

Dom Helder

Revista de Direito

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8836. E-mail: revistadomhelder@domhelder.edu.br**Editora Chefe:**

Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha

Franclim Jorge Sobral de Brito

Secretários de Edição:

Cristialan Belça da Silva

Rafael Faber Fernandes

Revisão de originais:

Lígia Costa

Editoração, arte-final e capa:

Rômulo Garcias

Periodicidade: semestral**Versão Eletrônica:**<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito>**Ficha catalográfica**

D666 Dom Helder Revista de Direito
v. 1, 2019. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2019.

v. 4, n. 9, Jul./Dez. 2021. (Ed. Dom Helder)

ISSN 2596-0601 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara
I. Título.

CDU 34 (05)
CDD 340.05

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**Revista dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
(Lato Sensu e Stricto Sensu) da Escola Superior Dom Helder Câmara**

EXPEDIENTE

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Conselho Editorial

Prof.ª Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.
Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil.
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil.
Prof.ª Dra. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.
Prof.ª Dra. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil.
Prof.ª Dra. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil.
Prof.ª Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil.
Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil.
Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

Conselho Avaliador

Antônio Carlos Efig – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) – Curitiba-PR, Brasil.
Cildo Giolo Júnior – Universidade de Franca (UNIFRAN) – Franca-SP, Brasil.
Cleide Calgaro – Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Caxias do Sul-RS, Brasil.
Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ) – Rio de Janeiro-RJ, Brasil.
Haide Hupffer – Universidade Feevale (Feevale) – Novo Hamburgo-RS, Brasil.
Leila Maria da Juda Bijos – Universidade Federal da Paraíba (UFPB) – João Pessoa-PB, Brasil.
Luiz Eduardo Gunther – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Curitiba-PR, Brasil.
Marli Marlene Moraes da Costa – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.
Michelle Lucas Cardoso Balbino – Faculdade Patos de Minas (FPM) – Patos de Minas-MG, Brasil.
Natália Bertolo Bonfim – Universidade Brasil (UNIVBRASIL) – Fernandópolis-SP, Brasil.
Renata Albuquerque Lima – Centro Universitário UNICHRISTUS – Fortaleza-CE, Brasil.
Valmir Cesar Pozzetti – Universidade Federal do Amazonas (UFAM) – Manaus-AM, Brasil.
Valter Moura do Carmo – Universidad de Sevilla (US) – Sevilla, Espanha.
Victor Minervino Quintiere – Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Brasília-DF, Brasil.
Vivian Maria Caxambu Graminho – Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) – Criciúma-SC, Brasil.

Sumário

- 6** APRESENTAÇÃO
- 9** VIOLÊNCIA E GÊNERO: LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA ADPF 779
Polliana Barreto
Ivanna Pequeno dos Santos
- 35** A CONVENÇÃO 189 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O DECRETO PRESIDENCIAL 10.088/2019
Camilla Martins dos Santos Benevides
Marco Antônio César Villatore
Luiz Eduardo Gunther
- 55** FUNDAMENTO DE PUNIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POR AÇÕES NEUTRAS
Mauricio Paula Lopes
- 73** A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL, SEUS RISCOS E A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO
Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho
Daniel Gaió
- 91** DA TRANSAÇÃO COMO ÓBICE AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL
Michel Wencland Reiss
Daniel Prates Sternick
- 111** URBANIZAÇÃO DA POBREZA EM BELO HORIZONTE: PROJETO VILA VIVA E CONTROVÉRSIAS URBANÍSTICAS
Mariza Rios
Gleiziane Aristeu
- 131** TECENDO A REDE DA VIDA ALÉM DO CAPITALISMO VERDE
Maria de Fátima Schumacher Wolkmer
Jaqueline Scussel

APRESENTAÇÃO

A Dom Helder Revista de Direito tem a honra de trazer a lume artigos da mais alta cientificidade. Os(as) autores(as) desta edição trouxeram temas inovadores, como a preocupação com a violência de gênero; Direito Ambiental suscitando o capitalismo verde; a dignidade da vida humana e urbanização; a transação penal; a usucapião e o Direito do Trabalho.

Iniciando esta edição, Polliana Barreto e Ivanna Pequeno dos Santos, ambas provenientes da Universidade Federal do Cariri (UFCA), em “Violência e gênero: legítima defesa da honra ADPF 779”, retroagem na história para explicar a tese da legítima defesa da honra como elemento justificador de crimes contra a mulher. O tema é de extrema importância, porque a violência contra a mulher no Brasil tem índices elevadíssimos.

Em outro giro, mas ainda na seara dos direitos humanos, Camilla Martins dos Santos Benevides, da Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (UNIROMA1) e da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Marco A. C. Vilatore e Luiz E. Gunter, ambos da UFSC, discutem sobre a Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, em vigor no Brasil, e o Decreto Presidencial 10.088/2019 do atual governo, que não a considera. Logo, os autores entendem que o decreto deve ser considerado inconstitucional.

No artigo “Fundamento de punibilidade da participação e a participação por ações neutras”, Maurício Paula Lopes, procedente da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), propõe soluções para a participação em ações neutras. Ou seja, no Direito Penal essas ações podem colaborar para práticas de delitos. Trata-se de um tema pouco debatido e, portanto, o autor utiliza-se de caso concreto para deixar claro como esses fatos ocorrem e, com riqueza de detalhes, faz comparação com o Direito brasileiro e o Direito alemão.

Com uma visão civilista, Osvaldo J. G. de Mesquita Filho e Daniel Gaio, ambos da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), desenvolvem o artigo intitulado “A usucapião extrajudicial, seus riscos e a participação do Poder Público”. Os cientistas analisam os riscos e os efeitos negativos advindos da instrumentalização para a população de baixa renda. Para sanar o problema crônico no país sobre o direito de moradia, é necessária a participação do Poder Público.

No âmbito do Direito Penal, Michel W. Reiss, da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), e Daniel Prates Sternick, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS), são os responsáveis pelo texto “Da transação como óbice ao Acordo de não Persecução Penal: considerações de Direito Intertemporal”. Os autores avaliam, da ótica do Direito Intertemporal, a opção

legislativa da transação penal como vedação legal ao oferecimento do Acordo de não persecução Penal ao investigado. Os pesquisadores demonstram, no desenvolver do tema, a preocupação com a segurança jurídica nesses casos.

O déficit habitacional no Brasil chega à casa de milhões de moradias, e é com esse mote que Mariza Rios, da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), e Gleiziane Aristeu, da mesma instituição, no texto “Urbanização da pobreza em Belo Horizonte: Projeto Vila Viva e controvérsias urbanísticas”, dissertam sobre a promoção da moradia digna, principalmente nos casos das favelas de Belo Horizonte. As autoras apreciam os efeitos das medidas públicas de urbanização das favelas por meio do Programa Vila Viva, que foi implementado pelo Poder Público.

Com uma pegada ambiental, Maria de Fátima S. Wolkmer e Jaqueline Scusiel, ambas vinculadas à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), em “Tecendo a rede da vida além do capitalismo verde”, refletem sobre a crise ecológica vivenciada atualmente. Essa crise é externada pela utilização da natureza sem deixar que ela se recomponha. A forma utilitarista do homem sobre a natureza já foi discutida em várias convenções internacionais. Por isso, as autoras verificam a possibilidade da superação do modelo econômico capitalista verde para uma maneira verdadeiramente sustentável.

Perceba que as pesquisas publicadas nesta edição têm cunho prático na resolução de problemas, problemas estes relacionados à dignidade da pessoa humana. Este é o fundamento das investigações, ou seja, serem capazes de solucionar dificuldades que afligem o ser humano. Por isso, a *Dom Helder Revista de Direito* agradece a todos(as) os (as) autores(as) pelas riquíssimas contribuições enviadas para este periódico, assim como aos avaliadores(as), que também fizeram esta publicação possível.

Profa. Dra. Beatriz Souza Costa
Editora-Chefe da *Dom Helder Revista de Direito*
Pró-Reitora de Pesquisa da ESDHC

VIOLÊNCIA E GÊNERO: LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA ADPF 779

Polliana Barreto¹

Universidade Federal do Cariri (UFCA)

Ivanna Pequeno dos Santos²

Universidade Federal do Cariri (UFCA)

Artigo recebido em: 16/11/2021.

Artigo aceito em: 20/12/2022.

Resumo

Este artigo tem como objetivo explorar as repercussões históricas e jurídicas da tese da legítima defesa da honra no Brasil. Volta-se à construção histórica da tese da legítima defesa da honra como elemento justificador de crimes contra a mulher e sua presença como pressuposto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779 (ADPF 779/2020) do STF. Buscou-se explorar as categorias de análise fundamentais ao estudo, a saber; identificou-se a topografia legal das excludentes de ilicitude no direito brasileiro e sua conceituação doutrinária; e, por fim, foram expostos os impactos da ADPF 779 na esfera criminal relativa

aos crimes dolosos contra a vida de mulheres. Os resultados são objeto de uma pesquisa qualitativa, método indutivo e histórico. A repercussão da decisão consolida a legítima defesa como excludente de ilicitude exclusiva nos termos do art. 25 do Código Penal (CP), não podendo ser utilizada de arbitrariamente. Assim, o STF ao dispor sob a atecnia da legítima defesa atrelada à honra deixou claro que ninguém poderá valer-se da própria torpeza para aproveitar-se dessa excludente de ilicitude.

Palavras-chave: Direito Penal; gênero; honra.

1 Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestra em Políticas Públicas e Gestão da Educação Superior pela UFC. Especialista em Língua Portuguesa e Arte Educação pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Graduada em História pela URCA. Graduada em Direito pela URCA. Docente na Universidade Federal do Cariri (UFCA). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3936-6002> / e-mail: polliana.luna@ufca.edu.br
2 Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade UNIFOR. Especialista em Direitos Humanos Fundamentais pela URCA. Docente na URCA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6246-5872> / e-mail: ivanna.pequeno@urca.br

VIOLENCE AND GENDER: DEFENSE LEGITIMATE OF HONOR ADPF 779

Abstract

This article deals with the history of the thesis of the legitimate defense of dignity as a justifying element of crimes against women and its presence as a presupposition of the Action for Non-compliance with Fundamental Precept No. 779 (ADPF 779/2020) of the STF. We sought to explore the analysis categories fundamental to the study, namely; the legal topography of the exclusions of illegality in Brazilian law and its doctrinal conceptualization was identified; and, finally, the impacts of ADPF 779 in the criminal sphere related

to intentional crimes against the lives of women were exposed. The results are the object of a qualitative research, inductive and historical method. The context of the use of the defense thesis, which alleges the legitimate defense of honor and violent emotion as excluding and mitigating, insists on being reaffirmed, in legal practices, and this could be seen in the results of this research.

Keywords: *Criminal Law; dignity; gender.*

Introdução

A despeito da superação doutrinária da tese da legítima defesa da honra no âmbito do Direito Penal brasileiro, observamos, como sujeitos sociais, a manutenção do debate acerca do lugar do agressor e da vítima no aspecto da responsabilidade pela existência de delitos de natureza violenta, com recorte de gênero. Registramos que a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, em março de 2021.

Assim, este trabalho tem como problema de pesquisa a construção histórica da tese da legítima defesa da honra como elemento justificador de crimes contra a mulher e sua presença como pressuposto da ADPF 779 e tem como objetivo explorar as repercussões históricas e jurídicas dessa tese no Brasil.

O contexto do uso da tese de defesa que alega a legítima defesa da honra e da violenta emoção como excludentes e atenuantes teima em ser reafirmado no ocidente, nas práticas jurídicas, como pôde ser percebido na pesquisa bibliográfica realizada neste estudo. É possível observar na jurisprudência e na revisão bibliográfica a necessidade de depreciar a mulher perante o homem que a assassinou, colocando em primeiro plano não a discussão sobre o crime, mas o comportamento da mulher. Sendo esse comportamento questionado, já que, na maioria dos casos, coloca-se que determinados comportamentos não condizem com o que se espera de uma mulher “honesta”.

Finalmente, em 2021, o STF firmou entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. A decisão, tomada na sessão virtual encerrada em 12 de março, referendou liminar concedida pelo ministro Dias Toffoli, em fevereiro, na ADPF 779. Na ação, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) argumenta que há decisões de Tribunais de Justiça que ora validam, ora anulam vereditos do Tribunal do Júri em que se absolvem réus processados pela prática de feminicídio com fundamento na tese. O partido apontou, também, divergências de entendimento entre o STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Esse estudo tem relevância na medida em que a órbita da violência de gênero gravita especialmente em torno da família. As agressões sofridas por vítimas femininas são cometidas em grande medida por um familiar direto, sendo muitas vezes o agressor o parceiro ou ex-parceiro. São casos de violência familiar que têm relação direta com as representações de gênero, com as ideias de família patriarcal ainda vigentes e que ressoam na formação humana dos indivíduos.

Há de se ressaltar, ainda, que os processos culturais, compreendendo aí a

educação, seja ela institucionalizada ou não, são impactantes na constituição das representações de gênero que influenciam o viver em sociedade e suas consequências.

A metodologia consiste no percurso a seguir com a finalidade de compreender um problema que se coloca mediante a realidade da pesquisa. Do ponto de vista da abordagem, consideramos essa investigação qualitativa em vista do modelo de análise que adotamos, qual seja o método indutivo e o método histórico, já que, ao tomar os documentos judiciais e as fontes bibliográficas sobre o tema, não podemos deixar de estabelecer a construção de uma síntese alicerçada nos casos concretos relativos à matéria em questão e às repercussões de ordem geral.

1 A honra na doutrina e na legislação: antecedentes históricos

A fim de localizar a honra como objeto da preocupação do Direito Penal, importa destacar os elementos que constituem as compreensões acerca dos bens jurídicos a serem tutelados na esfera criminal. O Direito Penal é *ultima ratio*, instrumento a ser usado pelo Estado apenas nas situações em que não seja possível a composição oriunda de outros espaços de sociabilidade.

Ao mesmo tempo, elaboramos um debate sobre como o bem jurídico *honra* disputou, até o século XXI, espaço com o bem jurídico *vida*, quando da aceitação da tese da legítima defesa da honra como meio de convencimento nos tribunais do júri para absolvição sob o quesito genérico³ do art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941).

Nolasco (2015), ao tratar da honra, chama atenção para as compreensões doutrinárias a respeito. O autor cita que, para Binding, bem jurídico seria tudo aquilo digno de proteção aos olhos do legislador em vista da coesão social. Von Liszt (2003), por outro lado, observa que cabe ao legislador identificar valores que compõem a vontade geral, que, por sua vez, é digna da observação do Estado, elevando, assim, o bem da vida a bem jurídico. Autores neokantistas, a exemplo de Richard Honig, chamam atenção para uma espécie de valor *a priori*, de maneira que a concepção de tutela é anterior ao direito, numa perspectiva teleológica. Contemporaneamente, o debate acerca dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal ganha o parâmetro constitucional e, então, a intervenção penal estaria fundamentada nas diretivas político-criminais presentes na Constituição (NOLASCO, 2015).

Assim, podemos ressaltar que cabe ao Estado, por intermédio de seus agentes, legitimar a proteção ao bem da vida que a própria sociedade consagrou

como fundamentais. No âmbito das variadas concepções de bem jurídico tratadas na teoria do crime, observamos que a despeito dos distanciamentos há uma aproximação quanto à necessidade de limites para atuação do Estado, seja para garantir a proteção ao bem, seja para afastar esse excesso em sua atuação.

Ao lado de um conceito positivo de bem jurídico, a saber aqueles objetos da tutela do direito, subsiste um conceito negativo de bem jurídico que surge das limitações de punir do Estado Democrático de Direito. Conforme Bianchini (2002, p. 51), apresenta-se como “Dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificação existencial do indivíduo em sociedade”.

A noção de injúria delimita-se na Roma Antiga e na Idade Média, e tal influência se amplifica na consolidação do Direito Canônico, que, ainda, conforme Nolasco (2015), tem como objetivo primeiro proteger os bons costumes. Assim, a honra medieval preocupa-se mais com o aspecto objetivo atacado pela infâmia. Os cânones clericais responsabilizavam-se pela aplicação das penas, fossem elas de natureza material ou espiritual.

No século XIX, a França ocupou-se com a definição de espécies de lesão à honra, e na Alemanha o CP de 1870 também observou esses pressupostos. No Brasil, a honra ganha lugar de cuidado desde as ordenações e adquire contornos modernos com a elaboração dos códigos civil e penal pós-emancipação e na República.

Entre os variados preceitos referentes à proteção da honra desde as ordenações, destacamos o zelo com a honra masculina, estando essa também em relação direta com a manutenção da boa fama do feminino, além do zelo com a honra da autoridade pública. A honra da mulher estava presente nas Ordenações Filipinas, e fazia referência, conforme aponta Silva (1997), especialmente à moralidade sexual.

Na primeira codificação criminal da República (1830), os crimes contra a honra restaram descritos no capítulo único do título XII, sob a rubrica “Dos crimes contra a honra e a boa fama.” Nessa parte do diploma legal foi mantida a classificação entre calúnia e injúria, apenas configurando o primeiro caso (art. 315) na falsa imputação de fato qualificado como crime e o segundo (injúria, art. 317) em uma de três situações (não mais cinco): (a) imputação de vícios ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possa expor a pessoa ao ódio ou desprezo público; (b) imputação de fatos ofensivos à reputação, decoro e à honra; (c) a palavra, o gesto, ou sinal reputado insultante pela opinião pública.

O Código Civil de 1916 fazia referência à honra de modo particular no tocante à regulação de ato específico da vida civil, como é o caso do casamento, do patrimônio e da sucessão, e previu a reparação de dano ao bem tutelado. O CP em

vigência no Brasil direciona proteção à honra objetiva por meio dos ilícitos, calúnia e difamação; a honra subjetiva, por sua vez, é protegida pela previsão do crime de injúria. O mesmo código prevê situações em que honra e emoção se encontram para delinear circunstâncias atenuantes (art. 65, III, a, c).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB – BRASIL, 1988), ao tratar da dignidade e da privacidade (art. 1º, inc. III, da CRFB/88) de maneira reflexa, estabelece a proteção à honra contra os excessos estatais e o arbítrio privado. De mais a mais, a honra é, para o historiador Lucien Febvre (1998), o resultado das pressões sociais que direcionam a aceitação ou não de um indivíduo em determinado grupo. Importa ressaltar que há duas faces da honra: a honra interna, que diz respeito à opinião de si, que está relacionada a seu sentimento individual de dignidade; e a honra externa, que trata da opinião pública acerca do sujeito, relaciona-se com o *status* social que goza aquele sobre quem se fala.

Ainda que se observe a produção de várias narrativas para o conceito de honra, a ciência jurídica debruça-se sobre esse elemento que compõe a subjetividade individual e que é de difícil definição, de modo especial quando o direito objetivo traça comandos gerais a respeito.

A compreensão a que se chega até aqui é de que a honra se constitui como bem jurídico historicamente localizado e dotado, por via de consequência, de uma carga simbólica circunscrita às teias de poder, institucionalizadas ou não, que compõem os valores que dada comunidade reconhece. Assim, durante muito tempo, a honra do masculino esteve atrelada ao comportamento do feminino, de maneira que o valor da existência social da mulher era determinado por sua relação com o homem.

2 Direito Penal e as excludentes de culpabilidade

De acordo com a teoria finalista do crime (WELZEL, 2001), podemos afirmar que crime é fato típico, ilícito e culpável. O dolo e a culpa integram a conduta, de modo que compõem o tipo. No direito brasileiro os tipos previstos são dolosos, em regra, sendo que a modalidade culposa carece de previsão expressa. O crime é fato típico porque é necessária expressão da norma para definição de condutas assim entendidas. O fato humano é típico quando se ajusta ao tipo penal.

Ainda, o crime é um fato antijurídico porque se constitui como uma contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico. Assim, existem causas excludentes de ilicitude, que se ancoram em norma permissiva que cria uma exceção à antijuridicidade da conduta. É o que ocorre nos institutos constantes no art. 23 do CP, a saber: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Finalmente, é o crime conduta culpável. Aqui compreendida censurabilidade ou o juízo de reprovação sobre quem pratica a conduta. A culpabilidade existe quando presentes três elementos, são eles: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Na ausência de qualquer deles está prejudicada a culpabilidade.

No caso concreto, se o agente é inimputável, na forma dos arts. 26, 27 e 28, § 1º, do CP, será esse isento de pena na forma da lei penal. A ausência da potencial consciência da ilicitude também influi na culpabilidade, por isso o agente que realiza conduta diante de coação ou ordem hierárquica superior será isento de punibilidade, conforme art. 22 do Código.

A inexigibilidade de conduta diversa ocorre quando na coação moral irresistível, por exemplo, a despeito de agir dolosamente, o sujeito assim o faz por estar sob ameaça tendo por isso suas possibilidades de escolhas limitadas. Nesse caso, diz-se que não é possível exigir do agente conduta diversa, estando configurada uma excludente de culpabilidade (GRECO, 2013).

No Direito Penal brasileiro as excludentes de culpabilidade não se encontram reunidas em artigos específicos, mas se diluem em todo o CP e leis esparsas, restando à doutrina e à jurisprudência debruçarem-se sobre cada fato da vida e cada norma a fim de melhor aplicar o referido instituto. Há, assim, situações que excluem ou mitigam a culpabilidade do agente, levando à compreensão de que o fato, ainda que típico – adequado à norma jurídica –, ilícito porque contrário ao ordenamento, pode não ser total ou parcialmente culpável, ou seja, pode não merecer juízo de reprovação.

Historicamente, a legítima defesa é causa excludente de ilicitude no ordenamento jurídico das nações do Ocidente. No Brasil, o CP, em seu art. 23, inc. II, prevê a inexistência de crime quando o autor da conduta ilícita em tese age a fim de repelir uma injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de terceiros usando moderadamente os meios disponíveis.

O que se observa na doutrina majoritária, bem como na jurisprudência dos tribunais superiores, é uma adequada argumentação que coloca o foco no bem jurídico tutelado no caso concreto. Nesse sentido, é preciso considerar a existência de uma injusta agressão a bem jurídico tutelado pelo Estado, a exemplo da vida e do patrimônio.

Assim, diante de uma injusta agressão a bem jurídico tutelado que seja atual ou iminente, é o próprio Estado que concede ao particular uma espécie de autotutela. Ao definir norma permissiva para que o particular se defenda da injusta agressão, ainda que para tanto cometa conduta ilícita em tese, permite uma ação preventiva por parte daquele que tem o bem da vida exposto a risco.

Ao permitir que o particular defenda direito próprio ou alheio por meio da legítima defesa, não buscou o Estado legitimar a vingança, mas impedir o início ou a continuidade de uma lesão. Lembrando que esse impedimento somente deve ocorrer utilizando os meios moderados, sendo esses o suficiente para repelir o mal injusto não devendo extrapolar o estritamente necessário (MIRABETE, 2004).

A legítima defesa ganhou contornos particulares. O atual CP vige desde o século XIX, com alterações feitas ao longo do tempo. Em 1940, a referida norma passou por profundas modificações, e buscou atender às diversas escolas que disputavam as saídas para uma política criminal na época. Naquele momento, as mudanças ocorreram em meio a fortes conflitos entre grupos que disputavam as narrativas acerca do melhor modelo de Estado para atuar diante das fragilidades sociais. O Estado Novo não conseguiu impor unilateralmente a norma penal e precisou ceder a juristas que não coadunavam com a perspectiva autoritária do grupo político no poder. Silveira (2010) observa esse conflito intelectual a par do político ao observar que o resultado da norma final não ficou sob exclusividade de uma escola criminal específica.

A norma em comento inaugurou a figura do homicídio privilegiado, sendo aquele que ocorra por força de violenta emoção que se impõe ao agente. O CP que vigia até então, previa uma espécie de clemência para o autor que cometesse o assassinato movido pela “perturbação dos sentidos”. Afirmava o art. 27 do CP de 1890 que não eram criminosos aqueles que “[...] se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de cometer o crime” (BRASIL, 1890). Tal situação era correspondente à causa de justificação, ou seja, uma excludente de ilicitude. Assim, os crimes alegadamente cometidos sob uma grave perturbação emocional não eram objeto de punição estatal.

Em 1940 o legislador retirou do código a referida excludente, contudo, não deixou de considerar o aspecto subjetivo referente à culpabilidade, mitigando-a na oportunidade em que a conduta acontece sob domínio de violenta emoção. Surgiu, assim, a figura do homicídio privilegiado. O art. 121, § 1º, CP, prevê que quando o agente é impelido por relevante valor social, moral ou, ainda, sob o domínio de violenta emoção e, finalmente, logo em seguida, após injusta provocação da vítima, é possível a redução da pena de um sexto a um terço. Igualmente a parte geral do código, em seu art. 28, expõe que não excluem a imputabilidade penal a emoção ou a paixão.

Na prática, essa alteração impactou diretamente nos resultados jurídicos quanto a absolvição ou não de autores de crimes considerados passionais. Segundo Eluf (2003), não demorou para que advogados criminalistas e, conseqüentemente, parte da doutrina estabelecesse uma nova tese de defesa alicerçada no que foi

intitulado de “legítima defesa da honra”, a fim de evitar a condenação de seus clientes.

Sendo a legítima defesa do art. 25, CP, uma norma permissiva que exclui a ilicitude da conduta quando o agente é instado a defender o bem da vida, do próprio ou de terceiro, foi relativamente fácil na década de 1940, com todos os valores da sociedade patriarcal em evidência, construir uma tese de defesa que apelava para a proteção do bem da vida e da honra. Nesse sentido, o adultério foi colocado doutrinariamente como injusta agressão, que poderia ser atual ou iminente, a que teria direito o particular de exercer a autodefesa. Em conjunto com o instituto da violenta emoção vinculada ao homicídio privilegiado, tal tese foi amplamente difundida na instância do Tribunal do Júri, tendo em vista a íntima convicção que é prerrogativa do conselho de sentença.

Eluf (2003) informa que, na primeira metade do século XX, a imputação do homicídio privilegiado era timidamente oposta aos homicidas passionais, mais comum era a:

[...] absolvição do homem que matasse a mulher por suspeita de adultério. A defesa ainda pleiteava situação melhor para o homicida, procurando a absolvição completa ou uma sanção que se limitasse ao reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa da honra (dois anos de reclusão, com suspensão condicional da pena (ELUF, 2003, p. 226).

Na América Latina a honra é medida como valor social, ao mesmo tempo ela está umbilicalmente ligada aos papéis de gênero. Compreender o lugar da honra não apenas como bem jurídico a ser tutelado, mas, também, como categoria histórica, é imprescindível para a melhor colocação das normas penais que tratam do dramático conflito que leva ao assassinato de mulheres.

A questão da pureza de sangue tornou-se crucial para a manutenção dos bens no âmbito da família patriarcal, e isso fomentou um jogo cruel e perigoso que coloca masculino e feminino no meio de um conflito que envolve a manutenção da honra objetiva como valor social. Soihet (1990) estudou processos-crime datados do século XIX e concluiu:

Os motivos de uma punição são óbvios, já que o adultério representava os riscos da participação de um bastardo na partilha dos bens e festão dos capitais. O homem, em verdade, tinha plena liberdade de exercer sua sexualidade desde que não ameaçasse o patrimônio familiar. Já a infidelidade feminina era, via de regra, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com o

argumento de que se achava “em estado de completa privação dos sentidos ou de inteligência” no ato de cometer o crime, ou seja, acometido de loucura ou desvario momentâneo, ante o fato de ter vilipendiada a sua honra. Na prática, reconhecia-se ao homem o direito de dispor da vida da mulher (SOIHET, 1990, p. 202).

O feminino torna-se veículo da honra masculina. A mulher é colocada como esse “outro” que se une ao masculino numa aliança por meio da conjugalidade, mas tal conjugalidade guarda a precariedade comum das relações humanas. A sociedade mudou, atualmente o discurso em prol da liberdade sexual é presente, contudo, é igualmente presente uma tensão entre os sujeitos por controle de corpos e condutas.

Interessante análise traz Júnior Albuquerque (2013), ao comentar as mudanças de costumes entre as décadas de 1920 e de 1940, exatamente após o período de alteração do CP de 1890 e da elaboração da tese da “legítima defesa da honra” no direito brasileiro. Diz o autor:

[...] (as mulheres deveriam) ser progressistas “sem esquecer que cozinhar o jantar do marido é uma de suas obrigações”. Embora modernas e educadas elas não deveriam esquecer-se dos afazeres do lar, podendo ser a mais extremosa das mães, a mais carinhosa das irmãs e a esposa mais dedicada do mundo. A mulher deveria ter uma boa educação para o seu trabalho, que era o doméstico (ALBUQUERQUE, 2013, p. 123).

Conforme aponta Araújo (2017), os elementos de inferiorização da mulher na realidade brasileira foram solidamente construídos nas normas. Segundo a autora, as legislações constitucional, civil, penal e eleitoral apresentaram-se como sustentáculos da reprodução da desigualdade de gênero. Corroboramos com sua análise na medida em que observamos a produção discursiva na jurisprudência pós anos 1940 de institucionalização da legítima defesa da honra.

Essa tensão reverbera no conceito de honra na medida em que o masculino ainda enxerga na conduta do feminino um espaço de interlocução com sua honra subjetiva. Isso pode ser observado quando voltamos nosso olhar para o debate que chegou até o STF em 2020, quando oitenta anos após a revogação da absolvição justificada pela “perturbação dos sentidos”, tribunais no país inteiro acatavam à tese da legítima defesa da honra em casos de assassinatos de mulheres.

3 Direito Penal e o feminino: o lugar das excludentes de culpabilidade na ADPF 779

Relevante considerar que dois institutos processuais em matéria criminal ganham protagonismo na discussão que se seguiu a partir da impetração da ação de descumprimento de preceito fundamental, trata-se dos art. 593, III, b, e 483, § 2º, ambos do CPP (BRASIL, 1941). Isso porque ao requerer a interpretação conforme a constituição dos arts. 23, II, e 25, CP, bem como 65 e 483, III, § 2º, do CPP, traz para o centro do debate jurídico os limites para a absolvição dos réus no Tribunal do Júri com base em qualquer argumento de defesa e, ainda, a possibilidade ou não de interpor apelação alegando nulidade do julgamento do júri quando este se faz com base em questões não trazidas nos autos.

O pedido do requerente na ação tem caráter principal e subsidiário, e reflete uma controvérsia judicial quanto aos institutos supracitados.

[...] seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, § 2º, do CPP), para considera-los recepcionados pela Constituição apenas se interpretados como não admitindo absolvições, mesmo por Tribunais de Júri, pela nefasta, horrenda e anacrônica tese de lesa-humanidade da “legítima defesa da honra” (sic), ou seja, de assassinos de pessoas que cometeram (ou foram acusadas de) adultério em uma relação afetiva (caracterizadora de família conjugal ou não), geralmente feminicidas, ou, alternativamente, seja declarada a não-recepção sem redução de texto de ditos dispositivos legais pré-constitucionais (e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do dispositivo pós-constitucional, se esta Suprema Corte isto entender necessário), para deles excluir uma tal exegese, como medida da mais lúdima JUSTIÇA! (BRASIL, 2021, p. 57).

Em face da existência de decisões conflitantes oriundas de órgãos judiciais diversos, observou-se que se avolumavam decisões do júri que acolhiam a defesa da honra com a finalidade de absolver agentes em crimes de feminicídio, fosse tal defesa alegada nos autos ou não.

Igualmente eram variadas as decisões quanto a acolhida ou não do recurso de apelação quando esse enfrentava tais decisões alegando que essas estariam dissociadas das provas dos autos ou, ainda, que o argumento de defesa aludido seria atécnico.

Sobre isso, o Decreto-Lei n. 2.848/1940 explicitamente retirou do ordenamento a exclusão de ilicitude quando da perturbação dos sentidos. Em substituição, criou o instituto da violenta emoção como causa atenuante da pena e a figura do homicídio privilegiado que também não exclui a pena, mas constitui causa para sua diminuição.

Apesar das alterações aludidas à doutrina, considerou que a legítima defesa, sendo esta instituto de autotutela por excelência, poderia ser invocada para proteção da honra quando esse bem jurídico estivesse em perigo. Tradicionalmente, a honra do cônjuge poderia ser frontalmente atacada por meio da conduta adúltera, prática essa que foi considerada crime até 2005, quando revogado o art. 240 do CP por meio da Lei n. 11.106.

Quando observada a necessidade do uso moderado dos meios para fazer cessar a injusta agressão, podemos conjecturar que o assassinato do cônjuge adúltero não apresenta a moderação adequada, em vista de que o bem jurídico *vida* e o bem jurídico *honra* sofrem valorações particulares no Estado Democrático de Direito. Existem outros meios para fazer cessar a *desonra* que não o extermínio do agente que atua contra a honra de outrem, considerando, aqui, um contexto em que a honra pudesse ser maculada pelo adultério.

Vê-se de plano que há uma atecnia do termo legítima defesa da honra como excludente de ilicitude, primeiro porque o CPP esclarece que, para que seja configurada a legítima defesa, faz-se necessária agressão injusta, atual ou iminente e uso moderado dos meios a fim de apenas fazer cessar a conduta. Conforme apontou o Min. Dias Toffoli em seu voto “Legítima defesa da honra’ não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição encontra-se inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência” (BRASIL, 2021).

Os enunciados judiciais, ao ser observados a luz dos estudos de gênero, demonstram uma teia de narrativas que reforçam a subjugação da mulher ao homem historicamente situada. Não se pode esquecer do princípio da ampla defesa e de seus aspectos imprescindíveis ao processo judicial moderno, ao mesmo tempo não é o caso de recorrer reiteradamente a soluções alienígenas sob o argumento de julgar conforme os princípios. A produção discursiva da *honra* no direito brasileiro passa por um contexto de legitimação dos lugares sociais marcados pelo gênero.

É necessário ter clareza das regras que se impõem ao processo penal, com fins de garantir a segurança jurídica e manter fortalecido o Estado Democrático de Direito. Isso passa pela retirada formal do ordenamento de regras que estejam na contramão dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Se em algum momento a honra foi invocada para justificar o assassinato, a transformação

da sociedade moderna demonstrou a inviabilidade desse argumento com a criação de outros meios para a composição de danos, não existindo razão para que o Estado continuasse a legitimar tal situação sob a falácia do respeito à ampla defesa do réu e à soberania dos veredictos do júri.

O júri é órgão jurisdicional, como tal, está sob a égide da Constituição Federal. O argumento da íntima convicção e da decisão metafísica do conselho de sentença não deve ter o condão de mascarar a impunidade. Como afirmou o Min. Eros Grau na ADI 3.685-8, não se interpreta a Constituição em tiras.

Ademais, não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito – a Constituição – no seu todo. 6. Sendo assim, a interpretação da totalidade que a Constituição é conduz ao discernimento (BRASIL, 2006b, p. 39).

Nesse sentido, o plenário do STF, ao referendar o voto do relator, reconhece a incongruência da legítima defesa da honra com os preceitos constitucionais. Ademais, porque não é possível, conforme apontou o Min. Barroso, admitir “[...] o uso indiscriminado dessa tese como estratégia jurídica para justificar e legitimar homicídios perpetrados por homens contra suas companheiras” (BRASIL, 2021).

Importante consideração é feita pelo Min. Gilmar Mendes acerca da possibilidade de anulação do júri pelas previsões expressas em todo o inc. III do art. 593 do CPP. Isso significa que sendo a tese da legítima defesa incompatível com a Constituição, a mesma não deve ser aplicada. Logo, não há de se falar em substituir sentença ancorada em inconstitucionalidade apenas para, de maneira literal, seguir o preceito da absolvição genérica. Assim, afirma seu voto que, apesar da possibilidade de absolvição do réu com fundamento no quesito genérico, não seria possível admitir que a vida de uma mulher tivesse menor valor que a imagem de si mesmo do homem, que se considera desonrado pela traição. O ministro diz que o art. 483, § 2º, do CPP não autoriza a “absurda legítima defesa da honra” (BRASIL, 2021).

Os argumentos apresentados no conjunto documental da ADPF 779 vão ao encontro da mudança de paradigmas em curso quanto a vida como bem a ser tutelado de modo amplo em nome da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo responde, ainda que tardiamente, e aos apelos dos movimentos sociais, que há muito alertam para a assimetria nas relações de gênero.

Na contramão dos argumentos que alegam a inexistência de tal incongruência

no Brasil, o conjunto probatório apresentado pelo requerente na ADPF 779 deixa bastante notório que tal tese de defesa persiste nos juízos de primeira instância, no caso em tela no Tribunal do Júri.

A apresentação, por parte do requerente da ADPF 779, de mais de uma dezena de jurisprudências, datadas de 1993 a 2019, que enfrentam a tese da legítima defesa em algum momento processual, comprova a permanência do flagrante desrespeito à proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar em nome da aplicação literal do art. 483, § 2º, CPP, dissociada na hermenêutica necessária à efetivação dos princípios constitucionais via aplicação da proporcionalidade. A seguir, passa-se a destacar da fonte em análise uma amostra da documentação que corrobora essas considerações.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 920.656/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/3/2017, DJe 7/4/2017) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO MINISTERIAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELA CORTE A QUO. REVISÃO INVIÁVEL. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Na espécie, o recorrente foi absolvido pelo Conselho de Sentença, que acolheu a tese de legítima defesa. 2. A Corte recorrida cassou a decisão singular por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária ao acervo probatório dos autos. Inviável desconstituir tal entendimento sem proceder ao reexame de provas. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2021).

O agravo improvido supra-apresentado revela uma face cruel da justiça criminal brasileira, pois expõe, de maneira irrefutável, a acolhida da legítima defesa da honra na jurisdição criminal de primeira instância dos crimes dolosos contra a vida, em particular os homicídios qualificados pela incidência do art. 121, § 2º, VI, CP, alteração dada ao código em 2015. A exposição dos casos concretos à luz da jurisprudência constante da fonte analisada inviabiliza a argumentação de inexistência da acolhida dessa tese de defesa na justiça brasileira.

