

ISSN - 2763-9339

Número

3

Volume 01

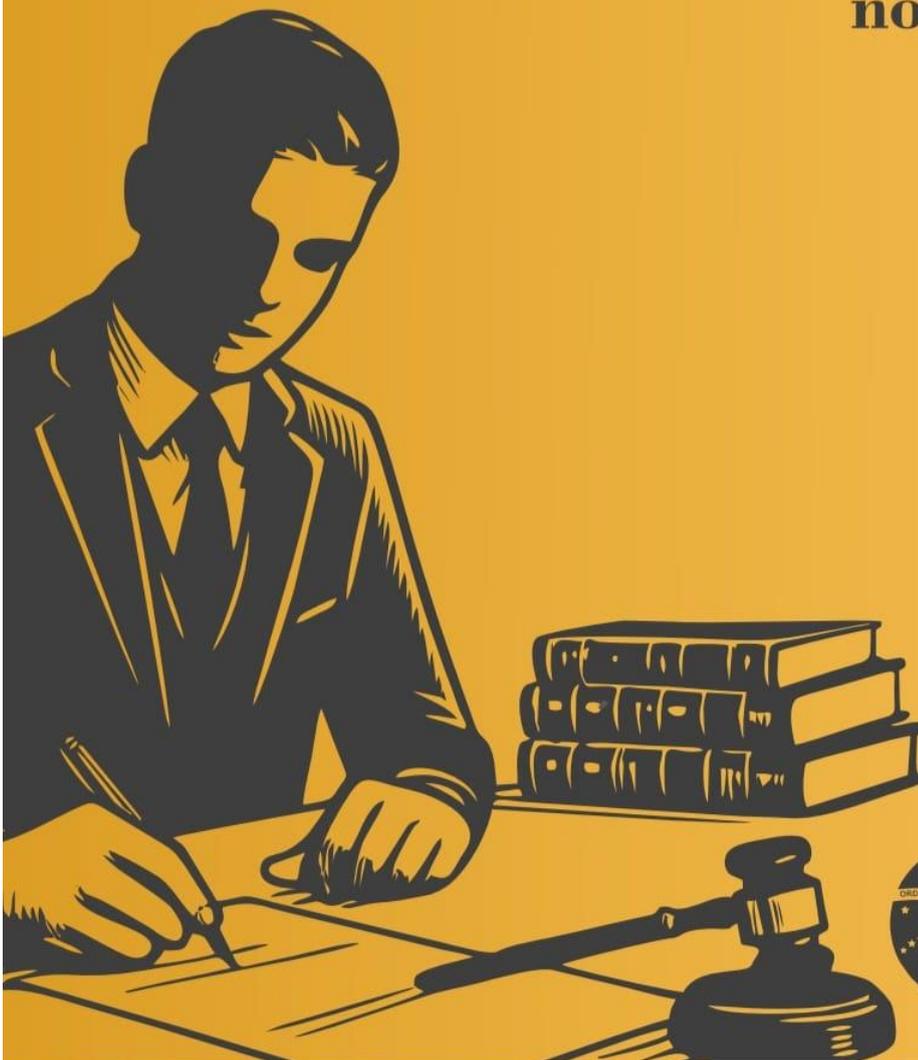
Revista Científica

Ordem dos Advogados do Brasil - Acre

www.oabac.org.br

7

novos artigos



REVISTA CIENTÍFICA

**Ordem dos Advogados do Brasil
Seccional Acre
(ISSN 2763-9339)**

**Volume 1
Edição N° 3
Ano 2023**

REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL ACRE (ISSN 2763-9339)

Publicação anual do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Acre - OAB/AC, em circulação desde 2021.

Missão e Política Editorial:

Publicar resenhas e artigos científicos originais e inéditos, com qualidade aprovada pelo Conselho Científico. As contribuições podem ser nas grandes áreas de ciências humanas, ciências sociais e aplicadas, desenvolvendo aspectos voltados ao estudo do direito e ênfase para a Advocacia.

