI contra as normas que regularam as políticas públicas do enfrentamento à Pandemia de COVID-19, a taxa de sucesso dos partidos chega a 57% de decisões favoráveis no mandato de Bolsonaro. Mesmo nas demais ADI requeridas por partidos no último governo contra normas federais as decisões favoráveis nos julgamentos do STF são superiores aos verificados em mandatos de governos anteriores, inclusive no Governo Temer (2016/18), que havia sido o mandato no qual os partidos obtiveram a maior êxito na declaração de inconstitucionalidade em ADI requeridas contra as normas legais federais.

De forma semelhante aos partidos, as evidências presentes no Gráfico 3, revelam que as CONFEDERAÇÕES/Associações Nacionais, enquanto requerentes legitimados, tiveram um desempenho historicamente incomum (taxa de sucesso) no resultado dos julgamentos de ADI contra as normas que regularam as políticas públicas do enfrentamento à Pandemia de

COVID-19 (35% de decisões favoráveis do STF, em liminar ou decisão fina).

Por fim, no mesmo gráfico é possível perceber que o desempenho (requerimentos de ADI e taxa de sucesso) de outro requerente legitimado (o PGR) durante o governo Bolsonaro também é atípico, quando comparado aos demais mandatos presidenciais. O PGR não esteve presente no requerimento de ADI contra as normas que regularam as políticas públicas do enfrentamento à Pandemia de COVID-19 e, nas ADI requeridas contra outras normas legais federais no governo Bolsonaro, o PGR teve a menor taxa de sucesso (33%) no seu histórico na declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de ADI pelo STF. De fato, o desempenho institucional do PGR, que sempre foi o legitimado com maior êxito nas ações requeridas (ADI) contra normas federais, foi incomum no último mandato presidencial. No governo de Bolsonaro, o PGR, aparentemente, atuou como “amigo” do governo (ou parte da coalizão de governo).

6. Conclusões

A primeira conclusão da exposição, limitada pela análise exploratória, mas fundamentada em achados derivados de evidências empíricas, é a de que, em julgamentos de ADI contra normas legais por violação constitucional de Direitos Humanos, a maioria dos membros do STF teve um perfil decisório tipicamente classificado como contramajoritário nas últimas duas décadas.

A conclusão seguinte evidencia que não houve variações significativas nas decisões do STF durante o último mandato presidencial, em comparação com mandatos presidenciais anteriores, na judicialização constitucional de normas legais federais não relacionadas à pandemia de COVID-19. Ou seja, o STF não foi um obstáculo contramajoritário ou oposição de forma generalizada ao governo Bolsonaro (e a governos anteriores). Como é possível constatar, nos resultados dos julgamentos de ADI contra as normas legais que regularam as demais iniciativas legislativas e administrativas do governo Bolsonaro, a taxa de sucesso do conjunto dos requerentes, ao menos em termos percentuais, não foi significativamente diferente da encontrada historicamente.

Como última conclusão é possível observar na jurisdição constitucional de normas legais federais relacionadas à pandemia de COVID-19 que o STF claramente acolheu e decidiu em favor dos requerentes legitimados. Contudo, atipicamente, por meio de ADI requeridas por atores institucionais incomuns: Partidos Políticos e Confederações/Associações Nacionais. Esses legitimados, historicamente, em outros mandatos presidenciais, tiveram baixos índices de sucesso em obter a declaração de inconstitucionalidade de normas legais federais. Parece que a mudança de padrão de atuação institucional do PGR no último governo, que sempre foi o legitimado mais prestigiado pelo STF para anular normas legais federais que conflitassem com a Constituição, o STF acolheu e decidiu em favor de outros legitimados e anulou atos administrativos e decretos (Medidas Provisórias) do governo Bolsonaro e iniciativas legislativas da

coalizão parlamentar que “contrariaram” recomendações de organismos internacionais e nacionais de saúde na implementação de políticas públicas de enfrentamento à pandemia de COVID-19. Não é, exatamente, um exemplo frequente de atuação contramajoritária de uma Corte constitucional, dado que a posição do próprio governo federal era minoritária em relação às demais lideranças da federação e da maioria parlamentar. Porém, os efeitos, diante de prerrogativas legislativas do executivo federal, assemelharam-se ao contramajoritarismo em um arranjo constitucional e democrático.

Com as devidas ressalvas, as evidências indicam uma mudança no padrão decisório da Corte constitucional brasileira em relação ao último Presidente, revelando uma maior anulação/suspensão pelo STF de normas legais do Executivo federal. Portanto, dentre os achados do estudo está a constatação de que o papel central na implementação institucional de políticas públicas, normalmente ocupado pelo Presidente da República e maioria parlamentar (coalizão), foi ocupado, em normas e políticas públicas relacionadas à Pandemia de COVID-19, pelo STF, configurando uma situação incomum no consensualismo institucional da democracia brasileira posterior à CF1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALIVIZATOS, Nicos. Judges as veto players. In: DÖRING, H., *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. Frankfurt: Campus, 1995.

ARANTES, Rogério B. Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Sumaré/FAPESP, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, V 37n 01, 13-32, Jan.–Abr. 2018.

BORGES, Fernanda da Silva e Sandro Ballande ROMANELLI. Supremo Espetáculo: aproximações sobre as imagens públicas do STF. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, V. 21 N. 1, P. 199-235, JUL./DEZ. 2016.

BRINKS, Daniel. 'Faithful Servants of the Regime': the Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: G. HELMKE; e J. RÍOS-FIGUEROA (Ed.). *Courts in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge U.P., 2011, p.128-153

BZDERA, A. Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review, *Canadian Journal of Political Science*, XXVI:1, march 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Os dilemas do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Política Hoje*, v. 1, n. 10, p. 153-168, 1999.

_____. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, Lisboa, n. 191, v. 44, p. 315-335, abr. 2009.

_____. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, v. 12, n. 23, 2010.

CASTRO, Marcus Faro. Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. *Cadernos de Ciência Política*, 7, 1993.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, p. 147-156, 1997.

FIGUEROA, J. R. e Taylor, M. M., Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico. *Journal Latin American Studies*, núm. 38, 2006.

GAROUPA, Nuno e GREMBI, Veronica. Judicial Review and Political Partisanship: Moving from Consensual to Majoritarian Democracy. *International Review of Law and Economics*, 2015.

GÖZLER, Kemal. Judicial review of constitutional amendments: a comparative study. Turkey: Ekin Press Gözler, 2008.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma do judiciário. *Novos estudos CEBRAP*, v. 54, p. 5, 1999.

MACIEL, Débora A. e KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. *Lua Nova*. 57: 113-134 p. 2002.

MARONA, Marjorie Corrêa; DA ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, v. 25, n. 62, p. 131-156, 2017.

MICHENER, Gregory; PEREIRA, Carlos. A Great Leap Forward for Democracy and the Rule of Law? Brazil's Mensalão Trial. *Journal of Latin American Studies*, v. 48, n. 3, p. 477-507, 2016.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça

à soberania popular? *Revista Quaestio Iuris*, v. 5, n. 2, p. 256-285, 2012.

NOTHAFT, Raíssa Jeanine. A judicialização da política como ferramenta dos partidos governistas (1995-2010). *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, v. 21, n. 1, p. 264-285, 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. STF: do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

_____. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo social*, v. 28, n. 1, p. 105-133, Apr. 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados-Revista de Ciências Sociais*, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

PACHECO, Cristina Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e a reforma do Estado: uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). *Appris*, 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. Suprema (in) dependência: mecanismos da relação entre governos e o Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) em direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.
<https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/44038>

_____; TOMIO, Fabricio R. L. Origins for the judicialization of politics in Brazil – historical and institutional aspects.

Constituição, Economia e Desenvolvimento. vol. 7, n. 13, Jul.-Dez. p. 317-342, 2015.

SADEK, Maria T. (Org.). Uma introdução ao sistema de justiça. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.

_____. O Judiciário em questão. São Paulo em Perspectiva, v. 10, p. 4, 1996.

_____. Corpo e alma da magistratura brasileira. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 13, n. 38, 1998.

_____; ARANTES, Rogério. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. Revista USP, 21, p. 34-45. 1994.

SHAPIRO, N. L; STONE, A. The new constitutional politics of Europe. Comparative Political Studies, 26, 4: 397-420, 1994.

SILVA, Jeferson Mariano. MAPEANDO O SUPREMO: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017) 1. Novos Estudos CEBRAP, n. 110, p. 34-54, 2018.

TAYLOR, Mathew. M. Judging Policy - Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford U.P. 2008.

_____; DA ROS, L. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados-Revista de Ciências Sociais. v. 51, n. 4, p. 825-864. ago. 2008.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (orgs.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical legal research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, G. S.; VESTENA,

C. A. (org.) Direito e experiências jurídicas: debates práticos, v.2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013b.

_____. Abstract judicial review in the Brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal): Theoretical structures and empirical analysis of 25 years of abstract judicial review under the 1988 Brazilian Federal Constitution. *Przeegląd Prawa Konstytucyjnego (Polish Constitutional Law Review)*, v. 21, p. 11-37, 2015.

_____; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, feb. 2017a.

_____. Comparative studies of constitutional courts: the role of abstract judicial review and consensualism in decisional process and in democratic stability. *Revista Jurídica*, v. 21, n.º. 45, p. 155 - 188, maio/ago. 2017b.

VALLINDER, T. The judicialization of politics - a world-wide phenomenon: introduction. *International Political Science Review*, 15, 2, 91-9, 1994.

VIANNA, Luís Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

204

O PARADOXO DAS CIDADES INTELIGENTES E A NEGLIGÊNCIA DA GESTÃO PÚBLICA EM NOSSAS VIDAS: O CASO DO SANEAMENTO

José Irivaldo Alves Oliveira Silva¹

¹ Professor Associado da Universidade Federal de Campina Grande. Foi professor visitante na Universidad de Alicante. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em Gestão de Águas pela Universidad de Alicante, Espanha. Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-Doutorando do Instituto René Rachou, Fiocruz Minas Gerais no grupo de pesquisa Privaqua.

1. Introdução

No campo do estudo sobre planejamento urbano, incluindo pesquisas sobre a vida em cidades, a abordagem sobre meio ambiente e saúde deve ser obrigatória, notadamente, em consideração à política pública de saneamento. Essa tem um impacto direto na qualidade ambiental e na saúde da população. A pandemia da Covid 19 tem chamado a atenção acerca da importância do saneamento no que se refere ao monitoramento da qualidade dos resíduos e de sua carga viral, sendo mais um fundamento de sua importância para o planejamento de cidades, o seu caráter preventivo e de diagnóstico de doenças e, portanto, da qualidade de vida das pessoas.

Dessa forma, o presente capítulo enfrentará o seguinte problema: o saneamento tem sido uma negligência do setor público, o que dificulta a implementação de cidades inteligentes? Portanto, tem como objetivo verificar dados bibliográficos e secundários no sentido de avaliar se há fundamento em responsabilizar o poder público pela situação ruim dessa política pública. Pode parecer óbvio a conclusão de que o poder público tem responsabilidade, porém em sede de gestão pública é preciso avaliar o planejamento, a previsão orçamentária, o que efetivamente foi executado e implementado.

Portanto, pretende-se abordar a constituição, ao longo dos anos, de uma crise hídrico-sanitária que se considera como sendo a grande endemia que os brasileiros enfrentam atualmente nas cidades e também no campo. Tem-se uma população de mais de 200 milhões de habitantes que padece de serviços básicos nas

idades e no campo. Uma política pública de saneamento básico bem desenvolvida, certamente, resultará, em bons resultados na saúde, em economia de recursos e uma população mais preparada e resiliente para possíveis endemias e pandemias futuras.

Para isso analisaram-se referenciais bibliográficos importantes no campo do planejamento urbano ligado à política de recursos hídricos e saneamento, bem como realizaram-se análises documentais, considerando leis e outros documentos legais no contexto de uma metodologia indutiva. Dessa forma, o capítulo foi dividido em crise hídrico-sanitária e ambiental, análise da legislação de saneamento, as perspectivas orçamentárias para os pequenos municípios e finalizando com as conclusões.

2. Pressupostos teóricos do paradigma das “cidades inteligentes”

Segundo Guimarães (2018) o conceito de smart city, ou cidade inteligente, surge pela primeira vez em 1992 num conjunto de publicações em um congresso de tecnologia em São Francisco, Califórnia. Para ele o objetivo era focar no desenvolvimento de uma infraestrutura inovadora e eficaz para fomentar o crescimento econômico em função da enorme competitividade existente no mundo nos anos 90 do século passado. Esse conceito está muito parecido com o que se transformou o conceito de “desenvolvimento sustentável”, que acabou incluindo tudo o que foi possível em detrimento do principal, a preservação da natureza e sua conciliação com o modelo de desenvolvimento.

É importante destacar que a aplicação de tecnologias inovadoras, especialmente no campo das tecnologias da informação e comunicação continuam sendo também fundamentais para se ter um modelo de cidade inteligente, inclusiva e uma sociedade cidadã inteligente, essa última caracterizada por um alto nível de integração (WIESMETH et al.2020). Além disso, esse conceito de smart cities fundamenta-se também na concepção de acesso público à informação na sua compreensão enquanto direito fundamental e humano, sendo base das democracias modernas, com previsão nas constituições dos países que se classificam como Estados de Direito (JEFFEREY e STAEHELI, 2016).

Khan e Peter-Anders (2018) compreendem também que esse modelo de cidades inteligentes tem como base um aumento no volume de informações e da movimentação dessas informações que são trocadas em bilhões de dados e possuem uma governança aprimorada e processos participativos para desenvolver serviços públicos adequados, transporte e infraestruturas de energia que possam garantir desenvolvimento socioeconômico sustentável, ambiente saudável, qualidade de vida aprimorada e gerenciamento inteligente de recursos ambientais e naturais.

A isso tudo pode-se adicionar como elemento dessa governança aprimorada a forma como se dá acesso às informações. As cidades são grandes coletoras de quantidades cada vez mais maciças e heterogêneas de dados (texto, vídeo, áudio), alguns deles são estáticos, mas partes cada vez maiores são em tempo real e que tem grande utilidade para a formação do

que se compreende como gestão pública “inteligente”. Esse contexto potencializa uma realidade cada vez mais comum de Big data sendo estratégico principalmente quando se pensa no acesso público a essas informações, considerando o volume, a velocidade (geração em tempo real), a variedade (extremamente heterogênea), a veracidade e o valor (muito útil para aplicativos de negócios e pesquisa) (CESA-RIO, 2018).

Outra questão a ser levada em consideração, atualmente, é a qualidade da atuação de governos e de empresas em face do meio ambiente sendo um dado fundamental para boa parte da população, pois em tempos de pandemia ou de doenças que atingem o mundo inteiro e que tem origem na interferência do ser humano na natureza, muitos querem saber se essa atuação é danosa ou não para o futuro do Planeta, devendo o espaço urbano ser saudável. (WHO, 2019; WHO, 2020). O acesso às informações ambientais deve ser público no que se refere à poluição, ao desmatamento, às queimadas, à biodiversidade, à qualidade da água, à qualidade do esgoto, entre outros dados que possam interessar aos cidadãos no acompanhamento e monitoramento, sendo possível alertar acerca de níveis de preservação que não estejam adequados.

A disponibilização de informações com objetivos ligados ao desenvolvimento sustentável é cada vez mais um requisito essencial no modelo de acesso público e um item fundamental e básico para se ter uma gestão pública “inteligente” e por conseguinte uma cidade inteligente (JANOWSKI et al., 2018). Pode-se citar como exemplo o caso dos resíduos eletrônicos que são um problema global e é preciso monitorar

como está sendo a circulação desses objetos e qual tem sido o destino final desses de forma a não poluir o meio ambiente, uma vez que boa parte deles sai das cidades. (KUMAR et al. 2018). A informação acerca disso pode auxiliar na implementação de políticas ambientais através da pressão exercida pela população e organismos ambientais públicos e privados.

Governos e empresas usam ferramentas de georreferenciamento interligadas a bancos de dados diversos, de tal modo que é possível acompanhar a vida dos cidadãos, os locais que eles frequentam, o que e onde eles compram seus bens, enfim, é possível monitorar as pessoas. Isso já é normal na relação que se tem com a internet e os celulares que funcionam como GPS (Global Positioning System) monitorando as pessoas, servindo para melhorar a vida, bem como sendo útil para governos e empresas privadas para obterem informações.

Está-se direcionando para outro patamar chamado de dados espaciais cibernéticos, com tecnologias mais apuradas de armazenamento de dados e segurança, bem como mais exatidão na coleta das informações e, principalmente, integração desses dados considerando sua heterogeneidade na internet ou em outros repositórios, bem como o volume crescente desses dados e a volatilidade no ambiente virtual (ZASLAVSKY, 2016). As aplicações são inúmeras dentre elas: geologia, ecologia, hidrologia e meio ambiente, ciências biomédicas, entre outras.