Nos últimos anos, no Brasil, intensificou-se o debate acerca da mudança na legislação que conferisse proteção à mulher no contexto da violência doméstica e familiar. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou o Brasil responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, no emblemático caso de violência contra Maria da Penha Maia Fernandes.⁴

⁴ Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê

As repercussões em sede internacional exerceram pressão sobre o legislativo brasileiro, que criou a Lei n. 11.340/2006. A lei leva o nome de Maria da Penha por sua incansável luta por justiça em face das agressões sofridas ao longo da vida conjugal com Marco Antonio Heredia Viveiros e, judicialmente, pela tentativa de homicídio sofrida em 1983.

Não parece plausível que a criação de normas que visem impedir a impunidade do agressor possa conviver com a absolvição de criminosos. Ao que parece, a soberania nacional que decidiu por conferir maior proteção a alguns sujeitos, a exemplo da mulher, deve ser tida em conjunto com a soberania do júri numa perspectiva proporcional.

**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.639/96
APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO (1) e ANTONIO DOS
SANTOS (2)**

**APELADOS : OS MESMOS
RELATOR : JDS DES JOSÉ AFFONSO RONDEAU**

**JÚRI. APELOS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO E DA DEFESA. Alegações de
decisão manifestamente contrária à prova
dos autos e de existência de erro ou
injustiça no tocante à aplicação da pena.
Reconhecimento pelo Conselho de
Sentença de sustentada tese de legítima
defesa da honra. Provimento do apelo
ministerial com prejuízo do interposto pela
defesa.**

**Tratando-se de veredito sem o
mínimo apoio na prova, porquanto,
constituindo a honra atributo pessoal, o
pretenso adultério da mulher não pode
evidentemente atingir a honorabilidade do
marido, impõe-se a anulação da sentença.**

Figura 1 – Apelação Criminal n. 1.639/96.

Fonte: Brasil (2021).

Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). A denúncia alegava a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros o que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983.

A apelação criminal supradestacada é objeto de análise no conjunto documental da ADPF 779. Assim como na documentação analisada até aqui, observa-se a reiteração da tese da legítima defesa da honra nos julgamentos dos Tribunais do Júri, sendo no mais das vezes enfrentados pelo *Parquet* como base na violação do art. 593, III, b, CPP, com êxito para o órgão acusador, levando em geral ao novo julgamento e à condenação.

Pode-se analisar que essa discrepância amplia a impunidade e coloca as vítimas de violência doméstica e familiar vulneráveis em sua condição social em face da conjugalidade em desequilíbrio, em um contexto de forte insegurança e medo, já que o agressor sai do júri absolvido e a vítima, nos casos de tentativa, não consegue contar com a proteção do Estado contra o agressor, que apenas muito tempo depois é reconhecido como criminoso. Não se está em face desse argumento adrogando pela fragilização da ampla defesa ou da impossibilidade do duplo grau de jurisdição. Contudo, é preciso reconhecer que crimes que ocorrem em contexto de violência doméstica e familiar demandam excessivo zelo da jurisdição a fim de efetivamente garantir justiça para os familiares das vítimas fatais e proteção para as vítimas sobreviventes.

Apelação Cível n. 1.001.324-32.2018.8.26.0081

Apelante: SEBASTIÃO APARECIDO DA SILVA

Apeladas: GLAUCIA FERNANDA MOREIRA DA SILVA E OUTRA

Comarca: ADAMANTINA

Voto n. 44.541

Indenização por danos morais. Tentativa de homicídio. Apelante desferiu 22 golpes de faca na então convivente e 4 na filha menor comum, com 6 anos de idade à época. Legítima defesa da honra reconhecida na ação penal não tem relevância para a esfera cível. Ilícito cometido pelo apelante restou incontroverso. [...]

1. [...] Alega o apelante que a sentença merece reforma, pois fora absolvido pelo Tribunal do Júri, resumindo a sentença penal e ressaltando que a absolvição se dera por legítima defesa e que, em relação à criança, ocorrera continuidade da defesa, haja vista que não percebera que ela se encontrava no local, caracterizando crime acidental. Afirma que não praticou crime, não havendo, assim, obrigação de indenizar, além de destacar o artigo 944 do Código Civil, já que a culpa fora exclusiva da ex-convivente, tendo transcrito trecho doutrinário. Pugna, afinal, pelo provimento do apelo ou que haja a diminuição da verba condenatória. ...)

Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**
NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (BRASIL, 2021)

Essa apelação cível tramitou no TJ de São Paulo, teve decisão em 13 de dezembro de 2019 e consta na ADPF em estudo. Trata-se de caso em que a legítima defesa da honra foi alegada em sede de Tribunal do Júri, tendo sido por esse acolhida. Quando da execução por dano moral às vítimas da tentativa de homicídio, o autor alegou a absolvição na esfera penal para evitar a execução. A argumentação apresentada escancara os efeitos da legítima defesa da honra nos crimes contra as mulheres, o apelante não apenas não se considera um criminoso com o aval do Estado, mesmo após tentar matar a ex-mulher e a filha de seis anos, como também alega que a culpa pelo ocorrido é exclusivamente da vítima.

A despeito do afastamento do argumento de defesa em análise, neste trabalho, em sede de segundo grau de jurisdição, observa-se a existência de tribunais que coadunam com a legítima defesa da honra, ou não a enfrentam, ficando patente a controvérsia jurisprudencial. Isso é o que informa a fonte analisada. São citados os precedentes:

Tabela 1 – Recurso em segunda instância. Tese da legítima defesa da honra

TJ/AC , Apelação Criminal n. 0019060-06.2010.8.01.000, Acórdão n. 16.395, Câmara Criminal, Rel. Des. Francisco Djalma, DJe de 10.10.2014
TJ/RR , Apelação Criminal n. 0005993-27.2013.8.23.0010, Turma Criminal, Rel. Des. Leonardo Cupello, DJe de 14.03.2019
TJ/SE , [não cita o número], Câmara Criminal, Rel. Des. Netônio Bezerra Machado, j. 28.06.2010
TJMG , APR n. 10003020064568002

Fonte: Brasil (2021).

Esses precedentes demonstram a gravidade da não proteção à mulher no Brasil. Essa consideração se constitui ao observar que, apesar da existência de um conjunto de produções legislativas atuais que visam frear os crimes no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher; do fortalecimento dos movimentos sociais, que, a partir da segunda metade do século XX, consolidaram a luta por direitos iguais entre os gêneros e dos apelos dos organismos internacionais por políticas públicas adequadas e acesso à justiça e ao Estado, por meio da atividade jurisdicional, atuava na contramão das políticas de proteção.

4 A absolvição por clemência e a repercussão da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 779 nos crimes de feminicídio

O poder constituinte originário definiu meios para proceder a alteração da constituição pelo poder constituinte derivado por meio das emendas à Constituição, conforme rito definido no art. 60 da CRFB e ainda estipulou mecanismos para realizar o controle de constitucionalidade dos atos da administração de maneira concentrada via ação originária no STF e via juízos de 1ª e 2ª instâncias de maneira difusa. Assim, é possível declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos e normas infralegais; provocar o Estado para cumprimento de ditames constitucionais quando identificada omissão de norma necessária à efetivação de tais ditames e, por fim, arguir descumprimento de preceito fundamental perante o STF.

Os objetivos referidos podem ser alcançados por meio das ações de controle de constitucionalidade, são elas: a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, por fim, a ação declaratória de inconstitucionalidade interventiva (ADI Interventiva).

A fim de debater a constitucionalidade da tese da legítima defesa da honra amplamente difundida no Brasil no século XX e ainda presente em muitos julgados pelo país, foi proposta na corte máxima a ADPF n. 779, em dezembro de 2020. Em janeiro e março de 2021 o processo tramitou no STF e gerou fortes debates no âmbito daquela corte, mas também fora dela, de modo particular nos meios de defesa dos direitos das mulheres cis e transgênero e no âmbito da criminalística penal, tendo em vista que a impossibilidade de alegação de tal tese de defesa vai de encontro diretamente à absolvição por clemência existente na instância do Tribunal do Júri.

Como parte ativa da demanda, figurou o PDT no polo ativo e foram constituídos *amici curiae* a fim de fornecer subsídios para julgamento a ser feito pelo órgão jurisdicional. As instituições que atuaram com essa incumbência foram Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e a Associação Brasileira de Mulheres Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABMLBT). No polo passivo figurou o presidente da República como responsável pela omissão impugnada, foram intimados o presidente da República e o advogado geral da União.⁵

⁵ Figuram na tramitação do processo o requerente Partido Democrático Trabalhista. Como intimado o Presidente da República, sendo procurador o advogado-geral da união. Como *amici curiae* a Associação Brasileira das Mulheres

O PDT, ao peticionar, apontou os preceitos constitucionais violados em face da manutenção da tese da legítima defesa da honra nos juízos brasileiros, a saber: o (i) direito fundamental à vida (art. 5º, caput, da CF); (ii) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); (iii) princípio da não discriminação (art. 3º, IV, da CF); (iv) os princípios do Estado de Direito (art. 1º da CF), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF). Por outro lado, os direitos e princípios eram violados frequentemente em sede de atos do poder público por meio das decisões de Tribunais de Júri, que absolvem assassinos de mulheres em crimes qualificados pelo feminicídio. Ao mesmo tempo, cita na petição, julgados de tribunais que validam tal tese, a exemplo das decisões de 1ª Turma do STF em sede de habeas corpus HC n. 178.777/MG.

A documentação apresentada na impetração demonstra a existência de notória controvérsia acerca da aplicação ou não da tese aqui discutida. Ao mesmo tempo, o próprio STF reconheceu em seus julgados a possibilidade de incidência por meio da regra geral da subsidiariedade à admissão de ADPF para discussão da questão. Assim, a primeira argumentação apresentada pelo PDT diz respeito à existência de controvérsia judicial relevante, a qual precisa ser dirimida a fim de compatibilizar a compreensão judicial com o texto constitucional, garantindo, assim, a segurança jurídica seguida pelos demais pontos de partida. Nesse sentido alega o requerente a existência de:

- (i) a existência de decisões contraditórias de Tribunais de Justiça sobre o tema:
- (ii) a existência de diversas decisões de Tribunais de Justiça anulando decisões de Tribunais de Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos:
- (iii) a contrariedade objetiva da decisão da Primeira Turma desta Suprema Corte no HC n. 178.777/MG com a decisão do Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais é suficiente para atender o citado requisito legal, afinal, trata-se de divergência sobre tema fundamental de direitos humanos das mulheres entre os Tribunais Superiores do país responsáveis pelo julgamento da matéria penal (BRASIL, 1941, p. 5).

O segundo argumento abre uma oportunidade de debate acerca do princípio da íntima convicção e soberania dos veredictos populares doutrinariamente e constitucionalmente pertinentes ao Tribunal do Júri e a previsão do art. 593, III, do CPP.

de Carreira Jurídica, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Associação Brasileira de Mulheres Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABMLBT).

O art. 483, § 2º, do CPP, incluiu o quesito genérico pautado nas razões de índole subjetiva, segundo o qual deve ser formulado com a redação “O jurado absolve o acusado?” Essa previsão data de 2008, quando foi publicada a Lei n. 11.689, que conferiu maior amplitude ao poder de decisão do júri, alargando as possibilidades de absolvição do acusado, inclusive com base em argumentos não aludidos pela defesa.

Essa alteração, em face do tema tratado neste trabalho, revela uma lacuna jurídica que inviabiliza a efetivação dos direitos das vítimas e dos acusados, tendo em vista que mitiga a previsão do art. 593, III, do CPP. Não poderá mais exigir que o conselho de sentença se atenha ao conjunto probatório, já que ele pode decidir com base em argumentos, inclusive, metajurídicos. No HC 185.068/ SP, de julho de 2020, o ministro Celso de Mello reforça que não cabe apelação quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário da autoria e materialidade. Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos, de modo que a condenação é ‘manifestamente contrária’ mas não para absolver (BRASIL, 2020, p. 2).

Ao mesmo tempo, fica comprovada a existência de uma insustentabilidade jurídica constitucional que é apresentada no HC n. 178.777/MG, na medida em que a 1ª turma do STF apresenta a incongruência entre a defesa que se ancora na legítima defesa da honra e a efetivação da dignidade da pessoa humana. Na mesma ementa, a Corte anuncia subsidiariamente a possibilidade de discutir a interpretação conforme a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto de norma pós-constitucional (art. 483, III, § 2º, do CPP).

Observamos uma incongruência, seja na interpretação da norma, seja na produção normativa literalmente considerada. No discurso do STF, em sede de HC n. 178.777/MG, a tese da legítima defesa da honra é “Flagrante inconstitucionalidade da horrenda, nefasta e anacrônica tese de lesa-humanidade da legítima defesa da honra” (BRASIL, 2020). Ao mesmo tempo, coexistem duas previsões normativas em efetiva vigência, a primeira diz respeito ao cabimento de apelação quando o júri decide de maneira manifestamente contrária à prova dos autos (593, III, CPP), a segunda impõe o quesito genérico absolutório do art. 483, § 2º, CPP, possibilitando aos juízes leigos decidir com base em sua íntima convicção, já que a resposta afirmativa ao terceiro quesito absolve o acusado, ainda que esteja decidida pela autoria delitiva. Diante dessa controvérsia, havia decisões absolutórias e condenatórias em ações que julgaram feminicídios.

Nesse sentido, o PDT requereu ao STF, em sede de medida cautelar monocrática e confirmação pelo plenário com efeito vinculante e eficácia *erga omnes e ex nunc*, que fosse atribuída:

[...] interpretação conforme a Constituição ou, alternativamente, declaração de não-recepção sem redução de texto, ao disposto nos artigos 23, II, e 25 do Código Penal e do artigo 65 do Código de Processo Penal (e, se esta Suprema Corte considerar necessário, o art. 483, III, § 2º, do CPP), para considerá-los compatíveis com a Constituição Federal apenas se interpretados como não incluindo, em seu âmbito de proteção, a nefasta, horrenda e lesa-humanidade tese jurídica da “legítima defesa da honra” (sic), pela qual se “admite” (sic) que uma pessoa (normalmente, um homem) mate outra (normalmente, uma mulher) para “proteger” (leia-se, “lavar”) sua “honra” em razão de (real ou suposta) traição em uma relação afetiva, ou, alternativamente, considerar incompatíveis com a Constituição quaisquer interpretações dos mesmos que incluam em seu âmbito de proteção referida tese nefasta de lesa-humanidade (BRASIL, 2020, p. 1).

Um elemento de grande importância considerado na ADPF diz respeito ao valor do bem jurídico tutelado: honra e vida. Não é possível valorar igualmente tais bens. Portanto, não há espaço para justificar a conduta de alguém que para defender a própria honra tira a vida de outrem. Há muita incongruência nas defesas que visam colocar em debate a tese da legítima defesa da honra, primeiro porque não é possível tecnicamente argumentar pela defesa da honra em vista do princípio da proporcionalidade, visto que para exercer a autotutela é preciso que os meios sejam moderados e apenas o suficiente para repelir uma injusta agressão. Logo, observa-se que tal argumento não tem o condão de se sustentar juridicamente.

Por outro lado, há o apelo da defesa para a violenta emoção que mitigaria a culpabilidade do agente. Nesse sentido, não é coerente reunir as duas teses em um mesmo contexto fático, primeiro porque há atecnia quanto à legítima defesa, depois porque emoção e paixão não excluem a culpabilidade, sendo que o homicídio privilegiado goza apenas de redução da pena e não isenção. Contudo, o problema persiste, em vista da possibilidade de clemência nos casos de feminicídio, não sob o aspecto da legítima defesa da honra, mas sob os auspícios do art. 483, § 2º, CPP.

Sob o aspecto educativo e social, a decisão elabora um relevante ensinamento para a sociedade brasileira, que se refere ao valor da vida como elemento fundamental para a sobrevivência da sociedade. A vida tem valor maior, imagem narcísica do masculino. Apesar das vozes contrárias, que vistas genericamente são bem-vindas no Estado Democrático de Direito, esse capítulo da história do direito brasileiro apresenta-se como marco para a consolidação dos direitos humanos e uma educação para a justiça.

Conclusões

A ordem jurídica que se impôs no Império e na República brasileiras foi resultado não de uma imposição sem resistência, tendo em vista que os direitos para as mulheres foram por elas pleiteados permanentemente, contudo, é fato que a despeito das lutas feministas por dignidade, as transformações na norma e no aparelho judicial ocorreram de maneira excessivamente lenta.

A honra masculina esteve diretamente relacionada ao comportamento feminino, fazendo que a honra da mulher existisse e tivesse valor somente quando servisse à honorabilidade da família e dos homens que com ela se relacionassem. Dessa maneira é que o crime de estupro no Império e também na Primeira República, por exemplo, não era tipificado com o objetivo de tutelar a sexualidade da mulher, e sim a honra de seus parentes masculinos.

Essa produção discursiva da honra feminina como objeto que serve ao masculino possibilitou a produção de absurdos jurídicos, como é o caso da legítima defesa da honra, que só foi formalmente considerada inconstitucional no Brasil no século XXI, décadas depois de um histórico movimento social e de debate acadêmico e político sobre o lugar do feminino na sociedade, que viabilizou a criminalização do feminicídio e a criação de leis especiais de tutela à mulher vítima de violência doméstica.

Discutimos acerca da ADFP 779, que culminou na inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, que ainda era, em alguma medida, objeto de debate dos juízos singulares e nos tribunais criminais no território nacional. Observamos que os movimentos sociais foram fundamentais para provocar os legitimados constitucionais para levar até a Suprema Corte o debate sobre a inconstitucionalidade da legítima defesa da honra. Isso se observa na qualificação dos *Amici Curiae*, que figuram na referida ação constitucional, são associações que lutam em prol da dignidade da pessoa humana a partir da igualdade de gênero. Percebemos, assim, que os conceitos de honra, feminino e Direito Penal se comunicam de maneira direta e são fundamentais para a compreensão das repercussões jurídicas da referida ação. Ao mesmo tempo, ficam claras as questões históricas e sociais relacionadas à ADFP 779 quando do exposto afastamento doutrinário da excludente legítima defesa da honra.

As repercussões da decisão observadas nesse relatório ampliam-se para os aspectos jurídicos e sociais. Do ponto de vista da jurisdição, a legítima defesa foi consolidada como excludente de ilicitude exclusiva nos termos do art. 25 do CP, não podendo ser utilizada de modo arbitrário para excluir a ilicitude de condutas violentas que ocorrem por motivo torpe, como é o caso da violência de gênero.

Assim, o STF ao dispor sob a atecnia da legítima defesa atrelada à honra deixou claro que ninguém poderá valer-se da própria torpeza para aproveitar-se dessa excludente de ilicitude.

Ao mesmo tempo, o quesito genérico de absolvição do art. 483 § 2º, do CPP, permanece constitucional de acordo com a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, conforme aponta a Constituição Federal. Contudo, em face do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da ponderação de princípios necessária à consecução da dignidade da pessoa humana ao caso concreto, considerou-se uma teratologia admitir que a defesa possa valer-se da sexualidade da vítima de feminicídio para convencer o júri de uma pretensa agressão à honra do feminicida.

Do ponto de vista social, a decisão da ADPF 779 emite uma importante mensagem para a sociedade brasileira acerca do fato de que a vida tem maior valor quando colocada em contraponto à imagem narcísica do masculino. Ainda que haja um grande espaço argumentativo para a absolvição de feminicidas em vista da frágil formação humana e permanência de valores misóginos que maculam nossa sociedade, a decisão do Supremo é mais uma página da consolidação dos direitos das mulheres no Brasil e da busca pelo fim da impunidade.

Referências

ALBUQUERQUE, D. M. *Nordestino: a invenção do “falo”*. Uma história do gênero masculino (1920-1940). São Paulo: Intermeios, 2013.

ARAÚJO, A. C. *O impacto da judicialização de delitos provenientes da violência doméstica contra a mulher após a vigência da lei maria da penha, no Cariri cearense*. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação Interinstitucional Stricto Sensu, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2017.

BARRETO, P. L. N. *Educação e santidade: as representações do feminino na Região do Cariri cearense*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Fortaleza, 2018.

BIANCHINI, A. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental 779*. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade 3.685-8, Distrito Federal*. Brasília, DF: STF, 2006b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761335/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3685-df>. Acesso em: 25 de out. 2021.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Penal, (1941)]. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 178.777 MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 set. 2020. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/Habeas-Corpus-178.777-Inteiro-teor-.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 185.068 SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20 out. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1126752362/habeas-corpus-hc-185068-sp-0091785-5620201000000/inteiro-teor-1126752367>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ELUF, L. N. *A paixão no banco dos réus – casos passionais célebres: de pontes visgueiro a pimenta neves*. Editora Saraiva, São Paulo: 2003.

FEBVRE, L. *Honra e pátria*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

GOMES, A. S. Mulheres, sociedade e iluminismo: o surgimento de uma filosofia profeminista na Inglaterra do século XVIII. *Matraga*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 29, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/matraga/article/view/26059/18651>. Acesso em: 11 mar. 2022.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal – parte especial, volume II*: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2013.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2017. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da violência: retratos dos municípios brasileiros*. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/7047-190802atlasdaviolencia2019municipios.pdf>. Acesso em 10 dez. 2021.

LISZT, F. *Tratado de Direito Penal alemão*. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, C. M. S. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *CADERNOS Pagu*, Campinas, v. 26, p. 405-430, jan./jun. 2006.

MIR PUIG, S. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del Ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XIV, p. 204-215, 1989.

MIRABETE, J. F. *Manual do Direito Penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOLASCO, T. G. *A honra enquanto bem jurídico*: sobre a tutela penal da autoestima e da consideração social. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

RAMOS, M. D. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 53-73, jan./abr. 2012.

SAFFIOTI, H. I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, M. L. *Do império da lei às grades da cidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SILVA, Américo L. M. S. *O Dano Moral e Sua Reparação Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, M. M. De uma República a outra: notas sobre os Códigos Penais de 1890 e de 1940. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, p. 109-125, jul./dez. 2010.

SOIHET, R. Mulheres ousadas e apaixonadas: uma investigação em processos criminais cariocas (1890-1930). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 199-216, 1990.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 1. Brasília: UnB, 1991.

WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A CONVENÇÃO 189 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O DECRETO PRESIDENCIAL 10.088/2019

Camilla Martins dos Santos Benevides¹

Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (UNIROMA1)
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Marco Antônio César Villatore²

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Luiz Eduardo Gunther³

Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Artigo recebido em: 07/07/2021.

Artigo aceito em: 14/03/2022.

Resumo

Este artigo se propõe a analisar os efeitos jurídicos do silêncio eloquente do Decreto presidencial 10.088/2019, com relação à aplicação da Convenção e da Recomendação 189 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se demonstrar que a referida norma internacional, devidamente ratificada, que trata de matéria relacionada aos direitos humanos, encontra-se plenamente vigente no Brasil, em que pese a escolha

do Poder Executivo de omiti-la do Decreto Presidencial 10.088/2019. Considerando a importância do instrumento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que reforça a promoção do trabalho decente para cerca de sete milhões de trabalhadores domésticos brasileiros, justifica-se a análise do referido tema. Para atingir o objetivo proposto, foi utilizada a metodologia da pesquisa teórico-documental, com técnica

1 Doutoranda em Direito em regime de cotutela internacional pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (UNIROMA1) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6951-1122> / e-mail: camilla.benevides1@gmail.com

2 Pós-Doutor em Direito Econômico pela Università degli studi di Roma II “Tor Vergata” (UNIROMA2). Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (UNIROMA1). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor concursado permanente do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador da Especialização em Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Titular da cadeira 73 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6365-6283> / e-mail: marcovillatore@gmail.com

3 Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Desembargador do Trabalho do TRT 9. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7920-3406> / e-mail: luizgunther@uol.com.br

dedutiva, valendo-se de uma abordagem qualitativa de pesquisas, bibliográfica e documental, com consulta a obras de renomados autores sobre o tema, bem como à lei e à jurisprudência. Considerando que a Convenção foi referendada pelo Congresso Nacional, sendo manifestação da vontade do povo brasileiro, conclui-se que cabe ao Poder Judiciário declarar, o mais breve possível, a inconstitucionalidade do

Decreto Presidencial 10.888/2019, a fim de excluir qualquer possível dúvida sobre a aplicabilidade da Convenção 189 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, bem como evitar possíveis penalidades e atritos com a OIT.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito do Trabalho; Tratados Internacionais.

THE CONVENTION 189 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND THE PRESIDENTIAL DECREE 10.088/2019

Abstract

This paper aims to analyze the legal effects of the eloquent silence of Presidential Decree 10.088/2019, regarding the application of the Convention and Recommendation 189 of the ILO in the Brazilian legal system. Will be demonstrate that the international standard, duly ratified, that deals with matters related to human rights, is fully in force in Brazil, despite the Executive Branch's choice to omit it from Presidential Decree 10.088/2019. Considering the importance of the ILO instrument, which reinforces the promotion of decent work for around seven million Brazilian's housekeeper, the analysis of this theme is justified. To achieve the proposed objective, the methodology applied was the theoretical-documentary research, with a deductive technique,

using a qualitative method, to bibliographic and documentary research, with the analysis of important works on the subject, as well as the law and the jurisprudence. Considering that the Convention was endorsed by the Brazilian Parliament, being a manifestation of the will of the people, it is understood that the judiciary must declare, as soon as possible, the unconstitutionality of Presidential Decree 10.888/2019, to exclude any possible doubt about the applicability of ILO Convention 189 in the Brazilian legal system, as well to avoid possible penalties and conflicts with the International Labor Organization.

Keywords: Human Rights; International Conventions and Treaties; Labor Law.

Introdução

As discussões sobre o efeito jurídico do silêncio ocorrem há séculos, havendo apontamentos sobre o tema desde o direito romano com o brocardo “Ubi Lex voluit dixit noluit tacuit” (Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio; tradução livre do autor).

A ausência de previsão legal sobre um determinado tema, pode decorrer de uma lacuna legislativa, ou seja, de uma previsão normativa incompleta, já que independente da vontade inicial do legislador, em algumas circunstâncias é difícil prever todos os desdobramentos das relações sociais.

Em outras situações, o silêncio pode decorrer de uma opção de não criar ou estender determinada regra. Nesse caso, é situação vedada à interpretação analógica, já que o intuito da lei é autorizar a aplicação da regra àquela única hipótese contemplada, afastando a sua aplicabilidade das demais.

Esse fenômeno, relacionado à ausência da manifestação proposital, foi denominado de silêncio eloquente pela doutrina e definido como escolha do legislador em excluir intencionalmente certo fato do tipo legal.

Analisando a integralidade do Decreto Presidencial 10.088/2019, observa-se justamente a opção do chefe do executivo em deixar de mencionar, na consolidação de normas em vigor no Brasil, a Convenção e a Recomendação 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre trabalho digno para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos.

Nesse sentido, o tema que se propõe desenvolver alude aos efeitos jurídicos do silêncio eloquente do Decreto Presidencial 10.088/2019, com relação à aplicação da Convenção e Recomendação da 189 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se demonstrar que a referida norma, devidamente ratificada, por se tratar de matéria relacionada aos direitos humanos, encontra-se plenamente vigente no Brasil, em que pese a escolha do Poder Executivo de omiti-la do Decreto Presidencial 10.088/2019.

Para tanto, será demonstrada a evolução da proteção social dos domésticos no Brasil, bem como a influência da Convenção 189 da OIT em nosso ordenamento jurídico, detalhando-se ainda o seu processo de ratificação.

Considerando a importância do referido instrumento, que reforça a promoção do trabalho digno para milhões de trabalhadores domésticos brasileiros, justifica-se a análise do referido tema.

Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de uma pesquisa teórico-documental, com a utilização de técnica dedutiva, a partir de uma abordagem

qualitativa de pesquisa, bibliográfica e documental sobre o tema. Considerando o objeto de estudo, também foram analisados aspectos relacionados à legislação e à jurisprudência. A questão da promulgação presidencial sobre tratados internacionais, que versam em especial sobre direitos humanos, será analisada a partir da interpretação constitucional realizada pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001), caracterizando-se como o seu marco teórico.

Tendo como base esse artigo norteador e outras obras, verificou-se a necessidade de dividir o presente estudo em quatro partes. Na primeira, será apresentada a evolução da legislação do trabalho doméstico no Brasil. No item seguinte será abordada a Convenção e Recomendação da 189 da OIT, explicando-se o sistema de ratificação e inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Na terceira, serão analisados os efeitos do Decreto 10.088/2019 no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto na última parte serão apresentadas as conclusões.

1 Direitos dos trabalhadores domésticos até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

Ao analisar o conceito de trabalho à luz da Filosofia do trabalho, verifica-se que é por meio desse que o “homem se revela criador e também espírito, porque se reconhece permanentemente na atividade do trabalho” (BATAGLIA, 1958, p. 81).

A partir da análise da relação do homem com o trabalho, o qual é classificado como parte da essência humana, “no sentido de dever de valorização pessoal e de integração social, e será ao mesmo tempo um dever e um direito, na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado” (SOUTO MAIOR, 2000, p. 102).

Embora se compartilhe do entendimento de que “a dignidade nasce com a pessoa, sendo inerente à sua essência” (NUNES, 2002, p. 49), certo é que o exercício de uma atividade remunerada em uma sociedade capitalista, é fundamental para aquisição dos bens de consumo necessários para manutenção digna do ser humano.

Em razão da relevância do trabalho na sociedade moderna, “o trabalho eleva-se como uma das fórmulas de inserção social, como meio que deve ser assegurado à pessoa de desempenhar seu papel na sua comunidade” (NASCIMENTO, 2002, p. 219).

O trabalho satisfaz o desejo do ser humano de ser membro produtivo da sociedade, agregando ou retirando a possibilidade de realização pessoal, ou seja, influenciando no processo de desenvolvimento da sua autoestima.

Todavia, para que o trabalho cumpra sua função social, é necessário que ele seja exercido de forma digna, na proporção que “ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção de identidade social do homem, pode também destruir sua existência, caso não existam condições mínimas para seu exercício” (DELGADO, 2015, p. 207).

Com base nos conceitos acima colacionados, verifica-se que a história do trabalho doméstico nem sempre observou a sua função de emancipação, valorização e inclusão na sociedade.

A evolução dos direitos dos trabalhadores domésticos no Brasil causa espécie, se comparada às demais categorias de empregado. Em que pese a profissão seja comumente exercida pela camada mais carente da população, necessitando, por consequência, maior tutela e proteção do Estado, é uma das que mais sofre segregação de direitos.

O trabalho doméstico surgiu no Brasil juntamente com a caravela portuguesa de nossos “descobridores”, sendo exercido majoritariamente por negros e índios e, como é de conhecimento notório, sem qualquer proteção jurídica, nem mesmo remuneração.

As Ordenações Filipinas, nos Títulos XXIX e XXXV, tratavam das relações entre amos e criados, sendo, portanto, a primeira norma legislativa a regular as relações de trabalho doméstico no Brasil.

De forma resumida, as Ordenações estabeleciam regras quanto a contratações, dispensas, salários, descontos pelos danos causados pelos criados, dentre outros. Verifica-se nessa norma a prevalência da vontade dos amos sobre o criado, em razão da maior credibilidade de sua palavra como meio de prova. Ademais, permitia-se a realização de trabalhos domésticos por menores de quatorze anos, no caso dos homens, e de doze anos no caso das mulheres (OLIVEIRA, 2012).

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), aprovada em maio de 1943, perdeu a oportunidade de trazer maiores avanços para a proteção dos trabalhadores domésticos, já que o art. 7 exclui expressamente essa categoria de suas disposições. A redação da CLT permanece inalterada, de modo que os empregados domésticos continuam afastados do rol de direitos garantidos por esse preceito legal.

A partir dessa fase histórica, os trabalhadores domésticos passam progressivamente, a partir de legislação especial, a usufruir de parte de direitos trabalhistas que já eram reconhecidos a outras categorias. A título exemplificativo, cita-se o Decreto-Lei 7.036/1944 (proteção jurídica contra acidentes de trabalho) e a Lei 5.859/1972 (direito a férias anuais remuneradas por 20 dias e filiação compulsória à Previdência Social).

Importante avanço na inclusão dos empregados domésticos, no mundo normativo do Direito do Trabalho, ocorreu a partir da promulgação da atual

Constituição da República Federativa (CRFB), que lhes atribui novos direitos, no texto do parágrafo único do art. 7. Ocorre que, novamente, parte dos direitos reconhecidos aos demais trabalhadores foi suprimida⁴, o que foi sanado em parte pela Emenda Constitucional 72/2013 e pela Lei Complementar 150/2015, fruto das políticas públicas fomentadas pela OIT, conforme melhor será demonstrado nos próximos itens.

2 A Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho

2.1 Cenário mundial e histórico sobre a criação

Pelo menos 53 milhões de pessoas no mundo (IOL, 2021b), a grande maioria mulheres e crianças, são empregados em residências privadas como trabalhadores domésticos. Eles realizam tarefas domésticas, incluindo cozinhar, limpar, lavar roupa, fazer compras, e cuidar de crianças e membros idosos da família do empregador.

Os trabalhadores domésticos contribuem substancialmente para a economia global, constituindo 7,5% do emprego de mulheres assalariadas em todo o mundo (IOL, 2021b). Ademais, os trabalhadores domésticos migrantes fornecem bilhões de dólares em remessas para seus países de origem (BRADLEY, 2010).

Esse tipo de trabalho não é apenas um meio de subsistência importante para os trabalhadores, mas também permite que os empregadores melhorem sua qualidade de vida e desenvolvam suas atividades fora da residência.

Apesar das importantes contribuições descritas anteriormente, esse tipo de trabalho sofre com a discriminação e as lacunas nas proteções legais, sendo frequentemente realizado à margem, sem as devidas anotações e registros.

Os trabalhadores domésticos suportam jornada excessiva de trabalho sem descanso, não pagamento de salários, trabalho forçado confinado, abuso físico, sexual e tráfico. As crianças, que perfazem quase 30% dos trabalhadores domésticos, e os trabalhadores domésticos migrantes são frequentemente os mais vulneráveis (HRW, 2013).

Em diversos países, os empregados domésticos são excluídos das leis trabalhistas nacionais, não havendo previsão legal sobre o limite de horas de trabalho, salário-mínimo ou descanso adequados. Uma pesquisa da OIT de 2009 com 70 países, constatou que 40% desses não garantiam aos trabalhadores domésticos um dia de descanso semanal e, metade não estabelecia um limite de horas normais de

trabalho (OIT, 2009).

Em razão do cenário retratado anteriormente, o Conselho de Administração da OIT, em sua 301ª Sessão (março de 2008), decidiu incluir um item na agenda da 99ª Sessão (2010) com o objetivo de estabelecer normas sobre trabalho decente para trabalhadores domésticos. Em sua 99ª Sessão, a Conferência decidiu, por resolução adotada em 16 de junho de 2010, colocar na agenda de sua 100ª Sessão um item intitulado “Trabalho decente para trabalhadores domésticos”, para uma segunda discussão, com vistas à adoção de uma norma abrangente (uma Convenção complementada por uma Recomendação).

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 39 do Regimento Interno da Conferência, que trata das etapas preparatórias do procedimento de dupla discussão, o Escritório da OIT elaborou um relatório preliminar (Report IV – 1) sobre o trabalho digno para as trabalhadoras domésticas. Esse documento continha um questionário relacionado às questões discutidas e foi enviado aos governos dos Estados Membros da OIT, que foram convidados a enviar as suas respostas até 30 de agosto de 2009. Com base nas respostas recebidas, o Escritório preparou um novo relatório (Report IV – 2). Ambos os documentos formaram a base para a primeira discussão do item na Conferência, em junho de 2010 (ILO, 2010).

Em 16 de junho de 2011, os Membros da OIT – governos, sindicatos e associações de empregadores – votaram pela adoção da Convenção da OIT sobre Trabalho Decente para Trabalhadores Domésticos (Trabalhadores Domésticos). Foram 396 votos a favor, 16 contra e 63 abstenções (ILO, 2011a), sendo que esse tratado inovador estabelece os primeiros padrões globais para trabalhadores domésticos.

No preâmbulo, a Convenção 189 da OIT reconhece a contribuição significativa dos trabalhadores domésticos para a economia global, que inclui o aumento das possibilidades de trabalho remunerado para as trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades familiares, o aumento da capacidade de cuidado das pessoas de idade avançada, das crianças e das pessoas com deficiência, e um aporte substancial das transferências de renda em cada país e entre os países.

A partir dessa norma, os trabalhadores domésticos têm os mesmos direitos básicos disponíveis para outros empregados em seus países, incluindo folgas semanais, limites de jornada de trabalho, salário-mínimo, remuneração de horas extras, previdência social, dentre outros.

O Tratado obriga os governos que o ratificam a proteger as trabalhadoras domésticas da violência e do abuso, a regular agências de terceirização e prevenir o trabalho infantil doméstico.

Desde que a OIT começou a abordar o tema sobre o trabalho doméstico, diversos países adotaram medidas para ratificar a Convenção 189 e fortalecer as leis nacionais relacionadas.

Em 29 de novembro de 2010, o estado de Nova York se tornou o primeiro estado dos Estados Unidos a estender os direitos e proteções dos trabalhadores aos domésticos. Posteriormente, Hawaii (2013), Califórnia (2014) e Massachusetts (2015) seguiram o exemplo e adotaram medidas similares (RICH, 2019).

A Venezuela, embora ainda não tenha ratificado o tratado, criou em nova lei trabalhista de direitos aos trabalhadores domésticos, que inclui direitos tais como jornada de 40 horas semanais, feriados remunerados e salário-mínimo (HRW, 2013).

Embora a Convenção 189 da OIT tenha sido um importante passo na evolução dos direitos trabalhistas, passados 10 anos desde a sua implementação, ainda existem muitos desafios a serem superados.

Conforme o último relatório da OIT (ILO, 2021b), para muitos as condições de trabalho ainda não melhoraram, sofrendo ainda maiores prejuízos durante a pandemia da COVID-19.

No auge da crise, as perdas de empregos entre os trabalhadores domésticos variaram de 5 a 20% na maioria dos países europeus, assim como no Canadá e na África do Sul. Nas Américas, a situação foi pior, com perdas que chegavam a 25 e 50%. No mesmo período, as perdas de empregos entre empregados de outras categorias foram inferiores a 15% na maioria dos países (ILO, 2021b).