Conselho Editorial:

Ana Caroliny Silva Afonso Cabral
Emerson Silva Costa
Fagner Calixto Mourão
Helcínkia Albuquerque dos Santos
Kelley Janine Ferreira de Oliveira
Laura Cristina Lopes de Souza Julião
Marco Aurélio Guilherme Flores
Pedro Augusto França de Macedo
Tatiana Alves Carbone

Conselho Científico:

Prof. Me. Cássio Pinheiro Bandeira
Prof. Me. Danilo Alves Scramin
Profa. Dra. Fabiana David Carles
Prof. Dr. Francisco Raimundo Alves Neto
Prof. Me. Francisco Silvano Rodrigues Santiago
Prof. Me. Linneker Belinni Jovino Maia
Profa. Me. Sabrina Cassol
Profa. Me. Simone Jaques de Azambuja Santiago

Produção Editorial:

Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Acre; Rio Branco – Acre, Brasil
Pedro Augusto França de Macedo (Editor-Chefe)
Helcínkia Albuquerque dos Santos (Editora-Adjunta)
Fagner Calixto Mourão (Apoio gráfico-editorial e produção da capa)

Responsabilidade e Copyright:

As opiniões contidas nos textos são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Admite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente identificada a fonte.

REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - ACRE. V. 1, N. 2, Ano 2022.

ISSN 2763-9339, Rio Branco: Acre.

APRESENTAÇÃO

A publicação da Revista Científica da OAB/AC tem o objetivo de contribuir com o conhecimento jurídico por meio da publicação de trabalhos científicos, decorrentes de pesquisas na área do Direito que obedeçam rigoroso padrão científico e metodológico.

É uma forma de dar visibilidade à produção científica da advocacia acreana, sem exclusão das demais carreiras jurídicas ou de autores de outros cantos do país. Trata-se, pois, de periódico diversificado, com pesquisas nas áreas de Direito Público e Privado, abarcando, assim, várias disciplinas jurídicas.

Além disso, a Revista Científica da OAB-AC se apresenta como importante mecanismo para a efetivação da pesquisa jurídica no Estado do Acre, com aptidão para contribuir com a formação intelectual e com o incentivo à reflexão crítica por parte da comunidade jurídica acreana.

Com esses propósitos, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Acre, apresenta a terceira edição de sua Revista Científica.

Rodrigo Aiache
Presidente da OAB/AC

Socorro Rodrigues
Vice-Presidente da OAB/AC

SUMÁRIO

1 CARTA AOS LEITORES

2 A INCONVENCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS INTERMINISTERIAIS QUE RESTRINGIRAM A ENTRADA DE MIGRANTES NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 (**Júlio César Sueza da Silveira e Cláudio Vinícius Mesquita e Silva**)

3 APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (**Gabriela dos Santos Lopes e Silva**)

4 A PROTEÇÃO BRASILEIRA AOS DIREITOS DOS CIGANOS PARA UMA VERDADEIRA INCLUSÃO SOCIAL (**Helcínkia Albuquerque dos Santos Nunes**)

5 A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL (**Pedro Augusto França de Macedo e Thallis Felipe Menezes de Souza Brito**)

6 A UTILIZAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS COMO INSTRUMENTO DE LAVAGEM DE CAPITAIS (**Cláudio Vinícius Mesquita e Silva e Júlio César Sueza da Silveira**)

7 OS IMPASSES PARA A EFETIVAÇÃO DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL (**Ana Letícia da Silva Rocha, Arthur Henrique de Souza Cavalcante Ferreira e Monique Aline Felix de Moraes**)

8 POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGISLAÇÃO CONTRA O TRABALHO INFANTIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA (**Cristyelle da Silva Batista Geisa Bezerra Silva e Isabelly Krystal Souza Chagas**)

9 TRIBUNAL DO JÚRI: A INEFICÁCIA TÉCNICA DO JÚRI E SUAS REVERBERAÇÕES NA SEGURANÇA JURÍDICA PENAL BRASILEIRA (**Vitória Linhares Batista de Carvalho**)

CARTA AOS LEITORES

Com grande entusiasmo, apresentamos a terceira edição da Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil - Acre, contendo pesquisas em diversos ramos jurídicos, com o objetivo de democratizar o conhecimento, de forma gratuita, disseminar a ciência e contribuir para o aprimoramento da cultura jurídica.

Mantendo a tradição deste corpo editorial, nesta edição, contemplamos autores de várias gerações, para diversificar o olhar sobre o mundo forense. Assim, esperamos que a leitura dos artigos seja de grande valia não só à advocacia, mas também aos estudantes, pesquisadores e demais profissionais do Direito, propiciando novos e instigantes debates e discussões.

E nada disso seria possível sem as valiosas contribuições dos autores, pareceristas e leitores da Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil – Acre, a quem registramos um agradecimento especial. Vocês são a razão da existência deste periódico! Vocês permitem que a revista evolua a cada número. Portanto, recebam toda nossa gratidão pela credibilidade depositada em neste periódico.