É possível, por exemplo, verificar-se a qualidade do ar em zonas nas cidades e estratificar o nível de poluição em cada uma, o que pode auxiliar na gestão das cidades, assim como ajudar os tomadores de decisão na implementação de políticas de

mitigação e eliminação dessa poluição (PE-ARCE, 2016). Pode-se mapear os locais onde o ar é mais puro, mais limpo, e onde ele está com maior percentual de poluentes. Entretanto, é paradoxal, termos a perspectiva de um modelo contemporâneo de cidades e ainda existirem pessoas sem acesso aos serviços básicos, notadamente, o saneamento.

A chamada era da informação não apenas influencia as relações sociais, economia e ciência, mas também a governança (SOMA et al., 2016). A governança é o processo de tomada de decisão e pelo qual as decisões são implementadas. Ela pode ser usada em vários contextos, como governança corporativa, governança institucional, governança nacional e governança local (ISLAM, 2018). O aspecto do arranjo e interação das informações e como elas estarão organizadas é fundamental para segurança delas e para o acesso correto e lícito pelo cidadão.

Esse mundo novo do big data necessita de regras de marcos legais que possibilitem que os pressupostos e fundamentos do acesso público à informação ocorram (SAMOILENKO et al., 2017). Navia (2016) apresenta que cidades inteligentes são aquelas instrumentalizadas e interconectadas, que tem como objetivo o aprimoramento social, o crescimento econômico e a sustentabilidade ambiental, através de um uso adequado dos recursos públicos, focados a incrementar a qualidade dos serviços oferecidos aos cidadãos e reduzir os custos de operação da administração pública.

A governança pressupõe em si um conjunto de estruturas que interagem sob regras, princípios que regem o fluxo de informações e de que forma isso ocorrerá (SILVA, 2010).

Entretanto, essa governança em tempos de big data faz parte de um programa mais amplo de governança de informações que gerencia políticas relacionadas à otimização de dados, privacidade e monetização (SA-MOILENKO et al., 2017). Para se ter uma boa governança é preciso uma gestão da informação instalada nos setores que vão trabalhar com esses dados, captar, processar e apresentar como acessível ou não conforme o que determina a legislação do país e as convenções e tratados internacionais.

Porém, segundo o que Samoilenko et al. (2017) afirmam, para minimizar os riscos potenciais relacionados ao uso indevido de dados ou violação de privacidade, um forte gerenciamento de informações deve incluir um modelo de dados abrangente que suporte os aplicativos de negócios de uma empresa, ferramentas adequadas de gerenciamento de dados e metodologia, além de especialistas em dados que sejam competentes. Portanto, o processo de governança refere-se a criar um perfil dos dados, entender para que serão usados e determinar o nível necessário de gerenciamento e proteção destes dados (SAMOILENKO et al., 2017). Segundo Islan (2018) uma boa governança precisa estabelecer o paradigma da regulação e regras para o desenvolvimento de uma gestão pública dentro de parâmetros.

Essa governança é testada ao extremo, principalmente em tempos de isolamento pandêmico, em que boa parte das pessoas precisam ficar em casa, e estão trabalhando e mantendo níveis de sociabilidade por causa da internet aumentando claramente o fluxo de dados públicos e privados. Nesse universo é possível se ter informações de dados pessoais, aquisições,

transações financeiras, processos judiciais, dados criminológicos, dados genéticos, dados de saúde e outras possibilidades ainda nem imaginadas, que ficam armazenadas em servidores ou na nuvem. Atualmente como forma mais efetiva no aspecto da governança de dados privados em relação às transações financeiras está sendo usada a tecnologia do Blockchain como sendo a mais segura que também poderá, certamente, ser usada para outras modalidades de negócios (GUPTA, 2018).

É preciso ter em mente ainda que para um novo normal pós pandêmico a governança da informação precisa ter aumentado seu nível de relevância diante da urgência de se ter espaços urbanos mais inteligentes, considerados aqueles que inserem tecnologia, economia e governança sob uma computação onipresente e impulsionados pela inovação (PETTIT et al., 2018). Esse é apenas um viés, mas dentro dessa perspectiva da governança da informação pública em espaços urbanos inteligentes, conectados, tecnológicos e inovadores também podem ser inseridas a gestão ambiental, saneamento, desastres, gestão do uso e ocupação do solo entre outras que produzam informações públicas em muitos casos. Dessa forma é fundamental uma governança inteligente para a articulação de todas essas necessidades, sendo a comunicação digital uma aliada a ser utilizada nesse propósito (SILVA e FERNANDES, 2020). Essa governança inteligente é composta dos seguintes fatores (SILVA e FERNANDES, 2020, p. 2):

- 1) Colaboração;
- 2) Participação;
- 3) Transparência;

- 4) Efetividade;
- 5) Eficiência;
- 6) Consenso orientador;
- 7) Responsividade;
- 8) Visão estratégica;
- 9) Equidade;
- 10) Inclusão;
- 11) Estado de Direito;
- 12) Coerência.

Todos esses princípios para uma governança inteligente que deverá compor o universo de cidades inteligentes devem possuir uma sinergia com as tecnologias de comunicação e informação. Isso será essencial para que o acesso público eficaz à informação ocorra de fato. A geoinformação exerce um papel fundamental para os tomadores de decisão que necessitam conhecer o seu território com o maior detalhamento possível e que essa informação seja clara também para os cidadãos que agem como fiscais da administração pública também, podendo colaborar na gestão (SILVA e FERNANDES, 2020).

E para que essa governança seja significativa, as informações devem ser consideradas relevantes, no sentido de serem salientes e com uma alta relação sinal/ruído, e os indivíduos devem ter o poder e os incentivos para agir de acordo com elas (KOSEC e WANTCHEKON, 2020). Falou-se até aqui do ambiente urbano em que o acesso às informações é facilitado. Porém, a governança da informação e seu acesso público deverá incluir também as regiões mais remotas, as zonas rurais que são

desprovidas de serviços públicos e concentram grande pobreza em termos mundiais (KOSEC e WANTCHEKON, 2020).

Na direção de compreender-se como se pode pensar efetivamente qual deveria ser o modelo de uma cidade inteligente, existem diversos estudos sobre o tema, inclusive rankings que apresentam as cidades dispostas em posições baseadas em critério múltiplos. No quadro 1 apresentam-se os dados de uma pesquisa desenvolvida pelo Eden Strategy Institute e o ONG&ONG Experience Deseigne, que apresenta critérios mais gerais focados principalmente em atitudes que os gestores e a população precisam ter para que se possa caminhar no sentido de uma cidade inteligente. A partir dessas atitudes será possível, certamente, construir uma agenda propositiva com foco na qualidade de vida, especialmente, em relação o acesso aos serviços básicos.

3. Base de dados, análise e variáveis:

Conforme descrito, esse texto tem como objeto a jurisdição constitucional abstrata (ADI) pelo STF como parte do processo decisório e o impacto destas nas políticas públicas na pandemia de COVID-19. Esta jurisdição, especificamente quando relacionada à normas em temas de Direitos Humanos e políticas públicas na pandemia da COVID-19 são tratadas nesta análise como um proxy (variável) que descreve ações governamentais relacionadas à situação, aos riscos de violência institucional e à possibilidade de respeito à diversidade e ao acesso à justiça pelas pessoas e grupos mais vulneráveis da população brasileira.

O processo decisório judicializado no STF é tratado como um conjunto de interações entre atores institucionais (individuais e coletivos) que produzem um conjunto de resultados políticos, dependente da variação das regras institucionais (“regras do jogo”) e determinantes políticos sobre os incentivos e estratégias dos atores político-institucionais. As variáveis explanatórias/independentes e dependentes desta análise exploratória são:

Quadro 1 - ranking das 50 cidades enquadradas em modelos e cidades inteligentes

Posição	Cidade	Pontuação	Visão	Liderança	Orçamento	Incentivos financeiros	Suporte a programa	Foco em talentos	Centralidade nas pessoas	Ambiente de inovação	Políticas Inteligentes
1	London	33.5	3.1	4	3	4	3	3.1	3	4.1	3.1
2	Singapore	32.3	3	4	3	4.1	3	3.1	2	3.1	4
3	Seoul	31.4	3.1	3	3	2.2	3	3	4.1	3	3
4	New York	31.3	3	3	3	3.1	3	3.1	3	4	2
5	Helsinki	31.2	3	2	4	3.1	3	4	3	3.1	2
6	Montreal	30.1	3.1	3	3	4	3	2	3	3	3
7	Boston	29.6	3	3	3	2.1	3	3.1	3.1	3.1	3.1
8	Melbourne	29.5	3	3	3	2.1	3.1	3.1	4	3.2	2
9	Barcelona	29.4	3	3	3	2.1	2	3.1	3	3.1	3.1

10	Shanghai	29.2	3	3	4	3.1	3	2	2	3	2.1
11	San Francisco	29.1	4	2	3	2	3	3	3	4	3.1
12	Vienna	28.5	4	3	3	2	3.1	2.1	3.1	2.1	2.1
13	Amsterdam	28.4	3	3	3	4	1	2.1	2.1	3.1	4
14	Shenzhen	28.3	3	3	4.1	3	1	3	2	3.1	3
15	Stockholm	27.7	4.1	3	3	2.1	2	2.1	3.1	3.1	2.1
16	Taipei	27.6	3.1	3	3	2.1	2.1	2.1	3	3.1	3
17	Chicago	27.4	3.1	3	3	2.1	1	3.1	3	3	2
18	Seattle	27.3	4.1	2	3	3	2.1	3	2	3.1	2
18	Hong Kong	27.3	3.1	3	3	4	2.1	3	2	3	1.1
20	Charlotte	27.2	3	3	3	2	2	2.1	3	3	3
21	Vancouver	27.1	3	3	3	2	2	3	3.1	3	2
21	Washington, DC	27.1	4	3	3	2.1	2	2	2	3	4
23	New Delhi	27.0	3	3	3	2	2	4	3	2	2
24	Copenhagen	26.6	3	3.1	3	2	2	2	3.2	3.2	2
25	Columbus	26.4	4.1	3	4	3.1	3	1	2.1	3.1	1
26	Los Angeles	26.3	3	3	3	2	2.1	3	3.1	3	2.1

27	Surat	26.2	3	3	3	3	2	2.1	3.1	2	2
28	Tokyo	26.0	4	3	3	2	2	1	2	3	3
29	Berlin	25.8	3	4	2	2	2.1	1	3.2	3.2	3.1
30	Beijing	25.5	3	3	3	3.2	1	3.1	2	3.1	2
31	Sydney	25.4	3	2	2	2	2.1	3	3.1	3.1	2.1
32	Ahmedabad	25.3	3	3	3	3.1	2	2.1	2.1	3	2
32	Bhubaneswar	25.3	3	3	3	2	2.1	2	3.1	2	2
34	Jaipur	25.2	3	3	3	2.1	2	2.1	3	3	2
35	Atlanta	25.1	3	2.1	3	3	3	2	1	3	2
36	Pune	25.0	3	3	3	2	2	2	4	2	2
37	Wellington	24.4	3	3	3	1	2.1	2	3	2.1	2
38	Kansas City	24.3	4	2	4	1	2.1	1	3	2.1	2.1
39	Toronto	24.2	2	3	3	2.1	2	2	2.1	3	2
40	Dubai	24.0	3	3	3	2	2	3	1	2	2
41	Dublin	23.6	3	4	2	3	2	1	2.1	2.3	2.1
42	Tel Aviv	23.3	3	1	3	2.1	2	2.1	2	4	2.1
43	Philadelphia	23.1	2	2	3	2	2	3	2	3	2.1

44	Reykjavik	22.8	2	3	2	2.1	2.1	1	4.1	2.3	2
45	Lyon	22.6	3	3	3	2.2	2	2.1	2	1	1
46	Paris	22.4	3	2	3	2	2	2	2.1	2.1	2.2
47	Jakarta	22.2	3	3	3	2	2	1	2	2.1	2
48	Rio de Janeiro	21.2	2	1	2	2	2	2.1	3	2	2.1
49	Phuket	21.1	3	2	3	2.1	2	2	1	2	2
50	Kigali	20.0	2	1	2	2	2	3	2	3	1

Fonte: EDEN STRATEGY INSTITUTE. Smart City Government: view 2018/2019 full report, 2019.

























Os critérios apresentados são pertinentes para avaliar-se até que ponto uma cidade adentrou nessa seara da “inteligência urbana”, quais sejam: visão, liderança, orçamento, ambiente de inovação, incentivos financeiros, centralidade nas pessoas, foco nos talentos e suporte a programas. Esse pode ser um roteiro para que desenvolvamos pesquisas em nossas cidades para traçar um perfil político-pragmático em face do que se avançou nesses espaços. Porém, os dados do quadro 1 não deixam claro qual a relação direta com o saneamento, uma vez que se trata de uma dimensão essencial para a manutenção da saúde e da qualidade dos ecossistemas. Parece que o Smart Cities Index apresenta dimensões mais objetivas e relacionadas com a qualidade de vida nas cidades pelo mundo. Em 2019 foi publicado um novo

compêndio de dados nesse sentido, considerando 7 dimensões essenciais:

Transporte e mobilidade, sustentabilidade, governança, economia da inovação, digitalização, padrão de vida e percepção de especialista.

Quadro 2 - ranking das cidades inteligentes segundo metodologia do *Smart Cities Index*

Legenda:

 Estacionamento inteligente	 Disposição de resíduos	 Ambiente para Blockchain
 Serviço de compartilhamento de carro	 Proteção ambiental	 Acesso ao 4G LTE
 trânsito	 Performance ambiental	 Internet Veloz
 Transporte Público	 Participação cidadã	 Wifi Hotspots
 Pontos de recarga	 Digitalização do governo	 Acesso a Smartphone
 Investimento em infraestrutura	 Planejamento urbano	 Padrão de vida (PV)
 Energia limpa	 Educação	 Percepção do Especialista (PE)
 Construções inteligentes	 Ambiente de negócios	 Segurança Cibernética

O quadro 2 apresenta mais elementos em relação ao quadro 1. Porém, poderíamos afirmar que eles são complementares e úteis. Percebe-se que as cidades latino americanas não estão enquadradas nesse padrão avançado de cidades inteligentes, especialmente nos indicadores que expressam claramente uma relação com a qualidade de vida, o que inclui saúde e meio ambiente. Parece que a técnica é importante, porém sem uma visão por parte dos tomadores de decisão ela será inócua. A crise descrita na seção seguinte aponta para a necessidade de uma guinada que auxilie cidades pequenas e médias a mudarem consideravelmente.

4. Crise hídrico-sanitária?

Quando se visualiza esse vocábulo “crise” pensa-se logo em processo de desordem, ou como o dicionário apresenta, em tantas acepções de crise, a seguinte ideia sociológica: “Conjuntura desfavorável; situação anormal e grave; conflito, tensão, transtorno.”. Portanto, sem dúvida que se trata de uma situação de anormalidade que precisa ser resolvida ou apontadas soluções mitigatórias. As seções acima nos fazem pensar acerca da possibilidade de classificarmos nossas cidades como cidades inteligentes.

Trazendo isso para o universo das políticas públicas, especialmente, saneamento, que inclui acesso à água potável, coleta e esgoto tratado, limpeza urbana, drenagem urbana e disposição final de resíduos de forma adequada, é possível enquadrar, a partir do olhar dos espaços geográficos que ocupamos, que há um processo de crises ou policrises. Na visão

de Schiavi et al. (2020) é possível dizer que a Covid 19 evidencia um processo avançado de múltiplas crises e que urge um olhar sobre essa complexidade que marca esse momento. O setor de saneamento, por sua vez, é aquele que desencadeia ou potencializa diversas outras crises, sendo um gerador destas. Desse modo, porque se aponta que há uma crise no setor de saneamento? quais são os critérios para isso?

Adota-se aqui os seguintes critérios para sustentar a ideia de crises nesses setores inter-relacionados: o acesso, a qualidade e o funcionamento do sistema de gestão. O desequilíbrio em um desses critérios já seria fundamento suficiente para se pensar numa crise do setor hídrico-sanitário. Segundo Pope et al. (2020) é possível afirmar que tal crise atinge sistemicamente outras searas como da segurança alimentar, que é diretamente atingida pela ausência de acesso a uma água de qualidade, ou mesmo poluindo os mananciais com o uso de defensivos agrícolas (agrotóxicos). Segundo Bona et al. (2018) vivenciamos um momento em que as características das policrises do Estado contemporâneo baseiam-se na interconexão de fatores causadores, no modelo de desenvolvimento e no modelo de globalização. Portanto, a complexidade do panorama atual é bem maior do que se pensa.

Primeiramente, podemos afirmar que num mundo justo, ideal, todos teriam acesso à quantidade de água suficiente para sua sobrevivência. Porém, não é isso que ocorre. Há quatro crises que tem relação direta com o acesso à água:

1) Crise de quantidade - a população mundial cresce e caminha para mais de 7 bilhões de indivíduos, o que,

notadamente, demanda mais água. Ademais, sabemos que essa está distribuída de forma irregular, não sendo possível garantir que todos tenham acesso a esse elemento fundamental para a manutenção da vida. Não se quer dizer aqui, entretanto, que essa irregularidade geográfica seja a causadora dessa falta de acesso. É preciso, também, analisar essa crise sob o prisma político, pois a má distribuição é proveniente do modelo político implementado muitas vezes. A gestão da água de forma adequada com as necessidades vitais é uma dimensão essencial.