Não bastasse a perda salarial, essa classe ainda sofre com os riscos de contaminação, pela natureza do serviço prestado que não pode ser realizado a distância. Não por acaso, a primeira vítima fatal de coronavírus no Rio de Janeiro foi uma mulher, trabalhadora doméstica, que foi infectada pela empregadora, a qual retornando de sua viagem à Itália, não a informou sobre a contaminação com o vírus (DINIZ; CARINO, 2020).

Os dados evidenciam que a pandemia da COVID-19 acabou potencializando as vulnerabilidades dos empregados domésticos, que em face da crise econômica acabam se sujeitando a situações precárias, por medo do desemprego.

2.2 Influência político-social da Convenção 189 da OIT no Brasil

Como visto, com a Convenção 189 da OIT promoveu-se um importante passo para garantir aos domésticos a igualdade com os outros trabalhadores, para combater o preconceito e para melhorar as condições de trabalho.

A referida norma foi denominada como Trabalho Decente para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, justamente por estabelecer um rol de direitos mínimos a essa categoria, com o intuito de observar a dignidade humana.

A Convenção trata, entre outros temas, sobre limitação de jornada, medidas de saúde e segurança no trabalho, fixação de idade mínima para o trabalho doméstico e proteção aos trabalhadores domésticos migrantes.

No Brasil, a aprovação do instrumento mencionado causou impactos antes mesmo da sua ratificação. A repercussão gerada pela aprovação proporcionou no ordenamento jurídico brasileiro diversas discussões sobre o tema, originando a Emenda Constitucional 72 (EC 72), de 2013⁵, bem como a aprovação da Lei Complementar (LC) 150/2015.

A Emenda Constitucional 72, de 2013, tinha como objetivo inicial igualar os direitos de todos os trabalhadores (domésticos, urbanos e rurais), a partir da revogação do parágrafo único do art. 7 da CRFB (BRASIL, 2010). Durante a tramitação perante o Congresso, a proposta acabou sofrendo alterações, sendo que o resultado aprovado acabou não estendendo a totalidade dos direitos previstos na CRFB aos empregados domésticos.

Exemplo de direito, relacionado à atividade doméstica, e que deixou de ser incluído, é o direito à insalubridade em total afronta ao princípio da dignidade humana e da isonomia. Nesse sentido, importante citar a pesquisa realizada pela *Society's American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* (SVANES, 2018 *apud* PIFFERO, 2020, p. 28), que acompanhou um grupo de 6.230 pessoas ao longo de 20 anos, comparando os impactos à saúde devidos à exposição do profissional a sprays de limpeza, aos danos de fumar diariamente:

Os resultados demonstraram que os usos prolongados dos produtos de limpeza doméstica durante a limpeza levam à inalação de substâncias químicas que, devido à sua toxicidade, geram malefícios ao organismo tanto quanto fumar 20 cigarros por dia, haja visto que puderam constatar uma perda muito rápida da função pulmonar (PIFFERO, 2020, p. 28).

Observa-se que a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Delaíde Alves Miranda Arantes, que participou ao lado dos demais Ministros da 100ª Conferência da OIT em Genebra, declarou que “a implementação da igualdade de direitos e tratamento para os trabalhadores domésticos teve como alavanca importante a aprovação da Convenção 189 e da Recomendação 201, da OIT” (ARANTES, 2013, p. 84).

A influência política da Convenção 189 da OIT no Brasil foi fundamental para o desenvolvimento da legislação social, pois conforme já mencionado nesse estudo, e evolução legislativa sobre o tema foi lenta e tardia, e, com isso, “postergaram-se no tempo os efeitos sociais, econômicos e jurídicos da gênese escravocrata

⁵ “Na Câmara dos Deputados, o último parecer menciona 28 vezes a Convenção, que também é citada no Parecer 102/2013 do Senado Federal”. (PAMPLONA FILHO; BRANCO, 2019).

do trabalho doméstico, que passou incólume ao longo do século XX” (OLIVEIRA, 2012, p. 46).

Lorena de Mello Rezende Colnago, da mesma forma, analisou a influência da Convenção da OIT para nascimento de nova legislação protetiva ao empregado doméstico no Brasil, alegando que “o Brasil, aproveitando o cenário político internacional, promulgou a EC 72, de 2 de abril de 2013, equiparando os direitos dos trabalhadores domésticos aos demais empregados” (COLNAGO, 2013, p. 195).

Reitera-se que, na prática, que alguns direitos, conforme já mencionado, não foram abarcados, porém, não se pode negar que a referida norma foi fundamental para a evolução dos direitos trabalhistas dessa categoria, ressaltando-se que parte dos direitos não equiparados foram considerados incompatíveis, tal como a distribuição de lucro⁶, o qual sequer tem aplicação generalizada a trabalhadores urbanos e rurais (SOUZA JUNIOR, 2015).

Com relação a LC 150/2015, embora sua ementa disponha sobre “o contrato de trabalho doméstico e dá outras providências”, na prática ela instituiu um novo microsistema jurídico brasileiro de proteção ao trabalhador doméstico (LEITE, 2015). Cumpre ressaltar que as legislações citadas retratam apenas parte dos impactos das discussões oriundas da Convenção 189 no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Inclusão da Convenção 189 no ordenamento jurídico brasileiro

A tramitação do processo de ratificação da Convenção 189 da OIT foi iniciada pela Mensagem de Acordos, Convênios e Tratados e Atos Internacionais 132/2016, enviada pela Presidente Dilma Rousseff à Câmara dos Deputados em 07 de abril de 2016 (BRASIL, 2016).

No Brasil, a autoridade competente para dar efeito às convenções e recomendações da OIT é o Congresso Nacional (artigo 49, CRFB). A convenção adquire hierarquia de lei após ser aprovada pelo parlamento, não sendo o caso de sanção pelo Presidente da República, conforme artigo 48, CRFB (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015).

O texto da Convenção 189 passou então a tramitar na Câmara dos deputados, denominado de Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais (PDC 627/2017), a partir de 20 de abril de 2017, sendo aprovado em Sessão Deliberativa Extraordinária em 10 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017).

⁶ Sobre esse tema, Delgado pontua que: “a escolha se deveu, seguramente, à compreensão de que se trata de segmento do mundo do trabalho em que não vigora a lógica empresarial de custos, benefícios e preços, por se tratar o empregador doméstico de pessoa física ou a própria família, que se valem do trabalho humano como simples valor de uso, ao invés de valor de troca” (DELGADO, 2015, p. 415).

No Senado Federal, a matéria tramitou como Projeto de Decreto Legislativo n. 210/ 2017. Após a votação do Parecer (SF) 90/2017, a matéria foi encaminhada ao Plenário do Senado, sendo aprovada no dia 30 desse mesmo mês e convertida no Decreto Legislativo 172/2017, concluindo-se a fase de referendo pelo Congresso Nacional.

Ocorre que, devido à tramitação da matéria como Decreto Legislativo, a norma foi promulgada pelo Presidente do Senado sem necessidade da sanção pela Presidência da República (BASTOS, 1994), por ser matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, na forma do seu Regimento Comum e do Regimento Interno do Senado (BRASIL, 1970). O Chefe do Executivo foi notificado da promulgação, por meio de mensagem 215/2017 (OLIVEIRA, 2017).

Promulgado o Decreto Legislativo pelo Presidente do Senado Federal, que foi publicado tanto no Diário do Senado como no Diário Oficial da União⁷, iniciaram-se os procedimentos cabíveis para a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio (MAZZUOLI, 2001).

Conforme explica Mazzuoli (2001, p. 44), para a entrada em vigor dos atos multilaterais, após a assinatura do tratado e posterior aprovação pelo Congresso Nacional, é necessário que o instrumento de ratificação seja depositado, da parte brasileira, junto ao Governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário.

Dessa forma, a entrada em vigor do tratado não é propriamente a ratificação, isto é, o procedimento junto ao congresso ou a publicação do ato pelo chefe do executado. “O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado” (ACCIOLY, SILVA, 1998, p. 31).

Tal procedimento foi devidamente observado, sendo que o texto da ratificação da Convenção 189 foi depositado no Escritório da OIT (Genebra) em 31 de janeiro de 2018, em ato no qual o Brasil foi representado por sua embaixadora Maria Nazareth Farani Azevedo, sendo o 25º Estado Membro a formalizar a ratificação (OIT, 2018).

Via de regra⁸, concretizada a ratificação, o Presidente da República expede o decreto de promulgação, o qual conterá: (a) o decreto legislativo emitido pelo Congresso Nacional; (b) a data do registro da ratificação na RIT; (c) o início da vigência no território nacional; (d) a reprodução do texto aprovado em idioma português, com a determinação de que seja executado e cumprido (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015).

⁷ Ressalta-se que a aprovação da Convenção 189 da OIT foi publicada no Diário do Senado Federal em 01/12/2017 e no Diário Oficial da União de 05/12/2017.

⁸ Sobre esse tema: “Frise-se que nenhuma das Constituições brasileiras jamais trouxe, taxativamente, dispositivo expresse determinando esse procedimento” (MAZZUOLI, 2001, p. 44).

Ocorre que, conforme explica o professor Mazzuoli (2001), a necessidade de o tratado internacional ser promulgado pelo Presidente da República, após ratificado, para só então incorporar-se à nossa legislação interna estaria correta apenas no que diz respeito aos tratados internacionais de cunho tradicional ou comum, pois, quanto aos tratados de proteção dos direitos humanos, referido decreto executivo seria dispensável, visto que tais tratados têm aplicação imediata em nosso ordenamento.

Nesse caso *especial*, basta a *ratificação* para que o tratado internacional (protetivo dos direitos da pessoa humana – repita-se) passe a produzir seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, dispensando-se a edição de decreto executivo para tal (MAZZUOLI, 2001, p. 41).

As Convenções da OIT tratam o direito do trabalho como expressão de Direitos Humanos. Não há dúvida que a Convenção 189, que trata sobre condições de trabalho decente para trabalhadoras domésticas, versa a proteção dos Direitos Humanos, sendo, portanto, desnecessária a edição de decreto específico de promulgação após a ratificação.

Ademais, segundo Kelsen, se a Carta Magna silencia a respeito, os tribunais nacionais estão aptos a aplicar, imediatamente, os tratados celebrados, a partir da ratificação. Nesse caso, seria supérflua a promulgação, em virtude de inexistência de mandamento constitucional regulador da matéria (KELSEN *apud* MAZZUOLI, 2001).

Vale observar que a Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais (1928), ainda em vigor no Brasil, estabelece no seu art. 4º que os tratados “serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações”, mas acrescenta que “a omissão no cumprimento desta obrigação internacional não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações nele contidas”.

Dessa forma, a partir da data de depósito, foi iniciada a contagem do prazo de um ano para vigência, restando consignado junto à OIT, conforme informações descritas no site oficial, que o tratado entrou em vigor no Brasil em 31 de janeiro de 2019.

A notícia da ratificação e do depósito repercutiu em toda a imprensa nacional, que fomentava o importante avanço que a Convenção da OIT traria para o ordenamento jurídico, não havendo qualquer dúvida sobre a internalização da norma, em face da tramitação mencionada, e de notícias veiculadas por sites do governo brasileiro (BRASIL, 2018), até a publicação do Decreto Presidencial 10.888/2019.

3 Decreto Presidencial n. 10.088/2019

Em 06 de novembro de 2019, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, emitiu o Decreto 10.088/2019, consolidando atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil.

O artigo 3º do referido ato esclarece que as Convenções descritas no Decreto serão executadas e cumpridas integralmente.

Ocorre que, para surpresa dos cidadãos brasileiros, embora a referida norma tenha sido elaborada um ano e onze meses após o depósito da ratificação da Convenção 189 perante a OIT, o Decreto nada dispõe sobre a aplicação dessa norma ao nosso ordenamento jurídico.

Conforme art. 2, inciso LXXVII, do Decreto acima citado, a última Convenção internalizada teria sido a Convenção 185.

Embora seja notório que o Presidente da República seja contra o avanço da legislação trabalhista das domésticas, já que foi o único deputado a votar contra a Lei Complementar 150/2015, fato sobre o qual ele inclusive tem orgulho (EM ENTREVISTA NA TV..., 2018), causa espécie a exclusão da Convenção 189 do Decreto Presidencial 10.088/2019.

Conforme tramitação descrita no item anterior, a internalização da referida Convenção respeita a vontade do povo, que, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, referendou o citado instrumento.

Ademais, com o depósito da ratificação junto à OIT, o Brasil selou a publicidade da norma, obrigou-se ao cumprimento dessa, repisando-se que perante a OIT a Convenção 189 resta vigente em nosso país.

Observa-se que não é possível alegar que o Presidente excluiu a Convenção 189 da OIT por ausência do Decreto de promulgação, já que, conforme demonstrado no item anterior, tal ato é desnecessário. Ainda que assim não o fosse, entendendo o Presidente pela necessidade da promulgação, poderia ter aproveitado a edição do Decreto 10.088/2019, justamente para emití-la, já que não existe prazo legal⁹ para realização de tal ato.

Dessa forma, a ausência de inclusão da Convenção 189 da OIT no Decreto presidencial evidencia a existência de silêncio eloquente na norma, consubstanciada na opção do Presidente em excluir, intencionalmente, o referido instrumento do ordenamento jurídico brasileiro.

⁹ Sobre esse tema: "Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso aprecie o tratado assinado e nem mesmo previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso" (PIOVESAN, 1998, p. 71).

Ocorre que é inviável, segundo o sistema democrático brasileiro, que uma norma incluída em nosso ordenamento jurídico, após sistema de votação no parlamento, e devidamente ratificada a partir do depósito perante a OIT, seja excluída por decisão monocrática do Presidente, que, repise-se, sequer possui poder de veto ou sanção sobre tratados internacionais aprovados pelo Congresso, conforme art. 48 da CRFB. Por todo o exposto, em razão da legalidade na tramitação no processo de ratificação da Convenção 189 da OIT, dos importantes avanços sociais por ela promovidos e da incompetência do Presidente da República para afastar do sistema jurídico brasileiro, o Decreto Presidencial deve ser declarado inconstitucional.

Observa-se ainda que a situação dos trabalhadores domésticos sofreu grandes consequências em face da pandemia COVID-19. Embora o mundo do trabalho, de maneira geral, tenha sofrido mudanças com graves situações de trabalho precário por meio de aplicativos, ou por reduções de postos de emprego, certo é que essa categoria, por impossibilidade de realização de suas atividades por meios telemáticos, viu-se diariamente em risco. Por um lado, havia o medo das consequências decorrentes da perda do posto de trabalho, e conseqüentemente, de sua subsistência, enquanto por outro, o temor diário de contágio, em razão da constante de exposição durante o trajeto ou no local de trabalho.

Tal situação, no entanto, pode resultar em melhores nas condições, uma vez que, “espera-se que a experiência que todos vivemos, limpando as suas próprias residências, em razão do isolamento social, seja importante fator para se igualar os trabalhadores domésticos a todos os demais empregados” (VILLATORE; GUNTHER; AZEVEDO, 2020, p. 652).

O quadro fático dos trabalhadores domésticos no Brasil impõe ao ordenamento jurídico a observância de todos o sistema de segurança social existentes, sendo, portanto, imperiosa a aplicação da Convenção 189 da OIT em razão da importância jurídica, social e política explicitada neste estudo.

Conclusão

Consoante demonstrado, a evolução dos direitos dos trabalhadores domésticos no Brasil, se comparada às demais categorias de empregados, é marcada por desigualdades e processos de segregação de direitos.

Importante avanço na inclusão dos empregados domésticos, no mundo normativo do Direito do Trabalho, ocorreu após a edição da Convenção 189 da OIT, que gerou efeitos no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da sua ratificação, em face das discussões fomentadas pelo referido instrumento, que originaram

a Emenda Constitucional 72/2013, bem como a aprovação da Lei Complementar (LC) 150/2015.

Restou demonstrado no presente estudo que a internalização da mencionada Convenção em nosso ordenamento jurídico observou os trâmites previstos na CRFB, constando perante a OIT que a referida norma está plenamente vigente no Brasil.

Não obstante os dados acima apontados, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, ao emitir o Decreto Presidencial 10.888/2019, de forma deliberada excluiu a Convenção 189 do rol dos instrumentos da OIT considerados vigentes no Brasil.

Embora seja de conhecimento notório que o chefe do executivo é contrário à evolução dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos, foge da sua competência determinar, conforme suas convicções, quais são os Tratados Internacionais vigentes no Brasil.

Considerando que a Convenção foi referendada pelo Congresso Nacional, sendo manifestação da vontade do povo brasileiro, cabe ao poder judiciário declarar, o mais breve possível, a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial 10.888/2019, a fim de excluir qualquer possível dúvida sobre a aplicabilidade da Convenção 189 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, bem como evitar possíveis penalidades e atritos com a Organização Internacional do Trabalho.

Referências

10 YEARS ON, domestic workers still fight for equality and decent work. *ILO News*, 15 jun. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_802516/lang--en/index.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARANTES, D. A. M. Trabalho decente para os trabalhadores domésticos do Brasil e do mundo. In: GUNTHER, L. E.; MANDALAZZO, S. S. N. (Coords.); BUSNARDO, J. C.; VILLATORE, M. A. C. (Orgs.). *Trabalho doméstico: teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 83-86.

BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATAGLIA, F. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 478, de*

14 de abril de 2010. Revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Situação: Transformada na Emenda Constitucional 72/2013. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais, de 20 de abril de 2017 (PDC 627/2017)*. Aprova os textos da Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (n. 189) e da respectiva Recomendação (n. 201), da Organização Internacional do Trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130451>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum do Congresso Nacional, de 11 de agosto de 1970*. Resolução do Congresso Nacional n. 1, 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/97171143/RCCN.pdf/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aproa as leis do trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944*. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1944. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7036-10-novembro-1944-389493-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Emenda constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013*. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972*. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Lei complementar n. 150, de 1º de junho de 2015*. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. *Mensagem de Acordos, Convênios e Tratados e Atos Internacionais n. 132 de 2016*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1511676&filename=Tramitacao-MS+132/2016. Acesso em: 15 abr. 2021

BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. Resolução n. 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/regimento-interno>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRADLEY, S. Migrantes enviam bilhões aos países de origem. *Swissinfo.ch*. 12 nov. 2010. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/migrantes-enviam-bilh%C3%B5es-aos-pa%C3%ADses-de-origem/28772512>. Acesso em: 15 abr. 2021.

COLNAGO, L. M. R. O trabalho doméstico: primeiras impressões da Emenda Constitucional 72/2013. In: GUNTHER, L. E.; MANDALAZZO, S. S. N. (Coords.); BUSNARDO, J. C.; VILLATORE, M. A. C. (Orgs.). *Trabalho doméstico: teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 195-211.

CONVENÇÃO DE HAVANA SOBRE TRATADOS. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_havana_tratados.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DINIZ, D.; CARINO, G. Patroas, empregadas e coronavírus. *El País*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-03-21/patroas-em-pregadas-e-coronavirus.html>. Acesso em: 15 abr. 2021.

EM ENTREVISTA NA TV, Bolsonaro diz com orgulho que votou contra as empregadas domésticas. *Carta Campinas*. Manchete, Política. 05 out. 2018. Disponível em: <https://cartacampinas.com.br/2018/10/em-entrevista-na-tv-bolsonaro-diz-com-orgulho-que-votou-contras-as-empregadas-domesticas/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

HRW – HUMAN RIGHTS WATCH. *The ILO Domestic Workers Convention*. New Standards to fight discrimination, exploitation, and abuse. [2011]. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2013ilo_dw_convention_brochure.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Decent Work for Domestic Workers*. Report IV(1). International Labour Conference, 99th Session, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_104700.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Conference Delegates Adopt International Labour Standard for Domestic Workers*. International Labour Office. 16 jun. 2011a. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multi-media/video/events-coverage/WCMS_157933/lang--en/index.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Decent Work for Domestic Workers*. Report IV(1). ILC.100/IV/1. International Labour Conference, 100th Session, 2011b. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_143337.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Domestic Workers Across the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*. International Labour Office – Geneva: ILO, 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_173363.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*. International Labour Office – Geneva: ILO, 2021a. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_802551.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Normlex. Information System on International Labour Standards. *Ratifications of C189 – Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*. Date of entry into force: 05 Sep. 20132021b. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:2551460. Acesso em: 15 abr. 2021.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. A Organização Internacional do Trabalho, seus diplomas normativos e uma reflexão sobre sua inserção na ordem jurídica. In: CAVALCANTE, J. Q. P.; VILLATORE, M. A. C. (Coords.). *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142-156.

LEITE, C. H. B. *A nova lei do trabalho doméstico: comentários à Lei Complementar 150/2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, V. O. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 38, n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/677/r150-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2021.

NASCIMENTO, M. G. *O trabalho como valor: afirmação e crise em perspectiva tridimensional*. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

NUNES, L. A. R. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, E. *Comunicado ao Presidente da República (mensagem 215)*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7318358&ts=1593911204869&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2021.

OLIVEIRA, N. M. M. N. *Trabalho doméstico no contexto econômico e socioambiental brasileiro: desigualdades e paradoxos na regulação normativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,

2012. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2144. Acesso em: 15 abr. 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção e recomendação sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos*. Brasília, DF: OIT, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_169517/lang-pt/index.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Brasil ratifica Convenção 189 da OIT sobre trabalho doméstico*. Brasília, DF: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_616754/lang-pt/index.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

PAMPLONA FILHO, R.; BRANCO, M. M. T. *A Convenção n. 189 da OIT e a superação do elemento Continuidade da prestação dos serviços*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 2019. Disponível em: <https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Convenc%CC%A7a%CC%83o-n.-189-da-OIT.10.10.2019-Rodolfo.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

PIFFERO, N. S. *Proposta de emenda à Constituição: inclusão do adicional de insalubridade aos empregados domésticos*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14665/1/Nath%c3%a1lia%20Pifferro%2021602371.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RICH, D. *Domestic Workers Bill of Rights: its effect on the household help industry*. Davidrichlaw.com, ago. 2019. Disponível em: https://davidrichlaw.com/wp-content/uploads/2019/08/NY_Domestic_Workers_Bill_of_Rights.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

SOUZA JUNIOR, A. U. *Linha doutrina: o novo Direito do trabalho doméstico*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUTO MAIOR, J. L. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

VILLATORE, M. A. C.; GUNTHER, L. E.; AZEVEDO, A. J. Trabalhador doméstico em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, A. A.; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. (Orgs.). *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 623-654.

FUNDAMENTO DE PUNIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POR AÇÕES NEUTRAS

Mauricio Paula Lopes¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 13/08/2021.

Artigo aceito em: 21/12/2021.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar e propor uma solução para a participação por ações neutras, tema recorrente no concurso de pessoas. Ações neutras são as ações praticadas cotidianamente no exercício de uma profissão. Ocorre que, eventualmente, essas ações podem colaborar para a prática de um delito. O estudo foi desenvolvido por meio da análise do Direito Penal Brasileiro e do Direito Penal Alemão. É realizado um estudo de caso. O estudo tem como marco teórico a teoria das normas de Karl Binding. Apresentamos, inicial-

mente, a distinção entre autor e partícipe segundo a teoria do domínio do fato nos termos propostos por Roxin. Em seguida, buscamos, na teoria das normas de Binding, o fundamento de punibilidade do partícipe. Conclui-se, ao final, que o partícipe deve ser punido porque sua conduta viola a norma penal segundo a distinção entre lei e norma proposta por Binding.

Palavras-chave: concurso de pessoas; dolo eventual; partícipe; teoria das normas; teoria do domínio do fato.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Processual Penal I na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Professor de Direito Processual Penal I e Direito Penal no Centro Universitário Newton Paiva. Advogado criminalista. E-mail: mauricio@mrladvocacia.com.br

RATIONALE FOR PUNISHMENT OF PARTICIPATION AND PARTICIPATION BY NEUTRAL ACTIONS

Abstract

This article aims to analyze and propose a solution for participation by neutral actions, recurring theme in accomplice liability. Neutral actions are actions performed daily in the exercise of a profession. However, eventually, these actions may collaborate with the commission of a crime. The study was developed through the analysis of Brazilian Criminal Law and German Criminal Law. A case study is conducted. The study has Karl Binding's theory of norms as its theoretical framework. Initially, we present the distinction

between perpetrator and accomplice according to the fact dominion theory as proposed by Roxin. Then we seek in Binding's theory of norms, the rationale for punishment of the accomplice. At the end, concludes that the accomplice should be punished because his conduct violates the penal norm according to the distinction between law and norm proposed by Binding.

Keywords: accomplice liability; intention; accomplice; theory of norms; fact dominion theory.

Introdução

Este texto busca estabelecer conceito material que fundamenta o injusto da participação e, a partir desse fundamento, solucionar a punibilidade ou não da participação por ações neutras. Ações neutras são ações praticadas cotidianamente no exercício de uma profissão e que, eventualmente, podem colaborar com a prática de um delito. No final do artigo, buscamos responder aos três casos descritos a seguir, que servem para ilustrar, neste momento, a participação por ação neutra, por fim, vamos analisar um julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

- **Caso 1:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte e avisa para o motorista Mévio que, chegando a seu destino, vai matar João, seu desafeto. Chegando ao destino, Tício mata João. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 2:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte com a intenção de matar João, que estava lhe esperando no local de destino do táxi. No entanto, Tício não conta para Mévio qual sua real intenção ao tomar o táxi. Chegando ao destino, Tício mata João, seu desafeto. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 3:** Tício é conhecido na região por praticar alguns delitos contra o meio ambiente. Certo dia, Tício vai à revendedora de tratores e compra uma retroescavadeira. O vendedor, Mévio, sabia dos boatos que corriam na cidade. Porém, diante dos valores envolvidos na venda, Mévio, resolveu efetuar a venda sem indagar de Tício qual seria a finalidade da compra da máquina. Tício, de fato, usou a máquina para extrair areia e argila de maneira ilegal. Mévio deve responder criminalmente?

A discussão sobre os critérios para a punibilidade da participação por ações neutras leva a uma série de propostas, umas de caráter objetivo, outras de caráter subjetivo. Destaca-se que as normas penais pátrias são de pouca utilidade na solução do problema proposto. Assim como na Alemanha, estabelecer os critérios para cumplicidade por ações neutras ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Neste artigo, busca-se definir o fundamento de punibilidade do injusto da participação para depois solucionar a cumplicidade por ações neutras.

A partir da distinção entre lei e norma, pretendemos determinar que a participação está fundamentada não na realização do tipo penal (lei, na concepção de Binding) pelo partícipe, mas com a violação da norma. Desse modo, não é possível utilizar elementos do tipo objetivo para fundamentar a participação. Reforça esse pensamento o caráter acessório da participação. A punição do partícipe depende,

pelo menos, da conduta típica praticada pelo autor. Ora, em caso de concurso, os elementos objetivos do tipo são praticados pelo autor, pensar de outra maneira significa negar o caráter acessório da participação.

Uma vez estabelecido que o vínculo do partícipe se dá com a norma, o critério para definir a punibilidade mediante ações neutras e cotidianas deve ser resolvido não em termos da tipicidade objetiva, mas, sim, no campo dos elementos subjetivos.

1 Autoria e a participação

Certamente, um dos temas mais polêmicos do direito penal é a distinção entre autoria e participação. Ao longo da história do direito penal várias foram as teorias que buscaram diferenciar autor de partícipe, outros até negam a utilidade de tal diferença. Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre tais teorias, o que demandaria espaço bem maior. Adotamos a teoria do domínio do fato nos termos propostos por Roxin, não obstante tal teoria ser alvo de críticas, algumas bem fundamentadas.

Para um conceito restritivo de autor, a distinção entre autoria e participação deve ser feita já no injusto penal. Adotando um conceito restritivo de autor, é possível distinguir, entre todos aqueles que concorrem para o delito, o autor e o partícipe. Essa diferenciação será feita com base na teoria do domínio do fato nos termos desenvolvidos por Roxin (2014), que, inicialmente, esclarece que o autor é a figura central para a realização da ação típica, já o partícipe seria secundário na medida que sua contribuição se daria mediante a “incitação” ou a prestação de uma ajuda.

Roxin, para definir o que é autor, divide os delitos em três grupos: (1) crimes comuns ou crimes de domínio; (2) crimes especiais ou crimes com infração de dever; e (3) crimes de mão própria.

A maioria dos delitos previstos tanto no Direito Penal brasileiro quanto no direito alemão são crimes comuns ou de domínio. Nesses delitos não se exige nenhuma qualidade específica do autor, como nos delitos de dever, nem se exige que o autor execute pessoalmente a ação típica como nos crimes de mão própria. Nos crimes de domínio o autor é aquele que tem o domínio do fato.

O domínio do fato se manifesta mediante três situações. Na primeira delas, a autoria revela-se a partir do domínio da ação. Nessa hipótese, o autor pratica de maneira livre, direta e pessoal os elementos do tipo penal. É o executor do delito, aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal. Nas palavras de Roxin (2014, p. 68): “no se puede dominar mejor un hecho que cuando lo ejecuta uno mismo.

En la autoría inmediata el dominio le viene dado al ejecutor por la realización que se corresponde con el tipo”.²

A segunda forma de autoria nos crimes comuns ocorre por meio do domínio da vontade. São os casos de autoria mediata, em que o autor mediato se vale de um terceiro como instrumento para realização do delito. O homem de trás pode ser autor mediato quando o homem da frente atua sob coação irresistível, em erro de tipo, erro de proibição ou é inimputável (ROXIN, 2014, p. 84).

A terceira forma de domínio do fato nos crimes comuns ocorre a partir do domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder. Nesse caso, o chefe de uma organização ilícita é considerado autor dos fatos realizados por seus subordinados que atuaram mediante as ordens do autor. Sobre essa hipótese de domínio do fato esclarece Roxin (2011, p. 2) que:

[...] nos trabalhos mais recentes sobre o tema, enunciei quatro fatores que permitem fundamentar o domínio do fato do homem de trás em organizações delitivas: o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, o afastamento da ordem jurídica do aparato de poder à disposição do emissor das ordens, a fungibilidade do executor imediato e a disposição essencialmente alta para o fato do executor.

Nos crimes especiais, ou crimes com violação de dever, o autor não é aquele que tem o domínio do fato, mas, sim, aquele que viola seu dever especial. Vejamos o caso do delito de peculato: “Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio” (BRASIL, 1940). Nesse delito, o funcionário público é o detentor do dever especial. Assim, independentemente de o agente ter o domínio do fato, o autor é aquele que ostenta a qualidade de funcionário público.

Por fim, nos crimes de mão própria, o autor é aquele que pessoalmente pratica o tipo penal. Nesses casos, não se admite a autoria mediata. Podemos citar como crime de mão própria, o aborto, previsto no art. 124 do Código Penal: “Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940).

Definido o que é autor, podemos definir, por exclusão, que partícipe é todo aquele que concorre para o crime sem ser autor, ou seja, sem ter o domínio do fato ou sem ter a qualidade necessária nos crimes de infração de dever e nos crimes de mão própria.

² “Não se pode dominar melhor um fato do que quando você mesmo o faz. Na autoria imediata o domínio é dado ao executor pela realização que corresponde ao tipo” (tradução livre).

A participação pode ser material, também denominada cumplicidade, ou moral. Na participação material o partícipe colabora de qualquer maneira com a prática do delito. Os casos descritos na introdução deste artigo são todos casos de participação material.

Importante destacar que a existência da cumplicidade depende, inicialmente, da perspectiva e da finalidade da ação do autor. Nesse sentido, esclarece Kindhäuser (2014, p. 135) que:

[...] apenas aquilo que necessita quem executa a ação principal é que pode ser visto como objeto de auxílio. Se A já se decidiu por esfaquear B com um determinado punhal então C não presta ajuda nem mesmo quando lhe oferece um arsenal de armas. O supérfluo não auxilia, ainda que possa expressar certa solidariedade com o autor.

E mais, a participação para ser punível pressupõem que ela melhore as possibilidades de o autor alcançar seu objetivo.

A participação moral pode ocorrer por induzimento, quando o partícipe dá a ideia criminosa para o autor, ou por instigação, quando o partícipe reforça uma ideia já existente.

Definido o conceito de partícipe, é fundamental ressaltar o caráter acessório da participação. Nelson Hungria (1983, p. 324) menciona a acessoriedade da participação para o Museu da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Outros penalistas ressaltam que a acessoriedade da participação é uma característica inerente à natureza da participação (BRUNO, 1967, II, p. 271). Em termos legais, a acessoriedade da participação foi explicitamente adotada pelo Código do Processo Penal, no art. 31. Vejamos a transcrição do citado dispositivo legal: “Art. 31 – O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado” (BRASIL, 1940).

Dizer que a participação é acessória é dizer que a punição do partícipe depende que o autor pratique determinada conduta. Discute-se na doutrina qual deve ser o nível de acessoriedade da participação, ou seja, o que o autor precisa praticar para permitir que o Estado possa punir o partícipe. Três são as teorias principais: a acessoriedade mínima, a acessoriedade limitada e a acessoriedade máxima.

Para a teoria da acessoriedade mínima é exigido que o autor pratique somente uma ação típica para a punição do partícipe. Desse modo, aquele que empresta uma faca para que o autor atue em legítima defesa responderia criminalmente, pois a conduta do autor é típica. Essa é, inclusive a objeção lançada. Na doutrina brasileira, Prado (2007, p. 493) adota essa teoria. Segundo o citado autor, “a

participação é sempre acessória ou dependente de um fato principal – teoria da acessoriedade mínima (conduta típica do autor)”.

A teoria da acessoriedade máxima vai ao outro extremo. Segundo essa teoria a punibilidade do partícipe depende da prática de um fato típico, ilícito e culpável pelo autor do fato. Na doutrina brasileira essa teoria é adota por Ramos (1996, p. 72).

Adotamos aqui, a acessoriedade limitada, de modo que a punição do partícipe depende da prática de um fato típico e ilícito por parte do autor. Entre outros juristas, essa teoria é adotada por Maurach e Zipf (1994).

É importante destacar que, independentemente do grau de acessoriedade, a participação depende de uma conduta típica praticada pelo autor. Isso significa que o partícipe pode ou não realizar os elementos objetivos do tipo, mas o autor deve praticar o fato típico que seja possível punir o partícipe.

3 Distinção entre lei e norma

Para solucionar os problemas explicados na introdução devemos definir o fundamento de punibilidade da participação. Essa definição passa pela diferença entre lei e norma, nos termos propostos por Binding.

A teoria das normas de Binding é explicada e comentada por Kaufmann (1976). A distinção entre lei e norma foi feita por Binding ainda no século XIX. Binding estabeleceu a distinção entre lei e norma partindo da premissa de que o criminoso não atua contra a lei. Segundo ele, a conduta praticada pelo agente deve ser idêntica à primeira parte do preceito legal. Em outras palavras: a conduta típica não viola a lei, mas é idêntica a ela. Quando o criminoso pratica uma conduta idêntica à lei, embora sua conduta viole uma norma nela contida. A essa norma violada pela conduta do criminoso que, repita-se, é idêntica à lei, Binding compreende a ruptura com a norma penal, inerente à lei. Desse modo, norma é o mandado de ação ou inação. O tipo penal é a lei que representa a forma de punição de determinada violação da norma.

Para exemplificar, vejamos o art. 121, *caput*, do CPB que é composto pelo preceito “matar alguém” e pela sanção “pena de reclusão de 6 a vinte anos”. O art. 121 é a lei. Composto de uma série de elementos em seu preceito: verbo, sujeito ativo, sujeito passivo, nexos causal, resultado, elementos normativos, objeto material e circunstância de tempo, modo, lugar e a sanção. Já a norma é obtida por meio da análise à contrário senso e, neste caso, é “não matar”.

Segundo Kaufmann (1976, p. 71), Binding busca provas acerca da existência das normas na própria lei penal, na necessidade do legislador, no exame das

normas de direito escrito e na história do direito. Para a teoria de Binding, as normas precedem no plano conceitual e normativo, a lei que estabelece a forma de punição, mas não necessariamente no plano temporal, e são essenciais para a compreensão do Direito Penal. As normas têm validade por serem normas e obrigarem a todos aqueles que são seus destinatários. Sobre a obrigatoriedade e validade da norma, afirma o autor que

[...] a norma é a representação mental abstrata e força obrigatória do direito. Tem validade, justamente por ser norma. E tem validade perante todos, já que qualquer um pode vir a encontrar-se na situação para a qual a norma, que a todos se dirige prescreve alguma coisa (KAUFMANN, 1976, p. 351).

Na teoria de Binding norma e lei cumprem funções distintas. A função da norma é fundamentar o dever de obediência por parte dos cidadãos que são os destinatários da norma. Como as normas carecem de sanção, os cidadãos devem observar as normas pelo simples fato de serem normas. Já a lei penal, como meio de manifestação da norma, regula a criação de conteúdo e a extinção do direito de punir. Com efeito, a função da lei penal é fundamentar um direito subjetivo cujo titular é o Estado.

A teoria das normas de Binding foi objeto de várias objeções. Na doutrina pátria, Aníbal Bruno (1967) não aceita a distinção entre norma e lei pois, segundo ele, tal distinção levaria a entender o Direito Penal como meramente sancionador. Não nos parece que a teoria de Binding levaria necessariamente ao direito penal meramente sancionador.

É comum encontrarmos a afirmação, em tom até pejorativo, que Binding era um positivista e que sua teoria das normas não é aceita pela doutrina moderna. Sobre a primeira parte, de fato, Binding era positivista, mas seu positivismo, como acentua Kaufmann (1976, p. 346), era limitado pela natureza ontológica da realidade das coisas, o que, certamente, atenua o positivismo levado às últimas consequências. Acerca do assunto, o autor conclui que “as indicações já fornecidas mostram claramente onde se situa o limite do positivismo de Binding: é nas estruturas lógico-reais que formam o quadro e o arcabouço da matéria jurídica, na natureza das coisas, na lógica, nas conquistas da teoria” (KAUFMANN, 1976, p. 351).