Na terceira edição, a Revista Científica da OAB–AC reúne uma série de trabalhos que trazem profícuos e interessantes debates na área jurídica. Os artigos selecionados refletem questões bastante próximas ao cotidiano da advocacia, sem abandonar o rigor científico e o aspecto global do Direito.

As temáticas da constitucionalidade e dos direitos fundamentais aparecem nas discussões relacionadas as portarias que restringiram a entrada de migrantes no Brasil durante a portaria, na proteção dada aos ciganos para a promoção de uma verdadeira inclusão social e na relevância da questão federal para a admissibilidade do recurso especial.

Já as ciências criminais são debatidas nos artigos que tratam da utilização de criptomoedas como instrumento de lavagem de capitais; da aplicabilidade da justiça restaurativa nos crimes de violência doméstica; e da ineficácia técnica do júri na segurança jurídica penal brasileira.

Os impasses para a efetivação do ensino domiciliar no Brasil e as políticas públicas e a legislação contra o trabalho infantil também são objeto de abordagem, reforçando o caráter multidisciplinar da revista.

Desse modo, não há dúvidas que a Revista Científica da OAB-AC se tornou um veículo de divulgação científica com aptidão de atender demandas profissionais e acadêmicas, aliando a responsabilidade científica e a preocupação com a solução de problemas do cotidiano forense.

Ainda, há que se destacar a participação plural de autores, cuja gama abarca desde renomados pesquisadores no cenário jurídico acreano a jovens advogados que, por meio da pesquisa, almejam qualificação e capacitação profissional. Tal fato indica a necessária evolução norteadas pelo progresso científico, econômico e cultural da sociedade.

Por isso, seguramente, reafirmamos que a Revista Científica da OAB Acre atinge, nesta terceira edição, uma extraordinária condição de evidência local, regional e nacional com tendência de crescimento e constante qualificação.

Assim, desejamos uma boa leitura!

*Prof. Me. **Pedro Augusto França de Macedo***
Editor-Chefe

*Profa. Me. **Helcínkia Albuquerque dos Santos***
Editora-Adjunta

A INCONVENCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS INTERMINISTERIAIS QUE RESTRINGIRAM A ENTRADA DE MIGRANTES NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

THE UNCONVENTIONALITY AND UNCONSTITUTIONALITY OF THE INTERMINISTERIAL ORDINANCES THAT RESTRICTED THE ENTRY OF MIGRANTS IN BRAZIL DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Júlio César Sueza da Silveira¹
Cláudio Vinícius Mesquita e Silva²

RESUMO

O presente trabalho traz como tema A possível inconveniência e inconstitucionalidade de portarias interministeriais que restringiram a entrada de migrantes no Brasil durante a pandemia de COVID-19. Em face disso, busca-se verificar se as portarias interministeriais a serem analisadas encontram-se em sintonia com a Constituição de 1988 e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Esse tema tem impacto substancial na atualidade, haja vista o período prolongado de restrições impostas à mobilidade de migrantes, o que gerou e tem gerado consequências fáticas e jurídicas de grande repercussão na vida destes seres humanos em deslocamento e de diversos brasileiros. Para isto, realizou-se uma pesquisa de natureza qualitativa e de abordagem dedutiva, muito voltada para a análise bibliográfica e documental, o que permitiu identificar o desrespeito a direitos humanos e fundamentais de forma concreta.

Palavras-chave: Portarias interministeriais. Migrantes. COVID-19.

ABSTRACT

The present work has as its theme The possible unconventionality and unconstitutionality of interministerial ordinances that restricted the entry of migrants in Brazil during the COVID-19 pandemic. In view of this, we seek to verify whether the interministerial ordinances to be analyzed are in line with the 1988 Constitution and the International Conventions on Human Rights. This theme has a substantial impact today, given the prolonged period of restrictions imposed on the mobility of migrants, which generated and has generated factual and legal consequences of great repercussion in the lives of these human beings on the move and of several Brazilians. For this, a qualitative research with a deductive approach was carried out, very focused on bibliographic and

¹ Pós-graduado em Direitos Humanos pelo Curso CEI. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre (UFAC). Advogado. E-mail: juliosueza892adv@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre (UFAC); Pós-graduando em Direito Previdenciário Aplicado e em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Legale. E-mail: claudiovsilva.adv@gmail.com;

documental analysis, which allowed identifying the disrespect for human and fundamental rights in a concrete way.