2) Crise de qualidade - outra crise importante, é a poluição cada vez maior dos mananciais, das nascentes, dos cursos de rios, córregos, mares, águas subterrâneas, comprometendo ainda mais a qualidade da água, que é essencial, uma vez que não adiantará quantidade se não houver qualidade, e aí tem-se uma agricultura poluidora das águas superficiais e subterrâneas com o uso crescentes de agrotóxicos, a produção animal, a mineração, a produção de resíduos nas cidades e sua disposição de forma incorreta, que contribuem na poluição das águas.

3) Crise de acesso - Mesmo que se possua quantidade e qualidade se tem uma questão a ser resolvida, que está sendo apenas mitigada, que é o acesso, a distribuição para todos da água. Essa é uma questão que tem um componente político preponderante, que não se circunscreve numa questão apenas de tecnologia aplicada a soluções de acesso à água.

4) Crise de ocupação do solo - essa é uma crise presente nas cidades que crescem como aglomerados humanos por excelência e, especificamente, em cidades da América Latina, África e Ásia, cuja tônica é a falta de planejamento na

especialização das edificações em geral, não havendo um zoneamento acerca do que pode ou não ser construído e onde, de modo a provocar o menor potencial de danos, especificamente, em se tratando de considerar o ciclo urbano da água, impondo limites para as construções, proibindo-se a edificação por exemplo em áreas de preservação permanente, nas margens de córregos, em mangues, nas áreas de recarga dos aquíferos.

Esse panorama resulta em problemas cuja origem se encontra na falta ou precariedade do planejamento e sua implementação nas cidades, o que é agravada em um cenário de projeto de país integrado que dá mais ênfase às médias e grandes cidades, esquecendo-se das pequenas cidades, que são a maioria do nosso contingente de municípios. Entendemos que as 4 crises relacionadas à água estão na gênese dos problemas relacionados com o saneamento, principalmente quando se tem a constatação que a água produzida pelo ciclo da água decai de qualidade à medida que circula pelas cidades, justamente pela falta de esgoto tratado, limpeza urbana, drenagem adequada e disposição final correta dos resíduos (SILVA, 2020).

5. Os dados desta crise que distanciam as cidades pequenas e médias do padrão de cidades inteligentes

Embora a bacia hidrográfica seja a unidade de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), também é preciso considerá-la como unidade de implementação da Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB), pois essa segunda política deve estar intimamente ligada à execução da primeira, visto que a água circula no meio ambiente

e a sua qualidade dependerá da forma como lidamos com este bem nas cidades e no campo, devolvendo-o à natureza da melhor forma possível. Em síntese, podemos afirmar que há uma necessidade de tratar essas duas políticas de forma sistêmica, não sendo possível outra forma de governança e gestão.

Consideramos que o nascedouro desse tratamento sistêmico ocorre no documento base do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), o Plano de Recursos Hídricos (PRH) ou Plano de Bacia (PB). A ele devem se atrelar os Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB), os Planos Diretores (PD) e os Planos Integrados das Regiões Metropolitanas (PIRM). Entretanto, a grande maioria dos municípios brasileiros não se enquadra na regra constitucional que estabelece como obrigatório o PD para municípios com mais de 20 mil habitantes. A política de água deve estar relacionada a uma política urbana, que se relaciona ao uso e ocupação do solo, bem como a uma política ambiental. Entendemos que essa política ambiental deve envolver essas outras políticas fundamentais para a qualidade de vida dos ecossistemas. A figura 1 ilustra o que estamos mencionando.

Figura 1 - representação da sinergia sistêmica entre políticas estruturantes municipais



Fonte: elaboração própria (2021).

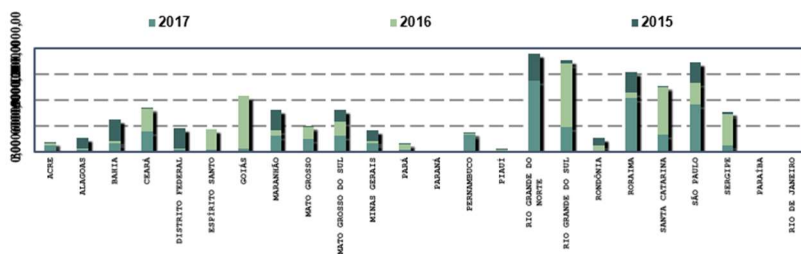
Integrar essas políticas e tomar decisões a partir de uma matriz ecológica ou ambiental seria a estruturação de uma cidade inteligente, com elementos e indicadores baseados no quadro 2. Entretanto, os dados orçamentários demonstram que não tem havido prioridade no campo do saneamento básico, o que tem inviabilizado o atendimento de metas como as que foram estabelecidas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente a universalização do acesso à água e saneamento básico.

A crise hídrica já não é mais um privilégio de regiões com escassez de chuvas, mas diversos documentos oficiais tem demonstrado o déficit que existe no campo hídrico e de saneamento (BRA-SIL, 2017). A Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB - Lei n. 11.455/2007) trata-se de uma política pública extremamente complexa, composta pelo acesso à água potável, o esgotamento tratado, a coleta e o tratamento de resíduos sólidos e a drenagem, quatro dimensões que se complementam e que possuem uma interrelação imbricada com um impacto considerável para a quantidade e a qualidade da água nos centros urbanos, não esquecendo que existe um impacto disso tudo na zona rural onde estão a maior parte das florestas e nascentes de rios, e reservatórios de água em geral, e que sem floresta e solo não se tem água. Nesse diapasão, é importante destacar que as cidades poderiam ser consideradas a grande “tragédia ambiental” da modernidade, pois tem consumido nossos recursos, e não tem pago por esses serviços ambientais essenciais.

Quando se pensa na poluição que ocorre no campo, seja pelos grandes empreendimentos do agronegócio, seja por agricultores que não aplicam ou não possuem acesso às informações e tecnologias para o descarte dos seus resíduos de forma adequada, os dados do Portal da Transparência atestam que há um investimento insuficiente da União para os Estados em relação ao saneamento rural, e se evidencia a adoção de uma estratégia equivocada focada nas cidades, cujo investimento apesar de numericamente ser superior, ainda não é suficiente para a adoção de medidas necessárias.

O gráfico 1 apresenta um panorama dos gastos que foram realizados em três anos no setor de saneamento (2015 a 2017), na dimensão esgotamento sanitário. Daí não é possível saber se em obras para coleta dos resíduos, ou para coleta e tratamento.

Gráfico 1 - Panorama de despesa no saneamento básico em cidades com mais de 50 mil habitantes



Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal, 2018.

Nas cidades com população inferior a 50 mil habitantes, maioria do conjunto de municípios da federação brasileira, o

Tabela 2 - Investimento no setor de saneamento rural em 2016

Função	Subfunção	Ação	Linguagem Cidadã	Total no Ano (R\$)
Saúde	Saneamento Básico Rural	3921 - Implantação de Melhorias Habitacionais para Controle da Doença de Chagas	CHAGAS	11.960.538,66
Saúde	Saneamento Básico Rural	10GC - Implantação e Melhoria de Serviços de Saneamento em Escolas Públicas Rurais - "Saneamento em Escolas"		255.823,58
Saúde	Saneamento Básico Rural	7656 - Implantação, Ampliação ou Melhoria de Ações e Serviços Sustentáveis de Saneamento Básico em Pequenas Localidades, Comunidades Rurais, Tradicionais e Especiais para Prevenção e Controle de Doenças e Agravos	Saneamento Rural	8.254.158,87
Saúde	Saneamento Básico Rural	7684 - Saneamento Básico em Aldeias Indígenas para Prevenção e Controle de Agravos	Saneamento em Aldeias Indígenas	1.433.185,37
				21.903.706,48

Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal, 2018.

Tabela 3 - Investimento no setor de saneamento rural em 2015

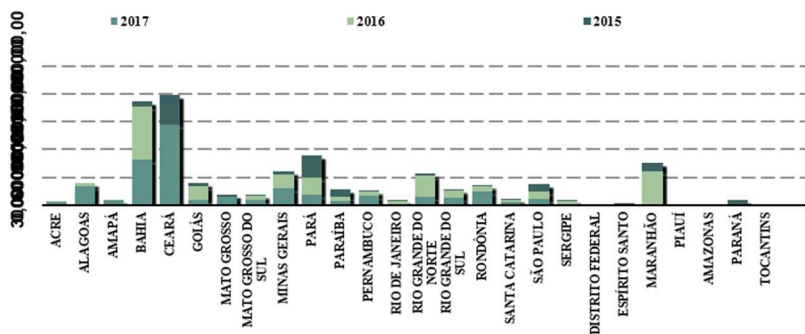
Função	Subfunção	Ação	Linguagem Cidadã	Total no Ano (R\$)
Saúde	Saneamento Básico Rural	12GI - Abastecimento de Água e Instalações Hidrosanitárias em Escolas Públicas Rurais - Água na Escola	Água na Escola	40.000,00
Saúde	Saneamento Básico Rural	3921 - Implantação de Melhorias Habitacionais para Controle da Doença de Chagas	CHAGAS	416.000,00
Saúde	Saneamento Básico Rural	7656 - Implantação, Ampliação ou Melhoria de Ações e Serviços Sustentáveis de Saneamento Básico em Pequenas Comunidades Rurais (Localidades de Pequeno Porte) ou em Comunidades Tradicionais (Remanescentes de Quilombos)	Saneamento Rural	3.504.988,60
Saúde	Saneamento Básico Rural	7684 - Saneamento Básico em Aldeias Indígenas para Prevenção e Controle de Agravos	Saneamento em Aldeias Indígenas	428.100,00
				4.389.088,60

Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal

Outra dimensão importante do saneamento é o abastecimento de água que, assim como no esgotamento, parte do investimento é feito com recursos da União, mediante transferências para os estados, ou mediante emendas

parlamentares. No gráfico 3 apresentam-se dados de transferências de recursos para esse fim entre os anos de 2015 e 2017.

Gráfico 3 - Despesas com abastecimento de cidades com mais de 50 mil habitantes



Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal, 2018.

É possível verificar nos dados aqui demonstrados que há uma grande variação e falta de constância na alocação orçamentária para a solução dos problemas com o saneamento. Estima-se que o setor necessite entre 500 e 700 bilhões de reais para universalizar os serviços, ou seja, para que todos os brasileiros possuam acesso ao saneamento.

O “novo marco do saneamento”, lei n. 14.026/2020, compromete-se em universalizar o saneamento para depois de 2030, data antes marcada com base nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Entretanto, essa lei inaugura um processo de concorrência pública por parte dos municípios para escolha das prestadoras que ofertem o melhor

serviço. Entretanto, a ideia parece ser boa, se não fosse a falta de atratividade, e aí falamos de lucros, na maior parte dos municípios brasileiros até 50 mil habitantes. Boa parte do nosso problema está em zonas metropolitanas e nas cidades de médio e pequeno porte, especialmente nessas últimas. Essa lei cria uma espécie de prestação regionalizada, ao que parece a maior incógnita dessa norma, uma vez que as iniciativas de regionalização de serviços mediante consórcios ou outros formatos não tem sido bem sucedidos. Assim, o legislador propõe o modelo composto por:

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole);

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecidos pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

Para além de modelos bastante complexos de agrupamento de municípios considerando a política interna, a pesquisa nacional de saneamento do Instituto Brasileiro de

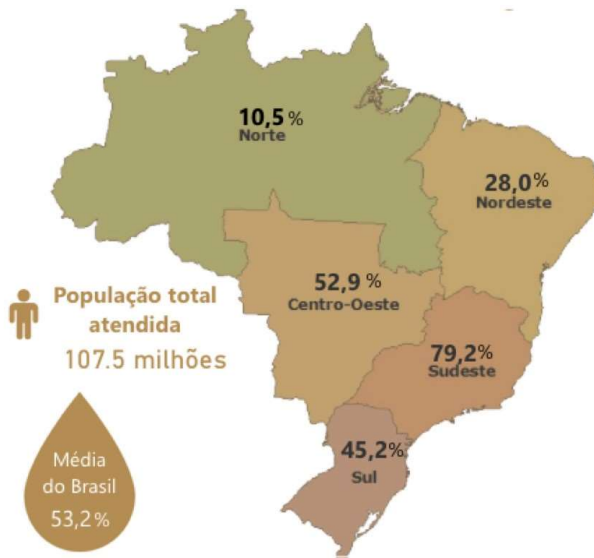
Geografia e Estatística (BRASIL, 2020), aponta que até avançamos no quesito de fornecimento de água, sem adentrar na qualidade deste. Entretanto, a defasagem de rede coletora de esgoto passa dos 50% nos domicílios urbanos brasileiros, o que coloca um grande entrave na consecução de um plano mais audacioso de transformarmos nossas cidades em inteligentes, uma vez que não temos o mínimo para garantir a saúde humana e ecossistêmica.

Além disso, é espantoso que quase 90% das prestadoras desse serviço utiliza o mecanismo de estimação de esgoto produzido por domicílio, empresas e comércio para supor a vazão de material aquoso e orgânico, quando seria fundamental a instalação de medidores para se ter número mais preciso para o planejamento do sistema de saneamento (BRASIL, 2020). Esta pesquisa recém lançada em 2020, aponta ainda que o sistema de esgotamento e de tratamento não oferece um serviço de qualidade, uma vez que há um alto índice de obstrução desse material ao longo das tubulações. O número que vem à baila é da ordem de 64% de municípios que não possuem Estações de Tratamento de Efluentes (ETEs), o que, certamente, resulta na piora da qualidade da água, da saúde e dos ecossistemas circundantes.

E como se não fosse um quadro já muito ruim, passa de 71% de municípios brasileiros que não possuem local adequado para disposição final do esgoto coletado. Além disso, as perdas no sistema de fornecimento de água chegam a 40% em média (SILVA, 2020). Portanto, para mudança desse quadro será preciso muito mais que um novo marco do saneamento, uma vez

que sabemos que a existência de leis por si só não garantem a ação da gestão pública, é apenas o começo. O relatório do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS) de 2020 aponta a situação muito ruim no Brasil, especificamente em relação ao tratamento do esgoto e da drenagem de água pluviais, como apontamos na figura 2.

Figura 2 - Acesso ao esgotamento sanitário.



Fonte: SNIS, 2019.

6. Considerações Finais

O quadro apresentado neste capítulo demonstra um processo cumulativo de negligência do poder público em resolver o problema do saneamento no país. Isso reforçado por falta de

planejamento e de investimentos estratégicos para solução do problema do saneamento básico em território nacional.

Foi uma conjunção de fatores que resultaram na falta de prioridade, somado a isso a falta de recursos suficientes para a expansão do esgotamento sanitário conjuntamente ao tratamento de efluentes e disposição final adequada. Além disso, a falta de uma perspectiva circular nessas políticas públicas ajuda a deteriorar o meio ambiente e oferece riscos à saúde.

Temos um arcabouço jurídico mínimo que conta com as seguintes políticas públicas: Política Nacional de Meio Ambiente (PNMS), a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), a Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Essas deveriam se relacionar amplamente no cotidiano da gestão pública. Entretanto, não é isso que se constata.

É preciso pensar na água como ciclo vivo hídrico, que pode ser contaminado, e comprometerá as formas de vida existentes, caso não se tenha um esgotamento adequado implicando necessariamente em tratamento e na reutilização dessa água para diversos usos, como agricultura e, até mesmo, o consumo, conforme os parâmetros de qualidade e potabilidade que deverão ser seguidos rigorosamente.

A variável do saneamento básico deve ser central para que as cidades alcancem parâmetros que possam alçá-las à condição de cidades inteligentes. Percebemos que a sustentabilidade é central nesse conceito de cidades inteligentes, que acabou realizando uma transição de um espaço exclusivamente tecnológico para um espaço que usa a tecnologia

para mudar o modelo de desenvolvimento. Isso pode ser utilizado também no que se refere ao saneamento, vez que o bom serviço nessa seara repercutirá positivamente na qualidade de vida nas cidades, incluindo saúde, meio ambiente e qualidade da água. Percebemos que o Brasil terá um longo caminho pela frente para massificar o conceito de cidades inteligentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONA, C. de. Da policrise dos estados contemporâneos ao desafio de manter a esperança. **Cadernos de Direito Actual**, N. 10. Núm. Ordinário (2018), p. 263-279.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Atlas esgotos : despoluição de bacias hidrográficas** / Agência Nacional de Águas, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental . -- Brasília: ANA, 2017.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

CESARIO, E. **Big Data Analysis for Smart City Applications**. Springer International Publishing AG 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8_140-1.

EASY PARK. Smart Cities Index 2019. Página inicial. Disponível em <https://www.easyparkgroup.com/smart-cities-index/>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

EDEN STRATEGY INSTITUTE. Smart City Government: view 2018/2019 full report, 2019. Página inicial. Disponível em

<https://www.smartcitygovt.com>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

GUIMARÃES, J. G. de A. **CIDADES INTELIGENTES: Proposta de um Modelo Brasileiro Multi- Ranking de Classificação**. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Administração da Universidade de São Paulo, 2018.