Sobre o argumento de que a teoria de Binding não é aceita atualmente – observa-se que sua teoria das normas não é completamente aceita –, e nunca foi, mas seu fundamento nunca foi seriamente atacado e, modernamente, sua conclusão mais importante sobre a existência das normas é aceita, por exemplo,

por Zaffaroni e Pirangeli (2015). Esses autores, embora não apoiem integralmente a teoria de Binding, afirmam que a teoria de Binding “com maiores ou menores correções, deve ser reconhecida ainda na atualidade com um alto grau de vigência científica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 281). Na doutrina brasileira, Leite (2014) também aceita a distinção entre lei e norma proposta por Binding. Por fim, ressalta Kaufmann (1976, p. 354) que, “apesar de todos os ataques vindos de muitos lados, a posição básica de Binding é correta: as normas existem”.

Portanto, adotamos a distinção entre lei e norma nos termos propostos por Binding. Assim, o tipo penal (lei) é composto por uma série de elementos conforme a técnica legislativa utilizada. Já a norma penal é a proibição que extrai da lei e que é conceitualmente anterior à lei.

4 Fundamento de punibilidade da participação

Frisch (2002) faz uma observação fundamental. Segundo o autor, a falta de clareza de critérios se deve, principalmente, à falta de critérios sobre os princípios que fundamentam o injusto da culpabilidade. Frisch está correto. Somente é possível uma solução coerente dogmaticamente para a participação por ações neutras após definir os fundamentos do injusto na culpabilidade.

É a partir da determinação do fundamento do injusto da participação que se deve analisar uma série de problemas acerca da participação no direito penal, inclusive, a punibilidade mediante a participação por ações neutras. O fundamento da participação deve ser um guia hermenêutico para solucionar e dar coerência aos problemas propostos.

Em termos legais, o fundamento de punibilidade da participação é o art. 29 do Código Penal, *in verbis*: “Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. O artigo citado deixa claro que todos que colaborarem para o delito, autores ou partícipes, devem responder criminalmente, em regra, pelo mesmo delito” (BRASIL, 1940).

Além do fundamento legal, é indispensável definir qual o fundamento material do injusto da participação. Batista (2004, p. 102) alerta que o fundamento do injusto da participação é tema pouco tratado na doutrina nacional. É a partir da definição do fundamento material que todos os problemas dogmáticos da participação devem ser tratados.

A primeira teoria que busca fundamentar a participação é a teoria da corrupção do autor. Essa teoria, cujas bases são concepções religiosas dos comentaristas italianos da Idade Média, coloca ênfase na atuação do partícipe sobre a pessoa do autor. Nessa ordem de ideias, o partícipe é punido por transformar o outro em

delinquente ou contribuir para isso. Desse modo, a atuação do partícipe se daria na culpabilidade do autor. A culpabilidade do partícipe dependeria, por isso, da culpabilidade do autor e da influência exercida pelo partícipe na culpabilidade do autor.

A teoria da corrupção do autor deve ser abandonada em face da teoria da acessoriedade limitada e em razão do princípio da autorresponsabilidade.

Segundo a teoria da acessoriedade limitada pune-se o partícipe desde que o autor tenha praticado uma conduta típica e ilícita, ou seja, um injusto penal. Assim, é possível punir o partícipe mesmo que o autor atue sem culpabilidade. Vejamos o seguinte exemplo: Tício instiga Mévio, inimputável a praticar um furto. Neste caso, Mévio não é culpável, mas Tício deve ser punido como partícipe. Desse modo, não é possível fundamentar a punição do partícipe na culpabilidade do autor que pode não existir no caso concreto.

Ademais, a culpabilidade do autor e do partícipe são diferentes já que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal.

Uma outra teoria busca fundamentar a participação na ofensa ao bem jurídico, é a denominada teoria da causação. Se de um lado a teoria da corrupção do autor busca unir autor e partícipe a nível de culpabilidade, a teoria da ofensa ao bem jurídico buscam unir autor e partícipe já no fato típico. Para essa teoria, o fundamento da participação é que a conduta do partícipe, independente da conduta do autor, provoca uma ofensa ao bem jurídico.

Essa teoria, assim como a primeira, não deve ser aceita. Não é possível fundamentar a participação em nenhum elemento objetivo do tipo. Isso porque a participação é acessória. Querer fundamentar a participação em qualquer elemento objetivo do tipo é desprezar a natureza acessória da participação.

O CPP estabelece, no art. 31, a acessoriedade da participação. Como já acen-tuado, doutrina diverge quanto ao grau de acessoriedade, se mínima, limitada, máxima ou hiper. Porém, o certo é que, diante da legislação brasileira, a participação é, de fato, acessória e, a nosso ver a teoria adotada é a teoria da acessoriedade limitada. Ou seja, a punição do partícipe depende da prática pelo autor de um fato típico e ilícito. A participação, em qualquer grau de acessoriedade, depende da prática da ação típica por parte do autor. O partícipe não precisa praticar nenhum elemento objetivo do tipo para ser responsabilizado criminalmente. O Direito Penal, para responsabilizar o partícipe, se vale da ação objetivamente típica praticada pelo autor. Caso a conduta do autor não se amolde ao tipo penal, a conduta do partícipe também será atípica.

A questão fundamental é a seguinte: por que a participação é acessória? Ora, não se pode exigir do partícipe a prática de todos os elementos do injusto, salvo

os elementos subjetivos, graças ao princípio da responsabilidade subjetiva. Se fosse possível exigir do partícipe a realização de todos os elementos do injusto ele seria autor e não partícipe. Deste modo, o ordenamento jurídico se vale da conduta praticada pelo autor, que preenche os elementos do injusto, para responsabilizar criminalmente o partícipe que de alguma maneira colaborou com o autor.

Pode ser que a conduta do partícipe, no caso concreto, por si só, implique a realização de algum elemento objetivo do tipo, mas pode ser que a conduta do partícipe não implique a realização de nenhum elemento do tipo. O que se quer dizer é que não se pode exigir como condição de punibilidade do partícipe, dado que ele realize algum elemento objetivo do injusto. É por isso que a participação é acessória.

Por esse motivo, não se deve fundamentar a participação nos termos da teoria da causação.

Em verdade, tais teorias, embora sejam anunciadas como teorias que fundamentam a participação, não se prestam a tal finalidade. Essas teorias, segundo Galvão (2013, p. 536), “procuram apenas explicar o conteúdo do comportamento do partícipe”.

Não sendo possível fundamentar a punibilidade do partícipe em nenhum elemento objetivo do tipo ou da culpabilidade, deve-se buscar outra maneira de fundamentar a punibilidade do partícipe. A fundamentação da punibilidade do partícipe deve ser buscada na violação da norma.

A fundamentação da punibilidade do partícipe é que, com sua conduta, ele viola a norma penal. Destaca-se que a norma proíbe determinada conduta, não é papel da norma proibir resultados. Vejamos por exemplo o art. 121 do CPP. A norma anterior ao tipo “matar alguém” é “não matar”, desse modo o cidadão está proibido de praticar qualquer conduta que contribua para a morte de alguém, ainda que não seja ele o autor do resultado morte. A norma penal, como já acentuado, é obrigatória, todos os destinatários da norma penal têm a obrigação de se abster de condutas que violem a norma ou que contribuam para a violação das normas por parte de um terceiro. Aqui reside o fundamento do injusto da participação.

O partícipe deve ser punido porque, com sua conduta, embora não realize os elementos do tipo penal, ele viola a norma.

Fernando Galvão também busca o fundamento de punibilidade do partícipe na violação da norma. Vejamos trecho da obra do autor:

A responsabilidade penal tem como pressuposto fundamental a violação da norma jurídica e, portanto, interessa saber quem violou a norma. Todos os que violam a norma devem suportar o

ônus que lhes é imposto pela responsabilidade. Se autores e partícipes violarem a norma deverão ser responsabilizados (GALVÃO, 2013, p. 536).

O citado autor, contudo, não indica se está utilizando a expressão norma no sentido utilizado por Binding, como propomos.

5 Participação por ações neutras

A participação material, ou cumplicidade, normalmente ocorre mediante a conduta, praticada pelo partícipe, que é praticada, especialmente, para colaborar com a ação do autor. Vejamos alguns exemplos: A pede para B, um amigo de trabalho, que dirija o carro até determinado local pois pretende matar sua esposa. Cotidianamente B não dirige para A. Essa ação, dirigir para A, é específica para colaborar com a empreitada criminosa. C pede para D uma faca emprestada para matar seu desafeto. D não tem como atividade cotidiana emprestar facas. A ação de emprestar a faca foi específica para ajudar C a praticar o delito.

Ocorre que a participação pode ocorrer pela prática de ações neutras. Ações neutras são ações que determinado agente realiza cotidianamente em sua profissão, mas que, em determinadas situações, acabam contribuindo para a prática de algum delito. Os casos narrados na introdução desse trabalho são exemplos de ações cotidianas que acabam contribuindo para a prática de um delito.

Podemos citar outros exemplos: Tício vai a uma padaria e compra um pão para matar sua mulher envenenada. Nesse caso, o padeiro responderia como partícipe em homicídio? Tício, funcionário de um banco, cotidianamente realiza transações bancárias para seus clientes. Certo dia, é descoberto que um de seus clientes se valia das transações realizadas para ocultar dinheiro proveniente de algum delito. Tício é partícipe em lavagem de capitais?

Destaca-se que essas ações cotidianas são praticadas diariamente por uma série de pessoas, o motorista de táxi, o vendedor, o padeiro, o gerente de banco, o advogado etc., de modo que, se determinada pessoa não concordar em realizar determinada conduta, certamente, outra praticará, pois, aquela conduta está no âmbito das atividades cotidianas de vários indivíduos. Vejamos o caso do taxista: se um primeiro taxista negar uma determinada corrida, vários outros poderão aceitar. Isso vale para o padeiro: se um padeiro recusar a venda do pão, a padaria do lado venderá.

A controvérsia acerca da punibilidade do agente que participa de um delito mediante ações cotidianas não é um tema novo do Direito Penal, sendo discutido

há muito tempo no Direito Penal alemão. No entanto, no Direito Penal brasileiro a relevância do tema é relativamente recente. A grande maioria dos manuais brasileiros ao tratarem do concurso de pessoas sequer mencionam a participação por ações neutras. Os principais livros sobre concurso de pessoas do Direito Constitucional Pátrio também não tratam sobre o tema.

A pergunta que deve ser respondida é porque e em que medida deve-se punir aquele que contribui para um delito mediante a prática de uma conduta que é cotidiana. Nesse sentido, existem diversas teorias que buscam definir se aquele que participa mediante ação cotidiana deve ser responsabilizado ou não. Resumidamente vamos a elas.

A mais antiga das teorias procura fundamentar a punição daquele que participa mediante ação neutra no dolo. Assim, se o partícipe tiver atuado com dolo ele deve ser responsabilizado, caso contrário, não deve ser responsabilizado. Frisch (2002) informa que essa teoria foi adotada pela antiga jurisprudência do Tribunal do Império Alemão. No mesmo sentido, Kindhäuser (2014, p. 131) afirma que “o Tribunal do Império Alemão exigia uma vontade de colaborar com o crime para a consideração do comportamento realizado no exercício da atividade profissional como prestação de auxílio punível”. Essa teoria, como se verá a seguir, mediante ajuste no que diz respeito ao dolo eventual, deve ser a adotada.

Modernamente, a doutrina majoritária busca estabelecer critérios para a punibilidade da participação por ações neutras em elementos objetivos. Essa mudança de paradigma deve-se à superação, pelo menos na Alemanha, da teoria finalista da ação. Busca-se estabelecer a punibilidade do partícipe na adequação social da conduta com base na adequação profissional, na importância da conduta para o ato principal, no aumento do nível de risco da ocorrência do fato principal ou na ponderação de interesses. Todos esses critérios são de caráter objetivo e, como bem observa Frisch (2002), pecam pela falta de clareza em sua conceituação.

Os critérios supra-apontados, que são aplicados no âmbito da tipicidade, são imprecisos e não fornecem de maneira clara um critério para punir a participação por ações neutras, devendo, portanto, ser abandonados. Como explicado anteriormente, não é possível fundamentar a punição do partícipe em nenhum elemento objetivo do tipo. Isso porque a punição do partícipe é fundamentada na violação da norma e não na prática do tipo objetivo pelo partícipe. Como destinatário da norma, todo cidadão tem o dever de se abster de praticar qualquer conduta que colabore com a violação da norma. Em termos objetivos, a conduta do partícipe é típica desde que a conduta do autor preencha os elementos do tipo objetivo.

O critério para determinar a punição ou não do partícipe por ações cotidianas deve ser buscado no tipo subjetivo. Desse modo, o essencial para se punir o

partícipe que colabora mediante ações cotidianas é se o partícipe tinha conhecimento dos planos do autor. Ou seja, o que vai determinar ou não a participação do partícipe é dolo, já que sua ação é sempre objetivamente típica.

Kindhäuser apresenta uma primeira crítica à teoria subjetiva. Para o autor, ao adotar a teoria subjetiva, caso alguém use um lenço de seda para estrangular um homem, o vendedor do lenço deve ser punido pois atua com dolo eventual (KINDHÄUSER, 2014, p. 139). De fato, não faz sentido, nesse caso, punir o vendedor de seda à título de dolo eventual. É por isso que propomos, na sequência, a exclusão da punibilidade da participação por ação neutra quando praticada com dolo eventual.

Outra crítica apontada por Kindhäuser é que ao adotar a teoria subjetiva “um injusto de cumplicidade assim fundamentado aloja-se na preocupante vizinhança de um Direito Penal da atitude interna” (KINDHÄUSER, 2014, p. 145).

Essa crítica lançada por Kindhäuser não procede. Primeiro, o fundamento da punibilidade da participação por ações neutras não é o dolo. Pune-se a participação por ações cotidianas porque o agente viola a norma, esta, sim, fundamento de se punir o partícipe. Ademais, além do dolo, a existência da cumplicidade depende, inicialmente, da perspectiva e a finalidade da ação do autor. E mais, a participação para ser punível pressupõem que ela melhore a possibilidade de que o autor alcance seu objetivo.

Considerando que a teoria para estabelecer a punibilidade da participação por ações neutras é uma teoria subjetiva, vejamos a solução para os dois primeiros casos narrados na introdução:

- **Caso 1:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte e avisa para o motorista Mévio que, chegando a seu destino, vai matar João, seu desafeto. Chegando ao destino Tício mata João. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 2:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte com a intenção matar João, que estava lhe esperando no destino do táxi. No entanto, Tício não conta para Mévio qual sua real intenção ao tomar o táxi. Chegando ao destino, Tício mata João, seu desafeto. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?

Nos dois casos, a participação se deu mediante uma ação cotidiana. Diante do fundamento de punibilidade da participação adotado nesse artigo, a conduta de Mévio é objetivamente típica, tanto no caso 1 como no caso 2. O que vai determinar se Mévio vai ser punido ou não é o dolo. No caso 1, Mévio tem conhecimento do plano do autor, de modo que ele atua com dolo. Desse modo ele deve ser responsabilizado como partícipe do homicídio.

Já no caso 2, embora objetivamente típica, Mévio não deve ser punido por causa da ausência de dolo. Como Mévio não tinha o conhecimento do plano do autor, lhe falta o dolo, essencial para a tipicidade da conduta.

Assentado que a punibilidade da participação por ações neutras deve ser analisada a partir do dolo do partícipe, pode-se indagar qual seria a diferença de tratamento em relação à participação mediante ações não cotidianas. Também nas ações não cotidianas, caso não exista dolo por parte do partícipe, a contribuição é impunível. A diferença de tratamento entre as duas formas de cumplicidade se dá em relação ao dolo eventual. A participação por ações neutras não admite a punição caso o elemento subjetivo seja o dolo eventual.

A não punibilidade da participação por ação neutra, quando se trata de dolo eventual, é justificada pelo princípio da confiança, de modo que o agente que está praticando atos profissionais e cotidianos lícitos deve confiar que terceiros que se beneficiam desses atos estão também praticando ações lícitas. Assim, o princípio da confiança atua no elemento cognitivo do dolo, de modo que não há que se falar em dolo eventual. O taxista que aceita uma corrida deve confiar que o passageiro vai a seu destino praticar uma conduta lícita. Exigir que o taxista indague de todo cliente qual a finalidade de sua viagem é impossível e tornaria essa atividade profissional inviável.

Vamos à solução do caso 3: Tício é conhecido na região por praticar alguns delitos contra o meio ambiente. Certo dia, Tício vai à revendedora de tratores e compra uma retroescavadeira. O vendedor, Mévio, sabia dos boatos que corriam na cidade. Contudo, diante dos valores envolvidos na venda, Mévio, resolveu efetuar a venda sem indagar de Tício qual seria a finalidade da compra da máquina. Tício, de fato, usou a máquina para extrair areia e argila de maneira ilegal. Mévio deve responder criminalmente?

Nesse caso, Mévio, certamente, não atua com dolo direto, não é sua intenção contribuir com a atividade criminosa de Tício. No entanto, dadas as circunstâncias que envolvem o comprador, embora não tenha a certeza da intenção criminosa, pode-se dizer, em um primeiro momento, que Mévio assumiu o risco da ocorrência do resultado, o que caracterizaria dolo eventual. No entanto, por se tratar de uma ação neutra, Mévio deve confiar que as pessoas que compram em sua loja vão praticar também ações lícitas. Desse modo, a conduta de Mévio não é passível de punição.

Por fim, vamos analisar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ora tratado. Segue a ementa (STJ, 2007):

HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA.

ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO.

Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal.

A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei.

Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir.

Ordem denegada e cassada a liminar.

(HC 78.553/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 319).

O caso discutido na ementa é de um advogado que elaborou um parecer que foi utilizado pelo autor do fato para praticar crime de fraude à licitação. Trata-se, certamente, de um caso de participação por ação neutra. O advogado, por meio de sua atuação profissional, contribuiu para a prática de um delito.

A decisão parece ter adotado a teoria subjetiva, defendida neste artigo. Nos interessa o último parágrafo da ementa, em que consta que o simples fato de ser advogado e ter fornecido um parecer não retira por si só a possibilidade da prática de um delito. Nesse caso, a decisão deixa implícito que a punibilidade ou não do advogado vai depender do dolo. Caso ele tenha atuado com a intenção de, em conjunto com o autor, fraudar a licitação, ele será cúmplice no delito. Caso não tenha o dolo, não será cúmplice. Contudo, destaca-se que, embora essa decisão não toque no assunto, não é possível responsabilizar o advogado a título de dolo eventual.

Conclusão

A distinção entre autoria e participação deve ser feita a partir da teoria do domínio do fato de Roxin, sendo a participação sempre acessória. Adota-se, nesse

aspecto, a acessoriedade limitada.

Existe diferença entre lei e norma. A norma que antecede à lei tem o cidadão como destinatário, e mesmo, desprovida de coerção, é obrigatória. A lei, cria, regula e extingue o direito subjetivo de punir do Estado. No art. 121 do CPP a lei consiste em “matar alguém. Pena de 6 a 20 anos”. A norma é “não matar”.

A partir da distinção entre lei e norma, o fundamento de punibilidade do partícipe é a violação da norma. Desse modo, o partícipe não precisa praticar os elementos do tipo para ser punido, até mesmo porque a participação é acessória.

Considerando que o fundamento e punibilidade do partícipe é a violação da norma, o critério para punir ou não a participação por ações neutras não pode ser buscado em elementos objetivos, o partícipe pode não praticar esses elementos. O critério para a punibilidade da participação por ações neutras deve ser o dolo do agente. Se existe a vontade de cooperar com a ação do autor, este deve ser punido; caso contrário, não.

A particularidade da participação por ações neutras é não admitir a punição a título de dolo eventual, é necessário sempre o dolo direto. Isso porque o princípio da confiança atua na formação do elemento cognitivo impedindo a caracterização do dolo eventual.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, N. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Decreto lei 2849 de 7 de setembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.553/SP. Acórdão da 5 turma. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRUNO, A. *Direito Penal – Parte geral*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- COSTA JR., P. J. *Nexo Causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- FRISCH, W. *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der UnrechtsKonstitution) der Beihilfe. Festschrift für Klaus Luders*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 2002.

- GALVÃO, F. *Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. v. I. t. II. Rio de Janeiro. Forense, 1983.
- KAUFMANN, A. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- KINDHÄUSER, U. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências*, São Paulo, n. 108, p. 127-148, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.
- LEITE, A. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAURACH, R.; ZIPF, H. *Derecho penal*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RAMOS, B. V. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROXIN, C. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.
- ROXIN, C. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 2014.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL, SEUS RISCOS E A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho¹

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Daniel Gaio²

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Artigo recebido em: 20/11/2021.

Artigo aceito em: 18/03/2022.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar a usucapião extrajudicial, instrumento de regularização fundiária, introduzido no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015 e que tem a titulação da propriedade como resultado principal. O objetivo é analisar seus riscos, debatendo os efeitos negativos advindos de sua instrumentalização para a população de baixa renda, que é a maioria da moradia informal. A participação do Poder Público – nos moldes atuais, praticamente inexistente – será questionada, concluindo-se pela importância do ente estatal ao longo do procedimento, como um meio de minimizar seus riscos e colocar o instrumento como

(mais um) aliado na efetivação do direito à moradia adequada, na regularização fundiária e no planejamento urbano. A metodologia utilizada é a crítico-metodológica, em sua vertente jurídico-social. Por sua vez, o raciocínio científico é o dedutivo (GUSTIN *et al.*, 2020), uma vez que se parte de premissas mais gerais, acerca da usucapião extrajudicial, para tecer considerações mais específicas, no que tange à participação do Poder Público no procedimento.

Palavras-chave: direito à moradia; participação estatal; poder público; riscos; usucapião extrajudicial.

1 Doutorando e Mestre em Direito Urbanístico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN-MG)/Faculdade Arnaldo. Graduado em Direito pela UFMG. Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE (CNPq). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0826-3457> / e-mail: mesquita.osvaldo@gmail.com

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (UL). Especialista em Direito Contemporâneo e Suas Instituições Fundamentais pelas Faculdades Positivo/Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos (POSITIVO/IBEJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Urbanístico e Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Líder do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE (CNPq). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2943-8092> / e-mail: danielgaio72@yahoo.com.br

THE NON-JUDICIAL ADVERSE POSSESSION, ITS RISKS AND THE PARTICIPATION OF PUBLIC POWER

Abstract

The purpose of this article is to analyze the non-judicial adverse possession, an instrument for land regularization, that was introduced in Brazil by the 2015 Civil Procedure Code and which has the title of property as its main result. The goal is to analyze its risks, debating the negative effects arising from its instrumentalization for the low-income population, which is the majority of informal housing. The participation of the Public Power – in today's rules, practically non-existent – will be questioned, concluding by the importance of the state entity throughout the procedure, as a way to minimize its risks and place the instrument as (another) ally

in the realization of the right to adequate housing, land tenure regularization and urban planning. The methodology used is critical-methodological, in its legal-social aspect. and scientific reasoning is deductive. In turn, scientific reasoning is deductive, since it starts from more general assumptions, about non-judicial adverse possession, to make more specific considerations, regarding to the participation of Public Power in the procedure.

Keywords: *adverse possession; public power; right to housing; risks; state's participation.*

Introdução

O contexto brasileiro da moradia é marcado pela informalidade como regra, já que morar à margem da lei tem sido a única saída para grande parte da população brasileira. Além de produto, é também causa estruturante da vida urbana, já que a moradia informal sustenta e se integra às dinâmicas sociais, políticas e econômicas.

Nesse cenário, a regularização fundiária apresenta-se como uma das possíveis soluções para a problemática, por meio da legalização da posse informal e da urbanização das áreas, buscando integrar a população marginalizada à chamada cidade formal. Os diversos instrumentos existentes são o caminho e o meio a ser utilizado para regularizar-se, com diferenças no âmbito de aplicação, nas dificuldades de instrumentalização, no *modus operandi*, entre outras questões.

Como mais uma entre as ferramentas de regularização fundiária, a usucapião extrajudicial foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 e posteriormente regulamentada pelo Provimento n. 65 do Conselho Nacional de Justiça. Não é uma nova modalidade/espécie de usucapião, mas sim um novo procedimento, sendo uma alternativa à via judicial.

De maneira sucinta e propedêutica, seu desenrolar inicia-se no Tabelionato de Notas, com a elaboração de uma ata notarial certificando a qualificação da posse. A partir de tal documento, em conjunto com os demais necessários, inicia-se o trâmite no Registro de Imóveis, ficando a qualificação positiva ou negativa do processo a cargo do registrador imobiliário³.

O objetivo deste artigo é analisar os riscos da usucapião extrajudicial, ou seja, os efeitos negativos que podem advir de sua instrumentalização, em especial para a população de baixa renda, que é a maioria em situação de moradia informal. Questiona-se a importância da participação do Poder Público no procedimento – nos moldes atuais, é praticamente inexistente – como meio de minimizar esses riscos e potencializar a utilização do instrumento como (mais um) aliado na efetivação do direito à moradia adequada, na regularização fundiária e no planejamento urbano.

No primeiro tópico, serão abordados os riscos supramencionados, sendo feito um apanhado dos efeitos negativos advindos da titulação da propriedade – resultado direto da usucapião extrajudicial – e da redução da moradia a seu caráter de mercadoria. Em seguida, inicia-se a discussão sobre a importância da participação do Poder Público, que se estende até as conclusões deste artigo.

³ Para a compreensão do procedimento como um todo, sugere-se Couto (2020), Boczar *et al.* (2019) e Marquesi (2018).

1 Os riscos da usucapião extrajudicial

Nesse tópico, serão analisados os riscos inerentes à usucapião extrajudicial, o que também significa analisar os efeitos negativos da titulação da propriedade, já que, no recorte escolhido para este artigo⁴, esse é o resultado direto do procedimento. Vale ressaltar que os aspectos negativos relativos à regularização com enfoque na titulação não são uma particularidade do instrumento em estudo, mas sim uma tendência entre as políticas com esse viés.

É necessário, então, contrapor os argumentos favoráveis às políticas titulatórias, baseados, especialmente, na teoria de De Soto (2001). A ideia da moradia como um ativo na economia é o argumento basilar dessas teorias, o que será refutado ao longo deste artigo, buscando-se fomentar a utilização da usucapião extrajudicial como um instrumento de efetivação do direito à moradia adequada, afastando-se de seu viés meramente titulatório.

As políticas com enfoque na titulação da propriedade aproximam-se do valor de troca da moradia, já que seu argumento principal é a ampliação do acesso ao crédito e à circulação dos bens, que são considerados ativos na economia. Tal direcionamento tende a inflacionar o preço dos terrenos – aumentando, então, a especulação imobiliária – e, direta ou indiretamente, retroalimentar a informalidade (SMOLKA, 2003).

Todo esse processo é chamado de financeirização da moradia (ROLNIK, 2012), qual seja a transformação da moradia em um ativo econômico e os efeitos negativos advindos dessa correlação. No Brasil, a dita ideologia da casa própria contribuiu para a consolidação desse processo, fomentando pelo aspecto simbólico e de reserva de valor que é inerente à propriedade no país (HOLSTON, 2013), culminando na expulsão dos pobres das áreas centrais, no processo que é conhecido como gentrificação (LELIS, 2020).

É importante ressaltar que as políticas habitacionais e urbanas, o urbanismo e a gestão fundiária não foram neutros em relação a essa crise da moradia. Pelo contrário, operaram ativamente ao criar condições materiais, simbólicas e normativas para transformar os territórios em ativos abstratos (ROLNIK, 2015). O ponto crucial dessas políticas é a concentração de esforços na titulação da propriedade, ignorando-se a visão estrutural e sistêmica da informalidade, que envolve aspectos variados.

O fluxograma da Figura 1 representa, de maneira elucidativa, o processo em análise, denominado ciclo da moradia informal, ou, simplesmente, ciclo da informalidade:

⁴ Também é possível a usucapião extrajudicial de outros direitos reais, tais como a servidão, o usufruto, o direito de laje etc. Contudo, na maioria das situações de moradia informal, o procedimento é utilizado para transformar a posse em propriedade, sendo esse o recorte do artigo.



Figura 1 – Ciclo da moradia informal ou ciclo da informalidade.

Fonte: elaborada pelos autores.

Deve-se frisar que tais consequências não são etapas lineares de um processo, não havendo delimitação exata do término ou do início de algum deles, sendo, na realidade, características concomitantes, que ora são causa, ora são consequência uns dos outros. Em conjunto, perpetuam a formação da moradia ilegal.

Tal cenário não é exclusivamente brasileiro, sendo uma realidade em todo o mundo. O documentário “*Push: Ordem de Despejo*”⁵ retrata esse processo de financeirização da moradia, mostrando como a moradia se tornou um ativo em todo o mundo, criando a figura dos “imóveis sem dono” e sem moradores. Isso se dá porque a propriedade é de incontáveis pessoas, já que se transformou em um título financeiro de alta liquidez, e a utilização do bem não é o interesse principal, que passou a ser a especulação imobiliária.⁶

Dessa feita, a titulação em sua versão mercantilizada está associada a pressões especulativas, fazendo que os moradores sejam estimulados a vender suas propriedades, o que provoca uma reconfiguração do território, sobretudo quando tais áreas estão localizadas em regiões valorizadas da cidade. Em suma, infere-se que os beneficiários dessas regularizações “à la De Soto” não são os grupos pobres, mas sim os “velhos e novos” grupos econômicos privados (FERNANDES, 2003).

A título de exemplo, a regularização que se deu na Favela Cantagalo, no Rio de Janeiro/RJ, foi totalmente baseada nas ideias de De Soto. Ao analisar os efeitos posteriores à regularização, Magalhães (2013) sustenta que o processo chamado de regularização é, na verdade, seu oposto, já que se promove a remoção – de maneira indireta, por meio da força especulativa do mercado – transvertida das ditas políticas de integração da favela à cidade.

Esse é apenas um exemplo entre os mais variados casos de regularização com enfoque na titulação da propriedade, os quais costumam ter um resultado em comum: a perpetuação das irregularidades e dos benefícios aos grupos econômicos privilegiados. A perspectiva do “planeta favela” não parece horrorizar o capital, mas, ao contrário, aparece-lhe como mais um potencial nicho de obtenção de mais-valias (MAGALHÃES, 2020).

Isso não significa que a regularização não seja necessária; pelo contrário, abster-se de regularizar não é uma opção. O desafio consiste em como regularizar, para que o ciclo de informalidade não seja retroalimentado, buscando-se desenvolver políticas de conteúdo preventivo, e não curativo, tal como acontece na maioria das vezes (SMOLKA, 2003). Partindo-se dessa ideia, a preocupação com os efeitos pós-legalização da moradia é exacerbada.

É nesse sentido que será desenvolvido o artigo, buscando demonstrar a importância da participação do Poder Público na usucapião extrajudicial, a fim de reduzir seus riscos e evitar que esse instrumento perpetue o dito ciclo da informalidade. É necessário enxergar que o instrumento, por si só, se insere nessa dinâmica, devendo ser conjugado com outras políticas públicas e ferramentas legais para que seus efeitos negativos sejam minimizados.

2 A participação do poder público na usucapião extrajudicial

Atualmente, a participação do Poder Público na usucapião extrajudicial se limita à notificação dos entes públicos – União, Estados ou Distrito Federal e Município – com o objetivo de possibilitar a contestação do pedido⁷, discutindo eventual propriedade do imóvel. Em caso de impugnação pela Administração Pública, o procedimento extrajudicial é encerrado, remetendo-se ao rito judicial da usucapião.

Argumenta-se que a usucapião extrajudicial teria maior potencial de utilização por envolver apenas os requerentes e os cartórios, já que a atuação dos entes estatais é mínima. O objetivo deste artigo é refutar tal argumentação, defendendo-se que é imprescindível ampliar a participação do Poder Público no instrumento, uma vez que os entes estatais são elementos centrais da regularização, não devendo ser excluídos do processo.

Qualquer instrumento de legalização da posse – não somente a usucapião extrajudicial –, é parte do processo de regularização fundiária, não devendo ser enxergado como um fim em si mesmo, mas sim como uma dimensão, uma etapa,

⁷ Art. 216-A, § 3º da Lei n. 6.015/1973 e Art. 15 do Provimento n. 65 do Conselho Nacional de Justiça.

uma engrenagem dentro de um todo. É necessário, em conjunto com a titulação da posse, a integração socioespacial dos beneficiários, e é a partir de tal pressuposto que se fundamenta este trabalho.

Tal integração somente é possível com a atuação do Poder Público no combate à segregação como agente promotor e mediador do debate público, conhecedor dos diversos interesses envolvidos e proponente de políticas que reequilibrem as distorções presentes nas arenas urbanas (ALFONSIN, 2000). As políticas curativas devem dar lugar às preventivas, fundamentadas na habitação, no planejamento urbano e na gestão democrática. Somente assim é possível quebrar o mencionado círculo vicioso de produção da informalidade (FERNANDES, 2004).

Não é apenas urbanização, assim como não é apenas legalização. Urbanizar significa melhorar as condições de habitabilidade da área como um todo, por meio da construção de infraestrutura, caso não houver, ou incremento da estrutura já existente; e do imóvel em si, por meio do apoio técnico e/ou financeiro às melhorias no bem. É preciso fazer, ainda, intervenções urbanísticas, sociais, ambientais, entre outras, que são dimensões da regularização fundiária e não podem ser esquecidas ou negligenciadas, sob pena da política pública ser menos efetiva (ALFONSIN, 2000).

Essa regularização multidimensional é difícil, cara e leva tempo (ALFONSIN, 2000). Quanto ao aspecto financeiro, existe a possibilidade de os beneficiários arcarem com a infraestrutura essencial e o projeto de regularização⁸. Contudo, no caso da usucapião extrajudicial, defende-se o custeio total das políticas de urbanização pelo Poder Público – por meio de recursos próprios e/ou parcerias com a iniciativa privada –, uma vez que os beneficiários já terão arcado com a dimensão jurídica, que é o custeio do procedimento.

Com relação à dificuldade e ao tempo, somente a atuação integrada dos atores público e privado é capaz de viabilizar a regularização multidimensional de maneira mais fácil e mais rápida. A usucapião extrajudicial, por si só, é instrumentalizada com vistas à redução de ambos, mas não é suficiente.

Na atual regulamentação nacional, a participação estatal é mínima. Por sua vez, exclusivamente no estado de São Paulo, há modalidade de usucapião extrajudicial que exige a notificação do ente público municipal para confirmar as ocupações, a urbanização e a integração da área à cidade⁹. Almejando-se a dita atuação integrada e interdisciplinar, defende-se que a previsão é correta e, mais do que isso, imprescindível para a regularização via usucapião extrajudicial.

Não somente em determinada modalidade e/ou determinado estado da federação, mas em todos os procedimentos em nível nacional, defende-se o

⁸ Art. 33, § 1º, I da Lei n. 13.465/2017.

⁹ Item 416.22, I, c), das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo.

aproveitamento da notificação que já é enviada ao ente municipal, passando a ser solicitada: a atestação do imóvel irregular; se há infraestrutura básica no local; e se a área cumpre os requisitos legais e urbanísticos para a regularização do imóvel.

Indo além, no caso de imóvel localizado em área delimitada como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), a notificação ao ente municipal, além das menções anteriores, deveria consignar tal característica e questionar se não haveria interesse público em promover um projeto de regularização fundiária no local. Tal prática é ainda mais importante nas modalidades coletivas de usucapião, já que as áreas tituladas representarão um grupo maior dentro da ocupação, exacerbando a importância de se efetivarem as demais dimensões da regularização.

Talvez tal proposição possa soar simples, mas é o início, vislumbrando a almejada aproximação entre o Poder Público e os cartórios, que, nos dias atuais, é praticamente inexistente na usucapião extrajudicial. Não é a solução para todos os riscos do procedimento, e nem poderia ser, por óbvio, já que não se pode prever o resultado dessas notificações. É mais uma proposição, que, aliada às seguintes, busca enfatizar a importância da participação do Poder Público na usucapião extrajudicial.

Ao longo do procedimento, o requerente deve estar obrigatoriamente assistido por advogado ou defensor público¹⁰, e nesse campo reside uma importante seara de atuação na regularização fundiária: a dos órgãos de assistência jurídica. Tais instituições representam os hipossuficientes em âmbito judicial e/ou administrativo, possibilitando, de fato, o acesso à justiça pelos denominados “assistidos”. Atuam de modo semelhante à Defensoria Pública, complementando e, por muitas vezes, substituindo sua atuação.

Na própria usucapião extrajudicial, a despeito de ser possível, não há campo amostral para afirmar que houve a atuação da Defensoria Pública, a qual seria essencial. Persiste, então, um cenário em que a presença de advogado é obrigatória, o que faz que os honorários advocatícios passem a ser uma variável importante nos custos do procedimento. Uma alternativa a esse quadro é a representação dos usucapientes pelos órgãos de assistência jurídica, o que, por si só, aumenta o alcance social do instituto, já que diminui os gastos e minimiza seus riscos por introduzir um ator importante na condução da regularização fundiária, especialmente no cenário pós-titulação da propriedade.

Defende-se, então, que o requerimento da usucapião extrajudicial seja proposto por um órgão municipal e/ou conveniado da Administração Municipal. Primeiro, porque uma das vantagens desse instrumento é a questão financeira, já que o Poder Público não terá gastos com a regularização jurídica, o que, por si

¹⁰ Art. 216-A da Lei n. 6.015/1973.

só, é uma redução considerável, especialmente se comparado à desapropriação, por exemplo. Apesar de haver gastos com as demais dimensões da regularização, a diminuição de custos é considerável, havendo, portanto, recursos para investir na criação e capacitação desses órgãos.

A assistência jurídica é uma das diretrizes do Estatuto da Cidade¹¹, e como a pesquisa se alinha à teoria¹² de que tais previsões são normas gerais de caráter impositivo e vinculante, defende-se sua adoção obrigatória pelos municípios. O melhor seria a criação de um órgão de assistência jurídica municipal, que tivesse a regularização fundiária como uma de suas funções. Contudo, é necessário trabalhar com o real e não com o ideal, já que a existência desses órgãos é mínima no cenário nacional e, em um cenário de crise fiscal municipal, é difícil conceber, ao menos por ora, a instituição desses órgãos.