Keywords: Interministerial ordinances. Migrants. COVID-19.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo promover uma análise das portarias interministeriais que restringiram a entrada de migrantes no Brasil durante a pandemia de COVID-19, buscando aferir se as disposições destes atos normativos estão em consonância com a Constituição Federal de 1988, bem como com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, as quais o Brasil tenha se submetido, com enfoque maior, neste último caso, na Convenção Interamericana de Direito Humanos.

Inicialmente, estabeleceram-se as noções preambulares de Constituição e Convenção, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, e delineamentos sobre a relação soberania-convenções internacionais, já que são engrenagens indispensáveis para a compreensão meio e fim do trabalho.

Trata-se, nesse ínterim, de tema de suma relevância dentro do cenário contemporâneo brasileiro, uma vez que as ideias desenvolvidas podem reforçar a necessidade de proteção dos migrantes e refugiados, assim como fornecer subsídios teóricos para uma possível atuação jurisdicional na defesa de Direitos Humanos dos grupos vulneráveis objeto do estudo.

Em razão disso, de forma didática, realizou-se uma exposição constitucional e convencional da temática, com enfoque nos princípios que regem as relações internacionais do Brasil e seus objetivos fundamentais. Destacou-se, igualmente, a importância da Lei de Migração e da Lei do Refúgio como marcos legais e teóricos capazes de regulamentar o quadro jurídico migratório no país.

A todo momento, buscou-se sedimentar conceitos básicos antes de se adentrar a questões mais técnicas que transitam ao redor da esfera jurídica, a fim de ampliar a possibilidade de compreensão do tema estudado pelo maior número de pessoas possível, haja vista a sua relevância.

Sem embargo, não se dispensou uma análise crítica, reflexiva e racionalmente embasada como sustentáculo da análise legal, doutrinária, jurisprudencial e, sobretudo, fática necessária ao alcance dos objetivos a que o trabalho se propôs a alcançar.

Em vista disso, optou-se por uma pesquisa de natureza qualitativa e de abordagem dedutiva, as quais coadunaram-se com o método de procedimento de cunho bibliográfico e documental.

Como resultado do processo de construção do conhecimento projetado, confirmou-se a violação de direitos humanos e fundamentais dos migrantes e refugiados, tendo em conta pontos específicos das portarias objetos do estudo, com destaque para a criação de espécies anômalas de sanção administrativa, como a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio.

1. CONSTITUIÇÕES E CONVENÇÕES

Para que se compreenda, de forma adequada, um determinado objeto de estudo, faz-se indispensável que se estabeleça as bases teleológicas e axiológicas de sua construção dentro da área de estudo em que ele está inserido.

Por se tratar de uma análise eminentemente jurídica, a qual pressupõe a existência de um arcabouço normativo delimitador de direitos de sujeitos e/ou grupos, há que se considerar, portanto, um parâmetro de validação ou invalidação da atuação humana dentro e fora dos Estados.

Destacam-se, neste cenário, as constituições e convenções internacionais como verdadeiros diplomas orientadores da atuação estatal e humana, na busca pela realização de valores tidos como preponderantes dentro da finalidade a que se propõem.

As constituições surgem, dentro desta análise, como diplomas estruturantes de um determinado Estado e poderão ter conteúdo variado em consonância com o percurso histórico trilhado por determinado povo.

Sem embargo, para alcançar tal grau de maturidade conceitual, indispensável se mostrou uma análise multifacetada do instituto, merecendo destaque as teorias desenvolvidas, por exemplo, por Ferdinand Lassalle e Conrad Hesse.

Hesse (1991, p. 24) entende que:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

Já Lassalle (2015), dentro de sua Teoria Constitucional Sociológica, conceitua Constituição como a soma dos fatores reais de poder, ou seja, o produto das relações sociais, tendo como ponto culminante os centros de onde emana o poder dentro do Estado.

Aliás, em razão da nova sistemática garantista pós-positivista, e sob o impositivo de teorias como as externadas anteriormente, entende-se que as constituições também são

responsáveis pela delimitação dos rumos a serem perseguidos por aqueles a quem a carta se destina.

Preleciona Silva (2005, p. 37/38), que:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Há que se salientar, da mesma forma, que, como elucida Silveira (2019, p. 12) “[...] em um aspecto geral, principalmente com o constitucionalismo moderno, as constituições fazem mais do que definir a estrutura do Estado. Isso porque, sob o prisma dos direitos humanos, passam os Estados a se preocupar com a própria garantia dos direitos fundamentais, que nada mais são do que os direitos humanos internalizados à dinâmica própria de um determinado povo”.