GUPTA, S. e SADOGLI, M. ‘Blockchain Transaction Processing’. **Encyclopedia of Big Data Technologies**, 2019, p. 366–376. doi: 10.1007/978-3-319-77525-8_333.

ISLAM, S. ‘Good Governance’ In Farazmand A. (eds) **Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance**. Springer, Cham., 2018, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_1747-1.

JANOWSKI, T., ESTEVEZ, E., BAGUMA, R. Platform governance for sustainable development: Reshaping citizen-administration relationships in the digital age. **Government Information Quartely**, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.09.002>.

JEFFREY, A., STAEHELI, L. A. **Learning Citizenship: Civility, Civil Society, and the Possibilities of Citizenship**. Springer Science+Business Media Singapore 2016. DOI 10.1007/978-981-4585-57-6_29.

KHAN, Z., PETERS-ANDERS, J. **Big Data in Smart Cities**. Springer International Publishing AG 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8_33-1.

KOSEC, K. and WANTCHEKON, L. (2020) ‘Can information improve rural governance and service delivery?’. **World Development**, 125. doi: 10.1016/j.worlddev.2018.07.017.

KUMAR, S., RAWAT, S. Future e-Waste: Standardisation for reliable assessment. **Go-vernment Information Quarterly**, 35 (2018) S33–S42. [Http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2015.11.006](http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2015.11.006).

PEARCE, J. L., WALLER, L. A., SARNAT, S. E., CHANG, H. H., KLEIN, M., MULHOL- LAND, J. A., TOLBERT, P. E. Characterizing the spatial distribution of multiple pollutants and populations at risk in Atlanta, Georgia. **Spatial and Spatio-temporal Epidemiology**, 18 (2016) 13–23. <http://dx.doi.org/10.1016/j.sste.2016.02.002>.

PETTIT, C. *et al.* ‘Planning support systems for smart cities’. **City, Culture and Society**, 12(August), p. 13–24, 2018. doi: 10.1016/j.ccs.2017.10.002.

POPE, K., VENÂNCIO, M. D., BONATTI, M., SIEBER, S. A review of brazilian bill n. 6.299/2002 on pesticide regulation and its impacts on food security and nutrition. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.17n.38p.343-374 Maio/Agosto de 2020. <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v17i38.1755>.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Consultas detalhadas, 2018. Página inicial. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

SAMOILENKO, S. A., SHILINA, M. (2017) ‘Governance’ In Schintler L., McNeely C. (eds) *Encyclopedia of Big Data*. Springer, Cham., 2018, https://doi.org/10.1007/978-3-319-32001-4_107-1.

SCHIAVI, C. S., FERNANDES, E. A., PEDROSO, E. A. Complexidade moriniana e as policrisis da Covid 19: por uma educação humanizadora frente à crise planetária. *Revista*

Brasileira de Educação Ambiental, São Paulo, V. 15, N^o 4: 402-426, 2020.

SILVA, A. O. da e FERNANDES, R. A. S. ‘Smart governance based on multipurpose territorial cadastre and geographic information system: An analysis of geoinformation, transparency and collaborative participation for Brazilian capitals’. **Land Use Policy**, 97(December 2019), 2020. doi: 10.1016/j.landusepol.2020.104752.

SILVA, J. I. A. O. **Segurança Hídrica Ecológica: fundamentos para um conceito jurídico**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba, Brasil, 2020.

SNIS - SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO. 24. Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos. Brasília: SNS/MDR, 2019.

SOMA, K., TERMEER, C. J. A. M. and Opdam, P. ‘Informational governance - A systematic literature review of governance for sustainability in the Information Age’. **Environmental Science and Policy**, 2016, 56(1), pp. 89–99. doi: 10.1016/j.envsci.2015.11.006.

ZASLAVSKY, I. **Cyberinfrastructure for Spatial Data Integration**. Springer International Publishing Switzerland 2016. DOI 10.1007/978-3-319-23519-6_233-2.

WIESMETH, H., HÄCKL, D., SCHREY, C. **Smart institutions: concept, index, and framework conditions**. Springer Nature Switzerland, 2020. [https:// doi.org/10.1007/978-3-030-15145-4_7-1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-15145-4_7-1).

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19).** Disponível <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>, p. 08. Acesso 20/05/20.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Modes of transmission of virus causing COVID-19: implications for IPC precaution recommendations.** 2020. Accessible from: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/modes-of-transmission-of-virus-causing-covid-19-implications-for-ipc-precaution-recommendations>, Accessed date: 10 April 2020.

240

CONQUISTA DA AMÉRICA: IMPOSIÇÃO DA CULTURA MORAL E LEGAL AOS POVOS ORIGINÁRIOS DA AMÉRICA LATINA

Jorge Henrique Schaefer Martins¹

¹ Universidade Federal de Santa Catarina (alma mater); Universidade Regional de Blumenau (pós-graduação) e Universidade do Vale do Itajaí (mestrado). Universidad de Buenos Aires (alumno del Doctorado em Derecho Penal). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sócio do escritório Ferreira & Schaefer Martins advogados.

1. Introdução

A história dos povos sul-americanos sofreu grande impacto a partir do ano de 1492, quando da chegada de Cristóvão Colombo às ilhas caribenhas, sendo secundado por outros navegadores a serviço da Coroa espanhola, como por Pedro Alvarez Cabral e outros, a serviço da Coroa portuguesa.

Os costumes, crenças, organização e estrutura dos diversos povos, estabelecidos por séculos, foram sufocados pela imposição da cultura advinda da Europa, atingindo sua própria identidade.

O que se pretende apresentar à reflexão, são alguns aspectos que ajudaram a formar a nova estrutura legal e a mentalidade nos diversos países que se constituíram a partir do século XIX, mas ainda sofrem com a carga cultural e jurídica que lhes foi imposta como herança.

2. O povoamento da América pelos povos originários

É bastante controvertida a origem dos povos da América, muito embora predominantemente acredite-se na chegada de hominídeos ao seu território pela transposição do Estreito de Bering durante um dos períodos glaciares (40 mil, 25 mil ou 14 mil anos atrás.

A partir daí foi baixando em direção ao Sul, encontrando-se o registro mais antigo das Américas na localidade de Lagoa Santa, no Brasil, constituindo-se em um crânio de

mulher batizada de Luiza, cuja idade foi atestada por exame Carbono 14, de 11.680 anos.¹

É a demonstração que existe presença humana nas Américas há mais de 11.000 anos.

Espalhando-se por todo o território, deram origem a vários povos, civilizações, culturas, as quais evoluídas ou estacionárias, mantinham suas rotinas sem a interferência de conquistadores.

2.1– A vida e as práticas na América anterior à colonização espanhola

Trazendo como exemplo a civilização asteca, Carvajal Contreras assinalou a possibilidade de se constatar o elevado grau de princípios éticos que haviam atingido e protegiam por intermédio de seu sistema penal. Apesar de drástico, por vezes cruel e primitivo, fazia-se justo na aplicação e proteção dos valores perseguidos pelos habitantes do Valle do México. Além disso, seu Direito Penal era um sistema escrito.²

¹ A descoberta do crânio de Luiza permitiu a comparação com outros indivíduos antes localizados na América do Sul, afastando o componente australo-melanésio, que alguns acreditavam ter chegado antes e povoado a região. Dessa forma, reforçou a compreensão de que o processo de colonização da América do Sul foi complexo e repleto de eventos migratórios desde a América do Norte. (SALLES, Silvana. 2018. *DNA antigo conta nova história sobre o povo de Luzia*).

² CARVAJAL CONTRERAS, Maximo. (1992). *La supervivencia del derecho precolombino em México*, pp. 29-30.

Nela havia uma gradação entre os males cometidos e as penas correspondentes, como se vê dos seguintes exemplos: abuso de confiança – cuja sanção era a escravidão; alta traição – morte com esquartejamento, confisco de bens e escravidão dos parentes até o 4º grau; malversação – pena de morte y confisco de bens; homicídio – pena de morte; roubo de coisas de grande valor – escravização pela vítima e restituição do que foi roubado etc.³

A legislação penal e a forma de aplicar o direito penal na civilização incaica, também merecem registro, como afirmaram Sánchez Zorrilla y Zavaleta Chimbor:

Os documentos existentes nos permitiram realizar a reconstrução de um processo realizado no período inca. Criamos normas jurídicas hipotéticas decorrentes do que foi encontrado naqueles documentos; Nós os apresentamos de forma que permitissem perceber que havia uma fundamentação elaborada para a concessão da sentença em cada caso concreto. Isso nos permitiu desvendar a forma como suas leis foram utilizadas, e percebemos o importantíssimo papel dos “juízes” para interpretá-las e estabelecer a pena correspondente.

Também foi visto um caso em que é mostrada a existência de uma instância dupla. Por outro lado, nos permitimos analisar uma penalidade específica, que foi chamada —por engano— de calvário. Vimos que tal nome não corresponde ao tipo de julgamento utilizado pelos incas, pois não

³ CARVAJAL CONTRERAS, Maximo. (1992). *La supervivencia del derecho precolombino em México*, pp. 30-33.

era uma forma de julgar, mas uma pena propriamente dita. Foi uma pena redentora que apagava o crime a quem dela saísse vivo.

Temos certeza de que aparecerão fontes e estudos que poderão confirmar ou refutar o que dissemos neste artigo. No entanto, o material atualmente disponível nos faz considerar que nossas hipóteses sobre o sistema penal inca têm a solidez necessária para serem consideradas verdadeiras.⁴

Estava estabelecida uma organização política, havendo conformação de juízos e penalidades, sendo que estas últimas, apesar da severidade para os padrões atuais, guardavam proporção entre o fato e a resposta da sociedade organizada. Sob tal prisma, via-se um sistema mais avançado que as punições praticadas na Europa no mesmo período, aleatórias e dependentes da vontade do soberano.

Aliás, as mudanças na Europa começaram em período posterior ao “descobrimento” da América, destacando-se neste ponto Cesare Beccaria, Marquês de Bonesana que, na segunda metade do século XVIII (1764), publicou sua obra “Dos Delitos e das Penas”⁵, na qual trouxe a público o pensamento que se tornou a marca do despertar para as atrocidades contidas nas sentenças criminais, quando denunciou a resposta estatal e a

⁴ SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel e David ZAVALETA CHIMBOR. *El proceso penal en la época incaica: diferencias entre cumplimiento de penas y juicios divinos*.

⁵ BECCARIA, C. (1978). *Dos delitos e das Penas*, 16 ed., Bushatsky, 319 p. 1978, pp. 177-178

inexistência de preocupação com a proporcionalidade entre o mal cometido e a pena aplicada.

Portanto, nas duas maiores expressões de civilização encontradas pelos hispânicos, existia uma organização complexa e um sistema de Justiça que tinha conceitos estabelecidos a respeito das punições e sua conformação com o crime cometido.

2.2 - As normas penais no território posteriormente colonizado por Portugal

Para ilustrar a posição dos indígenas brasileiros no que se refere ao reconhecimento de crimes e imposição de penalidades, Gonzaga valeu-se da visão europeia da época:

Na obra "La Mentalité Primitive", que já pode ser considerada um clássico, Lévy-Bruhl sustenta em síntese o seguinte: os homens primitivos "vivem, pensam, sentem, movem-se e agem em um mundo que em muitos pontos não coincide com o nosso". "Sua vida compreende tão poucos incidentes, suas ocupações, pensamentos e cuidados se restringem a um número tão pequeno de objetos que, necessariamente, suas ideias também se tornam reduzidas e limitadas." Assim, uma característica essencial das sociedades inferiores é a incapacidade de fazer abstrações, uma "aversão decidida pela razão, pelo que os lógicos chamam de operações discursivas do pensamento". Sempre

que possível, os primitivos substituíam a memória pelo raciocínio.^{6 7}

Registra, adiante, uma única fonte (capítulo XVII, do livro do padre francês Ivo d'Evreux), que registrou a misericórdia dos selvagens para com os criminosos e a ausência de malícia. O que ele descobriu foi que eles queriam punir os ímpios, mas simpatizavam com aqueles que, por acaso ou inadvertidamente, cometeram um crime. Mas não é uma posição uniforme, já que padre Anchieta contou um caso em que um filho matou a mãe por asfixia, porque ela inadvertidamente causou a morte de outra pessoa.⁸

Outros aspectos devem ser mencionados, como a prevalência de castigos corporais e a “perda da paz”, que representa a exclusão da comunidade. O objeto da punição poderia estar à distância da sociedade indígena, sendo entregue à sua própria sorte, ou permanecendo na tribo, ficava sujeito à humilhações, restrições e censura permanente. Por outro lado, não havia tortura enquanto não fosse antecipada a extinção da culpa. Além disso, para eles havia crimes contra as pessoas,

⁶ GONZAGA, João Bernardino. (1971) *O Direito Penal Indígena*, p. 63.

⁷ A registrar que a citação transcrita, da lavra de Lévy-Bruhl, contém forte carga de preconceito, ao afirmar que os autóctones compunham “sociedades inferiores”.

⁸ GONZAGA, João Bernardino. (1971) *O Direito Penal Indígena*, pp. 105-107.

contra o patrimônio, contra os costumes (sexuais), contra a família, como crimes “militares”.⁹

Contudo, estavam a uma grande distância dos sistemas complexos e organizados dos astecas e incas, resolvendo-se os casos perante o chefe da tribo ou em conselho.

3. O impacto da invasão Ibérica

A presença de estrangeiros provenientes de um “mundo diferente”, por óbvio que trouxe aos povos originários uma realidade desconhecida, preconceitos completamente afastados de suas realidades, e valores morais que desconheciam.

A questão é que não puderam se adaptar, foram-lhes impostas as novas regras, as quais influíram em sua própria identidade.

3.1 – A influência religiosa

A legislação penal na Península Ibérica à época dos descobrimentos estava intimamente ligada e influenciada pela legislação canónica que, por sua vez, teve grande influência na legislação comum. Isto fez com que os Códigos Penais de Estados europeus e a doutrina elaborada na Idade Moderna, agrupassem figuras penais, considerando diversos critérios, a saber:

1. Crimes contra a fé católica, onde se trata de apostasia, heresia e infidelidade dos judeus, maometanos e pagãos, que obstinadamente negam e rejeitam o batismo.

⁹ GONZAGA, João Bernardino. (1971) *O Direito Penal Indígena*,. pp. 127-129 e 133-164.

2. Ofensas contra a religião, incluindo: blasfêmia, perjúrio, adivinhação, sacrilégio e simonia.

3. Crimes contra a Igreja e autoridade eclesiástica, onde se insere o cisma.

4. Crimes contra a vida e a humanidade fisiológica, do indivíduo, que incluem homicídio, homicídio, aborto provocado, exposição de crianças, suicídio, luto.

5. Crimes carnis ou sexuais, tais como: adultério, fornicação, estupro, incesto e sodomia.

6. Crimes contra o patrimônio do povo, que incluem roubo, roubo, incêndio criminoso, violação de igrejas, usura e danos causados injustamente.

7. Crimes contra a fé pública, honra e boa fama, onde se enquadra o crime de falsidade e injúria.¹⁰

É indiscutível que a força dos dogmas firmados nos cânones da igreja resultou na criação de normas penais, utilizando-se do sistema moral escolástico, que era a moral que tinha reis, tribunais, carrascos em sua conta, criando condições para que o direito penal e o direito penitencial canônico estivessem juntos, antes a mais silenciosa, mas ao mesmo tempo a mais profunda influência nos sistemas penais de nossa família jurídica.

Isso determinou a hegemonia da Igreja Católica, que possuía o poder de exercer o poder penal de forma implacável e

¹⁰ GARCIA SANCHÉZ, Justo e Beatriz García FUEYO. *DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA – Summa de Delicts et Eorum Poenis. Año 1540 (Primer Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, de Europa)*, p. 145.

transnacional, tornando-se seu instrumento mais poderoso. Paralelamente e de forma complementar, o direito canônico e o direito penitencial expressarão a ideologia que legitima o exercício desse poder, ao introduzir concepções e práticas que, clara ou sub-repticiamente, ainda hoje existem.¹¹

Obviamente que a presença de espanhóis e portugueses foi vetor de transmissão dessa mentalidade aos territórios conquistados, impactando o cotidiano dos nativos, já que se tratava de uma moral secular e religiosa que não tinha correspondência nas terras indígenas.

No espaço territorial que o Brasil representa hoje, por exemplo, os indígenas não tinham vergonha de viver nus, realizavam rituais de cura, tinham uma religião baseada na força e nos espíritos da natureza.

Na América dominada pelos espanhóis, a diversidade política, cultural e de desenvolvimento foi muito maior, pois tiveram as civilizações asteca, maia, nasca e o império inca, formavam um mosaico de culturas muito rico e desconhecido dos conquistadores. Muitos deles sabiam escrever, desenvolveram sistemas matemáticos, tinham grande conhecimento e prática de engenharia, tinham calendários muito precisos e tinham cidades maiores que as existentes na Espanha.¹²

¹¹ BATISTA, Nilo. (2002). *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*, p. 163

¹² *As civilizações pré-colombianas*.