Há de se destacar o trabalho feito por alguns órgãos ligados às universidades: a Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) e o Polos Programa de Cidadania, ambos da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); o Núcleo de Direito à Cidade da Universidade de São Paulo (USP); a Clínica de Regularização Fundiária Urbana da Fundação Getúlio Vargas/RJ, entre outros. Tais instituições são, no geral, compostas por estudantes da graduação, o que se faz importante para fomentar essa visão prática e plural do Direito, formando operadores do Direito mais sensíveis às questões sociais, especialmente no que se refere ao direito à moradia.

Aliando a necessidade de recursos e de quadro técnico que essas instituições têm à incapacidade financeira municipal de criar um órgão de assistência jurídica “do zero”, defende-se a formação de convênios entre os municípios e os órgãos universitários, o que se mostra bom para ambos os lados. A prática jurídica faz parte do currículo formativo em qualquer faculdade – privada ou pública –, o que possibilita a adoção da ideia em nível nacional, mas, assim como todas as demais proposições, é imprescindível que haja interesse político para sua estruturação.

Também é inegável a importância dos órgãos de assistência jurídica para a minimização dos efeitos negativos pós-regularização, uma vez que a população não pode ser abandonada ao término do processo. Diversas questões surgem após a finalização do procedimento – pode ser a regularização da construção, um inventário, um contrato de aluguel, questões ligadas à tomada de empréstimos, entre outras – e somente com a adequada orientação é que tais pessoas sairão da situação de informalidade. Mais importante do que regularizar, é fazer que os beneficiários

11 Art. 4º, V, r, do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

12 Tal ideia é de que as diretrizes do Estatuto da Cidade são consideradas normas gerais de direito urbanístico, de caráter vinculante, e não “meras” diretrizes. Isso se justifica porque a CRFB/1988 delegou a competência de editar normas gerais de Direito Urbanístico para a União, que assim o fez na edição do Estatuto da Cidade, e, a partir de uma interpretação teleológica, tais diretrizes deveriam ser entendidas como normas gerais, de vinculação obrigatória. Por todos, Cf. Medauar (2005).

permaneçam – no local e na formalidade – e a assistência jurídica posterior tem papel crucial nesse cenário, sendo um elo entre o Poder Público e a população envolvida na regularização.

Há, contudo, uma outra proposição – algumas vezes apontada como a mais rápida e simples – para evitar que o imóvel regularizado adentre o ciclo de produção da informalidade, que é a proibição do comércio do bem ora regularizado. Este artigo refuta tais políticas, por entender que são ineficazes e discriminatórias.

A propriedade é um instituto essencialmente dinâmico por ser relacionado ao direito de dispor de um bem, e que não é congelável, especialmente em uma sociedade pós-moderna, na qual as relações fundamentais se alteram rapidamente (CASTRO, 2011). Não é possível estabelecer restrições ao comércio dessas propriedades, simplesmente pelo fato de serem oriundas da regularização, e não dos meios convencionais de titulação. É ato discriminatório e que subestima a permanência desses moradores na formalidade, e que, em um primeiro momento, pode até ser respeitado, mas, paulatinamente, vai acabar sendo infringido, retornando-se à situação de informalidade.

É necessário desmontar a ilusão da “ilha”, na qual esses assentamentos estarão isolados *ad perpetuum* da sociedade e do mercado por meio de regras artificialmente impostas (ALFONSIN, 2000). As relações mercantis existem independentemente da formalidade, já existiam antes da regularização e, em caso de proibição do comércio, continuarão a existir (COSTA, 2006). Ao revés de interromper o ciclo de produção da informalidade, tal política tem o resultado oposto, já que o bem volta a circular à margem da lei.

Essa dinâmica traz à tona a diferenciação entre mobilidade residencial e gentrificação. O problema não é se o morador legal resolve mudar-se, alugando ou vendendo seu imóvel, já que a mobilidade residencial é inerente à vida cotidiana. O risco advém de duas perguntas: para onde ele vai se mudar e para quem o imóvel vai ser vendido ou alugado.

Se a pessoa se mudar para outra área legal, e o novo morador pertence à mesma camada social do primeiro, a função da habitação de interesse social persiste. O Poder Público investiu dinheiro para determinado fim que está sendo cumprido: uma família de baixa renda está morando dignamente em um terreno regularizado (ALFONSIN, 2000).

O problema é se os beneficiários venderem seu imóvel e ocuparem outro terreno ilegal na cidade, reiniciando o ciclo da informalidade supracitado, o que coloca o Poder Público em uma dinâmica insustentável e interminável de regularização. O cenário é ainda pior se houver a mudança completa de estrato social ou a apropriação do local pelo mercado imobiliário, com o fim de construir um

empreendimento imobiliário ou, simplesmente, pela compra dos imóveis para a especulação imobiliária posterior.

Diferenciar a gentrificação e a mobilidade residencial é essencial para compreender a inadequabilidade das políticas de restrição ao comércio nessas áreas. Não é adequado proibir o proprietário de seu direito de mobilidade residencial, que é próprio do ser humano e inerente à vida cotidiana. Também é uma forma de discriminação, já que nas demais camadas sociais não há qualquer política pública nesse sentido, o que vai de encontro à ideia de igualdade e, territorialmente, acaba segregando ao invés de integrar. Se não bastasse, ainda é ineficaz, já que as práticas extraleais retiram toda a imperatividade da norma.

É imperioso ressaltar, ainda, a importância das normas especiais de uso e ocupação do solo nas comunidades, a fim de manter a população originalmente beneficiária da regularização (ABRAMO, 2002). Defende-se que a participação do Poder Público por meio da delimitação das áreas como Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) é essencial para a ruptura do ciclo da informalidade, sendo essencial sua conciliação com os instrumentos de titulação da propriedade, entre os quais a usucapião extrajudicial.

O ponto principal das ZEIS é a salvaguarda, a proteção, dos beneficiários contra a especulação/pressão do mercado imobiliário, já que a área estará gravada para o fim de moradia social e terá índices urbanísticos diferenciados. Tal conciliação vai ao encontro da compreensão de que as políticas de regularização não podem ser formuladas de maneira isolada, buscando-se a utilização de medidas preventivas, exatamente para quebrar o ciclo gerador da informalidade (FERNANDES, 2007). Nesse caso, há um instrumento de regularização jurídica, de caráter curativo, a usucapião extrajudicial; e um de caráter preventivo, visando que a área permaneça com o fim de habitação popular, as ZEIS.

Alinha-se às ideias de Alfonsin (2007) de que a importância das ZEIS é gravar a área como assentamento de interesse social, vinculado obrigatoriamente à habitação popular, independentemente de quem sejam os proprietários. Isso por si só já diminui a especulação imobiliária na área, que é também afastada pelos parâmetros urbanísticos mais restritivos: tamanho reduzido dos lotes; coeficiente de aproveitamento reduzido; finalidade residencial exclusiva; proibição da fusão de lotes (remembramento), entre outros fatores.

Tais restrições possibilitam que, em certa medida, o Poder Público municipal possa controlar as condições de uso e ocupação daquele espaço (FERNANDES, 2003). Além disso, estimula a urbanização da área, visando a construção de infraestrutura, caso não haja. Não é certo que o local será urbanizado, integrado e de que não será cooptado pelo mercado imobiliário, mas é instrumento hábil para a

consecução de tais objetivos, devendo ser obrigatória sua conjugação com qualquer política de regularização, não somente a usucapião extrajudicial.

Sob o viés do Poder Público, a instituição das ZEIS demonstra uma nova postura do planejador urbano, já que se tem um reconhecimento estatal de que a população de baixa renda é, também, produtora da cidade (ALFONSIN, 2000). Subverte a lógica segregadora da legislação urbana para delimitar um espaço diferenciado com vistas à integração e permanência dos moradores, o que se alinha à construção da cidadania e à efetivação do direito à moradia adequada (LEITÃO; LACERDA, 2003).

Como um contraponto às ZEIS, deve-se destacar o caráter político que é inerente a sua instituição, já que, tal como qualquer lei municipal, é permeada por interesses distintos. O espaço é um produto social e político, havendo uma inter-relação entre o social e o espacial (GERVAIS-LAMBONY, 2017), o que se evidencia nas disputas políticas intensas ao longo da instituição do zoneamento, que tem como pano de fundo, ao revés do interesse público, o melhor aproveitamento do território pelo mercado imobiliário. Corre-se o risco de o zoneamento ser permeado pela corrupção urbanística (PRESTES, 2018), especialmente no Brasil, em que há uma precária diferenciação entre Direito e política no urbanismo (PRESTES, 2018), tendo como exemplo os retrocessos sociais que costumemente se dão em revisão de perímetro das ZEIS.

Também pode haver a apropriação das ZEIS pelo mercado imobiliário, utilizando-se dos parâmetros diferenciados de construção e/ou das facilidades do financiamento habitacional para tais locais (SANTOS, 2020). Souza *et al.* (2020, p. 219) afirmam que: “[...] o urbanismo gerou uma visão ‘essencialista/fetichista’ dos instrumentos urbanísticos, sem relacioná-los à atuação dos agentes do mercado, o que é colocado em xeque considerando a facilidade que estes possuem de se apropriar de tais ferramentas, aliado à sua força política”. Ainda nessa linha, Oliveira e Biasotto (2011), a partir da avaliação de diversos planos diretores, questionam a efetividade das ZEIS em relação à gestão democrática da terra, à urbanização e à reserva de área para habitação popular.

Mesmo com tais dificuldades e pontos negativos, defende-se a instituição das ZEIS conjugada com a usucapião extrajudicial, por ser fundamental para diminuir os impactos negativos pós-regularização, minimizando a especulação imobiliária no local e, conseqüentemente, freando o ciclo da informalidade. É uma proteção às famílias beneficiadas, uma garantia de que o local, mesmo após a urbanização/regularização, continue a ser destinado para a moradia social.

Outro instrumento que poderia ser conjugado com a usucapião extrajudicial é a demarcação urbanística, que é essencial na preparação da área para a regularização,

a partir da delimitação dos beneficiários e dos investimentos a serem feitos. Em franco desuso na atualidade, principalmente após a Lei n. 13.465/2017, tal conjugação também seria importante para exaltar sua importância, que se alinha à ideia de um projeto de regularização completo, que, além da preocupação pós-regularização, evidencia a importância do planejamento preliminar (CEOLIN, 2015).

Não se espera que os instrumentos por si e a própria lei possam solucionar os problemas sociais, éticos, políticos, econômicos etc. que existem na seara da moradia informal (ALFONSIN, 2000). Não há como afirmar que os institutos, isoladamente, são bons ou ruins, já que o exame abstrato – ou “em tese” – das instituições jurídicas é sempre e necessariamente um exame de não mais do que suas potencialidades, que serão submetidas a um sem número de condições que podem anular sua potência (MAGALHÃES, 2019). Nesse sentido, exalta-se a atuação do Poder Público em qualquer projeto de regularização fundiária, exatamente pelo fato de ser o responsável pela condução do processo e pelo direcionamento na utilização desses instrumentos e procedimentos.

Conclusões

A principal conclusão do artigo é a necessidade de conciliação da usucapião extrajudicial com outras políticas públicas e instrumentos legais, a fim de minimizar os riscos inerentes à titulação da propriedade e evitar a perpetuação da produção de moradia informal. A participação do Poder Público é essencial nesse processo, devendo ser fomentada nos moldes das proposições e questionamentos elaborados.

Pelo próprio conceito de regularização multidimensional que é inerente ao artigo como um todo, não se espera que os instrumentos jurídicos e urbanísticos, sozinhos, sejam capazes de efetivar o direito à moradia adequada. É necessária uma atuação conjunta dos variados atores – públicos e privados – para que as políticas cumpram esse papel, devendo-se compreender os instrumentos de regularização, entre os quais a usucapião extrajudicial, como parte de uma engrenagem, e não como fim em si mesmos.

Visando à construção do cenário em que a regularização cumpra com suas dimensões jurídica, urbanística e de urbanização, foram propostas algumas mudanças no âmbito da usucapião extrajudicial: (i) a notificação do Poder Público, aproveitando-se da comunicação que já é enviada, para atestar a existência de imóvel irregular, se há infraestrutura básica no local e se a área cumpre os requisitos legais e urbanísticos para a regularização do imóvel; (ii) caso o imóvel esteja localizado em ZEIS, a notificação, além das menções anteriores, deverá consignar

tal característica e questionar se não há interesse público municipal em promover um projeto de regularização fundiária no local, o que é ainda mais importante no caso das modalidades coletivas de usucapião, pelo próprio aspecto múltiplo da regularização; (iii) participação dos órgãos de assistência jurídica na usucapião extrajudicial, por meio de convênios estabelecidos com o Poder Público municipal, o que aumenta o alcance social, a partir da retirada dos custos com advogados, e minimiza os riscos, ao possibilitar a orientação jurídica dos beneficiários no pós-regularização; e (iv) a delimitação das áreas regularizadas como ZEIS, o que é uma salvaguarda à especulação imobiliária e demonstra uma postura protetiva e participativa do Poder Público.

Com relação às medidas de restrição do comércio dos imóveis regularizados, concluiu-se pela rejeição de seus argumentos, por entender que estariam criando novas formas de informalidades em vez de promover o caráter protetivo, que teoricamente seria o objetivo. As políticas preventivas e a atuação conjunta dos atores públicos e privados são a solução mais apropriada para a temática, não devendo ser estabelecidas medidas que vão de encontro ao princípio da igualdade; que, territorialmente, acabam segregando, em vez de integrar; e que ainda são ineficazes, já que não são cumpridas na prática.

A usucapião extrajudicial, por si só, é um instrumento limitado, tal como os demais outros existentes. Contudo, não foi essa a perspectiva adotada no artigo, buscando-se alterar esse paradigma, por meio de proposições visando à aproximação do instituto com a regularização fundiária multidimensional, sendo visto como parte da estrutura de efetivação do direito à moradia adequada.

A moradia informal está posta, consolidada e é um problema de todos. Mesmo que seja, por muitas vezes, a única solução, não é possível que a sociedade adote uma postura omissa e conivente com relação à temática. Inserir e aproximar a usucapião extrajudicial dessa discussão é a principal contribuição deste artigo, esperando-se que o máximo possível de pessoas faça bom uso do instrumento para adentrar – e permanecer – na formalidade.

Referências

ABRAMO, P.; SMOLKA, M. O. Que componentes devem ser incorporados a uma estratégia de acompanhamento pós-intervenção de regularização fundiária? *In: ALFONSIN, B. et al (Orgs.). Regularização da terra e moradia: o que é e como implementar.* São Paulo: Instituto Pólis, 2002. p. 144-148.

ALFONSIN, B. M. Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e

sustentabilidade. In: FERNANDES, E. (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 195-268.

ALFONSIN, B. M. *A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica do direito urbanístico comparado (Brasil, Colômbia e Espanha)*. Tese (Doutorado em Planejamento Urbano e Regional) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n os 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015,

9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.º 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n. 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017. Estabelece as diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

BOCZAR, A. C. A. A.; CHAGAS, D. B. M.; ASSUMPÇÃO, L. F. M. *Usucapião extrajudicial: questões notariais, registrais e tributárias*. 2. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

CASTRO, P. R. “República Cantagalense”: novas pautas na favela-cidade. In: CASTRO, P. R. (Org.). *Galo cantou! a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 247-256.

CEOLIN, A. C. S. A regularização fundiária como instrumento de inclusão social e de superação da pobreza: estudo de caso da comarca de São João da Ponte em Minas Gerais. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 75-104, jul./dez. 2015.

COSTA, H. S. M. A “cidade ilegal”: notas sobre o senso comum e o significado atribuído à ilegalidade. In: BRANDÃO, C. A. L. (Org.). *As cidades da cidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 145-156.

COUTO, M. R. C. M. *Usucapião extrajudicial*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DE SOTO, H. *O mistério do capital*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SÃO PAULO (Estado). *Normas Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça*. São Paulo: TJSP, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasJudiciais>. Acesso em: 17 mar. 2022.

FERNANDES, E. Legalização das favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo na história? In: ALFONSIN, B. M.; FERNANDES, E. (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 173-214.

FERNANDES, E. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 27, n. 56, p. 241-256, jan./jun. 2004.

FERNANDES, E. Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil. In: ROLNIK, R. et al. (Orgs.). *Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes*. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2007. p. 34-67.

GERVAIS-LAMBONY, P. A justiça espacial, experiências e pistas de pesquisa. In: CARLOS, A. F. A.; ALVES, G.; PADUA, R. F. (Orgs.). *Justiça espacial e o direito à cidade*. São Paulo: Contexto, 2017. p. 117-132.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F.; NICÁCIO, C. S. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HOLSTON, J. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LEITÃO, L.; LACERDA, N. A função urbanística da usucapião. In: FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. M. (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 59-78.

LELIS, N. A ideologia da casa própria como modalidade de expulsão dos pobres das áreas centrais. In: GAIO, D. (Org.). *Remoções forçadas e a administração pública*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2020. p. 22-37.

MAGALHÃES, A. F. O “Galo cantou”, mas não foi para os moradores das favelas: problematizando a política estadual de titulação das favelas. *Cadernos do Desenvolvimento Fluminense*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 86-114, fev. 2013.

MAGALHÃES, A. F. Existem instrumentos urbanísticos “progressistas” ou “regressistas”? Reflexões sobre uma possível “entrada” para pensar criticamente o Direito Urbanístico. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. et al. (Orgs.). *Introdução crítica do Direito Urbanístico*. Brasília, DF: UnB, 2019. p. 109-116.

MAGALHÃES, A. F. É possível equacionar o problema da pobreza via a economia de mercado? A política de formalização da propriedade imobiliária em Hernando de Soto. In: *SURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, 2020.

MARQUESI, R. W. *Usucapião extrajudicial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

MEDAUAR, O. A força vinculante das diretrizes da política urbana. In: FINK, D. (Org.). *Temas de Direito Urbanístico*. v. 04. São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 15-23.

OLIVEIRA, F. L.; BIASOTTO, R. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. In: MONTANDON, D. T.; SANTOS JÚNIOR, O. A. (Orgs.). *Os planos diretores municipais pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011. p. 57-96.

PRESTES, V. B. *Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre o direito e política no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PUSH: ordem de despejo. Direção: Fredrik Gertten, Suécia, 2019. [92 min]. *Trailer*. Disponível em: <https://ecofalante.org.br/filme/push-ordem-de-despejo>. Acesso em: 08 mar. 2022.

ROLNIK, R. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*. Santiago: ACNUDH, 2012.

ROLNIK, R. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, D. *Perspectivas para a reforma urbana no Brasil: abordagem do instrumento das ZEIS na segunda geração dos planos diretores pós-Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2020.

SMOLKA, M. O. Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução. In: ABRAMO, P. *Cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, 2003. p. 119-138.

SOUZA, C. V. C.; KLINK, J.; DENALDI, R.. Planejamento reformista-progresista, instrumentos urbanísticos e a (re)produção do espaço em tempo de neoliberalização: uma exploração a partir do caso de São Bernardo do Campo (São Paulo). *Revista EURE*, Santiago, v. 36, n. 137, p. 203-223, jan. 2020.

DA TRANSAÇÃO COMO ÓBICE AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

Michel Wencland Reiss¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Daniel Prates Sternick²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Artigo recebido em: 21/09/2021.

Artigo aceito em: 20/12/2021.

Resumo

Este artigo pretende examinar, sob a ótica do Direito Intertemporal, a escolha legislativa da transação penal como vedação legal ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao investigado. Analisar-se-á se a transação aceita antes da entrada em vigor da lei que instituiu o mencionado Acordo pode ou não servir com óbice ao mesmo. Partindo de um método normativo-dedutivo, em primeiro lugar, são abordados os contornos constitucionais dados às chamadas normas híbridas, isto é, àquelas que apresentam conteúdo de natureza processual e material. Assim, explica-se a incidência dos princípios penais e processuais penais atinentes ao Direito Intertemporal e sua eventual combinação em caso de normas penais mistas que contenham conteú-

do materialmente benéfico ao acusado. Posteriormente, frisa-se a importância, como corolário da lealdade processual, de se ter uma espécie de previsibilidade quanto ao método interpretativo a ser observado quando da aplicação da lei penal, enfatizando que sua inobservância enseja uma potencialização da insegurança jurídica. Por tudo o que foi dito, concluir-se-á que a transação é óbice ao acordo, tratando-se, portanto, de norma mais gravosa, que não pode retroagir para casos ocorridos antes da lei que instituiu o Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; Direito Intertemporal; transação penal.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela UFMG. Professor assistente na ESDHC. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9858-3483> / e-mail: michel@michelreiss.com.br

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). E-mail: d.sternick@hotmail.com

THE TRANSACTION AS AN OBSTACLE TO THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: CONSIDERATIONS ON INTERTEMPORAL LAW

Abstract

This article aims to analyze, from the point of view of intertemporal law, the legislative choice of the criminal transaction as a legal prohibition on the offer of the Criminal Non-Prosecution Agreement to the investigated. It is necessary to know if the transaction acceptance before the Law that created the Agreement may or not prevent this. Starting from a normative-deductive method, in the first place we approach the constitutional contours given to the so-called hybrid rules, that is, those rules that have, simultaneously, procedural and material content. In this way, we explain the incidence of the criminal and criminal procedural principles related to intertemporal law and their possible combination in the case of

hybrid rules that have a content materially favorable to the accused. Subsequently, it is emphasized the importance, as a corollary of procedural fairness, a kind of predictability regarding the interpretative method when applying the criminal law, emphasizing that its non-observance undeniably leads to a strengthening of legal uncertainty. For all, the conclusion is that the transaction is an obstacle to the Agreement, and it is a worst rule, that can not retroact to the cases occurred before the Law that instituted the Criminal Non-Prosecution Agreement.

Keywords: *criminal non-prosecution agreement; criminal transaction; intertemporal law.*

Introdução

É sabido que o processo penal se apresenta como um instrumento imprescindível para que o Estado possa exercer seu poder-dever de punir, o que nada mais é do que uma garantia civilizatória de que concretizar seu poder punitivo se dê exclusivamente por meio de um devido processo legal. Ademais, o processo penal tem a inafastável função de proteção dos direitos fundamentais, além da própria dignidade da pessoa humana, o que faz que aplicar uma pena independentemente de um processo criminal seria uma hipótese completamente afastada do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Contudo, essa imprescindibilidade do processo vem sendo mitigada há décadas, e o próprio legislador constituinte anteviu essa possibilidade quando previu expressamente a criação dos Juizados Especiais. Há na legislação diversos institutos aplicados em momento anterior à própria denúncia ou, ainda, à sentença, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Esses institutos, resumidamente, têm o escopo de trazer para a persecução penal um maior espectro de negociação, privilegiando princípios como a economia processual e a celeridade.

Nessa linha, conforme será abordado ao longo deste artigo, a novel Lei n. 13.964/19 instituiu um espaço de consenso na seara criminal por meio do novo art. 28A do Código de Processo Penal (CPP), que prevê o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). O Acordo, que será detalhado ao longo desse artigo, é um ato jurídico a ser celebrado, em determinadas situações, entre o investigado e o Ministério Público (MP) quando do final da etapa pré-processual, isto é, antes mesmo do oferecimento da denúncia. Assim, impede-se o próprio nascimento da ação penal.

Ainda que este artigo perpassa pontualmente pelos espaços consensuais no Direito Penal e Processual Penal brasileiros, o objeto central deste artigo se encontra no § 2º do mencionado art. 28A do CPP, e mais especificamente quanto ao seu inc. III. Essa norma veda o oferecimento do ANPP pelo Ministério Público nos casos em que o investigado tenha sido beneficiado, nos cinco anos anteriores à prática do novo crime, pela transação penal. Assim, esse dispositivo será analisado em consonância com os regramentos disciplinados pelo Direito Intertemporal, uma vez que, dada a natureza mista da Lei n. 13.964/19, tem sido comumente aplicado retroativamente, sem maiores tematizações suficientemente criteriosas a respeito do seu conteúdo.

Destarte, será explicitado como o Direito Intertemporal trata de tais questões em matéria penal e processual penal, sobretudo discorrendo acerca do

princípio da retroatividade da lei penal benéfica e do princípio da imediatidade da lei processual penal e do modo como ambos devem ser aplicados a depender da natureza da norma em estudo. Após tal explanação, será examinada a (im) pertinência de se negar ao investigado o acesso ao ANPP em virtude de ter ele realizado uma transação penal anteriormente à existência da Lei n. 13.964/19. Em outras palavras: o acerto ou não de se permitir a retroatividade indiscriminada do art. 28A do Código de Processo Penal, sem qualquer tipo de distinção quanto ao conteúdo.

Depois de devidamente abordada essa temática, analisar-se-á um argumento recorrentemente utilizado de maneira conservadora em matéria de Direito Intertemporal que é a segurança jurídica. Sob tal alegação, acaba sendo impedido qualquer debate com a devida profundidade sobre, *exempli grata*, qual seria o tratamento constitucionalmente adequado às leis processuais penais, em especial àquelas de natureza mista, o que será enfrentado mais notadamente no âmbito da (ir)retroatividade da lei penal.

Nessa toada, busca-se demonstrar que, na discussão ora apresentada, a segurança jurídica pode soar até mesmo incoerente ou contraditória, visto que estimula a assunção de parâmetros subjetivos, normalmente relacionados à percepção daquele ator judicial sobre o que seria ou não juridicamente inseguro, referente a questões relevantes de direito. Além disso, a ampliação desses espaços de subjetividade pode surtir, justamente, o efeito contrário, isto é, situações semelhantes sendo tratadas de maneiras completamente discrepantes, porquanto a admissão de um campo maior de discricionariedade decisória gera, evidentemente, mais espaço para decisões arbitrárias.

Por esse motivo, acredita-se que, aparentemente, tal argumento pode acabar piorando aquilo que se pretende melhorar, posto que uma maior uniformização dos parâmetros de interpretação em matéria de Direito Intertemporal é essencial para a consecução da própria segurança jurídica. Além de evitar espaços para arbitrariedades, também serviria para conferir aos cidadãos maior previsibilidade e publicidade com relação à maneira como as situações fáticas serão habitualmente definidas pelos operadores do Direito, em especial pelo Poder Judiciário.

Com isso, espera-se demonstrar que a segurança jurídica implica, necessariamente, a adoção de um método interpretativo coeso que perpasse, quando da aplicação de uma nova lei, pelas especificidades do direito penal e processual penal, assim como de seus respectivos imperativos inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Por último, apenas cabe aduzir que este artigo se estrutura a partir de uma

simples exposição do que seria a Justiça Negociada, ou seja, a assunção de espaços de negociação dentro do *locus* processual penal, para, enfim, oferecer uma breve investigação propositiva referente à aplicabilidade do art. 28A, § 2º, III, do Código de Processo Penal. Ressalte-se, ainda, que este trabalho não ostenta qualquer pretensão de esgotar o tema ora proposto, mas pretende tão-somente levantar certas indagações com o propósito de viabilizar um debate mais aprofundado sobre os princípios e critérios quando se discute o Direito Intertemporal.

1 A Justiça Negociada e o acordo de não persecução penal

1.1 Breve histórico da Justiça Negociada no Brasil

Durante séculos, o Direito Processual Penal brasileiro não admitiu qualquer tipo de negociação entre as partes, prevalecendo o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sem qualquer tipo de relativização.³

A Constituição de 1988, por sua vez, passa a prever a existência de Juizados Especiais. No âmbito criminal, a norma diz expressamente acerca do cabimento de transação para as infrações penais de menor potencial ofensivo, nos casos previstos em lei.⁴

Com o advento da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995), passa a haver previsão expressa da transação penal, regulamentando, assim, a norma constitucional. Trata-se de uma proposta feita pelo Ministério Público de aplicação imediata da “pena”, que, uma vez aceita e cumprida, levará à extinção da punibilidade.⁵ Assim, sequer haveria oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que é o aspecto principal no tocante ao suposto autor do fato. Por fim, a aceitação da transação não implica a aceitação da culpa, tanto é que a norma prevê que não haverá efeitos civis, nada impedindo que a vítima proponha eventual ação que entender cabível no juízo cível.⁶

Fácil notar que a transação penal tem nítida inspiração no instituto jurídico do *plea bargain*, característico do *Common Law*, que nada mais é do que uma proposta feita pela acusação visando a aplicação imediata de uma pena menor do que seria a sanção aplicada pelo Juiz ao final de um processo. Em contrapartida,

3 Segundo Badaró (2020, p. 227), o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública consiste na obrigação do Ministério Público em oferecer denúncia quando se convencer da existência de um crime e dos indícios de autoria.

Para o autor, não há campo de discricionariedade, visto que o MP “não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação mediante o oferecimento da denúncia”.

4 Art. 98, I, da Constituição (BRASIL, 1988) e art. 61 da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995).

5 Art. 76 da mencionada Lei (BRASIL, 1995).

6 Art. 76, § 6º, da mesma Lei (BRASIL, 1995).

o autor do fato deve confessar a autoria e, assim, fica livre de uma acusação formalizada. Entretanto, o *plea bargain* gera coisa julgada material.⁷

Basicamente, o *plea bargain* é um pouco mais amplo que nossa transação, já que nesta não há confissão de culpa e a aplicação está restrita às infrações de competência do Juizado.⁸

Ocorre que, mesmo diante de tais diferenças, a transação inaugura no Brasil a ideia de Justiça Penal negociada.⁹

1.2 O Acordo de Não Persecução Penal no Direito brasileiro

No início do mandato do Governo Bolsonaro, seu então Ministro da Justiça, o ex-juiz Sérgio Moro, enviou para o Congresso um anteprojeto de lei que foi cunhado de “Projeto Anticrime” – como se fosse possível pensar numa proposta legislativa com o fim de incrementar a criminalidade.

Tratava-se de um projeto essencialmente conservador, que partia do pressuposto que um maior rigor punitivo contribuiria com a diminuição da criminalidade. Paradoxalmente, o texto produzido por Moro já fazia previsão do Acordo de Não Persecução Penal em item do anteprojeto intitulado “Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade”.

Após passar pelo devido processo legislativo, surge, então, o art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), que passa a prever, inclusive com riqueza de detalhes, o Acordo de Não Persecução Penal. Eis, portanto, a previsão expressa de mais um instituto adepto da aludida justiça negociada ou consensual no Direito Penal brasileiro.

De antemão, esclareça-se que o ANPP nada mais é do que um acordo realizado entre o Ministério Público e o investigado em ações penais públicas¹⁰ cuja infração tenha pena mínima inferior a quatro anos e não seja caso de

7 Pelas razões apontadas no texto, optou-se por não mencionar o *plea bargain* no título desse trabalho, bem como nas palavras-chave. Apesar de servir como inspiração para as hipóteses de justiça negociada no Brasil, aqui não há nenhum instituto idêntico, eis que tanto a transação como o ANPP têm suas próprias características.

8 São as infrações de menor potencial ofensivo: todas as contravenções penais e crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos.

9 O art. 89 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995) trouxe outro instituto jurídico que também deriva da ideia de justiça negociada: a suspensão condicional do processo. Entretanto, tal benefício, também conhecido por *sursis* processual, é oferecido ao réu após o recebimento da inicial acusatória, ou seja, já instaurada a ação penal. Por tal razão, não há reflexos no princípio da obrigatoriedade, mas sim na (in)disponibilidade. Portanto, ultrapassa as fronteiras deste estudo.

10 Conforme lembra Badaró (2020, p. 188), o novel art. 28A do CPP (BRASIL, 1941) faz diversas menções expressas ao Ministério Público enquanto parte legítima para o seu oferecimento, não conferindo qualquer poder à vítima para que proceda de igual forma, que apenas deverá ser intimada sobre a homologação e/ou descumprimento do acordo (§ 9º). Todavia, em sendo o caso de ação penal privada subsidiária da pública, entendemos que seria razoável permitir o oferecimento do acordo pelo legitimado subsidiário ou, no mínimo, intimar o Ministério Público para retomar a titularidade da ação penal e oferecê-lo, sob pena de prejudicar o acusado pela inércia ou desídia estatal.

arquivamento. Em caso de existir causas de aumento ou diminuição de pena, bem como concurso de crimes, também deverão ser contabilizados para fins do cálculo da pena mínima. Ademais, segundo Badaró (2020, p. 187), o oferecimento do acordo ainda exige outros dois requisitos, um de ordem negativa e outro positiva, que são caracterizados, respectivamente, pela ausência de violência ou grave ameaça e pela confissão formal e circunstanciada da prática delituosa. Preenchidos os pressupostos e requisitos legais, o ANPP deverá estabelecer, cumulativa ou alternativamente, condições a serem observadas pelo agente beneficiado.

Quanto a sua natureza jurídica, é possível dizer que o ANPP suscita dúvidas. Uma parcela minoritária da doutrina que entende tratar-se de um direito público subjetivo do acusado, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a propositura do acordo não poderia ser negada pelo Ministério Público. De acordo com esse entendimento, no caso de recusa por parte do órgão ministerial, a solução mais coerente seria que o Magistrado, em sua condição de garantidor de direitos, viabilizasse ao investigado o acesso ao acordo, determinando ao MP que o ofereça.

Entretanto, fato é que a corrente majoritária da doutrina e jurisprudência vem rechaçando tal posição sob o argumento de que restaria esvaziada a própria finalidade do instituto: prever um mecanismo bilateral de consenso e negociação que, com uma participação exígua do Poder Judiciário, possibilite a solução de conflitos de modo mais célere e menos oneroso. Sustentam, assim, que o acordo se trata de mera faculdade do Ministério Público, que pode, fundamentadamente, negar o seu oferecimento a depender de cada caso concreto – posição essa defendida até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades.¹¹

Apenas se acrescente que o legislador estipulou que, no caso de recusa do MP em propor o acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos a órgão superior do próprio ente ministerial, seguindo a disciplina do novel art. 28 do CPP (BRASIL, 1941), também alterado com o “Pacote Anticrime”.

Embora o legislador tenha acertado na nova redação do art. 28 (BRASIL, 1941), a opção de prever o mesmo tratamento para os casos de recusa ao oferecimento do ANPP¹² merece maiores reflexões e debates, que extrapolariam o escopo deste artigo. A mero título ilustrativo, tem-se a precisa lição de Badaró (2020, p. 189):

Quando o Ministério Público determina o arquivamento do inquérito, ele está deixando de exercer um direito – direito de ação penal – que lhe pertence com exclusividade. Assim, é razoável que o submeta a mero controle interno, e a última palavra sobre

11 Cf., *e.g.*, HC 191.124 Agr/RO. Esclareça-se que a palavra “fundamentadamente”, utilizada no texto, foi retirada da ementa do julgado ora mencionado.

12 Art. 28A, § 14º, do CPP (BRASIL, 1941).

um direito exclusivo do Ministério Público será dada pela própria instituição. Por outro lado, nos casos em que o Promotor de Justiça se recusa a efetuar a proposta de acordo de não persecução penal, a situação é diversa. Trata-se, inegavelmente, de um espaço de consenso, com vistas à possibilidade de celebração de um negócio jurídico processual, que envolve dois interessados: o investigado e o Ministério Público. Normalmente, há interesse do investigado em efetivar o acordo de não persecução penal. Sendo um negócio bilateral, não é correto que a vontade de uma das partes – no caso, o investigado – possa ser totalmente subordinada à vontade da outra parte – o Ministério Público, ainda que seja por dupla manifestação, inclusive de sua instância de controle.

Nessa linha, sem a pretensão de esgotar o assunto e independentemente da concepção que se tenha acerca do ANPP, mostra-se relevante o posicionamento de Lopes Jr., que advoga pela possibilidade de requerer a intervenção do Magistrado em caso de recusa arbitrária por parte do acusador:

O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional (LOPES JR., 2020, p. 321-322).

E diga-se: não se trataria de violar o sistema acusatório que rege o direito processual penal brasileiro e tampouco de conferir poderes de ofício para o julgador, porquanto se estaria, inegavelmente, atuando dentro daquilo que Ferrajoli (2004) chamou de legitimação democrática dos juízes, ou seja, garantindo ao jurisdicionado o pleno exercício de um direito.

Também não se trataria de desvirtuar a finalidade do acordo, uma vez que, embora celebrado bilateralmente entre o Ministério Público e o investigado, o Magistrado já está legalmente autorizado a devolver os autos ao MP para que seja reformulada a proposta quando constatar condições inadequadas, insuficientes ou abusivas e até recusar-se a homologar o acordo quando não satisfeitas as referidas condições e/ou requisitos (§§ 5º e 8º).¹³ Denota-se, portanto, que o próprio legislador já anteviu a possibilidade de intervenção judicial, desde que para evitar

13 “§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

[...]

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia” (BRASIL, 1941).

ilegalidades ou abusos.

Por derradeiro, uma vez oferecido o ANPP, aceitas as condições pelo investigado e homologado o acordo pelo Juiz, os autos retornarão ao Ministério Público para que dê início à execução perante a Vara de Execução Penal (§ 6º).¹⁴ Nessa toada, caso seja constatado eventual descumprimento de alguma condição imposta por força do acordo celebrado, esse será rescindido e poderá o MP oferecer denúncia (§ 10).¹⁵ Por outro lado, em caso de cumprimento integral do acordo, será declarada a extinção da punibilidade do investigado (§ 13), de maneira que não subsistirá nenhum efeito deletério, inclusive reincidência, mas apenas o registro para fins de impedir novo acordo no prazo legalmente estabelecido.¹⁶

1.2.1 Transação penal e outros fatos impeditivos do acordo de não persecução

O art. 28A do CPP ainda elencou, em seu § 2º (BRASIL, 1941), alguns fatos impeditivos do Acordo de Não Persecução Penal, isto é, verdadeiras vedações legais ao oferecimento do ANPP pelo Ministério Público, sendo elas de caráter alternativo, ou seja, basta a existência de qualquer uma para que se obste a possibilidade do acordo.

O inc. III do referido parágrafo dispõe que não será possível formular proposta de ANPP quando for cabível transação penal, ou seja, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo sujeita à competência do Juizado Especial Criminal. Indubitavelmente, embora semelhantes, a transação penal constitui instituto consensual menos prejudicial ao investigado do que o ANPP, especialmente por não exigir a confissão do investigado.