Neste ponto, comenta Ramos (2020), que há um ímpeto persistente da doutrina em reconhecer os “direitos humanos” como aqueles direitos essenciais à dignidade humana estabelecidos exclusivamente no âmbito do Direito Internacional, seja em tratados ou outras normas internacionais e, a seu turno, “direitos fundamentais” seria expressão ligada a direitos positivados em um determinado Estado, ou seja, uma diferenciação pela amplitude do direito reconhecido.

Entretanto, não se trata de uma distinção rígida, haja vista a utilização da expressão “direitos humanos” em normas internacionais, como no caso da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como o uso de “direitos humanos” inúmeras vezes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, para se referir a esse conjunto de direitos que constituem patamar mínimo de garantia da dignidade humana dentro do território estatal.

Com base nisso, utilizar-se-á a distinção clássica, uma vez que o presente trabalho tem como um de seus escopos aferir a constitucionalidade e a convencionalidade de ato normativo sob o prisma de uma possível violação de direitos fundamentais e/ou humanos.

Pois bem. Delimitado o objeto “Constituição” como parâmetro de validação da atuação estatal, social e individual, há que se discorrer sobre o segundo parâmetro de aferição de conduta, qual seja, a Convenção.

Segundo Mazzuoli (2020), para que se conceitue adequadamente Convenção é necessário distinguir essa espécie do termo “Tratado”, isto é, não seriam termos sinônimos, já que o segundo seria uma expressão-gênero, que alberga dentro de si diferentes nomenclaturas, dentre elas a expressão-espécie Convenção.

Dessa feita, para o autor, enquanto os tratados constituiriam ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância, as convenções seriam atos multilaterais oriundos de conferências internacionais, que versam sobre assuntos de interesse geral.

O professor Ramos (2020) apresenta entendimento diverso, uma vez que defende o tratamento dos dois modelos de pactuação internacional como sinônimos, já que se dedicam à mesma finalidade, ainda que de uma maneira mais ou menos ampla, a depender de sua regulamentação temática.

Todavia, há que se estabelecer ao menos uma definição basilar de Convenção, o que se faz, por objetividade, a partir dos ensinamentos deste último doutrinador.

Assim, para os fins do estudo realizado, entender-se-á que Convenção é todo acordo escrito de vontade entre dois ou mais entes internacionais, pelos quais são estipulados os direitos e deveres regulados pelo próprio direito internacional.

Cabe aqui ressaltar que os Tratados e Convenções são verdadeiras fontes do Direito Internacional, mas não são as únicas. A exigência da forma escrita os diferencia de outras fontes como os princípios e costumes.

Também é pertinente acrescentar que, no Direito Internacional, inexistente a figura do “acordo consigo mesmo”, ou seja, exige-se para a formação de uma Convenção a participação de dois ou mais entes, estipulando-se direitos e deveres limitados pelas próprias normas de Direito Internacional.

Aprender a finalidade dos dois arcabouços normativos aqui explanados será de suma importância para que se compreenda sua força de vinculação dentro dos Estados, mormente do Estado brasileiro.

Nesse deslinde, se por um lado, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, tem-se um diploma institucionalizador da ordem jurídica interna, nada impede que o mesmo Estado se submeta a tratados e convenções internacionais, sobretudo àqueles que repisam ou ampliam a proteção a Direitos Humanos, seja numa perspectiva regional ou global.

Observe-se que essa postura não viola, de forma alguma, o Princípio da Soberania Nacional. Isso porque, como explana Tostes (2010):

Os Estados Soberanos devem: a) respeitar limites internacionais; b) dar prevalência ao princípio territorial no trato de direitos pessoais; c) preservar a igualdade soberana entre os Estados; d) não intervir em assuntos internos de outros Estados; e) buscar o equilíbrio nas relações internacionais. Nesse sentido, o princípio da soberania entre os povos, conceituado pela doutrina como um direito exclusivo de determinada nação ou determinado povo, impede

que nações estrangeiras exerçam todo e qualquer tipo de “pressão” sobre os nacionais de outros países.

Portanto, tem-se, em verdade, um Estado que, sem renunciar sua soberania, voluntariamente opta por participar da formação de uma convenção ou tratado, submetendo-se a ele dentro de limites razoáveis previamente estabelecidos.

Por isso, é plenamente possível - e é o que geralmente acontece -, que em um mesmo Estado subsistam uma multiplicidade de normas, de diferentes hierarquias normativas, que buscam tutelar a situação jurídica de um mesmo grupo de pessoas em situações gerais ou mesmo mais específicas, como é o caso dos migrantes.