<https://mundoeducacao.uol.com.br/historia-america/as-civilizacoes-precolombianas.htm>

Contudo, faziam sacrifícios humanos aos deuses, o que era aos olhos dos espanhóis uma expressão de paganismo, tratando-se de hábitos que não condiziam com a ética de origem eclesiástica. Obviamente, seus preceitos religiosos completamente diferentes, o aspecto moral igualmente diferente, a busca de soluções para os conflitos que ocorriam sem os rituais adotados pelos europeus, também muito amplos, provocaram resistência e insatisfação dos europeus, vendo-se forçados, aos poucos, a substituí-los.

Como consequência houve o distanciamento da cultura ancestral, com a perda da identidade cultural e religiosa. Pior que a mudança não foi por simples conversão e demonstração de que houve erros¹³, mas por imposição.

3.2 – A distinção entre réus e as penas desproporcionais

Tratando de período posterior ao descobrimento, Nilo Batista esclarece que por meio da *Carta de Grandes Poderes*, o rei D. João III permitiu a aplicação das penas “conforme o direito e minhas ordenações incluindo mortes naturais, sem que contra as sentenças coubesse reclamações ou apelações”. Fez o mesmo em relação a Duarte Coelho no ano de 1534, sendo ele capitão-donatário do território onde hoje existe o Estado de Pernambuco, conferindo-lhe jurisdição civil e criminal, incluída a pena de morte de escravos, gentios e homens livres, igualmente sem reclamações ou apelação, excetuadas as pessoas de “maior

¹³ Conforme a ótica dos costumes, crenças e burocracia aplicadas na Península Ibérica.

qualidade”, a quem se aplicaria o degredo por dez anos e multa de até cem cruzados.

Isto atingiu os indígenas por haver uma regulação que os dividia entre “índios amigos” e “índios bravios”. Em relação aos primeiros verifica-se nas missões setentrionais do século XVII, uma visão de atenuação sob o prisma de evangelização contido no Livro de Ordens; aos outros, de acordo com o Regimento de Tomé de Souza, previa-se a mais brutal escravização, tornando-se, na ótica de Batista, o primeiro componente jurídico do genocídio dos povos originários¹⁴

É importante constatar que quanto mais o Estado absolutista português se aproximava da Igreja e da Inquisição, a vida cultural dos portugueses ganhava uma dimensão própria que a distanciava de outras formações histórico-culturais europeias, conforme explicita Neder.¹⁵ Ele passa a relatar que o interesse constitucionalista se torna uma característica muito presente no tomismo.¹⁶

Pode-se supor que a formação jurídico-ideológica luso-brasileira carrega essa influência até os dias atuais, pois no Brasil e em Portugal, segundo ele, o ramo verdadeiramente forte é o direito constitucional, onde se encontram os tratados mais articulados. aqueles que têm fundamento nos argumentos mais

¹⁴ BATISTA, Nilo. (2016). *Apontamentos para uma História da Legislação Penal Brasileira*. pp. 17-20.

¹⁵ NEDER, Gizlene. (2007). *Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro – Obediência e Submissão*, p. 61.

¹⁶ El tomismo es el conjunto de doctrinas teológicas y filosóficas de San Tomás de Aquino.

bem elaborados. No entanto, em ambos os países o direito penal foi muito pouco desenvolvido, prevalecendo um pensamento jurídico-penal dogmático e autoritário.

Basileu García explicou que, no período colonial no Brasil, houve incriminações que hoje seriam inaceitáveis, como apostasia, blasfêmia a Deus, ou aos Santos, benção a cães ou outros animais sem autoridade. do Rei ou dos prelados etc.

Além disso destaca a exorbitância das penas, sua absoluta desproporcionalidade entre os vários agentes do crime, e a confusão entre moral e religião. Do mesmo modo disse da prodigalidade das penas de morte, não raro antecedidas de suplícios como amputação de braços ou mãos, finalizando com a morte na forca ou fogueira.¹⁷

4. A realidade atual

Os países latino-americanos são hoje, o que foi construído por seus colonizadores nos últimos cinco séculos. O que aqui existia antes não desapareceu de todo, mas tem uma expressão muito pequena, principalmente quando nos lembramos das civilizações asteca, maia, inca e nasca, em alguns aspectos bem mais desenvolvidas que as nações europeias.

Discutindo os séculos de colonização espanhola e portuguesa, Wolkmer disse que eles foram marcados por invasões, massacres e diversas outras práticas de opressão desumanizadoras, desenvolvendo uma cultura contrária ao

¹⁷ GARCIA, Basileu. (2012). *Instituições de Direito Penal*, p. 175.

humanismo, que juntamente com fatores externos, representados pela invasão napoleônica da Península Ibérica e a ruptura do pacto colonial, já que interno, vindo de movimentos nacionalistas, contribuiu para as lutas e reivindicações de independência.¹⁸

Na sequência dos acontecimentos históricos, o México na América do Norte, os países da América Central e os países da América do Sul, tanto de língua espanhola quanto de língua portuguesa, caminharam sobre suas próprias pernas, estabelecendo seus sistemas jurídicos, suas normas constitucionais, sem tendo conseguido fugir aos fatos históricos e à herança que lhes foi transmitida pelos países ibéricos que os colonizaram.

Por esta razão, sofreu-se a inegável e absoluta influência do ensino jurídico europeu, em grande parte baseado no direito romano, no direito canônico e no direito germânico, especialmente no âmbito do direito penal.

Deve-se dizer que o direito penal que temos no Brasil é patrimonialista, emprestando uma importância muito elevada para os crimes patrimoniais. Demonstração clara é observar-se que, no Brasil, o crime com maior pena é o latrocínio (subtração de coisa alheia móvel com a morte da vítima), o qual supera o crime de homicídio, como se verifica igualmente maior punição ao furto, do que infligir lesão corporal a terceiro.

¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito – Tradição no Ocidente e no Brasil*. p. 113.

Registre-se que, pelo menos no Brasil, as punições de caráter patrimonialista acabam atingindo as camadas mais vulneráveis da população, formada por descendentes de africanos, mestiços, pobres, jovens e mesmo indígenas, que também recebem tratamento preconceituoso das autoridades policiais, e um acentuado rigor na acusação e julgamento.

Os efeitos dos primórdios de nossas leis, que na verdade não eram nossas mais do que as dos conquistadores (ou seriam invasores?), estão representados pela previsão de pesadas e às vezes cruéis penas destinadas a quem não tivesse dinheiro ou poder, na medida em que aqueles que tinham tal condição, eram privilegiados com deferências.

O tratamento mais rigoroso era compatível com um sentimento de superioridade e autoproteção, e a realidade atual ainda carrega esses traços.

Os indígenas no Brasil tinham uma situação ainda pior: eram considerados inimputáveis, como pessoas sem discernimento, incapazes, do que se conclui serem considerados quase não humanos. Hoje só populações isoladas têm esse tratamento, mas as demais, total ou parcialmente aculturadas, não recebem a segurança necessária.¹⁹

¹⁹ “Ao reforçar, ao Supremo Tribunal Federal, pedido para que sejam retirados os invasores de sete terras indígenas em Roraima, com urgência nas operações de extrusão nos locais ocupados pelos povos ianomâmi, iekwana e outros em situação de isolamento voluntário, o Ministério Público Federal (MPF) ressaltou ter alertado, desde setembro, para problemas nas ações do governo Jair Bolsonaro sobre a proteção dos povos originários. Segundo a subprocuradora-geral da República Eliana Torelly, coordenadora da Câmara

A importância de conhecer as nossas origens, ver como se formou a mentalidade que hoje vigora e representa o pensamento de grande parte das pessoas, inclusive das vítimas de discriminação legalizada, é incalculável.

A miscigenação em maior ou menor escala está presente no Brasil e nos demais países latino-americanos. Podemos ser, em parcela importante numericamente falando, descendentes de europeus dos mais diversos países, em especial dos povos colonizadores, contudo, uma quantidade expressiva de nós carrega sangue indígena e sangue negro.

Foi essa mescla que formou novos povos e novas culturas.

Não há, portanto, ao contrário do que se propagou no século XIX e primeira metade do século XX, o estabelecimento de uma origem melhor que a outra, todos são iguais, simples assim.

O tratamento dos fatos criminais, contudo, contém aspectos de privilégio, representado até por uma boa defesa, inacessível à maioria da população. Vivenciando o problema ou talvez tendo um maior conhecimento de sua existência, poderia haver a exigência de mudança imediata da legislação e da atuação

de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, perícia entregue à Corte máxima em setembro indicava que ações da gestão de Bolsonaro sobre a desintrusão das terras indígenas "apresentavam incompletude, possuindo efeitos localizados e temporários, que não se mostram suficientes para atender as determinações de retirada dos invasores". (*Para MPF, governo Bolsonaro abandonou ianomâmis*. (2023)

dos agentes estatais encarregados da investigação, acusação e julgamento dos crimes.

Mas a tendência é de regressão.

Para ilustrar este pensamento, menciona-se a proposta de projeto de lei ao Congresso Nacional brasileiro, chamado "pacote anticrime", onde foi incluído um dispositivo que autorizava o uso da força e até a morte de suspeitos, nos casos em que a polícia e demais autoridades envolvidas em diligências, previssem risco à sua integridade. A violência policial, portanto, se traduziria em política de Estado, como se vê na exposição de motivos nº. 00014/2019 MJSP, assinado pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, que destacou:

O agente policial está permanentemente em situação de risco, até porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com ruas estreitas e residências contíguas. É comum, também, que ele não tenha a possibilidade de distinguir os bons dos malfeitores. Por estas razões, é necessário dar-lhes proteção legal, para que não tenhamos uma legião de intimidados pelo medo e pelas dificuldades de se submeterem a julgamento em tribunal ou no Tribunal do Júri, que acabam por se tornar incrédulos e indiferentes, meros burocratas de segurança.

O entendimento é muito claro: a polícia estaria autorizada a agir contra quem não fosse criminoso, por não poder distingui-lo numa situação de confronto que interpretou como arriscada, não sendo isso impedimento à sua atividade, a circunstância de um inocente sair prejudicado (ou morto). Mas não se limitou a isso, pois particularizou a situação, sendo

importante chamar atenção ao cinismo da menção de atuação em comunidades sem urbanização, com ruas estreitas e residências contíguas. Resta claro que se dirige às favelas ou regiões periféricas.

A justificativa em si é discriminatória, preconceituosa e inaceitável. Escolhe uma classe de cidadãos de segunda ou terceira categoria e aponta que eles podem estar sujeitos a erros ou “acidentes” no exercício do trabalho policial.

Em verdade, o verdadeiro propósito é negar-se as grandes conquistas civilizatórias de igualdade e Justiça, estabelecendo-se políticas cujos resultados nos últimos 100 anos foram desastrosos.²⁰

5. Conclusão

Não existe uma sociedade que não traduza em suas ações a carga cultural transmitida através dos tempos. O grau de desenvolvimento, de compreensão, de sensibilidade, depende da história vivenciada por seus ancestrais, das experiências e dos medos que foram cultivados.

Além disso, vê-se que não obstante o salto excepcional que a humanidade deu nos últimos cinquenta anos, culminando com a disponibilização literalmente na palma das mãos de informações, contatos, visualização de vídeos, conversas transcontinentais com visualização mútua, como com a existência

²⁰ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. (2021) *A lei penal não é álibi para a violência estatal*.

de maquinários médicos de última geração, ausência de limites à engenharia, consolidação da inteligência artificial, o homem continua mesquinho e pequeno. Ainda sente a necessidade de xvioprimir, de se considerar superior, de subjugar os que estão a ele subordinados.

As diferenças entre os países desenvolvidos e os demais; as diferenças nos próprios países desenvolvidos; a miséria que atinge grande parte da população mundial; a luta cada vez mais ferrenha pelo domínio econômico, tudo isso só aprofunda os problemas, colaborando para que os menos aquinhoados possam vir a ingressar na seara criminosa, sofrendo os efeitos da legislação que tende a puni-los cada vez mais.

A reflexão sobre o que existiu na vivência das populações e implica na sua transformação em textos legais, mostra-se imperativa.

A soberba de considerar-se superior deu azo, no século XVI, ao desaparecimento das civilizações Asteca e Inca, que poderiam ter contribuído para o desenvolvimento do mundo ocidental. A destruição de culturas não muito desenvolvidas aos olhos da cultura europeia, mas muito superiores a ela na convivência e respeito à natureza, gera efeitos globais, pelo desrespeito à conservação de florestas, rios e mares, em detrimento da saúde da população mundial.

Enfim, tudo pode contribuir para o crescimento ou destruição dos avanços da humanidade.

Tenhamos conhecimento da história. Saibamos interpretá-la e dela extrair ensinamentos. Construamos um mundo mais solidário, igual e com respeito às diferenças e à carga cultural de cada povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

As civilizações pré-colombianas.

<https://mundoeducacao.uol.com.br/historia-america/as-civilizacoes-precolombianas.htm>

BECCARIA, C. (1978). *Dos delitos e das Penas*, 16 ed., Bushatsky, 319 p.

BATISTA, N. (2016). *Apontamentos para uma História da Legislação Penal Brasileira*. Revan, 136p.

BATISTA, N. (2002). *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*, 2 ed., Revan, 280 p.

CARVAJAL CONTRERAS, Maximo. (1992). *La supervivencia del derecho precolombino em México*. Ciclo de Conferencias “La presencia de España en el Derecho Mexicano a través de los siglos”, Aula Magna “Jacinto Pallares”, Facultad de Derecho, UNAM. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 15-37. pp. 29-30.

GARCIA, Basileu. (2012). *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, Tomo I, 7 ed., Saraiva, 551 p.

GARCIA SANCHÉZ, J. y FUEYO GARCIA, B. (2018). *DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA – Summa de Delicts et Eorum Poenis. Año 1540 (Primer Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, de Europa)*. Oviedo: Servicio de Publicaciones UNIVERSIDAD DE OVIEDO, 551 p.

GONZAGA, João Bernardino. (1971). *O DIREITO PENAL INDÍGENA à época do descobrimento do Brasil*, 2 ed., Max Limonad, 182 p.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. (2021) *A lei penal não é álibi para a violência estatal*. JusCatarina.

<https://www.juscatarina.com.br/2021/05/23/a-lei-penal-nao-e-alibi-para-a-violencia-estatal-por-jorge-henrique-schaefer-martins/>

NEDER, Gizlene. (2007). *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro – Obediência e Submissão*, 2. ed., Revan, 256 p.

Para MPF, governo Bolsonaro abandonou ianomâmis. (2023) CORREIO BRAZILIENSE.

<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2023/01/5069549-para-mpf-governo-bolsonaro-abandonou-ianomamis.html>

SALLES, Silvana. (2018) DNA antigo conta nova história sobre o povo de Luzia, *Jornal da USP*.

<https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-biologicas/dna-antigo-Conta-nova-historia-sobre-o-povo-de-luzia/>.

SÁNCHEZ ZORRILLA, M. y ZA VALETA CHIMBOR, D. (2015). *El proceso penal en la época incaica: diferencias entre*

cumplimiento de penas y juicios divinos. REVISTA MEXICANA DE HISTORIA DEL DERECHO. Volumen XXXI. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/view/10207/12233>

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito – Tradição no Ocidente e no Brasil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 368

p.

A LEI 12.594/2012 (LEI DO SINASE) DEZ ANOS DEPOIS: ENSAIO EM DEFESA DE UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO INFRACIONAL E A SOCIOEDUCAÇÃO NO BRASIL

*Hamilton Gonçalves Ferraz*¹;

*Wanda Muniz*²;

*Danilo Sardinha*³

¹ Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé (40H/DE). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu Residência Jurídica em Resolução de Conflitos (UFF). Coordenador do Centro de Assistência Jurídica (CAJUUFF - Macaé). Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio), com Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal em andamento (UERJ). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Constituição, Direitos Humanos e Poder Punitivo (CDHPP) e Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Constituição, Justiça e Cidadania (NEPCON). Coordenador Adjunto do Departamento de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Advogado. E-mail: ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com ;

² Professora do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Doutora e Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (UniFACISA). Pesquisadora da UFSC, do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (NEPEDI) da UERJ, do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre África, Ásia e relações Sul-Sul (NIEASS) da UFRJ do projeto de extensão "Despertar da Cidadania" da UFRJ. E-mail: wfalcao@furb.br;

³ Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pesquisador do Laboratório de Inovação, Pesquisa e Observação em Direito, Democracia e Representações na América Latina e Eixo Sul (INPODDERALES/UFRJ). Pesquisador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH/UFRJ). Advogado. E-mail: danilo_sardinha@outlook.com

1. Introdução

Em 2022, a Lei 12.594/2012 (Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE) completou dez anos de vigência, resistindo a inúmeros projetos de ampliação da punição juvenil no campo infracional, como o aumento do tempo de internação.

A despeito de resistir por tanto tempo no plano normativo, a Lei do SINASE padece de déficits qualitativos de eficácia, como o cotidiano da justiça juvenil infracional brasileira demonstra. Esses déficits ocorrem tanto no processo de apuração do ato infracional, marcado por um processo inquisitivo e menorista, quanto no cumprimento das medidas socioeducativas, que muitas vezes incluem práticas de tortura, condições degradantes e ausência de garantias de direitos nas unidades socioeducativas.