Já o inc. II prevê duas vedações legais de ordem subjetiva, quais sejam, a reincidência e a existência de elementos probatórios suficientes que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações pretéritas forem insignificantes. Cumpre aduzir, na esteira de Badaró (2020, p. 187), que a supracitada conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não necessariamente se refere à prática do mesmo tipo penal. Ademais, Lopes Jr. (2020, p. 317) enfatiza que esse inciso traz consigo um critério vago e impreciso, conferindo “inadequados espaços de discricionariedade” para o MP.

Seguindo, o inc. III, que dá ensejo a este artigo e será abordado com maior profundidade infra, estabelece que não será cabível o Acordo de Não Persecução

14 “§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal” (BRASIL, 1941).

15 “§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (BRASIL, 1941).

16 “§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade” (BRASIL, 1941).

Penal quando o agente tiver sido beneficiado com os institutos da Lei n. 9.099/95 – transação penal e/ou sursis processual (BRASIL, 1995) – ou com o próprio acordo de não persecução nos cinco anos anteriores ao crime.

Por último, o inc. IV proíbe o oferecimento do acordo em duas situações de natureza objetiva. Em primeiro lugar, no caso de o crime ter sido praticado em contexto de violência doméstica ou familiar e, em segundo, quando o crime for praticado em contexto de violência de gênero, quer dizer, contra a mulher em razão do sexo feminino. Impende salientar que a violência de gênero, nesse caso, não representa uma espécie específica de infração, senão que “uma condição da vítima e uma motivação a ela relacionada” (BADARÓ, 2020, p. 188).

Em apertada síntese, essas são as causas elencadas pelos legisladores como impeditivas do Acordo de Não Persecução Penal. Doravante, tal temática será delimitada para analisar especificamente a transação penal como óbice ao oferecimento do ANPP e os seus reflexos no Direito Intertemporal concernente à seara criminal.

2 Direito intertemporal

Sobre o Direito Intertemporal no âmbito penal, é preciso mencionar, antes de tudo, a distinção que doutrinariamente se faz entre as normas penais puras, normas processuais penais puras e normas penais mistas. As primeiras caracterizam-se por disciplinarem o poder punitivo estatal e, mais precisamente, o conteúdo material do processo, isto é, o Direito Penal (LOPES JR., 2019). As segundas são aquelas que regulam todo o desenrolar do processo e os mais diversos institutos processuais (LOPES JR., 2019), igualmente definidas como normas que “visam uma melhoria da qualidade da prestação jurisdicional” (BADARÓ, 2020, p. 116), motivo pelo qual seria possível “presumir que a lei nova seja mais eficaz que a precedente, tanto na proteção do interesse coletivo quanto no respeito aos direitos e garantias individuais” (BADARÓ, 2020, p. 116).

Por sua vez, as normas penais mistas ou híbridas são aquelas que, em que pese serem tratadas em diplomas processuais, dispõem sobre a amplitude ou o alcance do referido poder punitivo. Nas palavras de Badaró (2020, p. 113), “são normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais”.

Ademais, enquanto as normas penais puras seguem o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu¹⁷ e as normas processuais penais puras são regidas pelo princípio da imediatidade ou do *tempus regit actum*¹⁸,

17 Art. 5º, XL, da CF (BRASIL, 1988).

18 Art. 2º do CPP (BRASIL, 1941).

as ditas normas penais mistas, como meio-termo, devem retroagir no seu conteúdo material mais benéfico, mantendo, entretanto, a vedação quanto à retroatividade dos dispositivos mais gravosos.¹⁹

Cabe ressaltar, então, que a Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), referente ao Acordo de Não Persecução Penal, vem sendo considerada pela jurisprudência e doutrina majoritária uma norma de caráter misto ou, por assim dizer, uma norma processual material.

Tendo isso em vista, torna-se evidente a natureza híbrida da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019) e, mais especificamente, do novel art. 28A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), visto tratar-se de um instituto relativo à extinção da punibilidade (§ 13)²⁰, portanto mais benéfico ao investigado, que visa evitar sua condenação ou, melhor dizendo, a própria instauração de um processo penal em seu desfavor. E é justamente por isso que se sustenta sua retroatividade em prol do acusado, isto é, em consonância à garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Aliás, esse tema já foi objeto de discussão até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal²¹, em que tem sido cada vez mais pacificada a retroatividade do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), ainda que se tenha estipulado uma limitação temporal para a propositura do ANPP nos casos já iniciados (o recebimento da denúncia). Nesse sentido:

Acordo de não persecução penal (art. 28A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. [...] 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia (BRASIL, 2020).²²

Apenas a título de ponderação, diga-se que causou certa controvérsia a decisão do STF em limitar o acesso ao ANPP tão-somente com relação aos processos cuja

19 Atualmente tem-se visto autores que passaram a defender que até as leis puramente processuais devem retroagir. Nessa mesma linha cf. o belo trabalho de Queiroz e Viera (2004).

20 “§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade” (BRASIL, 1941).

21 Cf., a mero título exemplificativo: HC 196.004/SP; RHC 201.158 AgR/SC e HC 191.464 AgR/SC.

22 Ementa parcial.

denúncia não tenha sido recebida, o que ainda será pacificado pela Corte quando a questão for submetida ao seu Plenário.

Acerca dessa controversa limitação, envolvendo o recebimento da denúncia como marco limitador para a retroatividade do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), sustenta criticamente Badaró (2020, p. 115):

O acordo de não persecução penal, indiscutivelmente, é mais benéfico que a condenação penal. Por essa razão, sempre que não houver óbice à aplicação de tal instituto, será necessário buscar a solução consensual. Não se pode objetar com a irracionalidade de se suspender o processo, após todo o seu transcorrer em primeiro grau, ou mesmo na fase recursal, bem como de se propor o acordo de não persecução penal, após o oferecimento da denúncia ou o curso do processo. As repercussões e vantagens de tais institutos no plano material, principalmente em relação à não caracterização da reincidência, autorizam a sua implementação, em decorrência da aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, mesmo que o processo já se encontre em fase bastante desenvolvida.

Delimitando com mais precisão a discussão ora proposta, é importante destacar que nem todos os dispositivos da mencionada Lei se mostram mais benéficos ao acusado. Portanto, essa constatação é de extremo relevo para que seja possível distingui-los, de tal sorte que uns sigam a regra geral da irretroatividade da lei penal, ao passo que outros se atenham à imediatidade própria das normas processuais puras. Recusa-se, dessa maneira, o que seria uma espécie de banalização dos regramentos atinentes ao Direito Intertemporal em matéria criminal.

Nesse aspecto, ainda compete mencionar a posição de Oliveira (2014) ao discorrer sobre eventuais dúvidas que possam existir quanto ao alcance da lei penal no tocante a sua benignidade, sustentando a possibilidade de aproveitar tão-somente a parte mais favorável da lei posterior quando se tratar de instituto que tenha como finalidade a extinção da punibilidade. Para o autor, ainda que a regra possa ser pela impossibilidade de fragmentação normativa, a “exceção fica por conta de normas atinentes às chamadas causas extintivas da punibilidade”, porquanto “portadoras de mensagens – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo” (2014, p. 28).

3 Da transação como óbice ao acordo de não persecução penal

Conforme já apontado anteriormente, o legislador optou por alçar a

transação penal, desde que realizada dentro dos cinco anos pretéritos à prática do novo crime, como causa impeditiva do oferecimento do ANPP.²³ É o que prevê o art. 28A, § 2º, III, CPP (BRASIL, 1941). Até aqui, haja vista que a Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995) tem previsão semelhante, nenhuma inovação.

A grande celeuma, no entanto, aparece quando se aplica retroativamente a esse dispositivo para casos cuja realização da transação penal tenha ocorrido anteriormente à própria existência da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019). Isso porque se trata de dispositivo claramente desfavorável ao acusado, que limita o seu acesso ao Acordo de Não Persecução Penal, independentemente da natureza jurídica que se lhe confira, por questões pretéritas à edição da nova lei.²⁴

Acredita-se não haver discussão sobre a prejudicialidade do inciso em análise, haja vista a ampliação do escopo punitivo do Estado revelada em função do óbice ao acordo que, por via de consequência, fará que o investigado, conquanto tenha celebrado a transação penal em momento cujo acordo de não persecução sequer era previsto pelo ordenamento jurídico, tenha de enfrentar um processo penal – o que por si só já macula a dignidade do acusado. Ora, para além de possíveis debates acerca de eventuais inconstitucionalidades, pode-se dizer que, aparentemente, seria até mesmo ilógico admitir a aplicação retroativa do referido dispositivo no intuito de impedir ou restringir a aplicação retroativa de dispositivo mais benéfico.

Em outras palavras, é dizer que o inc. III do § 2º do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941) deve ter sua aplicação restringida aos casos futuros, inviabilizando o oferecimento do ANPP tão somente nos casos em que, já na vigência da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), o investigado tiver sido favorecido com os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995), mas jamais em um caso cujo aceite da transação penal se deu previamente à existência da referida lei de 2019. Aqui, também há de se pensar que, na estratégia processual que a defesa técnica resolva adotar, o investigado poderia até mesmo recusar a transação penal se pudesse sopesar essa consequência negativa até então inexistente. Assim, haja vista que a transação, nesses casos, ocorreu em um momento cuja referida consequência no mundo jurídico era impossível de ser avaliada ou sopesada, pois inexistente a previsão normativa em comento, não é nada razoável que ao investigado lhe seja negado o acesso ao ANPP.

Frise-se, ainda, que sequer seria hipótese da chamada “combinação de leis”, mas apenas de distinguir, dentro da mesma espécie legislativa, dispositivos que apresentam conteúdo materialmente favoráveis ao réu de dispositivos que não podem ser aplicados retroativamente, sob pena de subversão da própria garantia fundamental prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

23 O mesmo ocorre com a suspensão condicional do processo e o próprio ANPP, que também impedem novo acordo caso tenham acontecido em até cinco anos da prática do novo crime.

24 O mesmo pode ser dito no tocante a *sursis* processual, já mencionado *supra*, previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Por assim dizer, isso nada mais é do que uma consequência da exigência expressa do legislador constituinte. Ora, se qualquer dispositivo penal que seja substancialmente benéfico ao réu deve ser aplicado retroativamente, a recíproca se revela um tanto quanto plausível, isto é, dispositivos substancialmente prejudiciais devem ter sua aplicação retroativa afastada, sem prejuízo dos demais.

Aliás, sobre a referida combinação de leis, ainda que não seja objeto deste artigo, nos parece interessante mencionar a lúcida lição do saudoso Prof. Francisco de Assis Toledo no sentido de sua relevância para a consecução dos pressupostos constitucionais e democráticos inerentes ao processo penal:

[...] em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. [...] parece-nos que uma questão de direito transitório – saber que normas devem prevalecer para regular determinado fato, quando várias apresentam-se como de aplicação possível – só pode ser convenientemente resolvida com a aplicação dos princípios de hermenêutica, sem exclusão de qualquer deles. E se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado desde que juridicamente valioso. Estamos, pois, de acordo com os que profligam, como regra geral, a alquimia de preceitos de leis sucessivas, quando umas se destinam a substituir as outras (TOLEDO, 1991, p. 38).

A par de tudo que foi suprasustentado, deve-se ter em mente outro dilema: a resistência dos Tribunais em conferir aplicabilidade concreta aos regramentos do Direito Intertemporal, especialmente ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal benigna. E, com isso, essa retroatividade acaba sendo costumeiramente afastada sob a alegação de que a aplicação retroativa poderia trazer insegurança jurídica. O mesmo acontece quanto à possibilidade de distinguir o conteúdo benéfico das normas penais mistas e tratá-lo de maneira diversa, o que normalmente sequer chega a ser devidamente debatido. Sobre isso, duas ponderações mostramos de enorme importância.

A primeira foi proferida pelo Min. Rogério Schietti Cruz nos autos do HC 596.603/SP, que também versava sobre a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) e acabou se mostrando um julgado paradigmático no tocante ao papel do Juiz ao proferir suas decisões. Na oportunidade, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ressaltou a necessidade dos magistrados se aterem à lei editada pelos parlamentares, ainda que com ela não concordem. Portanto, alterar a lei, aduz o Min. Schietti, não é tarefa do julgador,

[...] de quem não se pode esperar o uso de retórica e de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral em suas decisões, invocados para contornar, aparentemente com argumentos jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência (BRASIL, 2020).

A segunda trata, basicamente, da necessária diferenciação entre segurança jurídica e imprevisibilidade ou falta de coerência na interpretação da lei. É imprescindível que haja uma maior transparência por parte dos operadores do Direito quando da interpretação e aplicação de uma nova lei segundo as regras atinentes ao Direito Intertemporal.

Isso nada mais é do que mero corolário do princípio da lealdade processual e do próprio devido processo legal, haja vista que o jurisdicionado tem o direito não apenas de acesso à tutela jurisdicional e entendimento das decisões judiciais, mas especialmente o direito de saber como – ou com base em que – as decisões judiciais e as manifestações ministeriais serão pautadas.

É de grande valia para essa temática um artigo científico publicado em 2012 no tradicional *Yale Law Journal* denominado *Fair Notice About Fair Notice*, no qual Love (2012, p. 2400) sustenta a necessidade de uma publicidade prévia e mais adequada quanto à previsibilidade dos atos processuais a serem praticados, fazendo referência “não sobre o significado do direito substantivo, mas sobre a forma como os tribunais irão interpretar esse direito substantivo”.²⁵

Prossegue o autor aduzindo que

[...] se os Tribunais não forem claros quanto ao método interpretativo que estão a utilizar, os réus correm risco de serem deixados no escuro não apenas sobre o significado das leis materiais do Estado, mas também sobre a forma como os Tribunais decidirão como decidir o significado da lei (LOVE, 2012, p. 2400).²⁶

Em outras palavras, é dizer que um acusado que não tenha qualquer noção acerca da do modo como os tribunais interpretarão e aplicarão uma lei penal está ainda mais no escuro, perdido, sem qualquer lampejo de compreensão ou clareza sobre o método interpretativo ao qual seu caso será submetido, do que um acusado que já saiba como o Tribunal interpretará e aplicará a referida lei, ainda que seja mediante interpretação extensiva, sem qualquer observância às formalidades legais e aos direitos fundamentais do réu. Este, ao menos, tem uma

25 “[...] not about what the substantive law means, but about how the courts will interpret that substantive law” (tradução livre).

26 “[...] if the courts are not clear about the interpretive method they are using, criminal defendants risk being left in the dark not only about the meaning of a state’s substantive laws, but also about how the courts will decide how to decide what the law means” (tradução livre).

previsibilidade ou expectativa, ainda que epidérmica, quanto aos atos e situações processuais posteriores. É o mínimo que se espera de um devido processo legal cuja lealdade processual seja seriamente respeitada.

Um exemplo pertinente dessa previsibilidade, bem como da lealdade processual, pode ser facilmente encontrado no direito ao silêncio, garantido pelo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Isto é, trata-se de oportunizar previamente ao acusado uma espécie de compreensão e consciência sobre seus direitos e garantias, inclusive sob pena de nulidade absoluta caso haja quebra dessa expectativa, conforme já decidido no âmbito do STF:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. FALTA DE INFORMAÇÃO SOBRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. [...] NULIDADE DA SENTENÇA. A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados [...] (BRASIL, 2000).²⁷

Assim, mormente em matéria de Direito Intertemporal e retroatividade de normas penais mistas, fato é que a constante mutabilidade de determinadas interpretações jurisprudenciais e o modo como se ignora qualquer eventual padrão interpretativo acabam, em última análise, por beirar um tipo de decisionismo imprevisível, e isso inegavelmente constitui o grande catalisador da indesejada insegurança jurídica.

Por decisionismo, aqui, entenda-se o completo abandono, pelos julgadores, quando da aplicação da lei penal, das balizas constitucionais e das matrizes principiológicas da doutrina penal brasileira. Torna-se evidente que, com a assunção de parâmetros preferencialmente subjetivos, desvinculados das exigências legais e norteados, na maior parte das vezes, pela opinião pessoal do magistrado, potencializa-se a ausência de previsibilidade para com os jurisdicionados.

É, pois, nessa linha que se defende a necessidade premente de atentar ao fato de a recusa, sob o véu da segurança jurídica, em aplicar escorreitamente os preceitos constitucionais do Direito Intertemporal em matéria penal, constituir um inconformismo, uma incoerência incontestável. Isso porque não há nada mais juridicamente incerto do que a completa ausência de previsão, por parte dos cidadãos submetidos à tutela jurisdicional, sobre os parâmetros interpretativos que deveriam ser ordinariamente observados não apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos aqueles responsáveis pela aplicação da lei dentro do aparato do sistema penal.

²⁷ Ementa parcial.

Conclusão

Ao longo deste artigo, buscou-se ressaltar a importância de se ater aos regramentos do Direito Intertemporal quando da aplicação de leis penais, enfatizando o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benigna como verdadeira garantia do acusado, com a qual não se pode tergiversar. Da mesma maneira, reconhece-se o princípio da imediatidade quanto às normas processuais penais puras. Já no tocante às normas híbridas, essas deverão ser objeto de uma análise detida quanto à identificação qualitativa de seu conteúdo.

Isso se aplica ao art. 28A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de maneira que se impõe a necessária distinção entre o conteúdo materialmente favorável daquele que porventura venha a prejudicar o acusado, sobretudo tratando-se de norma que introduz no ordenamento jurídico uma nova causa extintiva da punibilidade – o Acordo de Não Persecução Penal. E assim foi feito com relação ao inc. III do § 2º do referido artigo, que prevê como causa impeditiva do acordo, entre outras, a transação penal realizada nos cinco anos anteriores à prática do novo crime.

Nesse sentido, conclui-se que a aplicação desse inciso seja limitada tão-somente aos casos cuja transação penal tenha sido celebrada já na vigência da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), sendo, portanto, vedada sua retroatividade nos demais casos. Dessa maneira, em respeito aos princípios constitucionais de Direito Intertemporal, tendo ocorrido a aceitação da transação em momento anterior à vigência da referida Lei, não haveria que se falar em óbice ao oferecimento do acordo por parte do Ministério Público.

Para além disso, foi demonstrado que a conclusão tratada no parágrafo anterior em momento algum se mostra apta a ensejar insegurança jurídica, senão que, propriamente, a evita. Isso porque se trata, em última análise, de garantir uma visibilidade prévia não quanto ao teor meritório da decisão judicial, senão dos métodos interpretativos a partir dos quais ela deverá ser construída.

É justamente nesse contexto que se apresenta a incoerência de se valer do argumento da segurança jurídica como cláusula vaga e imprecisa com o intuito de ampliar o poder punitivo estatal, negando, muitas vezes, eficácia a princípios constitucionais e, em linhas gerais, aos próprios direitos fundamentais. E isso se torna ainda mais patente em matéria de Direito Intertemporal e (ir)retroatividade normativa, motivo pelo qual se estrutura o liame necessário da segurança jurídica para com a previsibilidade interpretativa dos aplicadores da lei, de modo que, ausente a segunda, prejudica-se a primeira.

Portanto, especialmente na seara penal, dois motivos tornam contraditório

o receio em conferir a devida aplicabilidade às regras do Direito Intertemporal. O primeiro deles, como visto, é que esse receio gere, por via de consequência, uma enorme incerteza não somente nos jurisdicionados, mas também nos próprios operadores do Direito, culminando em interpretações altamente discrepantes e desconexas dentro de um mesmo contexto. Soma-se a isso, aliás, o imenso hiato que se verifica entre a prática forense e a doutrina em termos de aprimoramento da cientificidade do direito e processo penal ou, em outras palavras, a resistência, na maioria das vezes perceptível, da jurisprudência em atualizar-se e aperfeiçoar-se conforme a evolução e o aprimoramento da interpretação doutrinária.

O segundo motivo nos leva a ressaltar a finalidade precípua tanto do Processo quanto do Direito Penal, incluídos aqui todos os princípios a eles referentes, que é a de conter racionalmente o poder punitivo do Estado, realçando os direitos fundamentais como limites intransponíveis à atuação estatal. Nesse sentido, denota-se ser impraticável separar o princípio da segurança jurídica desse contexto, de tal sorte que ele também deve estar a serviço da eficácia dos direitos e garantias constitucionais do cidadão – e não em favor do poder punitivo. E isso, em matéria criminal, certamente enseja um debate mais aprofundado em torno das regras do Direito Intertemporal, com enfoque às normas híbridas e à necessária distinção valorativa de suas disposições normativas diversas.

Por derradeiro, compete ressaltar que este artigo não tem qualquer pretensão de exaustividade quanto ao tema objeto de estudo e tampouco de invalidar eventuais posicionamentos em sentido contrário, mas tão-somente de fomentar a continuidade dos debates e discussões em torno dos preceitos penais, processuais penais e constitucionais relativos ao Direito Intertemporal e os seus mais diversos regramentos. Somente assim, aliás, é que será possível se lograr êxito na construção conjunta de uma persecução penal que leve em conta, acima de tudo, os direitos fundamentais do cidadão submetido à tutela jurisdicional.

Referências

BADARÓ, G. H. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters BRASIL, 2020.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. *Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 191.464 AgR/SC. 2020. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132144395/agreg-no-habeas-corporus-hc-191464-sc-0103089-5220201000000/inteiro-teor-1132144401>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso em Habeas Corpus 79.973. 2000. Rel. Min. Nelson Jobim. Diário de Justiça, Brasília, 23 mai. 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754710/recurso-em-habeas-corporus-rhc-79973-mg> Acesso em: 2 set. 2021.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVE, J. A. Fair notice about fair notice. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 8, p. 2395-2403, jun. 2012. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/comment/fair-notice-about-fair-notice>. Acesso em: 2 set. 2021.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIROZ, P; VIEIRA, A. Retroatividade da Lei Processual Penal e garantismo. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 143, out. 2004.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

URBANIZAÇÃO DA POBREZA EM BELO HORIZONTE: PROJETO VILA VIVA E CONTROVÉRSIAS URBANÍSTICAS

Mariza Rios¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Gleiziane Aristeu²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 05/11/2020.

Artigo aceito em: 14/03/2022.

Resumo

O Ordenamento Jurídico brasileiro guarda o direito à habitação como uma de suas prerrogativas mais importantes e caras ao sistema de Direitos Fundamentais, vez que é preceito albergado na Constituição Republicana, art. 6º, assim como na Constituição do Estado de Minas Gerais em seu art. 246, e, ainda, no Estatuto da Cidade. A metodologia escolhida foi a base analítica da observação acerca da construção da cidade de Belo Horizonte a partir de levantamento bibliográfico. O objetivo

central de proteção jurídica funda-se no estabelecimento da promoção da moradia digna, considerando as peculiaridades regionais e participação da sociedade civil com fulcro na efetivação da função social da terra urbana. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é o debate e análise dos efeitos das medidas públicas de urbanização das favelas em Belo Horizonte por meio do Programa Vila Viva, implementado pela Prefeitura e pela companhia URBEL no Estado de Minas Gerais. Ao analisar a relação

¹ Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Mestra em Direito pela Universidade Nacional de Brasília (UnB), com pesquisa na Universidade de Coimbra sob a orientação de Boaventura de Sousa Santos. Professora e coordenadora da Transversalidade em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Associada ao grupo Global Law Comparative Group: Economics, Biocentrism Innovation and Governance in the Anthropocene World. Membro do grupo de pesquisa PPG CS – UNISINOS: Transdisciplinaridade, Ecologia Integral e Justiça Socioambiental. Advogada. ORCID: <http://orcid.org/000-0003-4586-9810> / e-mail: riosmariza@yahoo.com.br

² Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito Integral pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Advogada e pesquisadora em Direitos Humanos, Fundamentais e Políticas Públicas de Desenvolvimento Socioeconômico Sustentável. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3017-8788> / e-mail: gleiziaristeu@gmail.com

entre o processo de urbanização da capital mineira e a paralela e consequente urbanização da pobreza de maneira sistemática conclui-se que o direito à habitação não tem sido efetivado e que a retirada forçada das famílias apenas gera mais infringência de direitos aos

mais vulneráveis nas vilas e favelas de Belo Horizonte.

Palavras-chave: direito à moradia; direito urbanístico; favela; pobreza urbana; políticas públicas; regularização.

URBANIZATION OF POVERTY IN BELO HORIZONTE: LIVING VILLAGE PROJECT AND URBAN CONTROVERSIES

Abstract

The Brazilian Legal System safeguards the right to housing as one of its most important and expensive prerogatives to the Fundamental Rights system, since it is a precept contained in the Republican Constitution, art. 6, as well as in the Constitution of the State of Minas Gerais in its art. 246, and also in the City Statute. The chosen methodology was the analytical basis for observing the construction of the city of Belo Horizonte from a bibliographic survey. The central objective of legal protection is based on the establishment of the promotion of decent housing, considering the regional peculiarities and the participation of civil society with a focus on the realization of the social function of urban land. In this sense, the objective of this work is the debate and analysis about the effects of public mea-

asures for urbanization of the favelas in Belo Horizonte through the Vila Viva Program, implemented by the City Hall and the URBEL company in the State of Minas Gerais. When analyzing the relationship between the urbanization process of the capital of Minas Gerais and the parallel and consequent urbanization of poverty in a systematic way, it is concluded that the right to housing has not been realized and that the forced withdrawal of families only generates more infringement of the rights of the poorest, vulnerable in the villages and slums of Belo Horizonte.

Keywords: public policy; regularization; right to housing; slum; urban law; urban poverty.

Introdução

Este artigo pretende refletir sobre o direito à cidade e sua construção saudável sob o enfoque da habitação. A questão perpassa por especificidades das políticas públicas e ações de planejamento para as áreas de aglomerados na capital mineira.

Imperiosa é a análise de eficiência na implantação das medidas de urbanização das favelas na cidade de Belo Horizonte (Belo Horizonte). O olhar crítico tem seu início na formulação do projeto inicial, o qual, não raras vezes, pode desconsiderar a cultura e os costumes locais, tornando-se ineficaz ao não observar particularidades essenciais que sustentam o conceito de comunidade, bem como o direito de permanência no local e a de participação social efetiva.

Tendo em vista a relevância do tema em questão, o texto assenta-se no seguinte tema problema: há produtividade na implementação da política de habitação Vila Viva³, organizada pela cidade de Belo Horizonte (MG) em conjunto com a URBEL⁴, considerando o princípio da eficácia e dignidade humana no Ordenamento Jurídico brasileiro?

Buscando responder ao problema deste estudo, apresenta-se como hipótese: a história da cidade de Belo Horizonte aponta a inefetividade na implementação de medidas públicas de urbanização e habitação das favelas da cidade, vez que não se observa sentimentos comunitários ou a participação popular efetiva.

Na construção deste artigo, adotou-se a metodologia analítica na observação da construção da cidade de Belo Horizonte a partir de levantamento bibliográfico, incluindo a favelização. Por isso, a opção do texto segue, quanto à abordagem do problema, à metodologia qualitativa e, quanto aos objetivos, à descrição e à explicação no debate jurídico da garantia do direito à cidade. Por essa razão os instrumentos utilizados foram, preferencialmente, a análise documental e a revisão bibliográfica.

Assim, os objetivos dessa construção são: (a) apresentar o direito à moradia e à habitação digna de acordo com a proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais; (b) apresentar o projeto de urbanização das favelas por meio do programa Vila Viva; (c) demonstrar limites da eficácia das políticas de urbanização de favelas em Belo Horizonte; (d) demarcar a importância da participação efetiva da população

3 O Projeto Vila Viva é basicamente uma intervenção chefiada pela Prefeitura de Belo Horizonte que visa a urbanização a partir de obras de saneamento, remoção de famílias, construção de unidades habitacionais, entre outros, com foco nos eixos urbanístico, social e jurídico. Importante também destacar a coexistência de um sustentáculo calçado em 03 eixos, quais sejam: jurídico, social e urbanístico. A intenção primordial do planejamento é a instituição de um desenvolvimento comunitário em vários sentidos essenciais a manutenção digna da comunidade local a partir de um planejamento complexo, bem como com o apoio do BNDS e Caixa Econômica Federal, bancos esses que atuam no financiamento dos projetos. Entre as principais atividades desenvolvidas pelo Projeto Vila Viva, pode-se citar a isenção do IPTU, a inclusão de Zoneamento de Interesse Social, financiamento habitacional etc.

4 Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte.

na implementação de políticas públicas de urbanização de favelas; e (e) a observação da construção da cidade.

Portanto, este estudo foi organizado em duas partes, de modo que na primeira se tratou dos aspectos históricos e políticos do projeto de urbanização na cidade de Belo Horizonte, bem como de sua visão conjuntural, isto é, naturalmente integrada, apesar das diferenças constantes na cidade. Já no segundo fator, se debruçou sobre o conceito, a aplicação e os efeitos do Programa Vila Viva implantado no município de Belo Horizonte e na eficácia do projeto nas favelas.

1 Fator econômico como objeção à moradia digna na cidade de Belo Horizonte

Percebe-se que, com o processo de industrialização, a exemplo da capital de Minas Gerais, o acomodamento das favelas instalou-se como um fenômeno natural ao preservar, nos diferentes espaços e regiões, características similares, como o fator da pobreza e o conseqüente surgimento de ocupações irregulares. O processo de urbanização no Brasil, não muito diferente dos demais países, se deu de modo desordenado, desigual e excludente, herança de tempos passados de capitania colonial e escravidão.

Segundo Silva⁵ (2005), surgem, no final do séc. XIX, nas cidades do Rio de Janeiro e Belo Horizonte, os chamados aglomerados. Os processos de industrialização e urbanização vêm acompanhados pelos baixos índices de planejamento urbano, entre as décadas de 1960 e 1970, esses foram estimulados pelo intenso êxodo rural, concretizando a formulação de novo modelo de comunidade.

Para fins de atualização, de acordo com o último censo concluído pelo IBGE (2022), atualmente Belo Horizonte tem área de 331.354 km² e uma população estimada, para 2022, de 2.530.701 habitantes. A densidade demográfica do município é de 7.167,00 hab/km² e o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) de 0,81, isto é, considerado bastante alto, o que coloca Belo Horizonte na vigésima posição no ranking dos melhores municípios brasileiros, tendo em vista que a cidade é a sexta mais povoada do país, vez que em sua região metropolitana residem 5,5 milhões de pessoas, a terceira maior do país.

A cidade de Belo Horizonte foi inaugurada em 1897 sob o foco dos avanços industriais, modernidade e crescimento econômico, sendo agora a nova capital

5 O conceito de favela, apesar de usual e, nada obstante, classificado pelo IBGE como aglomerados subnormais, ainda causa controvérsias pela multiplicidade de critérios identificadores da sua incidência. Neste estudo, para melhor elucidação, o termo "favela" será designado para identificar a especificidade do estado físico-espacial, pelas formas de ocupação fundiária e socioeconômica de ocupação dos terrenos de acordo com os critérios do Programa de Assentamentos Humanos da ONU (UN-HABITAT, 2012) que são: o inadequado acesso à água potável, saneamento e infraestrutura, má qualidade estrutural da habitação, superlotação e estado residencial inseguro.

do Estado de Minas Gerais, situada no centro geográfico da Federação Mineira. Apesar do planejamento para a criação da cidade, surgiram, para além da chamada área interna do Contorno, as favelas, afinal, no plano original da nova capital não havia previsão de crescimento rápido e desordenado, como o ocorrido.

Sustenta Guimarães (1992) que ao tempo em que a nova capital se firmava, invasões recorrentes já traziam incômodos, tendo em vista a presença da população de baixa renda na parte nobre da cidade. Em 1902, com a criação da chamada área operária, determinou-se, então, um local para a moradia do trabalhador, o que se pode compreender como a primeira remoção de favelas em Belo Horizonte. Contudo, pelo alto número de pessoas, a área não foi capaz de abrigar a todos e, por um processo elitista e segregacionista, a população *pobre* que ocupava a área central da cidade tornou-se indesejada.

De acordo com Mattos (1992), as favelas, tão logo após a criação formal da cidade de Belo Horizonte, já estariam tomando as regiões periféricas ao longo da Afonso Pena, na região do atual bairro Barro Preto, acima da antiga Estação Ferroviária e ao redor da Avenida do Contorno. Essas áreas, 15 anos após a implementação do planejamento, já superavam o patamar da área planejada.

Segundo Guimarães (1992), o projeto da capital mineira tinha como foco as elites atuantes no governo de Minas, ciclos sociais influentes e que tinham condições de adquirir caros lotes, com destaque para setores provenientes de Ouro Preto. Contudo, não se contava precisamente com os operários que vieram trabalhar na construção da capital mineira e que se instalaram provisória e, posteriormente, permanentemente, de modo precário em acampamentos, canteiros de obras e vilas.

Tonucci Filho e Ávila (2008) alertam, com base na ausência jurídica da propriedade, para a diferença entre favela e os outros tipos de moradia de populações de baixa renda, igualmente carentes em infraestrutura e em padrões urbanísticos. Alerta-se para a questão de que os moradores das favelas são possuidores, não proprietários dos terrenos, conformando a ocupação irregular como um dos principais meios de exclusão social dos moradores dessas áreas.

De acordo com Costa (1994), no início dos anos 1960, com a implementação das Reformas de Base durante o governo João Goulart, diversos grupos sociais atuavam no país, inclusive com a ocupação de terras. Nesse período, o crescimento das favelas foi notável pela ausência de políticas de habitação, de saneamento, de imigração e pelas crises no mercado imobiliário, de modo que as ocupações e a falta de atuação política intensificavam a crise.

Ao se criar a Coordenação de Habitação de Interesse Social (CHISBEL) em 1971, que durou até 1983, foram removidas aproximadamente 43 mil pessoas das

favelas localizadas nas áreas centrais da cidade de Belo Horizonte, que acabaram se adensando em outras favelas e novas áreas de ocupação ilegal na periferia (GUILMARÃES, 1992), o que comprovava a ineficácia desse tipo de atuação quando sem a adoção de políticas de produção de novas moradias.

Em 1974, criou-se a autarquia estadual de Planejamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte (PLAMBEL), a qual ficava encarregada do cuidado das áreas periféricas da cidade. Em 1979, o governo criou o Programa de Desenvolvimento de Comunidades (PRODECOM) com o objetivo de regularizar os vários assentamentos irregulares espalhados pela cidade.

Ainda no ano de 1979, com a Lei Federal n. 6766, as regras para o parcelamento do solo urbano foram formalizadas e, de modo inovador, percebe-se que pode haver situações que necessitem de um planejamento diferenciado no parcelamento do solo urbano para respeitar pontos particularizados de dada comunidade.

A partir de 1980, estimulado pelo espírito de redemocratização do país, o município de Belo Horizonte começou a se voltar para os problemas reais de habitação, eis que mudou sua vertente de planejamento, que antes se limitava a erradicar as favelas, com o intuito de legalização das áreas irregulares.

Nesse ínterim, agora em 1983, com a ajuda da Lei Federal de n. 1979, foi criado pela prefeitura de Belo Horizonte o Programa Municipal de Regularização de Favelas (PROFAVELA), programa esse que lutava pelo reconhecimento do direito à moradia digna para as pessoas que residiam em favelas. Esse programa objetivava a previsão de regularização e parcelamento específico do solo nas vilas, tipificando-as como áreas residenciais.

Apesar de inovador para a época, o PROFAVELA era realizado sem maiores planejamentos, pois critérios como o de integração e visão amplificada das comunidades e suas reais necessidades acabavam passando despercebidos e a efetividade das medidas de asseguaração à moradia começavam a ficar comprometidas.

Agora já em 1986, com a criação da Companhia Urbanizadora de Belo Horizonte (URBEL), tida atualmente como órgão municipal incumbido pela Política Municipal de Habitação Popular na capital e competente executória das medidas urbanísticas, unificou-se a questão, principalmente, sobre a urbanização de favelas e aglomerados. Hodiernamente, a URBEL, em companhia da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura (SMOBI), responsável pelo gerenciamento do Fundo Municipal de Habitação Popular, e com instâncias participativas e deliberativas como o Conselho Municipal de Habitação e Conferência Municipal de Habitação, atuam nas questões de moradia popular, de legalização urbanística e jurídica das áreas consideradas de especial interesse social como as vilas, favelas e conjuntos habitacionais populares.

Contudo, a rápida formação dos centros urbanos de maneira tão desordenada e precária não correspondeu, ao longo dos anos, às decisões públicas e políticas de melhoramento, vez que essas se apresentaram lentas em relação à demanda. Esse cenário contribuiu em larga escala para a criação e crescimento natural das favelas e periferias nos grandes centros.

Com a virada paradigmática imposta pelas normas principiológicas da Constituição de 1988 (CFRB/88), o exercício da prerrogativa de função social, seja na cidade, na área rural ou na propriedade privada, começou a interferir para uma regularização urbanística variável, plástica, sustentável e com uma melhor distribuição fundiária a partir de propostas de políticas públicas eficientes.

Com a aprovação do Estatuto da Cidade no ano de 2000, o principal objetivo foi fazer vigorar o princípio da função social da propriedade privada. A aprovação de novos Planos Diretores Municipais e de novas Leis de Uso e Ocupação do Solo Urbano também se apresentaram como instrumentos importantes para a inclusão social, participação e sustentabilidade no planejamento urbano.

Apesar do avanço jurídico formal, a exclusão de certas comunidades sociais do processo normal capitalista de emprego, de produção e consumo assumiu um formato estrutural de modo que, conforme Harvey (2007), com a instituição do formato político liberal e, posteriormente, neoliberal, a concentração de riqueza e o aumento da pobreza acabaram diretamente ligados, contribuindo para a crise habitacional e a consequente ocupação informal de territórios.

De fato, pode-se inferir que as favelas representam física e espacialmente a pobreza e a desigualdade urbanas, o que não significa que todos os pobres se encontram necessariamente em favelas, ou que, ainda, o termo ocupação irregular tenha, por si só, conteúdo áspero. Importante salientar que aqui se afirma a periferia como local onde se encontram as maiores violações do direito à moradia digna e todos os seus direitos conexos, agravados pelo alto índice de pobreza *per capita*.