2. A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

Tem se tornado cada vez mais comum a veiculação de notícias tratando os termos “migrantes” e “refugiados” como se a mesma coisa fossem, contudo, dentro de uma análise da semântica jurídica, há que se convir que, em que pese tenham uma relação intrínseca, tratam-se de condições humanas e sociais distintas.

A própria Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em sua página institucional, repisa a necessidade de diferenciação entre estes dois vocábulos. Ressalta a ACNUR (2015), que:

Os refugiados são pessoas que deixaram tudo para trás para escapar de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, e então se tornarem um ‘refugiado’ reconhecido internacionalmente, com o acesso à assistência dos Estados, do ACNUR e de outras organizações. São reconhecidos como tal, precisamente porque é muito perigoso para eles voltar ao seu país e necessitam de refúgio em algum outro lugar. Para estas pessoas, a negação de uma solicitação da condição de refugiado pode ter consequências vitais.

Por sua vez, quanto aos migrantes, entende a ACNUR (2015), que são aqueles que:

[...] escolhem se deslocar não por causa de uma ameaça direta de perseguição ou morte, mas principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, por reunião familiar ou por outras razões. Diferente dos refugiados, que não podem voltar ao seu país, os migrantes continuam recebendo a proteção do seu governo.

Nesse sentido, a distinção entre migrantes e refugiados reside na motivação do deslocamento realizado, sendo que a justificativa do refugiado tende a ser mais gravosa, haja vista sua natureza forçada.

Corroborando esse entendimento, a Lei nº 9.474/97 (Lei do Refúgio), em seu artigo 1º, entende que:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Ademais, ainda cria a figura do “refugiado por extensão”, entendido como cônjuge, ascendentes e descendentes, bem como demais membros do grupo familiar do refugiado propriamente dito que dependem economicamente deste e se encontram em território brasileiro.

Portanto, o refugiado deve ser encarado como a espécie de migrante que, necessariamente, vê-se obrigado a deslocar-se de seu país de origem, tendo em vista uma perseguição ou conflito, que ameaça sua vida, integridade física ou vida digna e, por esse motivo, busca um refúgio diante desta situação calamitosa.

No intuito de regulamentar a condição jurídica do refugiado e do migrante, os Estados tendem a editar normas específicas, visando a inclusão e tutela da pessoa humana submetida a esta situação de vulnerabilidade.

No Brasil, vigorou por cerca de 37 (trinta e sete) anos, a Lei nº 6.815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro. Contudo, com o advento da já mencionada Lei nº 9.474/97 (Lei do Refúgio) e, mais recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 13.445/2017 (Nova Lei de Migração), atualizou-se a normativa interna sobre a temática em prol da axiologia constitucional instituída.

Os dois diplomas acabaram por sedimentar os alicerces da proteção aos migrantes e refugiados, na medida em que refletem os objetivos constitucionais e princípios que regem o Brasil nas relações internacionais, além de internalizar normas internacionais de convenções ratificadas pelo país, principalmente na forma principiológica, mas sem escantear normas-regras de teor procedimental emolduradas por esta mesma principiologia.

Cabe rememorar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) enumera, em seu artigo 4º, como princípios a reger suas relações internacionais os seguintes:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Destaca-se, nesse ínterim, a necessidade de prevalência dos direitos humanos, isto é, que o Estado brasileiro adote uma postura positiva no intuito de garantir os pressupostos mínimos de uma vida digna, o que deve alcançar não apenas nacionais, mas, igualmente, estrangeiros em território nacional.

Pondera Piovesan (2013), que esta prevalência dos direitos humanos, como princípio basilar capaz de reger as relações nacionais no âmbito internacional, não significa um simples compromisso brasileiro em elaborar normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim categoriza-se como compromisso de indispensável integração destas regras na ordem jurídica interna brasileira. Ademais, impõe ao próprio Estado o dever de adotar uma posição política contrária à postura de outros Estados que negligenciem ou desrespeitem diretamente os direitos humanos.

Quanto à objetividade constitucional, delineada no artigo 3º, da Carta Magna, deve-se proceder a sua leitura em consonância com essa diretriz hermenêutica do artigo 4º, vez que não é possível “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” sem considerar a figura do refugiado e/ou migrante como agente integrante da dinâmica social no Estado brasileiro, ainda mais se considera-se o histórico sociológico brasileiro de estruturação pluriétnica derivada de fluxos migratórios variados.