Por outro lado, a jurisprudência é ambígua no que se refere ao controle de constitucionalidade das práticas socioeducativas. Por exemplo, temos o HC 143.988/ES, julgado pela 2ª Turma do STF em 2020 - mais importante julgado da história da justiça juvenil infracional brasileira -, que tratou da superlotação de unidades socioeducativas e pavimentou o caminho para o processo de implementação de Centrais de Vagas nos sistemas socioeducativos estaduais, por meio da Resolução 367/2021 do CNJ. Cumpre ainda mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5359, de 2021, que declarou inconstitucional o porte de armas de fogo para agentes socioeducativos no sistema socioeducativo de Santa Catarina, e, contraditoriamente, o Agravo no Recurso Extraordinário

1.161.625/RJ, julgado pela 2ª Turma do STF em 2021, que acabou permitindo a aquisição e uso de armas menos letais sem qualquer controle no sistema socioeducativo fluminense, vencido o Ministro Edson Fachin.

Por fim, é importante destacar que a pandemia de COVID-19 trouxe problemas e desafios à luta pela vida e dignidade dos adolescentes no sistema socioeducativo, com o agravamento das condições de cumprimento das medidas socioeducativas em meio fechado.

A partir do cenário normativo, jurisprudencial e empírico brevemente apresentados acima, o presente trabalho lança a seguinte provocação: e se os problemas enfrentados pelo sistema socioeducativo brasileiro decorressem, em alguma medida, de insuficiente reflexão acerca do que significa e representa a ideia de “socioeducação”?

Em cerca de trinta anos de ECA e dez da Lei do SINASE, como e a partir de quais elementos e premissas é possível compreender a "socioeducação" e a ação de "socioeducar" de modo que possam assumir significação jurídica concreta (não meramente programática e vaga) e, assim, possam ser mobilizados pelos atores do sistema de Justiça Juvenil infracional comprometidos com a efetivação da proteção integral?

Para responder a essas perguntas, este breve ensaio percorrerá, inicialmente, um pequeno caminho histórico, resgatando as bases fundantes da justiça juvenil brasileira; na sequência, passará pela apresentação do complexo normativo de proteção integral, que rege a nossa justiça juvenil infracional; após, passamos a problematizar o que significa “socioeducar”

para, ao final, defender a adoção de uma perspectiva decolonial para a socioeducação.

2. Como chegamos até aqui: escravidão, racismo e periculosidade positivista como bases fundantes da justiça juvenil brasileira

A premissa fundamental que permeia um entendimento crítico a propósito da infância e juventude no Brasil é a constatação do racismo estrutural, que se traduz em uma divisão das pessoas entre “zonas do ser” e “zonas do não ser”. Deve-se reconhecer que a minoridade (infância e adolescência), como uma fase da vida que demanda “proteção”, não foi e ainda não é uma ideia distribuída e partilhada igualmente entre todas as pessoas e grupos sociais, como breve percurso histórico, tendo por marco o Brasil imperial, demonstrará.

Ao longo do Império, a criança e o adolescente escravos não eram reconhecidos como tais, sendo tratados como “pequenos adultos” que forneciam força de trabalho corporal. A Lei do Ventre Livre, de 1871, estabeleceu o controle social das crianças e adolescentes escravizados pelos Senhores, com legitimação do Estado. Com a passagem do Império para a República, ocorreu a transição de uma desigualdade jurídica para uma desigualdade biopsicológica, social e racial, sob o paradigma do positivismo criminológico.

Os estudos criminológicos e seu surgimento como uma "ciência" estão intimamente ligados ao desenvolvimento de estudos sobre infância, juventude e justiça juvenil. A literatura

criminológica mais importante, desde a obra de Lombroso, “O Homem Delinquente”, até seus antecedentes pré-positivistas, como “*Des Classes Dangereuses*” (“As Classes Perigosas”), de Frégier, confirma esse vínculo.

Dessa forma, a relação entre a "infância" e o "perigo" não é uma invenção do positivismo criminológico ou da criminologia em geral, como já foi observado por Frégier em “*Des Classes Dangereuses*”. No entanto, é verdade que o positivismo criminológico reformulou a noção de periculosidade, incluindo nela elementos biopsicossociais e discriminatórios. Foi nesse contexto que a justiça juvenil surgiu, mas com uma diferença significativa em relação aos países do Centro e Norte globais, onde a criminologia positivista implementou uma série de reformas penais e institucionais com o objetivo de efetivar o modelo de “*penal welfare*”.

No Brasil, no entanto, isso não ocorreu. A ideia de reformar menores "irreformáveis", corrigir "incurrigíveis" e reinserir "indesejáveis" era considerada sem sentido. Esse descaso com as crianças e adolescentes brasileiros é evidente desde a primeira Casa de Correção e o Código “Mello Mattos”, o primeiro Código de Menores do país (1927), o qual entrou em vigor sem que houvesse estrutura para seu cumprimento.

A Lei de Introdução ao Código Penal (1941), por sua vez, estabeleceu uma relação explícita entre as medidas correcionais aplicadas a menores de idade e as medidas de segurança. Ao longo do tempo, desde o Serviço de Assistência a Menores até a FUNABEM do regime civil-militar de 1964, a

“proteção aos menores” foi uma falácia conveniente e útil que, na prática, resultou em neutralização e extermínio, com pouquíssimas exceções pontuais.

3. Como sonhamos em (tentar) fazer diferente: o complexo normativo de proteção integral

Na década de 1980, durante o processo de redemocratização do país, houve uma mudança significativa no tratamento dado à infância e juventude. O diagnóstico dos problemas da justiça juvenil era bem conhecido e isso levou à consagração de dispositivos importantes na Constituição Federal (artigos 227, 228 e 229), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei do SINASE), de 2012. No entanto, a elaboração do ECA foi marcada por disputas entre duas correntes: os "garantistas" e os "menoristas", como bem demonstra Ana Cláudia Cifali em sua tese de doutoramento.

Por isso, o modelo de justiça juvenil adotado no Brasil é híbrido, promovendo algumas garantias fundamentais, mas mantendo resquícios inquisitivos e normas vagas, além de poderes amplos para o magistrado e membro do Ministério Público em detrimento da defesa. Além disso, a realidade do país desafia constantemente o sonho de uma justiça juvenil mais justa, como evidenciado, de partida, pela Chacina da Candelária e a PEC 171/1993, que propunha a redução da maioridade penal.

4. Fizemos diferente? Onde erramos? Os vazios (e os preenchimentos) sobre o que significa “socioeducar”

De acordo com Bartolomeu Rodrigues Mendonça, a "socioeducação" tem sido uma promessa vazia, pois tem sido preenchida por práticas e mentalidades pretéritas perversas que mantêm relações assimétricas de hierarquização étnica, classificando indivíduos como superiores ou inferiores. Esse “continuum colonial” tem como consequência ações objetivas que elevam alguns indivíduos e diminuem outros.

Além disso, Isadora Gomes argumenta que a socioeducação assumiu um sentido de dispositivo de controle, fruto da continuidade do paradigma menorista e baseado, direta ou indiretamente, na periculosidade positivista. Isso resulta na legitimação social do uso da força no sistema socioeducativo como um instrumento necessário para a persistência desse continuum colonial. A socioeducação tem uma natureza ambígua, pois muitas vezes é associada tanto à assistência social quanto a percepções que parecem seguir princípios liberais, tais como individualismo, empreendedorismo e autoconsciência, que se referem a uma concepção do indivíduo como senhor absoluto de si mesmo.

Ainda em diálogo com Isadora Gomes, essa política é sustentada pelo neoliberalismo e se baseia em uma lógica excludente que é apoiada pelo racismo estrutural, e que, ao analisarmos de forma interseccional, revela outras camadas compreensivas que denunciam seu caráter colonial e opressor.

Portanto, fica a pergunta: fizemos, realmente, tão diferente assim? Sim e não.

De fato, os 30 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aliados à legislação subsequente, apresentam méritos incontestáveis. É notável a redução nos índices de mortalidade infantil e a resistência, desde seus primeiros anos, às inúmeras e vergonhosas propostas de redução da maioridade penal.

Ademais, em 2020 e 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) emitiu duas decisões cruciais para o sistema de justiça juvenil brasileiro: (i) no HC 143.988/ES, 2020, 2ª Turma, foi dada concretude ao artigo 49, inciso II, da Lei do SINASE; e (ii) em 2021, por 6 votos a 5, foi declarada a inconstitucionalidade do porte de arma de fogo para agentes do sistema socioeducativo em Santa Catarina, na ADI 5359/2021. Neste contexto, dá-se destaque ao voto de Fachin, no seguinte trecho: “Permitir o porte de armas para esses agentes significaria reforçar a errônea ideia do caráter punitivo da medida socioeducativa, e não o seu escopo educativo e de prevenção”.

Ao mesmo tempo, não fizemos tão diferente assim, pois segundo a análise de Danilo Sardinha, no nível micro do sistema socioeducativo, prevalecem práticas de "microfascismos" que comprometem a eficácia das medidas socioeducativas. A decisão do STF, em particular da 2ª Turma, no ARE 1.161.625/RJ, que permite o uso desproporcional de armamentos menos letais no sistema socioeducativo – sem qualquer critério ou parâmetro a respeito de qual tipo de armamento pode ou não ser adquirido ou

empregado -, é um exemplo significativo dessa situação. Diante disso, surge a questão se é possível pensar em um novo conceito de socioeducação ou mesmo reinventá-lo.

5. Por um conceito decolonial de socioeducação

De acordo com Isadora Gomes, socioeducação é um conceito-ação que envolve tanto princípios teórico-filosóficos quanto práticas socioeducativas. Ela defende um conjunto de ideias que são consideradas fundamentais para a construção ideológica democrática do conceito de socioeducação no Brasil. Esses princípios são: (i) interdependência; (ii) reconhecimento histórico; e (iii) nitidez institucional.

O princípio da interdependência envolve a compreensão de que toda ação individual é um elo na cadeia de ações sociais que têm impactos em outro indivíduo, além da busca pela polifonia e práticas restaurativas em todos os âmbitos da sociedade. O artigo 227 da Constituição Federal Brasileira estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir, com absoluta prioridade, os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária das crianças, adolescentes e jovens, bem como protegê-los contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, é compreendido que toda ação individual é parte de uma cadeia de ações sociais que produzem impactos em outros indivíduos, e pode-se incorporar a ideia chave do Ubuntu

- "sou porque nós somos" - nesse contexto. A utopia de abranger toda a sociedade no trabalho socioeducativo é baseada em práticas restaurativas em todas as áreas, e busca a polifonia, em que nenhum ser humano é tratado como objeto, nenhuma consciência é convertida em objeto de outra, e nenhuma voz social se impõe como a última e definitiva palavra.

O reconhecimento histórico é importante como um primeiro e fundamental passo na educação para a liberdade e envolve a valorização da multiplicidade original da história da formação da sociedade e o reconhecimento das rupturas racistas que estruturaram e ainda estruturam o sistema social. A educação para a liberdade deve contemplar uma abordagem decolonial que busca identificar e valorizar a diversidade original da história da formação da sociedade, ao mesmo tempo em que reconhece a dinâmica opressora que tem orientado a formação de conceitos de ser, saber e poder.

Um aspecto fundamental para a promoção de uma socioeducação decolonial é o reconhecimento histórico das rupturas raciais que estruturam e ainda estruturam o sistema social. Esse reconhecimento histórico é crucial como um primeiro e fundamental passo, tendo em vista a importância da experiência vivida no processo de desenvolvimento.

Por fim, a nitidez institucional propõe oferecer direitos fundamentais a todas as pessoas e atender judicialmente jovens que tenham cometido atos infracionais, oferecendo educação e assistência especializada apenas àqueles que precisam e da maneira que precisam. De acordo com Isadora Gomes, é essencial

proporcionar direitos básicos a todos os indivíduos e oferecer educação e assistência especializada de acordo com as necessidades específicas de cada um. Isso é o que ela chama de proposta de nitidez institucional.

Quando se trata de jovens que ainda não tiveram acesso à justiça social, é crucial que isso ocorra juntamente com a justiça juvenil. No entanto, é igualmente importante garantir que o sistema de justiça juvenil atenda a adolescentes que já contam com apoio familiar, social e financeiro, mas que cometeram crimes tipificados como delitos.

6. Conclusão

Finalizamos este pequeno ensaio insistindo que o Estado Democrático de Direito representa algo como o nosso “dique utópico contra a barbárie”, como sempre leciona a Profa. Vera Malaguti Batista. Nesse sentido, as palavras do Prof. Alessandro Baratta extraídas de seu artigo “A infância como arqueologia do futuro” (1995) são úteis para concluir esta intervenção:

Em que pese a riqueza em potencial da sua contribuição para a constituição de um Estado de cidadania plural, as crianças continuam sendo objetos e não sujeitos do direito e da política. No entanto, a mensagem da infância como cidadania pode converter-se no eixo de uma autêntica revolução cultural que pode ensejar a oportunidade de se transformar a sociedade em uma sociedade mais justa, mais humana, mais madura.

273

MANIFESTO NEGRO POR UMA EDUCAÇÃO JURÍDICA ANTIRRACISTA¹

Luciano Góes²

Artigo publicado originalmente na Revista Criar Educação, Criciúma, v. 12, nº1, jan/jul 2023.

²Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação que estabeleça diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário (CNJ), e membro emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Professor de cursos de pós-graduação. Pesquisador/membro do projeto "Bases para uma Criminologia do controle penal no Brasil: em busca da brasilidade criminológica", e do Grupo Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação - CONSTINTER/FURB. Advogado Abolicionista Quilombista e vencedor do Prêmio Jabuti (2017), na categoria "Direito", com a obra: A 'tradução' de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como bases estruturante da Criminologia brasileira.

“Em democracia, a liberdade dos brancos só é viável se acompanhada pela segregação dos Negros e pelo isolamento dos Brancos na companhia dos seus semelhantes. Ou seja, se a democracia é verdadeiramente incapaz de resolver o problema racial, a questão é desde logo perceber como poderá a América livrar-se dos Negros.” (Achille Mbembe)

1. Introdução

No dia 20/06/2022, a sociedade brasileira teve conhecimento, através da reportagem do *The Intercept*, da decisão da juíza Joana Ribeiro Zimmer da comarca de Tijucas/SC, em manter uma menina de onze anos, vítima de estupro aos dez, em um abrigo, longe da família e por mais de quarenta dias, para evitar que a menina tivesse acesso ao direito de interrupção da gravidez, não apenas infringindo a disposição legal.¹ A decisão atendeu ao pedido da promotora de justiça Mirela Dutra Alberton, que requereu a medida alegando o risco “*que a mãe efetue algum procedimento para operar a morte do bebê*”.

Para além da discussão sobre a negação do direito ao aborto, da extrema crueldade durante a audiência que revitimizou uma criança que deveria ser protegida, e da responsabilização da

¹ De acordo com o artigo 128 nosso Código Penal, o aborto é considerado legal quando a gravidez é resultado de estupro ou põe em risco a saúde da mulher. Nesses casos, a gestante tem direito de realizar gratuitamente o aborto legal através do Sistema Único de Saúde (SUS).

juíza e da promotora, temos que questionar como estamos construindo operadoras e operadores jurídicos que tomam decisões que confrontam a dignidade humana e que estão em todas as agências que integram nosso “sistema de justiça”. Na verdade, esse fato não deveria nos surpreender, já que não é exceção, mas a regra, pois, todos os dias inúmeras vidas são condenadas à morte, uma sentença clara de que tais vidas não importam.

Ao confrontarmos quem integra nosso “sistema de justiça” e quem é condenado, temos um panorama de como nossa democracia se constituiu, em quais bases se fundou, como funciona e, mais importante, que democracia é essa. Em 2021, os dados da “Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário”², realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostram que a branquitude ocupa 85,9% dos cargos na magistratura brasileira, enquanto a porcentagem de pessoas autodeclaradas negras é de 12,8%. Já em nosso sistema penitenciário, 67,5% da terceira maior população em situação de cárcere do mundo são pessoas negras.³

² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf> Acesso em 15 ago. 23.

³ Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

Durante a pandemia, alcançamos o número histórico de 919.651 pessoas presas⁴ - exatamente quando 33,1 milhões de pessoas foram condenadas a (morrer de) fome, tendo que recorrer aos “crimes famélicos”, responsáveis por 61 mil prisões. Tal realidade é resultado da seletividade racial que caracteriza nosso Direito penal, instrumento de tutela das desigualdades raciais que estruturam o Estado antinegro e a supremacia branca, responsável pelo “encarceramento em massa” iniciado, imediatamente, após a falsa abolição da escravidão e pela necropolítica que, em suas diversas facetas e especificidades em solo brasileiro, naturaliza a morte negra promovida pela branquitude, refletida em nosso sistema de injustiça racial.