Outrossim, o quadro aqui defendido baseia-se na ideia de que o possuidor-morador de favelas, em uma visão jurídico-social mais ampla, está completamente conectado ao contexto social no qual está inserido e, portanto, tem sua identidade cultural consubstanciada na imagem do local onde vive ou mora. Essa seria uma percepção holística justa do direito à cidade que pressupõe a instância de uma sociedade livre, fraterna e solidária.

Ademais, para suprir a fala de empregos, de acordo com o relatório da UN-HABITAT/03, o trabalho informal foi o escape para a população das periferias sobreviverem à escassez de postos de trabalhos. No mesmo sentido, Davis (2006) alerta que a urbanização se desligou do crescimento econômico, e que o novo proletariado informal nunca será empregado e incorporado pela economia produtiva do capitalismo financeiro e neoliberal.

Assim, percebe-se que há estreita ligação da pobreza e do crescente número de favelas nos grandes centros urbanos, pois a pobreza se torna um componente desse ambiente, vez que é inegável a dialética entre o espaço e a sociedade, de modo que a interdependência de ambos é uma variável constante que define e direciona os rumos da efetividade do direito à moradia digna nos termos do art. 6º, *caput*, da CFRB/88.

Apesar de a CFRB/88 não definir explicitamente o campo e limites de atuação para o direito à moradia, apresenta-se em lugar de destaque às disposições previstas nos diferentes tratados e documentos firmados pelo Brasil, havendo uma íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que, mesmo fora das disposições contidas no art. 5º da CFRB/88, o direito à moradia constitui direito fundamental social, requerendo um duplo caráter de efeitos, ou seja, direito de defesa e direito à prestação ativa pelo Estado.

Com isso, o aprimoramento físico das favelas, de modo a reconhecê-las como integrantes ao plano e gestão urbanos entre as comunidades, representa o futuro dos grandes centros. Portanto, essa visão representa uma reprodução sustentável de direitos conexos à habitação e gradativa diminuição das exclusões históricas, fundamentais e socioeconômicas nesse campo.

2 Moradia como direito fundamental

O direito à moradia é uma norma de aplicação que requer política pública capaz de levar a cabo sua garantia constitucional. Assim, o art. 6º, dado pela alteração constitucional introduzida por meio da Emenda n. 26/00, inclui a moradia no bloco dos direitos fundamentais com vistas a garantir o primado da dignidade humana, cerne norteador da própria existência constitucional.

Nesse contexto assegura Fiorillo (2008, p. 51) que o direito à moradia é “um direito a espaço de conforto e intimidade” e, na mesma linha assegura Canuto (2010 p. 174-175):

[...] o pertencimento ao local, associado à carência de proteção, erige a moradia a direito fundamental, que assegura [...] alcance de uma vida digna [...] o direito à moradia é tão elementar que chega a ser, ao primeiro exame, dispensável a sua previsão constitucional.

Isso confirma, mais uma vez, que foi o crescimento do déficit de habitação que levou ao legislador incluir a moradia no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Os arts. 182 e 183 da CFRB/88, regulamentados pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) delegou ao Município a competência de regulamentar a ordenação da cidade pelo Plano Diretor. Nesse sentido, o Plano Diretor constitui o instrumento mais importante de formulação e efetivação da política pública territorial urbana.

Do ponto de vista conceitual, Pinto (2014) faz uma síntese da história brasileira apresentando a realidade nacional, a partir de 1930, em três fases. A primeira constitutiva do historicamente reconhecido como “plano de melhorias” que tinha como cerne o olhar para o embelezamento da cidade e contou com o exemplo fundante da experiência do Rio de Janeiro (1875), teve autoria da Comissão de Melhoramento da Cidade do Rio de Janeiro, e tinha centralidade na preocupação com a reforma da cidade do ponto de vista físico, sob a responsabilidade de arquitetos do próprio quadro municipal.

No momento seguinte (1930), segue o mesmo autor informando que essa fase marca a presença de um planejamento técnico e científico que vigora até os dias atuais. Aqui é importante observar um diferencial do urbanismo, praticado até então, da presença de urbanismo que passa a albergar a todos os aspectos da cidade, econômicos e sociais, entre outros. É aqui que surge a nomenclatura plano diretor, cuja elaboração requer um diagnóstico dos problemas urbanísticos da cidade e sua elaboração passa a contar com a presença obrigatória de engenheiros, arquitetos, economistas, sociólogos, geógrafos, juristas e administradores em uma perfeita experiência interdisciplinar, cujo resultado é o Plano Diretor Municipal, em que os termos da política territorial e urbana são definidos, pontua Pinto (2014).

Nessa paisagem, passamos a ter, segundo Pinto (2014) um “planejamento integrado [em que] o objeto do planejamento continua sendo o ordenamento territorial, não mais visto como um simples projeto arquitetônico, mas como o projeto de um diagnóstico abrangente e interdisciplinar”.

Em 2017 temos uma mudança legislativa importante para a regularização fundiária urbana, cujo objetivo principal é aprimorar o processo de regularização territorial. Essa mudança está regulada pela Lei Federal n. 13.465/2017 que resultou da conversão dos instrumentos legislativos referentes ao tema, tais como, a Medida Provisória 759/16; Decreto Federal n. 9.310/ 2018 que trata do processo de regularização fundiária urbana e estabelece procedimentos e diretrizes a serem seguidos pelo Poder Público bem como pelos particulares. Os referidos dispositivos legais revogaram a Lei 11.977/2009, que até então cumpria tal papel.

Em síntese, as principais mudanças trazidas pelo Decreto e pela referida lei, em comento, são a criação de um instrumento específico de regularização fundiária

urbana, cujo marco legal cria o termo “Reurb” que desconceitua, nos termos da referida lei, e que passa a considerar a regularização fundiária urbana como o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais cujo principal objetivo é a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano com a titulação definitiva de seus moradores, até então informais.

A referida mudança, no âmbito federal, impactou o projeto de reforma do Plano Diretor Municipal aprovado em 6 de junho de 2019, Lei Complementar n. 11.154/2019, modificando as diretrizes norteadoras das áreas de interesse social, como é o caso do projeto Vila Viva em debate, cujo objetivo principal é tornar o processo menos burocrático (BELO HORIZONTE, 2019c). Nesse sentido, imperioso é analisar a eficácia desse projeto nas comunidades do município de Belo Horizonte, como ora se faz.

2.1 A eficácia social do Projeto Vila Viva em Belo Horizonte

Há de fato o desafio de igualar as condições de vida das populações que vivem nas favelas ao restante da cidade, por meio de políticas e programas de planejamento urbano. Essa atuação é a promessa de programas habitacionais como o proposto pelo Vila Viva.

O Programa Vila Viva tem por objetivo a promoção de infraestrutura básica às favelas espalhadas pela metrópole. Segundo o site da prefeitura (BELO HORIZONTE, 2019b), o projeto de habitação pretende oferecer aos aglomerados, até então escondidos ou extirpados, a integração com o município.

A intenção de atuação das intervenções no setor urbanístico-ambiental propõe a recuperação física da área, do saneamento, da consolidação geológico-geotécnica e de melhorias na situação de habitação. As ações na área física contemplam o sistema viário, a recuperação de becos e a iluminação pública. As intervenções geológico-geotécnicas atuam nas áreas de risco. Já as ações de saneamento tratam o escoamento natural das águas, drenagem e abastecimento.

Já as intervenções habitacionais contemplam remoções dos reassentamentos e construção de novas moradias. O setor jurídico abarca ações de regularização fundiária com foco na legalização dos terrenos e propriedade para os moradores. E o setor socioeconômico trata das intervenções sociais no campo da educação, desenvolvimento comunitário, educação sanitária e ambiental, saúde e criação de alternativas de geração de trabalho e renda.

O projeto tem a intenção de levantar as reais condições das áreas que serão afetadas com a reforma e a elaboração dos planos de intervenção com a participação

direta das comunidades, em conjunto com a consulta popular, formando-se, assim, o Plano Global Específico (PGE) de cada vila.

Os PGEs são de suma importância para o processo de tomada de decisões, seja pelo poder público ou pela sociedade, pois se apresentam como o fator global que trata de modo integrado as esferas física e ambiental, socioeconômica e jurídica. Se apresenta o planejamento como específico, pois suas propostas variam de acordo com as particularidades de cada comunidade.

Com isso, a política municipal de habitação pressupõe a participação da comunidade em todas as suas etapas. No programa Vila Viva é desejável que essa participação ocorra desde o planejamento do Orçamento Participativo (OP) de habitação, fóruns informativos e dos Conselhos Municipais de Habitação, participando na definição dos pontos mais importantes naquele local, haja vista inclusive o princípio da participação social efetiva do cidadão. Apesar disso, o Programa Vila Viva precisa equacionar a seu projeto a materialidade de como a urbanização das favelas está conectada com a questão da pobreza econômica e a consequente infringência de direitos sociais. Por isso, respeitar a dialeticidade constante e ininterrupta das cidades é o fator que pode vir a modificar o atual tratamento da urbanização das favelas.

É inegável que a limitação finalística do critério de integração está estreitamente ligada à questões estético-arquitetônica ou de infraestrutura básica que por vezes são aplicadas de modo homogêneo nas mais diversas comunidades. Há certa limitação no programa de urbanização que observa tão somente fatores macro, como a própria estética, o que acaba por deixar de lado a real melhoria da moradia que os moradores desejam.

Portanto, acusa-se aqui a inexistência de sustentabilidade social, haja vista os evidentes efeitos colaterais advindos após as mudanças urbanísticas e urbanas que não levam em consideração as particularidades de cada aglomerado. Um bom exemplo disso é que, quem antes não pagava luz e água, passa agora, com a urbanização das favelas, a arcar com essas despesas. Acontece que a melhoria de vida das pessoas nessas comunidades, ao olhar puramente frígido, está bem longe de ser conquistada ao se analisar a eficácia de programas como o do Vila Viva em Belo Horizonte.

Percebe-se que as mudanças estruturais podem não vir acompanhadas das mudanças sociais prometidas, ocasionando, então, altos índices de insatisfações, aborrecimentos e preocupações aos moradores. Acredita-se aqui que a saúde urbana está indissociável do meio físico, social, econômico, das condições de trabalho e de vida, bem como o acesso à infraestrutura e serviços.

A favelas não devem ser vistas como um ato de confronto às autoridades,

mas como uma válvula de escape para aqueles que não encontraram outros lugares para morar e ter seu direito social à moradia integralmente respeitado. Representa também o fracasso da república brasileira, e principalmente do ente municipal, que falha na organização urbana e urbanística planejada, principalmente com os mais necessitados.

Acerca do programa Vila Viva, os resultados do projeto em sua totalidade não correspondem de modo geral aos objetivos desejados pela população. As principais críticas sobre o programa giram em torno da desfavelização forçada (PIMENTA *et al.*, 2009), ou seja, a prefeitura tentar forçar ações que não correspondem às demandas da população, o que causa uma incrível insatisfação.

Outrossim, são cabíveis severas críticas ao se parametrizar as favelas e remover as pessoas de modo compulsório. Assim, a palavra “comunidade”, muito usada para designar os aglomerados, está completamente em cheque, como bem alerta Bauman (2001, p. 196), ao dizer que “A palavra comunidade nunca foi utilizada tão indiscriminadamente quanto nas décadas em que as comunidades no sentido sociológico se tornaram difíceis de encontrar na vida real”.

A comunidade deve ser tratada no sentido de coletividade, de modo que a geografia e a arquitetura das favelas se apresentam como uma divisão comum do espaço. Essa identidade constrói a proximidade, a fraternidade e a inclusão do outro, ou seja, a sensação de pertencimento propriamente dito.

Programas como o Vila Viva, não podem ignorar e eliminar o conflito, as diferenças, homogeneizando os aspectos que são naturalmente contraditórios, isto é, ignorando critérios da democracia como a diferença e distinção, como alerta Bauman (2001), ditames próprios da modernidade líquida e fluida.

A verticalização árida das favelas, seja ao se observar suas festividades ou até mesmo o tamanho das antigas casas em comparação com os apartamentos, quebra padrões já enraizados. Não há, portanto, uma projeção de planejamento familiar ou pessoal com as mudanças trazidas pela urbanização de favelas, o que causa inegável estranhamento aos moradores.

Nas vilas e favelas há uma cultura própria em que a informalidade na relação com os vizinhos, por exemplo, é elemento pilar de seus costumes e suas relações sociais na comunidade. Desconsiderar a concepção de moradia por parte dos moradores reforça o não reconhecimento desses como sujeitos de direito, aptos a participar efetivamente da construção de políticas públicas que visam garantir direitos.

Ademais, quando se fala das remoções, destaca-se que o morador ou o cidadão comum acabam por não ter paridade de atuação e intervenção perante as políticas públicas da administração. Isso acontece por exemplo quando o poder

público, por meio de laudos técnicos cheios de textos formais e incompreensíveis para a maior parte da população leiga, afirma aos moradores que a área ocupada não é adequada à moradia, o que em paralelo nem sempre permite uma contestação eficiente por parte da comunidade. O cerne da questão é a participação cidadã efetiva na construção das situações que envolvem a cidade.

Ao perceber as práticas de programas como o Vila Viva que consideram a cultura da informalidade como algo inferior ou inadequado, há um constante reforço de injustiças sociais e de direitos, vez que prerrogativas como a moradia de fato digna passam longe da eficácia e efetividade propostas constitucionalmente.

Essa situação é tão grave que, como bem pontua Fraser e Honneth (2003), somente a partir do reconhecimento seria possível combater tais injustiças de matriz cultural. A dominação cultural, o não reconhecimento, e o desprezo criam e perpetuam injustiças com as pessoas que vivem nas favelas.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em conjunto com o da proporcionalidade diante de medidas estatais que restringem direitos constitucionais. Defende-se aqui que a restrição, mesmo que necessária, poderá ser desproporcional no sentido estrito quando implicar ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a avaliação da existência de bens jurídicos comunitários ou coletivos deve ocorrer antes da aplicação de qualquer medida restritiva, considerando a especificidade de cada comunidade e o caso concreto, a fim de que, por serem *a priori* de maior relevância, sejam preservados.

Assim, nesse caso, se riscos da intervenção da Administração Pública forem de fato maiores do que a ameaça ou o dano concreto a ser prevenido ou eliminado, essa deverá renunciar à medida restritiva (SCHOLLER, 1999).

Com isso, a prática de urbanização de vilas e favelas a partir de construções de moradias em modelos iguais preconiza tão somente finalidades utilitaristas apresentadas friamente pelos programas habitacionais como o próprio Vila Viva. Segundo as normas de direitos humanos, projetos que impliquem remoção habitacional devem contar com participação efetiva das pessoas envolvidas no processo, que de fato são as vítimas da urbanização da pobreza.

No caso específico de Belo Horizonte, determina o programa Vila Viva, que os PGEs poderão ser mudados diante de necessidade ou oportunidade, caso haja parecer favorável da URBEL, de acordo com o desenvolvimento e com o crescimento das comunidades, por meio de posterior aprovação das alterações pelo Conselho Municipal de Habitação, após prévia aprovação da comunidade.

Contudo, o que se critica é que, apesar de no início do processo de elaboração do PGE haja um Grupo de Referência (GR) da respectiva área, que poderá ser

composto por representantes da associação ou por grupos comunitários das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), ele acaba por não ser inteiramente capaz de assegurar a participação efetiva da comunidade no processo relativo às intervenções. Acontece que a participação social no GR apenas está prevista para cumprir formalidades do programa, pois a adesão comunitária é baixa diante do descrédito por parte da população em ser ouvida.

A conscientização sobre os novos valores e, principalmente, da necessidade de concretização constitucional têm se apresentado em todos os ramos do Direito e não deve ser diferente no ramo urbanístico. Deve-se romper com a verticalidade administrativa, com o objetivo de estabelecer uma relação de equilíbrio a partir da argumentação e da discussão pública a fim de que haja legitimidade nas decisões estatais.

Por fim, ao analisar o Programa Vila Viva, percebeu-se a não observância de valores fundamentais à democracia que norteiam os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna. Nesse caso, o direito à moradia deve ser visto como prerrogativa além da simples habitação, vez que aqui se trata, na verdade, da moradia digna. Logo, desnuda-se o discurso oficial em torno do programa, visto que esse não observa em sua execução o reconhecimento dos moradores como integrantes de uma comunidade ao piorar sua natureza comunitária e minimizar os efeitos colaterais do programa.

Considerações finais

O foco principal do trabalho é pensar a realização do direito à moradia pela eficácia da política pública de regularização territorial, no caso do Projeto Vila Viva, com vistas a discutir os efeitos da implementação de tal política pública baseados na hipótese de que a ineficiência da política de regularização territorial urbana está entrelaçada com a desconsideração, por parte do poder público, de particularidades que sustentam o conceito de comunidade e, no âmbito da aplicação do projeto, na ausência da participação social aqui entendida como princípio de observância obrigatória que leva ao reconhecimento concreto da dignidade humana e da eficiência pública.

Apesar de assim ser, há severas críticas ao projeto, pois esse acaba abrindo uma ferida na comunidade do aglomerado. Verificou-se que a real efetivação do direito fundamental à moradia não acontece nos moldes prometidos. No contexto de urbanização de vilas e favelas, não se tem percebido que as remoções forçadas propiciam melhoria das condições de vida de todos os envolvidos.

Em grande parte, rompem-se laços de solidariedade, fraternidade e identidade,

e os removidos sentem-se excluídos ao não encontrarem alternativa habitacional adequada ou sequer reassentamento, deslocando-se, então, para regiões periféricas e sem infraestrutura, o que ocasiona um círculo crescente de empobrecimento e marginalização das populações.

Percebeu-se também que não há uma transparência na atuação da administração municipal, assim como não são ofertadas medidas para minimizar seus efeitos colaterais negativos. Ademais, apesar de ser dever do Poder Público assegurar a participação e aprovação prévia dos reassentados nas etapas de planejamento e execução do Programa Vila Viva, isso se dá apenas de modo formal.

Entende-se, por fim, que as decisões estatais não podem ser verticalizadas, mas sim respeitadas ao texto constitucional e aos preceitos democráticos de justiça social e função social da cidade, com vistas a resguardar o interesse público em concreto.

A melhora de moradia e urbanização de favelas que de fato impactem na vida dos moradores é algo que com certeza contribuirá para a redução das desigualdades sociais. De fato, as cidades inteligentes do futuro terão nas favelas o reconhecimento das comunidades que são e essas passarão a ser entendidas como já pertencentes à cidade e não como algo excluído, inseguro e pejorativamente informal.

Portanto, percebeu-se, neste estudo, que o aprimoramento físico de favelas não pode vir desacompanhado de melhorias sociais, econômicas, das condições de trabalho e de vida, bem como do acesso à infraestrutura, aos serviços e à habitação.

Essa atividade será exitosa quando realizada com participação efetiva democrática com programas de regularização de favelas mais compreensivos, participativos, inclusivos e que ultrapassem a dimensão meramente física para se tornarem, por fim, aquilo que intencionam ser, isto é, medidas efetivas que garantam o direito à moradia digna.

Referências

BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal. *Companhia urbanizadora e de habitação de Belo Horizonte*. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/urbel>. Acesso em: 30 jun. 2019a.

BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal. *URBEL: áreas de atuação*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/contents.do?evento=conteudo&idContudo=32775&chPlc=32775&&pIdPlc=&app=salanoticias>. Acesso em: 30 jun. 2019b.

BELO HORIZONTE. Lei n. 11.154, de 9 de janeiro de 2019c. Dispõe sobre o plano de carreira dos servidores da área de atividades de segurança pública que atuam na Guarda Civil Municipal de Belo Horizonte, estabelece a respectiva tabela de vencimentos e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2019/1115/11154/lei-ordinaria-n-11154-2019-dispoe-sobre-o-plano-de-carreira-dos-servidores-da-area-de-atividades-de-seguranca-publica-que-atuam-na-guarda-civil-municipal-de-belo-horizonte-estabelece-a-respectiva-tabela-de-vencimentos-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 759 de 16. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Decreto n. 9.310, de 15 de março de 2018. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n os 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 , 13.001, de 20 de junho de 2014 , 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011 , 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n o 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n. 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

CANUTO, E. M. A. *Direito a moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. COSTA, H. S. M. *Habitação e produção do espaço em Belo Horizonte*. In: MONTE-MÓR, R. L. M. (Coord.). *Belo Horizonte: espaços e tempos em construção*. Belo Horizonte: CEDEPLAR/PBH, 1994. p. 51-77.

DAVIS, M. *Planeta favela*. São Paulo: Boitempo, 2006.

FERNANDES, E. *Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil*. Cadernos IPPUR, Rio de Janeiro, ano XV, n. 1, p. 9-38, 2001.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. *Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FJP – FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Atlas do desenvolvimento humano no Brasil*. Belo Horizonte: FJP, 2018. Disponível em: <https://atlasbrasil.org.br>. Acesso em: 19 jun. 2018.

FORMOSO, L. M. L. *Tem uma vila no meio do caminho: análise da formulação da política de reassentamento para a vila São José*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

GUIMARÃES, B. M. Favelas em Belo Horizonte: tendências e desafios. *Análise e Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2-3, 1992.

HARVEY, D. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford University Press, 2007.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Cidades: Belo Horizonte*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/belo-horizonte/panorama> e <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/belo-horizonte/pesquisa/37/30255>. Acesso em: 11 mar. 2022.

MARICATO, E. Urbanismo na periferia do mundo globalizado: metrópoles brasileiras. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 21-33, out./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010288392000000400004&script=siciabstract>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

MATOS, R. E. *Evolução urbana e formação econômica de Belo Horizonte*. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 1992.

MELO, C. Quando a esperança é viva. *Revista Ecológico*, 11 maio 2009. Disponível em: <http://souecologico.com/revista/edicoes-anteriores/edicao-13/quando-a-esperanca-e-viva/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

PINTO, V. C. *Direito Urbanístico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIMENTA, D. A. *et al.* Programa Vila Viva: contradições e resistências no processo de urbanização de uma favela em Belo Horizonte. In: XV ENCONTRO NACIONAL DA ABRAPSO, 5., 2009, Maceió. *Anais [...]*. Brasília, DF: ABRAPSO, 2009. Disponível em http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/405.%20programa%20vila%20viva.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010.

SCHOLLER, H. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 7 abr. 2021.

SILVA, J. S. *Favela, alegria e dor na cidade*. Rio de Janeiro: Senac, 2005.

TONUCCI FILHO, J. B. M.; ÁVILA, J. L. T. *Urbanização da pobreza e regularização de favelas em Belo Horizonte*. Belo Horizonte: CEDEPLAR, 2008. Disponível em: <http://web.face.ufmg.br/cedeplar/site/seminarios/seminariodiamantina/2008/D08A117.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

UN-HABITAT. *The challenge of slums: global report on human settlements*. London: Earthscan, 2003.

UN-HABITAT. *The challenge of slums: global report on human settlements*. London: Earthscan, 2012.

TECENDO A REDE DA VIDA ALÉM DO CAPITALISMO VERDE

Maria de Fátima Schumacher Wolkmer¹

Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Jaqueline Scussel²

Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Artigo recebido em: 07/10/2021.

Artigo aceito em: 09/03/2022.

Resumo

A presente investigação apresenta uma reflexão acerca da atual crise ecológica como consequência da visão instrumental da natureza imposta pelo projeto da modernidade eurocêntrica ao resto do mundo. Assim, o objetivo geral da pesquisa consiste em verificar a possibilidade de superação do modelo econômico capitalista, especialmente sua versão denominada capitalismo verde, em direção a formas econômicas verdadeiramente sustentáveis, que ressignifiquem a soberania alimentar e a relação do homem com a natureza e com seu alimento, fora da racionalidade de mercado. Desse modo, a pesquisa compreendeu três etapas: na primeira, pretendeu-se examinar a relação do

homem com a natureza no marco cultural, epistemológico, jurídico e econômico da modernidade ocidental, assim como sua consequente crise. No item seguinte, buscou-se denunciar a ilusão que envolve o modelo denominado capitalismo verde, demonstrando sua ligação com crise alimentar. Por último, pretendeu-se produzir uma reflexão sobre possibilidades de transcender o presente modelo econômico e agrícola. Como resultado dessa investigação, apontou-se em direção a agriculturas reais e sensatas a partir da perspectiva do Sul global, resgatando a soberania alimentar e descolonizando as culturas alimentares. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, em pesquisa

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da UNESC. Integrante do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Membro do Projeto de Pesquisa “Em Busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: Inovações Sócio-jurídico-políticas na América-latina e África”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4887-5263/> e-mail: mfwoolkmer@yahoo.com.br

² Graduada em Direito pela UNESC. Investigadora do Grupo de Pesquisa interdisciplinar em Direitos Humanos e Democracia, da UNESC. E-mail: jaque.scussel77@gmail.com

do tipo qualitativa, com procedimento histórico e monográfico, com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: capitalismo verde; crise alimentar; direito humano à alimentação; giro descolonial.

WEAVING THE NET OF LIFE BEYOND GREEN CAPITALISM

Abstract

This investigation presents a reflection on the current ecological crisis as a consequence of the instrumental view of the nature imposed by the Eurocentric modernity project to the rest of the world. Therefore, the main objective of this research is to verify the possibility of overcoming the capitalist economic model, especially its version called green capitalism, seeking towards truly sustainable economic forms, that give new meaning to food sovereignty and to man's relationship with nature and with his food, out of market rationality. Thus, the research consisted of three stages: in the first, it was intended to examine the relationship between man and nature in the cultural, epistemological, legal and economic framework of western modernity, as well as its consequent crisis. In the next topic,

it was sought to report the illusion that involves the model called green capitalism, demonstrating its connection with the food crisis. By last, it was intended to make a reflection on the possibilities of transcending the current economic and agricultural model. As a result of this investigation, it was pointed towards real and reasonable agricultures from the global South perspective, rescuing food sovereignty and decolonizing food cultures. The approach method used was the deductive, in qualitative research, historical and monographic procedure, with bibliographic and documentary research techniques.

Keywords: decolonial turn; food crisis; green capitalism; human right to food.

Introdução

O modelo ocidental-moderno de sociedade e sua racionalidade profundamente antropocêntrica têm produzido, ao longo dos últimos 500 anos, a colonização e destruição da natureza em prol do desenvolvimento capitalista. A maneira como o ser humano se relaciona com os seres não humanos e com seu entorno tem levado à privatização dos bens comuns e produzido modelos industriais predatórios de cultivo da terra, que têm deflagrado grave problema alimentar global.

Assim, este artigo pretende apresentar algumas contribuições teóricas sobre possíveis saídas à atual crise civilizatória, que coloca em risco a própria existência humana na Terra, buscando sistemas alternativos de proteção e conservação da vida.

Para tanto, procura-se oferecer respostas à seguinte problemática: é possível superar o modelo econômico capitalista, especialmente sua vertente intitulada *capitalismo verde*, responsável por massiva devastação ambiental, a fim de resgatar a soberania alimentar, descolonizar as culturas alimentares e afirmar o direito humano à alimentação?

Buscando responder ao problema de pesquisa, delineou-se a seguinte hipótese de estudo: para concretizar o direito humano à alimentação, resgatar a soberania alimentar e descolonizar as culturas alimentares é preciso, primeiro, romper com o paradigma antropocêntrico que historicamente tem orientado a relação do ser humano com a natureza, bem como superar o atual modelo econômico que produz o esgotamento dos elementos naturais. A saída está, então, em repensar os direitos humanos a partir de diferentes cosmovisões e alternativos modos de entender, valorar e conceber a dignidade, aprendendo com as comunidades ancestrais, com os povos das florestas e ribeirinhos, desde sua própria perspectiva, resgatando o pluriverso humano como uma poderosa forma de resistência.

O método de abordagem da presente pesquisa será o dedutivo, estruturado a partir do raciocínio lógico instituído por Descartes (1996), que se origina em enunciados gerais, passando por suposições que constituem as premissas de pensamento racional e, que, deduzidas, permitem a formulação de conclusões. A vertente de pesquisa, por sua vez, será qualitativa, mediante a utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo.

Ademais, o método de procedimento será histórico e monográfico. O emprego do método de procedimento histórico tem como foco principal a investigação de fontes históricas e sua relação com o direito. Consiste, portanto, em uma abordagem essencial para o presente trabalho, pois permite analisar o contexto

histórico em que se deu o estabelecimento do paradigma antropocêntrico com o advento da Modernidade Ocidental e compreender suas principais características.

Ainda, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico, visando examinar o objeto da pesquisa a partir de seus múltiplos fatores e da totalidade de seus aspectos.

A técnica de pesquisa será bibliográfica e documental, com emprego de material diversificado, como livros, periódicos, teses, dissertações, artigos científicos e reportagens relacionadas a cada parte do tema a ser abordado.

O objetivo geral desta investigação é o de produzir uma reflexão acerca da viabilidade da proposta de superação do *capitalismo verde* com consequente afirmação da soberania alimentar e concretização do direito humano à alimentação.

Tem-se como objetivo específico produzir uma revisão crítica do fenômeno cultural da modernidade ocidental, a fim de identificar a *colonialidade da natureza* e denunciar o modelo econômico capitalista como responsável pelo desequilíbrio dos ritmos e ciclos naturais necessários à regeneração da vida. Buscar-se-á, ainda, investigar o discurso dominante de direitos humanos a partir do marco referencial descolonial, produzindo uma análise questionadora dos fundamentos e da historicidade da tradição liberal-burguesa, problematizando a noção ocidental de dignidade e sua pretensa universalização. Já o segundo objetivo específico consiste na análise do direito humano à alimentação, os desafios impostos a sua concretização, bem como a relação entre o modelo de *capitalismo verde*, o cultivo industrial da terra e a atual crise alimentar global. Por fim, o último objetivo específico implica pensar projetos de cuidado e respeito à terra e aos corpos, para transcender o atual modelo econômico e agrícola.

1 A natureza na modernidade ocidental

A conquista e a incorporação da América Latina ao cenário geopolítico mundial, em 1492, foram fatores decisivos para o desenvolvimento do capitalismo e para o estabelecimento de um sistema mundo moderno/colonial centrado na Europa (DUSSEL, 1993).

Na época da invasão, diferentes povos indígenas habitavam o continente, alguns inclusive responsáveis por desenvolver prósperas civilizações agrícolas cujas economias estavam baseadas na reciprocidade e no intercâmbio. Essas estruturas econômicas originárias, todavia, foram violentamente afetadas e desarticuladas pela lógica da acumulação ilimitada de riquezas, força motriz da expansão colonial (MIGNOLO, 2008; QUIJANO, 2005), e deram lugar à uma economia colonial orientada à exportação.

Abundantes em elementos naturais que a Europa não dispunha, como produtos tropicais e minérios, esses territórios foram alvos de uma dinâmica colonial que abasteceu as metrópoles europeias e impulsionou o sistema mercantilista nascente. Pode-se afirmar, inclusive, que sem a América, a Europa não teria se tornado nem moderna, nem se constituído como centro geopolítico mundial ou desenvolvido sociedades industriais alguns séculos à frente (SILVA; KROHLING, 2020; PORTO-GONÇALVES, 2003; HERRERO, 2017).

Esse universo colonial tem sido descrito pelas narrativas dominantes, nascidas na própria Europa, como algo separado e desconectado da modernidade. No entanto, esse discurso dominante precisa ser desmistificado, a fim de trazer à luz o lado oculto, constitutivo e necessário da modernidade ocidental: a “colonialidade”³ (COSTA; GROSFOGUEL, 2016; DUSSEL, 1993; QUIJANO, 2005).

Assim, foi a partir da América que o capitalismo se tornou mundial, eurocentrado, e que colonialidade e modernidade tornaram-se eixos constitutivos de um padrão de poder de aspiração global (QUIJANO, 2010).

A lógica da colonialidade “[...] passou por etapas sucessivas e cumulativas que foram apresentadas positivamente na retórica da modernidade: especificamente, nos termos da salvação, do progresso, do desenvolvimento, da modernização e da democracia” (MIGNOLO, 2017, p. 8).

Nessa perspectiva, a ideia de progresso foi fundamental na estruturação hierárquica e linear do planeta, em substituição à missão salvadora que se seguiu aos primeiros anos da conquista (MIGNOLO, 2020). Baseada em uma narrativa temporal evolucionista, unilinear e unidirecional que ia “[...] do primitivo ao civilizado, do irracional ao racional, do tradicional ao moderno e do mágico-mítico ao científico”, o homem europeu passou a autoproclamar-se o mais avançado da espécie, localizando as demais “raças” em um estágio subdesenvolvido nessa esteira evolutiva, como se fossem pré-europeus, pertencentes ao “estado de natureza”. E, na medida em que os povos não europeus passaram a ser vistos como inferiores, foram destituídos de seu lugar na produção do saber (QUIJANO, 2005).

O *ego cogito* (penso, logo existo) teorizado por René Descartes, substituiu o *ego conquirro* (conquisto, logo existo) do início da modernidade (DUSSEL, 1993), dando origem à *ego-política do conhecimento*, que não tardou em se tornar a expressão do modo de pensar de seu tempo, fundamentando toda a realidade a partir do “eu” moderno (MIGNOLO, 2017; LUDWIG, 2013).

³ Esse termo foi criado por Aníbal Quijano no final da década de 1980 para designar a lógica subjacente da civilização ocidental (MIGNOLO, 2017). Embora os termos colonialismo e colonialidade estejam interligados, é necessário indicar suas muitas diferenças. Segundo Quijano (2010a, p. 84), o colonialismo pressupõe a presença de uma administração colonial e de um controle político/administrativo; contudo “[...] nem sempre, nem necessariamente, implica relações racistas de poder. O colonialismo é, obviamente, mais antigo, enquanto a colonialidade tem vindo a provar, nos últimos 500 anos, ser mais profunda e duradoura que o colonialismo. Mas foi, sem dúvida, engendrada dentro daquele e, mais ainda, sem ele não poderia ser imposta na intersubjectividade (sic) do mundo tão enraizado e prolongado”.

Assim, o conhecimento e o direito passaram a ser exportados da Europa para o resto do mundo por meio de uma estratégia epistêmica denominada pelo filósofo colombiano Santiago Castro-Gómez (2005, p. 19-42) “*hybris* do ponto zero”. Encobrendo seu lócus enunciativo, os modelos jurídicos e científicos foram apresentados ao mundo como universais, neutros e objetivos (GROSGOUEL, 2010; QUIJANO, 2005), produzindo a instrumentalização da razão que acabou por originar paradigmas distorcidos de conhecimento. Nesse contexto, todos os saberes tradicionais capazes de atender aos propósitos do sistema capitalista foram apropriados pelo colonizador, e muitas conquistas intelectuais dos povos não europeus foram subsumidas ao projeto moderno/colonial (MIGNOLO, 2008; QUIJANO, 1992).

Foi sobre essas bases que se construiu o moderno paradigma jurídico, cujos principais institutos passaram a ser os direitos subjetivos, a liberdade contratual, a autonomia da vontade e a propriedade privada, elevada a direito sagrado, inviolável e ilimitado (WOLKMER, 1995). Em torno das transformações filosóficas, políticas e culturais desse contexto, foi se articulando a narrativa clássica dos direitos humanos, parte integrante do discurso da modernidade (CASTILHO, 2013).

Conforme Wolkmer (2019), a positivação dos direitos humanos nas declarações liberais-burguesas representou a expressão máxima da cultura capitalista e individualista. Contudo,

[...] estas históricas e liberais declarações que projetavam direitos como universais e gerais para todos os homens (os homens são livres e iguais) representavam os interesses e os privilégios de segmentos sociais ascendentes economicamente que buscavam instrumentos de proteção ao livre mercado e a garantia de sua propriedade privada. Por detrás dessas enunciações solenes, gerais e humanistas de direitos, ocultavam-se discursivamente conceituações estreitas, abstratas e contraditórias. Tratava-se de direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista (WOLKMER, 2019).

Nessa conjuntura, a dignidade humana estava condicionada à noção moderna de razão, que por sua vez pressupunha um pensamento orientado ao domínio e instrumentalização do mundo. Os conceitos aparentemente neutros implicavam, no fundo, uma dependência à adequação aos padrões e moldes culturais do Ocidente moderno, motivo pelo qual as culturas que não se estruturavam no individualismo racionalista e não utilizassem os critérios empregados pela ciência

moderna passaram a ser considerados menos racionais e, portanto, ontologicamente inferiores e primitivos (BRAGATO, 2014).

A modernidade, sendo a base cultural do Ocidente, estabeleceu um muro ontológico entre os indivíduos humanos e o restante do mundo. Enquanto o homem medieval via a si mesmo como parte de seu entorno – ainda que ocupasse posição privilegiada outorgada por Deus –, a partir do renascimento, o ser humano passou a ser concebido como ente independente, deixando de integrar a natureza (GUDYNAS, 1999; HERRERO, 2017). Daí decorre o cuidado dos pensadores do período em desvincular o universo ético do mundo material, como fez René Descartes com a oposição entre *res cogitans* – o espírito, a “coisa pensante” – e a *res extensa* – o corpo, a matéria/substância não pensante (COMPARATO, 1997), e Kant com as noções de *personae* e *res* – sujeito e coisa (COMPARATO, 2003).

A filosofia humanista da modernidade tornou o ser humano o ponto de partida epistemológico fundamental a partir do qual seria possível conhecer todo o resto que existia no mundo (FEINMANN, 2016). Nessa esteira, o moderno paradigma jurídico estruturou-se reconhecendo tão somente os seres humanos como sujeitos de direitos (SANTOS, 2019b), ao passo que a natureza não humana passou a ser concebida apenas como recurso, como uma natureza-coisa, despojada de subjetividade. Em função disso o dualismo cartesiano foi o pensamento que melhor atendeu aos propósitos do capitalismo, motivo pelo qual as demais concepções foram sendo postas de lado ou eliminadas (SANTOS, 2019b).

Conforme Gudynas (1999, p. 102, tradução livre), essa perspectiva sustentava que

[...] a natureza oferecia todos os recursos necessários e que o ser humano deveria controlá-la e manipulá-la. Essa visão se inicia com o Renascimento com as ideias sobre o conhecimento de F. Bacon, R. Descartes e seus seguidores. Esses pensadores romperam com a tradição medieval que via a natureza de forma organicista, como um ser vivo, em que as pessoas eram um componente a mais. Essa concepção foi fraturada, e a natureza foi despojada dessa organicidade e desde uma posição antropocêntrica passou a ser vista como um conjunto de elementos, alguns vivos e outros não, que podiam ser manipulados e manejados. A natureza passou a ser interpretada como o relógio de Descartes, composto por engrenagens e parafusos, em que, ao conhecer-se todas as suas partes, seria possível compreender e controlar o seu funcionamento⁴.