Tendo em vista essa irradiação constitucional, a Lei de Migração delimitou principiologia básica em seu artigo 3º, com destaque para as seguintes diretrizes:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

- I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
- [...]

- III- não criminalização da migração;
- IV- não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;
- V- promoção de entrada regular e de regularização documental;
- VI- acolhida humanitária;
- [...]
- XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;
- [...]
- XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

Ademais, a Lei do Refúgio, em seu art. 7º, garante que:

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil. Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

No âmbito internacional, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como marco regional de tutela desta espécie de direitos.

Este tratado, em seu artigo 22, estabelece uma série de balizas norteadoras do tratamento do migrante e do refugiado pelo Estado receptor, salientando-se, dentre outras coisas, o direito da pessoa humana em buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais, bem como a vedação em se expulsar ou entregar estrangeiro a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

Ademais, proíbe-se a expulsão coletiva de estrangeiros e restringe-se a expulsão individual a processo que respeite a legalidade, ou seja, exige-se o respeito ao Princípio do Devido Processo Legal.

Todas essas diretivas presentes em diplomas internacionais e nacionais desencadeiam uma série de consequências jurídicas pertinentes à proteção do migrante e do refugiado, com destaque para a prevalência do Princípio da não devolução ou *non-refoulement*.

Segundo Ferrapontof (2014, p. 14),

Dentre os direitos garantidos à pessoa do refugiado, faz-se necessário destacar o direito fundamental de não ser devolvido ao país em que sua vida ou liberdade esteja sendo ameaçada. Tal direito constitui um princípio geral do direito de proteção dos refugiados, dos direitos humanos e do direito humanitário internacional, sendo reconhecido como o princípio do *non-refoulement* (não devolução) - ponto central deste artigo. Admitido como um direito consuetudinário internacional e defendido como um princípio *jus cogens*, sua existência é o que fornece efetividade aos direitos da Convenção de 1951 e os direitos humanos do refugiado, os quais se tornariam ineficazes caso não condicionado.

Em perfeita sintonia com a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos também já se deteve em análises concretas anteriores relativas a este princípio.

Um dos casos de maior destaque sobre a matéria é o *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolívia* (2013), no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reforçou que, no Sistema Interamericano, aplica-se igualmente a diretriz da “não devolução”, contudo, enfatizando que o entendimento da Corte é ainda mais ampliativo.

Isso porque, o Princípio do *non-refoulement*, estende-se não apenas a asilados ou refugiados, mas, igualmente, a qualquer pessoa estrangeira, quando sua vida, integridade e/ou liberdade estejam em risco de violação, independentemente da condição migratória do deslocante.

Já no *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010), a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou que:

[...] no exercício da sua faculdade de fixar políticas migratórias, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de entrada em seu território e saída dele a respeito de pessoas que não sejam seus nacionais, desde que tais políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 97)

Ora, o que se tem é um verdadeiro compilado da tutela humanitária aplicável ao Brasil, o qual, incontestavelmente deve ser observado não só quando da atividade estatal legiferante e judicante, quanto por parte do executivo ao elaborar suas políticas públicas e atos normativos próprios.

3. AS PORTARIAS INTERMINISTERIAIS QUE RESTRINGIRAM TEMPORARIAMENTE A ENTRADA DE MIGRANTES NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Conforme Histórico da Pandemia de Covid-19, publicado em folha informativa no site da Organização Pan-Americana de Saúde - OPAS, vinculada à Organização Mundial da Saúde – OMS, em 31 de dezembro de 2019, a organização global foi alertada sobre alguns possíveis casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China.

Tratar-se-ia de uma nova cepa de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos, o que foi confirmado pelas autoridades chinesas em 7 de janeiro de 2020, ressaltando-se a poderosa capacidade de dispersão e contágio da variante.

Não tardou para que a OMS, em 11 de março de 2020, classificasse o Covid-19 como uma pandemia, haja vista sua rápida propagação pelo globo.

Tendo em conta o quadro sanitário alarmante e em vias de agravamento, alterações significativas foram implementadas pelos Estados no que concerne à circulação de pessoas.

Se por um lado se fazia necessário restringir a circulação de pessoas dentro do território estatal, medida de maior necessidade ainda seria a adequação de políticas migratórias e de fronteira, a fim de se evitar uma crise sanitária, econômica e social sem precedentes.

Ocorre que era de suma importância que se conciliasse as políticas emergenciais em prol da redução do fluxo internacional de pessoas sem que se desrespeitassem as Convenções Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, bem como os marcos legais internos responsáveis por regulamentar a situação jurídica dos sujeitos de direitos em deslocamento.