Todas essas características, que contornam nosso realismo racial marginal, são ignoradas pelo ensino do Direito penal, uma área jurídica (quase) monopolizada pela branquitude que se recusa a enxergar (e combater) o racismo que ela (re)produz e (re)fortalece cotidianamente, tudo em nome de seus privilégios e direitos inerentes à sua brancura (que em muitas vezes, nem é tão branca quanto certas pessoas acham ou sonham). Assim, esse ensino jurídico, ao invés de se propor a confrontar e reduzir as violências expostas, através de uma percepção racial crítica, findam por potencializá-las ao defender aquela farsa ideologia de uma democracia racial, ou seja, uma democracia monocromática onde a hegemonia branca é tutelada por um

⁴ Dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 6 de junho de 2023.

sistema de controle instituído pela política colonial *pharmakologica* que nos condena à inimizade constante (MBEMBE, 2017).

Se o direito penal é o instrumento pelo qual o Estado antinegro brasileiro manuseia a violência racial de modo legal, legitimando todo o sistema de controle suas múltiplas violências correlatas, o ensino da disciplina Direito penal “racialmente neutro” (reduzido a simplórias lições sobre os crimes de racismo, instituído pela lei 7.717/89, e o crime de injúria racial, estabelecido pelo Código Penal em seu art. 140, § 3º - diferença que é a própria branquitude que define, através de seus critérios e racionalidade colonial), integra esse controle em termos informais, já que essa “neutralidade” se projeta como legítima defesa da branquitude.

Através da Criminologia, em suas várias orientações teóricas que deslegitimam o Direito penal (e assim, seu ensino tradicional(mente branco e embranquecedor)), pretendo demonstrar como o racismo brasileiro, e sua natureza desumanizante, se expande por um complexo sistema de controle racial que recebe, constantemente, nova legitimação para manter intacta a arquitetura antinegra através de inúmeras manifestações do racismo que o ensino jurídico (e não apenas ele) reforça e promove com um silenciamento que reverbera a supremacia branca.

Temos, então, um ensino jurídico racista na medida em que não há o reconhecimento do racismo enquanto sistema de dominação que perdurou, no Brasil, quase quatro séculos, sendo

que a branquitude não apenas é herdeira dos direitos e privilégios produzidos e assegurados através dos séculos, mas é responsável pela continuidade da necropolítica que liga o ontem, o hoje e o amanhã do projeto de mundo branco.

Nesses termos, as professoras e professores da disciplina de Direito penal (em sua quase totalidade, pessoas brancas, reflexo da relação umbilical do racismo estrutural com o racismo institucional), endossam seu comprometimento político com o *pacto narcísico da branquitude*, responsável pelas inúmeras alianças entre brancas/os que, como ensina Cida Bento (2002, p. 7), são forjadas: “[...] para manutenção de privilégios e caracterizadas pela ambiguidade, pela negação de um problema racial, pelo silenciamento, pela interdição de negros em espaço de poder, pelo permanente esforço de exclusão moral, afetiva, econômica e política dos negros no universo social.”

É aqui que risco a primeira lição de um ensino jurídico antirracista: naturalizar esse modelo de ensino é legitimar todo sistema de (in)justiça colonial, é comungar com toda violência que é a essência de um Estado democrático (branco) e de direito (necropolítico); é pactuar com toda desumanização que estrutura esse modelo de sociedade racista e que a discursividade branca é incapaz de ocultar. O Direito penal (disciplina) tem que reconhecer que o direito penal (instrumento pelo qual o Estado manifesta seu monopólio sobre a violência legítima) não é igualitário, muito menos justo, características explicitadas em suas dimensões, já que não é monolítico (e essa marca é conhecida pela distinção entre prática e teoria – e essa divisão não tem nada de incoerente).

O direito penal *declarado* é pilar de sustentação dos outros *direitos penais (paralelo e subterrâneo)*, dinamizando, entre legalidades e constitucionalidade, nosso genocídio e epistemicídio que engendram o ordenamento jurídico que expressa a defesa da ordem racista, protegendo direitos fundamentais da branquitude. Portanto, pensar na permanência do modelo de ensino jurídico assentado em bases brancas (da origem do Direito na Grécia, passando pelo referencial teórico jus-filosófico, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos) é descortinar os reais objetivos do sistema de controle racial brasileiro e sua função em uma democracia monocromática erguida nos entrelaçamentos do racismo e colonialismo, mantidos pelo enraizamento de colonialidades.

2. O sistema de controle racial formal brasileiro

“O escravo libertou-se; ficou ao sol por um breve momento; e então retornou à escravidão.”
(W.E.B. Du Bois).

Cada modelo de sociedade produz um sistema punitivo que atenda suas necessidades e objetivos, reproduzindo a ideologia dominante, seus valores e garantindo a tutela de sua estrutura de modo espelhado. Assim, as criminologias, enquanto campos do saber, são produtos de movimentos para legitimar o sistema punitivo ou deslegitimá-lo, estudando, nessa ordem, do criminoso ao sistema de controle social que aqui, se apresenta primordialmente, racial, uma característica que irá se refletir nas agências de controle, formais ou informais, ambas estruturadas na desumanização e outrificação negra.

A morte negra é sustentáculo não apenas das relações raciais no Brasil, mas de sua arquitetura racista, manifestada no âmbito formal com o controle de nossos corpos através do uso da violência legítima, monopolizada pelo Estado e, por quase quatro séculos, legalizada pela escravidão. Com o colapso da estrutura escravagista nosso sistema de controle foi, imediatamente, reorganizado, recepcionando todos os instrumentos escravocratas sob discursos republicanos, entre estes, a “tradução” do arsenal racista da Criminologia Positivista que transformou o negro em “criminoso nato” ao comprovar sua periculosidade que exala pelos poros quando a passividade exigida pelo mundo branco não é possível ou suportável.

O paradigma racista-etiológico, que fundou o *direito penal do autor*, foi fundamental para manter o controle sobre as *coisas* ao legitimar práticas punitivistas voltadas ao corpo negro possibilitando a seletividade racial no *direito penal declarado*, que inaugurou o encarceramento da massa preta com o trabalho obrigatório na prisão, e continuando com o genocídio ao aplicar a pena de morte legalizada através do *direito penal paralelo*, em termos de guerra racial não explicitada na declaração de “guerra contra às drogas”, inaugurada em 1830 e hoje legitimada constitucionalmente (GÓES, 2016).

Mantendo sua natureza escravagista intocada, a democracia antinegra é constituída na capilaridade do *sinhorismo* que funcionaliza vários carregos criminológicos arriados em terreiro colonial, enunciando a programação

racista de nosso aparato punitivo que tem o corpo negro enquanto *pharmakon*, demandando um sistema de controle protecionista contra seu revés, a reação pela condenação à sobreviver em incessante estado de violência manifestado pela necropolítica, estribada na inimizade racial (MBEMBE, 2017), por isso, todas as nossas rodas, onde brados insurgentes anunciavam aquilombamentos, foram criminalizados no pós-abolição, no Código Penal de 1890.

Portanto, na iminência de um confronto racial sem precedentes, o projeto abolicionista brasileiro foi estrategicamente traçado como um “presente” embalado em papel jurídico, uma farsa onde a liberdade não seria conquistada pelo negro, mas um ato de “compaixão e humanidade” do branco, em termos de anistia, conciliação e colaboração entre as raças, ou seja, opressão, violência e resignação (ou morte!) ao povo negro.

Inevitável, assim, a substituição da legalidade perdida pela legitimidade da arquitetura racista para remontar o sistema escravagista sob novos fundamentos, e o saber que estribou a face democrática da supremacia branca foi a tese da criminalidade nata de Cesare Lombroso, a partir da periculosidade exalada por corpos negros, conceito que os vinculou, de modo inquebrantável, ao elemento perigoso: o criminoso. Assim, foi gestado um modelo punitivo de viés acautelatório, objetivando a prevenção de um (im)possível crime: o *direito Penal do autor* que prescrevia prisões anteriores ao delito e penas indeterminadas. Poucos anos após a abolição, em virtude do paradigma racista-etiológico, Nina

Rodrigues defende a coexistência de, no mínimo, quatro Códigos Penais para a segurança da branquitude (GÓES, 2016).

O *direito penal do autor* foi indispensável para manter as *coisas* em seus devidos lugares e recebendo o tratamento que mereciam, instituindo a seletividade racial no interior do *direito penal declarado*, isto é, no Código Penal republicano “igualitário” que continha crimes próprios da raça negra (ou criminalizou a raça negra, objetivando impedir novas insurgências negras), e aplicando a pena de morte aos corpos negros através do *direito penal paralelo* de responsabilidade das instituições policiais e legalizado por uma guerra antinegra declarada como “contra às drogas”. Essa “guerra”, na verdade manifestação do genocídio antinegro, foi iniciada com a criminalização informal do “fumo de negro” que alimentava o sonho da liberdade no Quilombo dos Palmares (CARNEIRO, 1958), reforçada, formalmente, em 1830, quando o “*pito de pango*” era comercializado nas *pharmácias*, o boticário era multado, enquanto o negro, escravizado ou livre, era preso (BARROS; PERES, 2011).

Nossa declaração de guerra se deu em 1930, com o combate ao “comércio” e uso do “*fumo de negro*” que justificou as práticas punitivas e criminalizações do nosso sistema de controle racial a título de “saúde pública”, subsidiada pelo paradigma racista-etiológico que propagou a potencialidade da periculosidade negra inata, assim como

aconteceu com o álcool.⁵ Nesses termos, o problema da nossa “guerra contra às drogas” não é o proibicionismo, mas a ideologia antinegra que constitui a branquitude, pois no século XIX, o traficante branco não representava nenhum risco à sociedade, mas apenas o usuário negro, hoje, as posições foram trocadas, quem era usuário é traficante e deve ser morto quando avistado ou, preso (que não exclui a possibilidade de morte posterior).

A (in)diferença entre as figuras se relaciona, proporcionalmente, no (quase) monocromático sistema de (in)justiça com a mobilização de aportes criminológicos por todas e todos que integram a estrutura punitivista, permitindo expressões de seus próprios racismos por trás da imparcialidade e livre convencimento, escamoteados na escolha de bens jurídicos que merecem tutela. No contexto de guerra cotidiana, um sistema jurídico racista e de exceção da humanidade permite, sem qualquer afetação aos direitos e garantias fundamentais, a aniquiliação do inimigo sob o pretexto de promoção ou resgate da paz e segurança pública, cujo preço é pago em quantidade de corpos negros.

⁵ A criminalização dos negros, pelo uso do álcool, foi estabelecida pelo Código penal a título de punição pela vadiagem. Em 1893, o Decreto-Lei nº 145, autorizou a criação de um estabelecimento prisional para “correção” dos vagabundos, pelo trabalho.

Assim, se o projeto de embranquecimento, pelo extermínio direto, possibilitou a redenção de *Cam*⁶, o Estado brasileiro substituiu aquela maldição pela do *Conde Drácula*, sob a qual a “saúde pública” necessita de sangue (negro) que lubrifica as engrenagens da sistemática (in)constitucional exterminante, endossada pelo Judiciário, demonstrando que nossa “justiça” é juramentada com seu símbolo, uma mulher branca europeia, cujo olhar colonizante não encontra qualquer obstáculo, deslocando o fiel da balança de acordo com a *melaninocracia*⁷. Nesse sentido, a guerra “às drogas” resta perdida, se, e apenas se, correlacionarmos seu fundamento declarado à estratégia adotada, uma vez que, em seu objetivo (nada) latente o sucesso é absoluto: o extermínio do “traficante”, demônio incorporado por corpos facilmente encontrados em toda e qualquer esquina marginal(izada).

Nosso sistema de controle racial encontra na periculosidade seu eixo gravitacional por decorrência da gênese escravocrata sob a lógica da inimização. A produção

⁶ Alusão à obra “A Redenção de *Cam*” do artista espanhol Modesto Brocos. Pintada em 1895, o quadro retrata o sonho eugênico, esboçado pelas teorias raciais que justificam o genocídio negro pelo branqueamento gradual implementado pela miscigenação, através de famílias interracialis.

⁷ Distribuição de privilégios ou discriminação de acordo com a quantidade de melanina. Pautada sobre os extremos raciais, quanto menos melanina, e, portanto, mais próximo ao branco, mais privilégios (o que não significa imunização ao racismo), por outro lado, quanto mais melanina, mais discriminação.

de mortes negras é inerente às sociedades que serão genocidas enquanto não confrontarem suas matrizes racistas, ou seja, a própria democracia é obstáculo, pois “se a democracia é verdadeiramente incapaz de resolver o problema racial, a questão é desde logo perceber como poderá a América livrar-se dos Negros” (MBEMBE, 2014, p. 149). Assim, não apenas os limites da democracia racial restam explícitos, como também do próprio conceito de democracia.

Enunciando a regra básica de nosso sistema punitivo democrático, o *direito penal do autor*, nosso carregamento criminológico arriado em terreiro colonial, se perfaz enquanto programação que incute o racismo em nossos *sistemas penais formais*, caracterizados pela seletividade racial que resulta em genocídio e encarceramento. Um ideário que não pode ser compelido pelos *Direitos Humanos* que restam repelidos pela animalidade tornada signo negro, imiscuída em sua construção e sinônimo de risco à humanidade, eis que: “o direito é [...] uma maneira de fundar juridicamente uma certa ideia de Humanidade enquanto estiver dividida entre uma raça de conquistadores e uma raça de servos. Só a raça de conquistadores é legítima para ter a qualidade humana” (MBEMBE, 2014, p. 111).

A racionalidade objetificante do sistema punitivo “democrático” brasileiro é legitimada e legalizada com objetivos de (re)afirmação da humanidade branca, fazendo da desumanização negra não apenas sua característica inafastável, mas sua própria razão de existir. Entretanto, em que pese a importância do cárcere e da necropolítica, a

funcionalidade dinâmica do sistema de controle racial brasileiro imprescinde da invenção de instrumentos de controle informais, invisibilizados, mas tão violentos quanto as formas explícitas.

Nesse sentido, o feminicídio negro, radical e estrutural, é, também, uma das facetas da necropolítica, ou, nas palavras de Livia Sant'Anna Vaz e Chiara Ramos, um dos tentáculos de nosso genocídio que resulta na invisibilização de todas as violências coloniais, racistas e antinegras que são (re)produzidas e (re)vitimizam e objetificam as mulheres negras através de silenciamentos sistêmicos, já que:

O feminicídio negro também tem como elemento essencial a *objetificação e controle* dos nossos corpos, que são os mais vitimados pelas consequências da proibição do aborto, os escolhidos pelos programas de esterilização – desenvolvidos sob o pretexto de planejamento familiar – e, ainda, os mais atingidos pelo encarceramento em massa. Esse projeto de dominação sobre nossos corpos está associado à criação e manutenção de obstáculos para que mulheres negras acessem espaços de poder e possam decidir sobre os rumos de suas próprias vidas, mas também interferir nos projetos políticos da sociedade e do Estado.

Outra vertente de consolidação desse fenômeno é o apagamento de nossas memórias enquanto sujeitas coletivas, bem como de nossos saberes ancestrais, [...] invisibilizando nosso protagonismo na história e nos colocando na condição de objeto de pesquisas e de políticas públicas,

mas não como produtoras de conhecimentos. (VAZ; RAMOS, 2021, p. 106).

Assim, enquanto a necropolítica é a manifestação da branquitude em nível global, caracterizando a diáspora negra, no Brasil ela se apresenta como uma face do sistema genocida antinegro que só pode ser compreendido se preenchermos as lacunas genéricas da necropolítica com as especificidades e amplitude do processo de branqueamento do povo negro brasileiro, já que a morte negra, por aqui, se inscreve na perda de potência, esquecimento e desencantamento (RUFINO, 2019, p. 15).

3. O sistema de controle racial informal: o direito penal racial subterrâneo

“Nossa fala estilhaça a máscara do silêncio.”
(Conceição Evaristo)

Por mais eficazes que sejam nossos instrumentos de controle formais, o sucesso absoluto do sistema de controle racial brasileiro é devido ao aparato informal, constituído por instrumentos que garantem a supremacia branca e seu domínio sobre a segunda maior população negra do mundo. Nessa conjuntura, a necropolítica de Achille Mbembe deve ser complementada pelas dimensões genocidas expostas por Abdias Nascimento (pois ultrapassam, em muito, a morte física) a partir das quais teremos um panorama das violências que constituem a negritude brasileira, em termos de construção de identidades

afrodiaspóricas desde suas matrizes, ou seja, arraigadas em epistemes civilizatórias africanas.

O processo de conscientização da radicalidade do sistema de controle é obstaculizado, a todo custo, por seu âmbito informal que naturaliza a dominação. Sobre estas bases, emerge a Criminologia da Libertação de Lola Aniyar de Castro que salienta o caráter complementar dos instrumentos de controle informal e formal (Direito penal), cuja atração pela violência ofusca a preponderância do sistema informal (educação, religião e meios de comunicação) em suas formas de socialização da ideologia dominante, ou seja, produção de uma falsa realidade e ausência de consciência sobre a ordem. (CASTRO, 2005, p. 39).