⁴ No original: “[...] la naturaleza ofrecía todos los recursos necesarios, y que el ser humano debía controlarla y manipularla. Esta visión se inicia en el Renacimiento con las ideas sobre el conocimiento de F. Bacon, R. Descartes y

Assim, como consequência do antropocentrismo, estabeleceu-se uma relação hierárquica que elevou a razão como mais valiosa ao mesmo tempo em que tornou o progresso a pedra angular da Ilustração. Segundo Yayo Herrero (2017), esse radical afastamento do homem em relação ao universo natural recebeu *status* de cientificidade e constitui o pecado original da atual cultura, uma vez que esse está na gênese da presente crise ecológica e civilizatória. Na perspectiva moderna, o progresso torna-se um modo de o homem se emancipar da natureza, que passa a ser entendida como um ente à disposição para ser controlado, dominado e explorado de modo ilimitado. Essa é uma aceção nefasta porque estimula uma lógica econômica predatória, ignora os limites biofísicos da natureza e constrói o marco de direitos em torno da figura humana como se pudesse subsistir à margem da natureza.

Assim, a concepção profundamente eurocêntrica de “recursos naturais” foi se estabelecendo a partir de uma noção utilitarista (SILVA; KROHLING, 2020), que tinha como preocupação descobrir e desenvolver meios de aprimorar a extração mineral, acurar a agropecuária e viabilizar os avanços e o crescimento industrial. Para isso,

[...] as riquezas de cada um dos países, os espaços vazios a ocupar e a qualidade da população foram invocados. [...] A ênfase foi colocada no crescimento econômico como gerador de progresso social e político. Alguns não negaram que essa busca gerou custos, geralmente referidos à área social, mas que foram entendidos como inevitáveis. Em contraste, os impactos ambientais ou limites ecológicos não foram levados em consideração. [...] Insistiram na enorme disponibilidade de recursos, na existência de espaços vazios que deviam ser “civilizados” e numa ampla capacidade de amortecimento de qualquer impacto ambiental. Especialmente no século 20, e em particular a partir de 1940, os modelos de desenvolvimento latino-americanos reivindicaram as ideias básicas do progresso perpétuo e da natureza subsidiária da natureza⁵ (GUDYNAS, 1999, p. 108-109, tradução livre).

sus seguidores. Estos pensadores rompieron con la tradición medioeval que veía a la naturaleza en forma organicista, como un ser vivo, y donde las personas eran un componente más. Esa concepción se fracturó, y la naturaleza quedó despojada de esa organicidad y desde una postura antropocéntrica se la vió como un conjunto de elementos, algunos vivos y otros no, que podían ser manipulados y manejados. La naturaleza pasó a ser interpretada como el reloj de Descartes, constituida por engranajes y tornillos, donde al conocerse todas sus partes, podría accederse a entender y controlar su funcionamiento” (GUDYNAS, 1999, p. 102).

5 No original: “Se insistía en la enorme disponibilidad de recursos, en la existencia de espacios vacíos que debían ser “civilizados” y en una amplia capacidad de amortiguación de cualquier impacto ambiental. En especial en el siglo XX, y en particular desde 1940, los modelos latinoamericanos del desarrollo, reivindicaban las ideas básicas del progreso perpetuo y el carácter subsidiario de la naturaleza” (GUDYNAS, 1999, p. 108-109).

Trata-se da falsa ideia, porém exaustivamente difundida de que o progresso pressupunha justos sacrifícios para produzir benefícios futuros. Ocorre que, historicamente, esses supostos benefícios jamais foram igualmente distribuídos: os proveitos e vantagens sempre foram direcionados às metrópoles europeias, ao passo que os prejuízos e sofrimentos, além de ocorrerem nas sociedades coloniais, nunca foram compensados ou retribuídos (SANTOS, 2019b).

Essa lógica modulou a história dos países da América Latina, mesmo no final século XX, quando os governos progressistas de países do Sul Global, especialmente na América Latina, a fim de implementar políticas sociais de combate à pobreza, passaram a adotar o neodesenvolvimentismo, também denominado neoextrativismo. Ocorre que tais modelos permaneceram obedecendo a mesma lógica neoliberal que ocasiona massiva devastação ambiental (SANTOS, 2019b).

Diante de tal cenário, são suscitadas as seguintes questões:

E quando o *boom* dos recursos naturais termina? Quando se tornar evidente que o investimento nos recursos naturais não foi devidamente compensado com o investimento em recursos humanos? Quando não houver dinheiro para políticas compensatórias generosas e o empobrecimento súbito criar um ressentimento difícil de gerir em democracia? Quando os níveis de doenças ambientais forem inaceitáveis e sobrecarregarem os sistemas públicos de saúde a ponto de os tornar insustentáveis? Quando a contaminação das águas, empobrecimento das terras e a destruição das florestas forem irreversíveis? Quando as populações indígenas, afrodescendentes e ribeirinhas expulsas das suas terras deambularem pelas periferias de cidades reclamando um direito à cidade que lhes será sempre negado? (SANTOS, 2019b, p. 47).

Segundo Santos (2019b, p. 47-48), essa problemática se desenvolve precisamente em torno da falta de reconhecimento da plena humanidade dos “[...] deslocados dos desastres ambientais, dos megaprojetos, da mineração e desmatamento, bem como as vítimas do agronegócio e dos agrotóxicos, reconhecidas as suas vidas, os seus saberes e as suas relações deferentes com a natureza não humana [...]”.

Em síntese, o sistema vigente vem apresentando diversos sinais de crise e esgotamento, que se expressam em nível econômico, financeiro, ecológico, alimentar, energético, no âmbito dos valores e no campo espiritual (ESTERMANN, 2012). Para Leff (2006), trata-se de uma crise civilizatória que coloca em risco a própria existência humana na Terra, e cuja superação depende de um novo paradigma construído sobre bases éticas e solidárias, capazes de redefinir a relação dos seres humanos entre si e com a natureza.

2 Direito humano a alimentação, capitalismo verde e crise alimentar

A agricultura é essencial à existência do homem. É dela que o ser humano retira grande parte dos alimentos e bens essenciais à sociedade. No período anterior à modernidade, as técnicas agrícolas causavam baixo impacto na natureza. Contudo, os avanços tecnológicos e os processos de modernização e mecanização, bem como a utilização de agrotóxicos, têm implicado alterações profundas no modelo de produção agrícola, gerando grandes impactos sociais, econômicos e ecológicos (PEREIRA; BORGES, 2020).

Nesse cenário de crise, um dos movimentos que tem ganhado destaque nos últimos anos tem sido a chamada *economia verde*, idealizada por economistas ambientais tradicionais e que tem como principais atores os agentes do agronegócio e as instituições financeiras. Tendo como argumento principal a promessa de aliar o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável, esse modelo vem se construindo em torno do emprego progressivo de tecnologia, da privatização dos bens comuns e dos recursos genéticos, da análise dos índices de redução da emissão de gases do efeito estufa, do investimento em energias renováveis e na responsabilização dos países do Sul pelo cuidado com as zonas denominadas “pulmões do planeta” (ESTERMANN, 2012; PACKER, 2020).

Ocorre que os movimentos sociais ligados à terra, à defesa das águas e à conservação das florestas e da biodiversidade, têm rejeitado categoricamente a ideia de *economia verde*, argumentando acerca da absoluta incompatibilidade entre a proteção e o cuidado da vida e a lógica de acumulação capitalista, por serem resultantes de racionalidade diametralmente opostas e irreconciliáveis. Chamando a *economia verde* de *capitalismo verde*, essas organizações buscam desmascarar a estratégia que intitulam *greenwashing*, que consiste na apropriação de bandeiras ambientalistas e de economia sustentáveis pelos interesses econômicos tradicionais, que seguem a mesma lógica econômica extrativista baseada no processo de objetificação da natureza, nas quais são mantidas “[...] as mesmas bases, em escala e intensidade, do modo de produção e consumo que produz escassez de recursos e excesso de resíduos incapazes de serem metabolizados pelo planeta” (PACKER, 2020).

Assim, o *capitalismo verde* propõe falsas soluções para o problema da crise ambiental global e, cada vez mais, permite às elites econômicas inserir a natureza na lógica da acumulação capitalista, que historicamente tem sido responsável pelo desequilíbrio dos ritmos e ciclos naturais necessários à regeneração da vida (PACKER, 2020, p. 3-4; MORENO, 2021).

Esse projeto também mantém como pressuposto a dicotomia entre homem e natureza, proveniente da filosofia dualista cartesiana, que tem sido responsável por colocar os recursos ligados à sobrevivência humana à disposição exclusivamente para a exploração ilimitada em prol do desenvolvimento capitalista (COMPARATO, 1997; HERRERO, 2017). Ao contrário, os mesmos idealizadores do *capitalismo verde* sustentam, para garantir seu uso futuro, o “mito da floresta intocada”, baseado na ideia de que a conservação somente é possível sem a presença humana, motivo pelo qual as comunidades ancestrais vêm sendo removidas e perdendo espaços vitais para seu modo de vida. Desse modo, essa crença equivocada ignora completamente a corrente preservacionista entre homem e natureza, que baseia modos de vida ligados a processos de seleção e manejo que promovem o desenvolvimento da biodiversidade silvestre e da agrobiodiversidade (PACKER, 2020; MORENO, 2021).

Segundo Moreno (2021, p. 3, tradução livre), “Em nome de uma suposta conservação ambiental, expulsa-se as comunidades de seus territórios, como se seus modos de vida ancestrais entrassem em contradição com a natureza. Porém, são essas comunidades as que historicamente vem cuidando e nutrindo a biodiversidade”⁶.

Assim, um dos principais objetivos dessa economia predatória maquiada de verde é ocultar a dependência entre o ser humano e a natureza, a fim de permitir a artificialização da vida e ampliar a possibilidade de apropriação e atribuição de valor econômico à natureza (PACKER, 2020; MORENO, 2021).

Sob o argumento de que a propriedade privada consiste num instrumento capaz de gerar conservação ambiental, tem-se ampliado a privatização sobre os chamados bens comuns, que cumprem funções ecossistêmicas vitais à reprodução e manutenção da vida no planeta, e que até então se encontravam fora do mercado. Nessa lógica, a natureza, os povos tradicionais e até os recursos genéticos tornam-se objetos apropriáveis por um único indivíduo com maior poder econômico, excluindo o acesso de todos os outros seres humanos (PACKER, 2020).

Conforme Packer (2020, p. 5):

Em um mundo onde o modo de produção e consumo geram cada vez maior escassez de bens ambientais vitais para a sobrevivência humana, a demanda de acesso por eles aumenta, por isso há uma valoração econômica. A precificação é cada vez maior desses chamados serviços ambientais.

6 No original: “En nombre de una supuesta conservación ambiental, expulsan a las comunidades de sus territorios, como si sus modos de vida ancestrales entraran en contradicción con la naturaleza. Pero son esas comunidades las que históricamente cuidan y nutren la biodiversidade” (MORENO, 2021, p. 3).

Nesse cenário, a gestão a partir do mercado de capitais aplicado ao meio ambiente induz cada vez mais degradação, porque quanto mais escasso é um bem, maior é seu valor na lógica do sistema capitalista. Portanto, quanto maior o desmatamento para a expansão do latifúndio para cultivo de soja ou para a pecuária, por exemplo, mais escasso será o ar puro, e maior valor terá no mercado financeirizado (PACKER, 2020).

Outra questão de grande importância e que decorre da orientação predatória da economia está relacionada à crise energética e alimentar, que têm se agravado exponencialmente nas últimas décadas.

O direito humano à alimentação apareceu por primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sendo também previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais em 1966, que incluiu, também, a proteção contra a fome (ROCHA; BURITY, 2021).

Contudo, apesar de um direito básico, pois dele depende diretamente a reprodução da vida, a garantia formal à alimentação vem enfrentando imensos desafios a sua concretização. Um deles tem sido a diminuição do cultivo dos alimentos de primeira necessidade, que vêm dando lugar à produção voltada a suprir a demanda por biocombustíveis. Os países periféricos têm se transformado em seus grandes exportadores, ao mesmo tempo em que vêm perdendo sua soberania alimentar (ESTERMANN, 2012; ROCHA; BURITY, 2021) e se tornado dependentes de um sistema agroalimentar globalizado (PACKER, 2020). Essa dinâmica foi sintetizada por Frei Betto (2007, p. 2) na seguinte afirmação: “Vamos alimentar carros e desnutrir pessoas”.

Desse modo, é possível afirmar que a segurança alimentar está sendo destruída pela indústria alimentar⁷, e o resultado não poderia ser outro senão o aumento exponencial da fome (SHIVA, 2002) e a mudança radical de sentido e significado dos alimentos (MORENO, 2021).

Concomitantemente à mercantilização dos bens ecológicos, a artificialização da agricultura e a procura pela criação de alimentos em laboratório integra o mesmo paradigma destrutivo que concebe o ser humano como diferente e independente da natureza (SHIVA, 2020). Assim,

Assumir que essa maneira distorcida e violenta de cultivar a terra (imposta ao mundo há menos de um século) é a única maneira que as pessoas têm e podem cultivar, denota uma grande cegueira em relação à diversidade cultural e às diferentes práticas agrícolas, ao mesmo tempo em que representa uma ameaça ao patrimônio

7 “En ello, los productos alimenticios ultraprocesados presentan la “fortificación” como solución. Añaden “más calcio” en la leche o cambian el azúcar de la Coca-Cola por stevia, como si ser saludable se redujera a eso. Lo “nutritivo” se mide ahora por la fragmentación de las sustancias, que pueden producirse en los laboratorios, en un proceso avanzado de hacer artificial todo lo que comemos” (MORENO, 2021, p. 2).

cultural de todos os países do mundo. Essa defesa apaixonada do “alimento falso” coloca em risco nossa conexão com a terra e a satisfação que produz ingerir alimentos cultivados com cuidado e inteligência por outros seres humanos (SHIVA, 2020, p. 3-4, grifo da autora).

Ao tentarem controlar o sistema alimentar, em realidade, as corporações transnacionais pretendem controlar a própria reprodução da vida no planeta, dada a importância da alimentação na organização da vida em sociedade (MORENO, 2021).

Para Vandana Shiva (2002), nesse ambiente nocivo, manifestam-se formas graves de insegurança interrelacionadas e geradoras de profunda violência. Uma delas é resultante da crise ecológica causada pela exploração dos recursos em um ritmo mais rápido daquele que a natureza é capaz de renová-los, o que produz pobreza, migrações e disputa pelos recursos que se tornam escassos. A autora cita também a insegurança econômica, resultado da destruição das riquezas naturais e do desmantelamento da resiliência das economias locais alternativas. Para ela,

Em vez de deixar as sementes nas mãos dos camponeses que as codesenvolvem em parceria com a natureza, as sementes se tornam um monopólio nas mãos de cinco ou seis empresas globais. Em vez de pertencer a milhões de comunidades locais, a água também deve ser controlada por cinco ou seis gigantes mundiais da água. São receitas que utilizam sistemas econômicos para apropriar a (sic) poucos a base de sobrevivência da maioria. Os 80% que são despojados da riqueza da natureza passam para a insegurança econômica, porque seu sustento como camponeses, pescadores, agricultores, tribais e moradores da floresta, todos dependem de ter a pesca, a terra e a floresta para levar a vida (SHIVA, 2002, p. 5-6).

Assim, a colonialidade da natureza, ou a *colonização do mundo da vida*, descrita por Habermas⁸, é resultante da modernidade ocidental e da busca pelo progresso, que obsta a efetivação dos direitos humanos sempre que estes colidirem com desenvolvimento econômico (SANTOS, 2019).

A partir da crítica feita à modernidade, desde o pensamento descolonial, não restam dúvidas de que os conceitos, a compreensão de dignidade humana e os mecanismos de proteção próprios do discurso eurocêntrico de direitos humanos atendem aos propósitos da colonialidade, formando parte essencial do sistema mundial moderno/colonial (ROSILLO MARTÍNEZ, 2016).

8 Ver: Habermas (1999).

Por isso, é necessário resgatar o sentido emancipatório dos direitos humanos, que emerge da capacidade de reação dos grupos marginalizados na luta por sua própria concepção de dignidade humana e pelo acesso aos bens necessários ao sustento e reprodução da vida (QUINTERO, 2019), assumindo um compromisso com a natureza e pela soberania alimentar.

3 Transcendendo o capitalismo verde: propostas para cuidar da terra

Em face dos impactos ambientais produzidos pela racionalidade e pelo modo de produção capitalista, urge reconhecer uma nova dimensão de direitos humanos capaz de conciliar o que o dualismo cartesiano separou, reinserindo o homem na natureza. Trata-se da demanda pelo reconhecimento dos seres não humanos como sujeitos de direitos, que já vem sendo bandeira de luta de diversos grupos subalternizados, especialmente povos indígenas, mulheres e camponeses (SANTOS, 2019b).

No modelo vigente, a economia está intimamente relacionada à afirmação ou violação dos direitos humanos, uma vez que o poder político se tornou cativo dos interesses econômicos, especialmente da versão mais predatória do capitalismo, o neoliberalismo (ZEIFERT; AGNOLETTO, 2019).

Diante desse cenário, ao contrário do que vem propondo o capitalismo verde, a verdadeira saída deve ser buscada nos modos pelos quais os povos das florestas, os camponeses, as comunidades tradicionais indígenas e as mulheres, ao longo dos séculos, têm se relacionado com a natureza e desenvolvido a agricultura por meio de técnicas e conhecimentos associados à preservação e conservação. Mas para que isso seja viável é preciso, antes de tudo, reconhecer os territórios, as práticas e os processos de transmissão de conhecimento intergeracional desses povos (MORENO, 2021; PACKER, 2020).

Assim, o problema não está em cultivar a terra, mas sim no cultivo industrial dessa com uso intensivo de produtos químicos e combustíveis, que é responsável por cerca de 50% das emissões de gases do efeito estufa (SHIVA, 2020).

Mas, para implementar essa transformação e lançar mão de práticas alternativas, é necessário destruir os “[...] cimentos ideológicos ocultos pela retórica da objetividade, da ciência, da neutralidade, da eficiência, da excelência [da episteme ocidental] e [...] desorientar as disciplinas e reorientá-las até uma visão nãoimperial/descolonial e capitalista na e da produção de conhecimentos”⁹ (MIGNOLO, 2008, p. 14, tradução livre).

⁹ No original: “[...] cimientos ideológicos ocultos por la retórica de la objetividad, de la ciencia, de la neutralidad, de la eficiencia, de la excelencia y al hacerlo trabaja para des-orientar las disciplinas y re-orientarlas hacia una visión no-imperial/colonial y capitalista en y de la producción de conocimientos” (MIGNOLO, 2008, p. 14).

Justamente nisso consiste o pensamento descolonial¹⁰, que defende a ideia do “giro decolonial”¹¹ (ESCOBAR, 2003; BALLESTRIN, 2013) não como uma opção, mas uma questão de sobrevivência do planeta. É a urgência de reconhecer a inesgotável diversidade epistemológica do mundo e romper com a crença na universalidade dos modelos originados nos centros de poder, construindo alternativas baseadas nas histórias, nos saberes e nas lutas engendradas desde o “Sul global” (SANTOS, 2010; BROCARD; TECCHIO, 2017).

Antes de mais nada, deve-se ter presente que esse não é um conceito geográfico, por mais que muitas vezes sua localização coincida com o hemisfério Sul. Em realidade, o Sul global tem sentido geopolítico e abrange a região do planeta que foi silenciada e esquecida no processo moderno/colonial. Nessa lógica, o Sul engloba “[...] um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo” (SANTOS, 2010, p. 19).

Portanto, tudo aquilo que escapou à destruição imposta pelo projeto da modernidade compõe o que Boaventura de Sousa Santos denominou “epistemologias do sul” (SANTOS; MENESES, 2010; WOLKMER, 2019), que tem se mostrado um referencial fundamental para a elaboração de uma teoria crítica e descolonial (CASTILHO, 2013). Assim, as epistemologias do Sul reúnem respostas epistemológicas desde a perspectiva subalterna e insurgente, que visam ampliar os processos de produção e partilha de conhecimento¹².

Esse processo exige uma nova perspectiva epistemológica descolonial chamada geopolítica do conhecimento, que visa, antes de tudo, a afirmação de um lócus de enunciação¹³ para desconstruir a falsa ideia de objetividade e neutralidade da episteme ocidental, representada pela *ego-política do conhecimento* (COSTA; GROSGOUEL, 2016). Nesse sentido, as epistemologias do Sul consistem em um projeto de superação do paradigma eurocêntrico e uma proposta de repensar o mundo a partir das contribuições do Sul (SANTOS; ARAÚJO; BAUMGARTEN, 2016).

10 Desde sua formulação original, o termo vem sendo empregado de diversas maneiras. Catherine Walsh e outros autores optam pela utilização da expressão “decolonial”, por entenderem que a retirada da letra “s” marcaria a distinção entre o projeto do programa de investigação modernidade/colonialidade e a ideia histórica de descolonização jurídico-política (BALLESTRIN, 2013). Para o presente trabalho ambos os termos terão o mesmo significado, mas a opção pela grafia “descolonial” e não “decolonial” segue na perspectiva dos autores vinculados ao programa que entendem que a descolonização deve implicar não a simples superação do colonialismo, mas ser utilizada como uma ferramenta política, epistemológica e social de construção de instituições e relações sociais realmente pautadas na superação das opressões e das estruturas coloniais (CASTILHO, 2013, p. 15).

11 Termo criado por Nelson Maldonado-Torres para descrever um movimento de resistência à lógica da colonialidade (BRAGATO, 2014; BALLESTRIN, 2013).

12 Nesse trabalho é adotada a tipologia de Santiago Castro-Gómez (2005), que inclui as epistemologias do Sul no giro descolonial.

13 Segundo Grosfoguel (2010, p. 459), o “[...] fato de alguém se situar socialmente no lado oprimido das relações de poder não significa automaticamente que pense epistemicamente a partir do lugar epistêmico subalterno. Justamente, o êxito do sistema-mundo moderno/colonial reside em levar os sujeitos socialmente situados no lado oprimido da diferença colonial a pensarem epistemicamente como aqueles que se encontram em posições dominantes”.

Tendo presente que os dilemas e as problemáticas modernas não contam com soluções modernas, é possível reconhecer, nas diferentes formas de vida, epistemologias, visões de mundo e gramáticas alternativas e ancestrais com dignidade, um horizonte futuro para a superação do referencial moderno, marcado pelo individualismo, pela racionalidade técnico-instrumental e pelo universalismo (SANTOS, 2019b).

Inicialmente, deve-se busca estabelecer uma indivisibilidade entre direitos humanos dos seres humanos e direitos dos seres não humanos (SANTOS, 2019), na mesma direção que gramáticas alternativas de dignidade que, ao contrário da teoria clássica que sempre acolheu exclusivamente os seres humanos, reconhecem que “[...] os humanos estão integrados em entidades mais amplas – a ordem cósmica, a natureza – que, se não forem protegidas, de pouco valerá a proteção concedida aos humanos” (SANTOS, 2019b, p. 55-56).

Nesse sentido,

[...] trata-se de convocar diferentes cosmovisões que permitam, por um lado, ressignificar o humano como parte da biodiversidade e a natureza como condição de uma pluralidade de ontologias [...]. Nesse sentido [...] [se] estabelece um diálogo crítico com as cosmologias, direitos não humanos emergentes e lutas (dos povos indígenas, afrodescendentes e camponeses) que expõem as maciças violações de (*sic*) desigualdades, resultantes quer do capitalismo extrativista, quer do modo como o direito ao desenvolvimento se tem sobreposto, no Norte Global e no Sul Imperial, à urgência de inverter a devastação ecológica (SANTOS, 2019c, p. 27).

Nessa direção, segundo Shiva (2020), é possível afirmar que a verdadeira agricultura¹⁴ consiste em cultivar a terra de maneira natural, respeitando os modos e os ritmos próprios da natureza e obedecendo às leis da ecologia. O alimento real, em oposição ao “alimento falso”, que tem destruído a democracia alimentar e aumentado o controle corporativo, é um subproduto dessa agricultura saudável e cuidadosa com o planeta e, portanto, protege a vida, possibilita o rejuvenescimento da terra e das economias, e preserva a diversidade cultural alimentar.

Segundo a filósofa e ecofeminista indiana, o ressurgimento das “políticas agrícolas sensatas”, como a agroecologia, representa a busca por uma agricultura regenerativa de cultivos naturais que possibilite recuperar a terra, o alimento e os corpos. Trata-se do resgate da *cidadania da terra*, termo derivado da noção maior de *democracia da terra*, originada de *vasudhaiva kutumbkam*, categoria ancestral

¹⁴ A palavra “agricultura” deriva do latim e significa “cuidar da terra” (SHIVA, 2020).

do pensamento indiano que significa “família da terra” (SHIVA, 2002; SHIVA, 2020).

Além de conceber o humano como um *continuum* da natureza, a perspectiva da *democracia da terra* propõe a recuperação da democracia por meio da reivindicação, desde os movimentos sociais, do direito de cuidar da biodiversidade e usá-la de maneira sustentável. Foi justamente essa a exigência do movimento ocorrido no Dia Mundial do Meio Ambiente, no ano de 1998, em que 200 aldeões indianos,

[...] reunidos em uma aldeia nas montanhas altas perto de um afluente do Ganges, disseram: “*Recebemos nossas plantas medicinais, nossas sementes, nossas florestas da natureza através de nossos ancestrais; a eles devemos a conservação para o futuro. Prometemos que nunca permitiremos sua erosão ou roubo. Prometemos que nunca aceitaremos patentes, modificações genéticas nem permitiremos que nossa biodiversidade seja poluída de qualquer forma, e prometemos que iremos atuar como os povos desta biodiversidade*”. [...] Cartas similares foram enviadas ao primeiro ministro da Índia: “*Você é o Primeiro Ministro deste país, mas nós somos os guardiões da biodiversidade. Esta não é sua jurisdição. Você não pode assinar esses direitos. Eles não foram dados a você. Nós nunca os delegamos a você.*” Mas as mais belas foram criadas literalmente sob as árvores da vila e endereçadas à empresa Ricetec Inc., que patenteou o arroz Basmati, e à Grace Corporation, que patenteou o nome. As cartas diziam: “*Nós usamos Basmati há séculos. [...] Agora, ouvimos dizer que você tem um número de patente para isso e afirma tê-lo inventado. Esse tipo de pirataria e roubo que sabemos que acontece. Há pessoas que roubam em nossa aldeia, e nós as tratamos com compreensão. Nós as chamamos e pedimos que expliquem qual é a compulsão que os levou a roubar. Por isso, convidamo-lo a vir à nossa vila e a nos explicar a compulsão que fez você roubar de nós.*” (sic) (SHIVA, 2002, p. 2-3, grifo da autora).

Ao declararem sua soberania, essas comunidades desenvolveram uma poderosa resposta à globalização corporativa e seus processos de privatização e destruição dos bens comuns. Trata-se de um ressurgimento espontâneo da busca por sistemas de proteção da vida e procura por estabelecer ciclos virtuosos que permitam aprofundar a democracia, aproximando a comunidade dos processos de tomada das decisões que afetam diretamente sua vida (SHIVA, 2002).

Por isso, se um rio está fluindo através de algumas comunidades, essas comunidades devem ter o poder e a responsabilidade de decidir como a água é usada e se deve ser poluída. As comunidades precisam retomar a soberania e delegar tutela no Estado apenas conforme apropriado (SHIVA, 2002, p. 7).

Diante da encruzilhada histórica imposta pelo capitalismo, a descolonização não é questão de escolha, mas de necessidade urgente para a sobrevivência do planeta. Diante desse panorama, é preciso repensar a relação do homem com a natureza e superar o atual modelo econômico, a fim de resgatar a soberania alimentar e descolonizar as culturas alimentares. A saída está, então, em aprender com as comunidades ancestrais, com os povos das florestas e ribeirinhos, desde uma perspectiva do Sul global, resgatando o pluriverso humano e as diversas culturas e gramáticas de dignidade como uma poderosa forma de resistência.

Conclusão

A presente discussão objetivou apresentar contribuições teóricas acerca da viabilidade da proposta de superação do *capitalismo verde* para afirmação da soberania alimentar e concretização do direito humano à alimentação.

Buscando responder o questionamento acerca da possibilidade de superação desse modelo e resgate da soberania alimentar, descolonização das culturas alimentares e afirmação do direito humano à alimentação, demonstrou-se, como resultado, a possibilidade de construir agriculturas reais e sensatas, a partir da perspectiva do Sul global.

Desse modo, intentou-se produzir, desde o marco referencial descolonial, uma revisão crítica do fenômeno cultural da modernidade ocidental, com o objetivo de identificar a *colonialidade da natureza* e de denunciar o modelo econômico capitalista como responsável pelo desequilíbrio dos ritmos e ciclos naturais necessários à regeneração da vida. Ademais, propôs-se uma análise questionadora do discurso dominante de direitos humanos, problematizando a noção ocidental de dignidade e sua pretensa universalização.

No item seguinte, procurou-se analisar o direito humano à alimentação, os desafios impostos a sua concretização, bem como a relação entre o modelo *capitalismo verde*, o cultivo industrial da terra e a atual crise alimentar global.

Por fim, no último item buscou-se pensar projetos alternativos, baseados no cuidado e respeito à terra e aos corpos, para transcender o atual modelo econômico e agrícola destrutivo.

Assim, obteve-se a confirmação da hipótese; ou seja, a pesquisa demonstrou

que para superar o atual modelo de agricultura industrial, deve-se buscar projetos baseados no cuidado e reprodução da vida, aprendendo com os saberes dos camponeses, dos povos das florestas, das comunidades tradicionais indígenas e das mulheres, que, ao longo dos séculos, têm se relacionado com a natureza e desenvolvido uma agricultura voltada à preservação e conservação, para reestabelecer a corrente preservacionista entre homem e a natureza.

Referências

BALLESTRIN, L. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 11, p. 89-117, mar. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BETTO, F. Necrocombustíveis. *Repórter Brasil*, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2007/07/21/necrocombustiveis-por-frei-betto/>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRAGATO, F. F. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-223, abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BROCARD, D.; TECCHIO, C. Olhares para a História: pós-colonialismo, estudos subalternos e decolonialidade. *Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade*, Foz do Iguaçu, v. 3, p. 1-9, dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/496>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CASTILHO, N. M. *Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América Latina: um diálogo a partir da obra de Joaquín Herrera Flores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3003>. Acesso em: 6 ago. 2021.

CASTRO-GÓMEZ, S. *La hybris del punto zero: ciência, raza e ilustración em la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: CLACSO, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/pensar-puj/20180102042534/hybris.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo:

Saraiva, 2003.

COMPARATO, F. K. Fundamento dos direitos humanos. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 1-29. 1997. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

COSTA, J. B.; GROSGOUEL, R. Decolonialidade e perspectiva negra. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, DF, v. 31, n. 1, p. 15-24, abr. 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/se/v31n1/0102-6992-se-31-01-00015.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

DESCARTES, R. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUSSEL, E. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

ESCOBAR, A. Mundos y conocimientos de otro modo. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 1, p. 51-86, dez. 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600104.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ESTERMANN, J. Crisis civilizatoria y vivir bien. *Revista Polis*, Santiago, v. 11, n. 33, p. 149-174, 2012. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-65682012000300007&script=sci_arttext. Acesso em: 17 set. 2021.

FEINMANN, J. P. Colón descubre América, Descartes la subjetividad – Capítulo 3 – Primera temporada. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (26 min). Publicado pelo canal Filosofia aquí y ahora. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TOe4U_pAWuI. Acesso em: 9 set. 2021.

GROSGOUEL, R. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 455-492.

GUDYNAS, E. Concepciones de la naturaleza y desarrollo en América Latina. *Persona y Sociedad*, Santiago de Chile, v. 13, n. 1, p. 101-125, abr. 1999. Disponível em: <https://ecologiasocial.com/2005/02/concepciones-de-la-naturaleza-y-desarrollo-en-america-latina/#>. Acesso em: 1 set. 2021.

HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999.

HERRERO, Y. Una revisión crítica de la modernidade. [S. l.: s. n.], 2017. 1 vídeo (74 min). Publicado pelo canal Solidaridad Internacional Andalucía. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mnBIzXzIGO0>. Acesso em: 5 ago. 2021.

LEFF, E. *Epistemologia ambiental*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LUDWIG, C. L. Filosofia e pluralismo: uma justificação filosófica transmoderna ou descolonial. In: WOLKMER, A. C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. M. (orgs.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99-124.

MIGNOLO, W. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *RBCS*, São Paulo, v. 32, n. 94, p. 1-18, jun. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcoc/v32n94/0102-6909-rbcoc-3294022017.pdf>. Acesso em: 4 set. 2021.

MIGNOLO, W. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2020.

MIGNOLO, W. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 8, p. 243-281, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n8/n8a13.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

MORENO, T. La ONU y el capitalismo verde atacan la soberania alimentaria. *Portal Capire*, 24 jul. 2021. Disponível em: https://capiremov.org/es/analisis/la-onu-y-el-capitalismo-verde-atacan-la-soberania-alimentaria/?fbclid=IwAR1REECuHqZRuKKJem97jIhXhKyYTSbJEst58zK2kBDHA_Bwz0yi6WNQVYI. Acesso em: 22 ago. 2021.

PACKER, L. Economia verde é “falácia miraculosa” para tempos de destruição”. [Entrevista concedida a] Caroline Oliveira e Sheila Oliveira. *Brasil de fato*, 21 set. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/21/economia-verde-e-falacia-miraculosa-para-tempos-de-destruicao-diz-larissa-packer>. Acesso em: 13 set. 2021.

PEREIRA, C. F. P.; BORGES, T. A. B. A segurança alimentar no uso de agrotóxicos e o direito de escolha do consumidor. *Dom Helder Revista de Direito*, v. 3, n. 5, p. 181-205, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1836>. Acesso em: 7 nov. 2021.

PORTO-GONÇALVES, C. W. A Geograficidade do social: uma contribuição para o debate metodológico sobre estudos de conflito e movimentos sociais na América Latina. In: SEONE, José (org.). *Movimientos sociales y conflictos en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2003. Disponível em: <http://bibliotecavirtual>.

clacso.org.ar/ar/libros/osal/seoane/porto.rtf. Acesso em: 20 ago. 2021.

QUIJANO, A. Colonialidad y modernidad/razionalidad. *Revista Perú Indígena*, Lima, v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992. Disponível em: <https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 84-130.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 107-130.

QUINTERO, G. M. Derechos humanos y colonialidad: a 70 años de la Declaración Universal. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, Valencia, n. 39, p. 507-225, 2019. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/14004>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ROSILLO MARTÍNEZ, A. Repensar derechos humanos desde la liberación y la descolonialidad. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 722-749, fev. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21825>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ROCHA, N. C.; BURITY, V. T. A. O direito humano à alimentação no mundo e no Brasil. *Nexo*, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-direito-humano-%C3%A0-alimenta%C3%A7%C3%A3o-no-mundo-e-no-Brasil>. Acesso em: 20 set. 2021.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, B. S. *Os direitos humanos dos próximos 70 anos: para uma declaração universal?* [S. l.: s. n.], 2019a. 1 vídeo (87 min). Publicado pelo canal Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5_J9k5mqync&t=1098s. Acesso em: 12 dez. 2020.

SANTOS, B. S. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, B. S.; MARTINS, B. S. *O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2019b. Disponível: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/BSS_Direitos%20Humanos%20Democracia%20Desenvolvimento.pdf. Acesso em: 1 ago. 2021.

SANTOS, B. S. Introdução. In: SANTOS, B. S.; MARTINS, B. S. *O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade*. Belo Horizonte:

Autêntica, 2019c. Disponível em: https://issuu.com/grupoautentica/docs/capa_8203ee00e11643. Acesso em: 10 ago. 2021.

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-84.

SANTOS, B. S.; ARAÚJO, S.; BAUMGARTEN, M. As epistemologias do sul num mundo fora do mapa. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, n. 43, v. 18, p. 14-23, dez. 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/j/soc/a/Y3Fh6D3ywMCFym4wMFVdzsq/?lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SHIVA, V. Democracia da Terra: soberania comunitária como resistência à globalização e extração predatória de recursos. [Entrevista concedida a] Sarah Ruth Van Gelder. *Yes! Magazine*, Bainbridge Island, 2002. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/democracia-da-terra-entrevista-com-vandana-shiva-2e24eb9e9154>. Acesso em: 29 ago. 2021.

SHIVA, V. Recuperar a terra, nosso alimento e nossa agricultura. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/597095-recuperar-a-terra-nosso-alimento-e-nossa-agricultura-artigo-de-vandana-shiva?fbclid=IwAR1k7ncXY1KuF4K0aZnbRTYI7dEVIYRGI94qoXWBPFxzg8rUMsuXCxlPiCU>. Acesso em: 1 set. 2021.

SILVA, T. M.; KROHLING, A. Feminismo e decolonialidade na América Latina: a libertação da mulher dos países latino-americanos e sua contribuição para a efetivação da sustentabilidade. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 6, n. 1, p. 117-139, jul. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/6596>. Acesso em: 25 set. 2021.

WOLKMER, A. C. Ideias e instituições na modernidade jurídica. *Revista CCJ/UFSC*, Florianópolis, n. 30, p. 17-23, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15818/14312>. Acesso em: 17 jul. 2021.

WOLKMER, A. C. Reinvenção dos direitos humanos: um aporte descolonial desde o sul. In: RABINOVITCH-BERKMAN, R. *Los derechos humanos desde la historia*. Santiago: Hammurabi, 2019. p. 287-298.

ZEIFERT, A. P. B.; AGNOLETTI, V. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. *Revista Húmus*, São Luís, v. 9, n. 26, p. 197-218, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12077/6801>. Acesso em: 9 ago. 2021.