Mirando nos conflitos de classes, Lola adverte que, sem compreendermos como ideologias são transmitidas pelas agências informais (objetivando obediência, submissão e consenso em torno dos valores dominantes essenciais), não entenderemos o funcionamento no plano formal, responsável pela socialização secundária imposta pelo aparato penal quando a socialização primária fracassa, produzindo condutas desviantes que culminarão em carreiras criminosas, resultado da violência implícita complementada pela explícita, alternadas entre o aparente e o subterrâneo (situado no invisibilizado, nas entrelinhas).

Um aspecto muito importante dessa perspectiva criminológica é a ampliação da criminalização, alocando-a no interior de processos informais de controle, podendo-se falar, então, de seletividade informal que produz estigmatização, conformação ou desvio diante de padronizações e estereótipos e distribuição de acessos a direitos vitais. Tais programações são

relegadas à desimportância pelo sistema penal quando, na verdade, são seus fundamentos, fazendo do funcionamento do Direito penal sua face aparente, enquanto que o controle informal é operacionado pelo “subterrâneo”.

Assim, a característica do sistema penal latino é sua dubiedade entre sistema penal aparente e sistema penal subterrâneo, que atua em todos os níveis de sociabilidade imposta pela classe dominante, fazendo-se presente, sobretudo, no não-dito. Nessa dinâmica, se estabelece as bases sólidas para processos de criminalizações de condutas:

Enquanto o sistema penal aparente formula expressamente o que é “mau” nos códigos através das incriminações, o sistema penal subterrâneo é o que decretará o que é “bom”. E, conseqüentemente, quem são os “bons” do sistema social. Assim, encontramos uma não-criminalização de condutas de grave dano e custo social, características do papel das classes hegemônicas no sistema global. Em contrapartida, o sistema penal aparente criminaliza prioritariamente condutas que são mais facilmente localizáveis no âmbito das classes subalternas. (CASTRO, 2005, p. 128)

O sistema informal é responsável pela “função reprodutora” do sistema de classes através da socialização de condutas que expressam aceitação, ou negação, da ideologia dominante, na qual integração requer controle, consenso e obediência, por isso o Cristianismo é fundamental, pois determina docilidade e acatamento: “aquele que obedece, isto é, que faz boa obra, não deve temer a autoridade. Produz-se assim uma confusão entre obediência e o bem, que nunca mais desaparecerá” (CASTRO, 2005, p. 156).

Em seus termos geo-políticos descoloniais e epistemológicos, o programa libertatório criminológico latino é sedutor, sustentando a libertação da ocultação das relações de poder e uma forte crítica cultural voltada à estrutura sócio-política ao defender que toda uniformidade cultural é sinônimo de autoritarismo, porém, existem nele várias armadilhas para o povo negro. O racismo, em momento algum, é pautado, se mostrando mais um discurso para a branquitude criminológica manter sua hegemonia ao lidar com vidas negras enquanto negro-tema (RAMOS, 1957, p. 171), consolidado pelo estereótipo criminal, que reflete o fenótipo negro e permite a violação da presunção de inocência na funcionalidade policial, sobretudo pela letalidade que caracteriza as agências policiais, responsáveis por executar a pena de morte paralela na operações em territórios negros que resultam em “chacinas”.

Assim, a necropolítica deve ser entendida não apenas como a manifestação formal do direito colonial branco de matar corpos negros desumanizados, mas uma exigência da branquitude enquanto sistema de dominação global que assegurou a supremacia branca universal sobre a falsa ideia de um “Contrato Social” que, na verdade, é um Contrato Racial, integrado por diversos outros contratos (epistemológico e moral). É através desses acordos entre a branquitude que ela própria monopoliza as bases jurídicas racializadas inatas à modernidade e que expõe sua natureza antinegra, mal disfarçada sob discursos da igualdade que só se dá entre a branquitude e que sustenta:

[...] uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, onde o status de brancos e não-brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume. E o

objetivo desse Estado, em contraste com o estado neutro do contratualismo clássico, é, inter alia, especificamente o de manter e reproduzir essa ordem racial, assegurando os privilégios e as vantagens de todos os cidadãos integrais brancos e mantendo a subordinação dos não-brancos. (MILLS, 1997, p. 13-14).

Entretanto, a eficácia da dominação branca sobre a segunda maior população negra do mundo não se opera apenas através da necropolítica no âmbito formal, mas sobretudo no âmbito informal desse sistema de controle racista, assumindo formas distintas, subterrâneas e não menos violentas, mas naturalizadas. O extermínio de epistemes negras consolida a branquitude mediante mecanismos encravados no ser-negro diaspórico, para sua alienação com vistas ao seu branqueamento, múltiplos mascaramentos que caracterizam o narcisismo brancocêntrico como única possibilidade de existência em democracias necropolíticas, construindo várias prisões nas zonas brancas do “não-ser” (FANON, 2008).

No sistema informal de controle racial, o epistemicídio é a principal arma colonial para dominar e controlar o corpus negro coletivo em diáspora, colonizando corpos, mentes e almas negras, administrando o acesso a conhecimentos matriciais, ancestrais e saberes identitários. Assim, configurada no apagamento e extermínio de conhecimentos plurais, a branquitude monopoliza a “produção” do conhecimento que orbita sobre si, ocupando a norma e a “normalidade”, justificadas por sua própria história que categoriza um modelo “humanitário” que nega a “plena humanidade do Outro”, como leciona Sueli Carneiro (2005, p. 99), estabelecendo sua construção na

destruição, na existência do Ser na exigência, e diante, do Não-Ser:

O Não-ser assim construído afirma o Ser. Ou seja, o Ser constrói o Não-ser, subtraindo-lhe aquele conjunto de características definidoras do Ser pleno: auto-controle, cultura, desenvolvimento, progresso e civilização. No contexto da relação de dominação e reificação do outro, instalada pelo processo colonial, o estatuto do Outro é o de “coisa que fala”.

O epistemicídio jurídico dogmatizado decorre do reconhecimento do Ser-branco sobre a anulação do Ser-Negro em sua amplitude, resultando no embranquecimento da história, pois só com a manipulação das narrativas a branquitude pode ser reconhecida como fonte originária legítima de construções jurídicas, como demonstra a Declaração que resgata, de forma exclusiva, a dignidade branca do processo racista-genocida engendrado durante a Segunda Guerra Mundial. Ao estabelecer bases programáticas para a reconstrução de sua humanidade, a desumanidade negra foi concretada em solo colonial, cuja violência foi relegada e se manteve inalcançada pelo universalismo que segue aplicando a sentença de morte de epistemes negras, negando-as juridicidade e cientificidade (estratégias brancas pelas quais a validade do saber é monopolizada).

O marco fundante da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a racialização da branquitude, isto é, corpos brancos sendo alvos da violência racista até então exclusiva de corpos colonizados, pessoas até então lidas como brancas que foram tratadas, por Adolf Hitler, como negras – o maior medo da

branquitude. A desumanização de corpos brancos, inferiorizados pela raça ariana por sua ancestralidade semita, caracterizou o genocídio antisemita, nos exatos termos da hierarquização racial que configurou o “segundo apartheid criminológico” (ZAFFARONI, 1988, p. 191), comovendo e sensibilizando a branquitude mundial que construiu as bases do direito internacional para que o holocausto branco jamais se repetisse, daí a construção jurídica dos crimes de genocídio e do racismo enquanto crimes contra a humanidade (branca).

Tal Declaração é, apenas, uma declaração da universalização da branquitude e de seu humanismo, legatário da ideia renascentista de humanidade circunscrita à branquitude que monopoliza a razão. Assim se (auto)legitimou a dominação europeia em escala planetária, arquitetando matanças que delimitaram os padrões humanistas gestacionais do nazifascismo, abrigando a outrificação desumanizante que torna todo racismo humanista, pois:

[...] essa ideia de “humanidade – fachada ideológica para a legitimação da pilhagem dos mercados do Sudoeste Asiático, dos metais preciosos nas Américas e da mão de obra na África – consolida-se conceitualmente, na medida em que contribui para sustentar o modo como os europeus conhecem a si mesmos: “homens plenamente humanos” e aos outros como “anthropos”, não tão plenos. O humano define-se, assim, de dentro para fora, renegando a alteridade a partir de padrões hierárquicos estabelecidos pela cosmologia cristã e implicitamente referendados pela filosofia secular. Desta provém o juízo epistêmico de que o Outro (anthropos) não tem plenitude racional, logo, seria ontologicamente inferior ao humano ocidental. É um juízo que, na

prática, abre caminho para a justificação das mais inomináveis violências. (SODRÉ, 2017, p. 14-15).

Nesse sentido, uma das manifestações do genocídio – e, portanto, da necropolítica – é a negação das violências perpetradas pela branquitude que se faz fonte material de normas e direitos “universais” quando ela, e somente ela, sofre as mesmas violências que integram sua subjetividade colonial, assegurando o reconhecimento de humanidade branca sobre a manutenção da desumanização negra através do epistemicídio que ordena o não reconhecimento da permanência das violências escravagistas que determinam a negação de direitos constitucionais tidos como “fundamentais”. Em outra dimensão, esse apagamento se assenta sobre as memórias negras ancestrais, instrumento de controle imprescindível para imobilizar corpos negros – individual e coletivamente – impedindo insurgências (epistêmicas) através da colonização da história da escravização ensinada como descobrimento, um “conto de fadas brancas”.

Pensar o alcance e projeção da violência necropolítica em termos de silenciamento, apagamento e morte de memórias e heranças negras, detentoras da herança ancestral quilombista e que (re)potencializam e (re)politizam a resistência negra brasileira, é evidenciar nosso memoricídio a necropolítica da memória que se estrutura com:

[...] ações do Estado [mas não só], cujas funções seriam as de tentar produzir uma imagem idealizada e consensual da ordem nacional, a fim de legitimar o poder exercido, nas esferas do Estado, pelo grupo dominante que se utilizaria de seus símbolos e narrativas como uma espécie de espelho ideologizante, a partir do silenciamento,

apagamento e extermínio das memórias dos grupos subalternizados.

O corpo negro, seus valores e projetos civilizatórios africanos e afro-brasileiros na diáspora e toda essas heranças que estão nas esquinas, nos bares, nas ruas, na construção simbólica do espaço geográfico das cidades brasileiras, nos alimentos, no português como [pretuguês], língua no cancioneiro, nas danças, nos cabelos, nas religiosidades, nunca foram esquecidas, mas constantemente lembradas e historicamente negadas, excluídas, expurgadas, subalternizadas e apagada nas narrativas das memórias da nação de pretensões hegemônicas. (CUNHA PAZ, 2019, p. 157).

É, portanto, sobre essas manifestações necropolíticas que a supremacia branca no campo jurídico, em especial na disciplina do Direito penal colonizada pela branquitude, é assegurada. Desde as fontes mais básicas dos princípios que orientam e sustentam o direito penal (instrumento estatal), do referencial teórico, da bibliografia básica e complementar, até os limites das interpretações legais e jurisprudenciais, a branquitude é absoluta em dizer “o” direito, inclusive o alcance dos direitos humanos que é determinado pela comoção branca diante de “seu igual” desumanizado, enquanto a outrificação é o fundamento das lições penais e, sobretudo, das práticas penalizantes que caracterizam nosso sistema de injustiça racial.

4. Considerações infundáveis

“Assumimos uma luta que nos vincula aos abolicionistas que se opuseram à escravidão. As instituições da prisão e da pena de morte são os exemplos mais óbvios de como a escravidão

continua a assombrar nossa sociedade.” (Angela Davis).

A branquitude é um sistema de controle racial que se manifesta no âmbito formal e no informal, ambos estruturados no racismo antinegro como condição de sobrevivência da própria branquitude. No sistema de formal, nosso direito penal – o braço armado do Estado - se manifesta em vários direitos penais que, longe de serem orientados e delimitados pelo princípio da igualdade, são programados pelo princípio da desigualdade racial que se promove a necropolítica através da “guerra às drogas”, estabelecendo a pena de morte paralela como uma das principais sanções da criminalização negra, que também é alvo do encarceramento em massa inaugurado no pós abolição da escravidão, quando as senzalas brasileiras foram reformadas, cedendo lugar à prisão.

No campo do sistema de controle informal, a educação colonial, composta por diversas agências e todas integradas através do pacto narcísico, (re)produz um ensino que possui como norma a branquitude, cujo resultado é o embranquecimento que se expande até a defesa incontestada dos ideais e valores brancos, projetando um arcabouço legal que garante a supremacia branca. No ensino jurídico, o monopólio branco sobre as fontes, princípios e direitos universalizados evidenciam a profundidade do racismo, sobretudo no ensino do Direito penal, onde o pacto branco determina o silenciamento quase absoluto sobre o racismo, imunizando a branquitude que continua, consciente ou inconscientemente, a mobilizar a necropolítica em suas diversas facetas, em especial o

epistemicídio e o memoricídio, garantindo a dominação da segunda maior população negra do mundo.

Sob falsos discursos “igualitários”, a branquitude moderniza nosso velho sistema de controle racial, dotando-o de novos instrumentos mas mantendo intacto o *apartheid* brasileiro que (pré)determina a hegemonia branca que coloniza o ensino do Direito penal, apresentado como sucedâneo de justiça, porém, da sua justiça racista que tutela o modelo de sociedade necropolítica. A luta antirracista impõe a população branca, como condição basilar, o reconhecimento dos presentes que herda da *branquitude*, já que muitos privilégios não podem, por mais que se queira (e de boa vontade, o inferno, para quem acredita nele, está cheio!), serem renunciados, como a vida, o maior deles, já que seus corpos “alvos e belos” jamais serão confundidos com o do traficante, forjado nas chamas do racismo, incorporado e manifestado pelo fenótipo negro inferiorizado.

Uma proposta para uma educação jurídica antirracista somente pode ser esboçada a partir de epistemes que combatam, e objetivem, a extinção do racismo enquanto estrutura de dominação resultante do trajeto genocida colonial que sintetiza hegemonia e monopólio branco, manifestado em políticas, normas e diretrizes racistas. Assim, o próprio modelo (de ensino) jurídico não é apenas obstáculo ao combate de práticas antirracista, pois, calcada no brancocentrismo, seu monopólio sobre princípios, formas e conteúdo do sistema de injustiça racial, manifesta e tutela o racismo antinegro, sustentado pelo narcisismo branco como ser universal, característica que, desde sua etimologia, evidencia sua ordem excludente, pois como

leciona Mogobe Ramose (2011, p. 10), é “uma composição do latim *unius* (um) e *versus* (alternativa de...), fica claro que o universal, como um e o mesmo, contradiz a ideia de contraste ou alternativa inerente à palavra *versus*. A contradição ressalta o um, para a exclusão total do outro lado”.

Reclamando meu legado ancestral, herdeiro da Dr.^a Esperança Garcia⁸ e Dr. Luiz Gama⁹, retomo o movimento negro abolicionista, trajeto emancipatório pautado pelo rompimento dos pactos brancos que reforçam o colonialismo, as colonialidades decorrentes e a política (in)formal de embranquecimento. Ou seja, por um projeto de resgate e (re)afirmação da ancestralidade na busca por saberes que sustentam uma educação jurídica comprometida com a liberdade e com a coletividade, condições primárias para a construção de um verdadeiro sistema de justiça e de uma democracia pluriversal brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, Vol. III, n. 2, 2011.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. *In*: BENTO, Maria Aparecida Silva; CARONE, Iray. (Orgs.).

⁸ Reconhecida como a primeira advogada do Brasil pelo Conselho Pleno da OAB em 25 de novembro de 2022.

⁹ Em novembro de 2015, a OAB reconheceu Luiz Gonzaga de Pinto Gama como advogado.

Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

CARNEIRO, Edson. **O quilombo dos Palmares**. 2ª ed. São Paulo: Nacional, 1958.

CARNEIRO, Sueli. **A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser**. Tese de doutorado defendida no programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CUNHA PAZ, Francisco Phelipe. **MemÓria, a Flecha que Rasura o Tempo**: reflexões contracoloniais desde uma filosofia africana e a recuperação das memórias usurpadas pelo colonialismo. **Problemata: International Journal of Philosophy**. v. 10, ed. 2 (2019), p. 147-166.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MBEMBE, Achille. **Crítica da Razão Negra**. Tradução de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.

MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Lisboa: Antígona, 2017.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 2ª edição. São Paulo, N-1 Edições, 2018.

MILLS, Charles. **The Racial Contract**. Cornell University, 1997.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. 3ª ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

RAMOS, Alberto. Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editorial Andes Ltda, 1957.

RAMOSE, Mogobe. **Sobre a legitimidade e o estudo da filosofia africana**. Tradução Dirce Eleonora Nigo Solis, Rafael Medina Lopes e Roberta Ribeiro Cassiano. *In: Ensaios Filosóficos*, Volume IV, 2011.

RUFINO, Luiz. **Pedagogia das Encruzilhadas**. Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2019.

SODRÉ, Muniz. **Pensar Nagô**. Petrópolis: Vozes, 2017.

VAZ, Livia Sant'Anna; RAMOS, Chiara. **A Justiça é uma mulher negra**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021. Coleção Juristas Negras.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



fapesc

Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

Programa de
Pós-Graduação
em Direito



UNIVERSIDADE DE BLUMENAU