Com vistas a atender esta urgente demanda, foram editadas no Brasil uma série de portarias interministeriais sucessivas, tendo como marco inicial a Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020, a qual dispôs “sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”.

Tanto essa portaria inicial quanto suas renovações apresentaram uma inovação administrativa sancionatória. Veja-se o que dispõe o art. 7º, da Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020:

Art. 7º O descumprimento das medidas previstas nesta Portaria implicará para o agente infrator:
I - responsabilização civil, administrativa e penal;
II - repatriação ou deportação imediata; e
III - inabilitação de pedido de refúgio.

Como bem enfatizaram os Defensores Públicos Federais Nascimento *et. al* (2020), nos autos do processo de número 1004332-48.2020.4.01.3000, em trâmite perante a 3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Estado do Acre, essas novas espécies de sanções

administrativas não possuíam qualquer amparo normativo nacional ou internacional. Na verdade, enunciar uma suposta “deportação imediata” configuraria uma atecnia grosseira parte do Poder Executivo, o que se deu, ainda por cima, através de portaria.

Complementam os patronos que:

[...] o instituto da deportação, previsto pelos arts. 50 e 51 da Lei de Migração, é extremamente complexo e implica a concessão de prazo para exercício do contraditório e ampla defesa, bem como prazo de 60 (sessenta) dias para sua regularização.

Por outro lado, seja sob a forma de “deportação” ou repatriação, o ato não poderia ocorrer por uma questão ainda mais simples e, como dito, de cunho humanitário: o Brasil não pode, por decisão política e ainda que sob frágil alegação de razões de saúde pública num país já assolado pela transmissão comunitária da pandemia de COVID-19, rechaçar ou devolver pessoas a outro país de modo a ameaçar-lhes a vida, a saúde ou a liberdade.

Ou seja, as Portarias Interministeriais guerreadas apresentam vício de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade, sendo esta última a de maior destaque, principalmente ao não se garantir o efetivo exercício do contraditório e ampla defesa, isto é, o devido processo legal em sede de possível regularização migratória.

Em atenção a esta temática, merece destaque o Comentário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) de nº 04/2017 sobre a aplicação do artigo 3º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, este com a seguinte redação:

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.
2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos. [...]

A partir disso, consideram Paiva e Heemann (2020), ao referenciar o teor do Comentário Geral supramencionado, que os Estados Partes devem adotar medidas nos mais diversos âmbitos de sua atuação, a fim de se prevenir possíveis violações ao princípio da não devolução, destacando-se a necessidade de que o caso do migrante/refugiado seja analisado forma individual e não coletiva, informando-se, a seu turno, as razões que podem levar a uma situação de expulsão.

Tal procedimento deve ser adotado igualmente quanto à deportação, sobretudo, no seguinte ponto ressaltado no Comentário Geral já mencionado:

As autoridades administrativas e/ou judiciais competentes do Estado Parte devem examinar cada caso de maneira individual, imparcial e independente, respeitando as garantias processuais fundamentais, especialmente assegurando que o

processo seja transparente e que tramite sem demora, que a decisão de expulsão seja sujeita à revisão e que a interposição de um recurso tenha efeito suspensivo. Todas as pessoas às quais se decida expulsar devem ser informadas da decisão em prazo oportuno. A expulsão coletiva, sem que se examinem objetivamente os casos individuais tendo em conta o risco pessoal, deve ser considerada uma violação do princípio da não devolução.

Já no que concerne ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, merecem destaque as Opiniões Consultivas nº 09/1987 e 18/2003.

A primeira foi realizada pelo Uruguai e teve como objetivo a delimitação da possibilidade de suspensão de garantias judiciais indispensáveis em estados de emergência.

Na oportunidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deixou claro que, dentre outras garantias, a do devido processo legal, insculpida no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de forma alguma pode ser suspensa, nem mesmo diante de um estado de emergência, independentemente de sua natureza.

A seu turno, a Opinião Consultiva nº 18/2003 foi realizada pelo México e, a princípio, trazia alguns questionamentos sobre a condição jurídica de migrantes indocumentados.

Em que pese a especificidade do assunto tratado, a Corte Interamericana reforçou entendimentos substanciais referentes à situação do migrante e refugiado, como o caráter *jus cogens* do Princípio da não devolução e não discriminação e a obrigatoriedade de os Estados respeitarem e garantirem os direitos humanos independentemente de status migratório com ênfase na garantia do devido processo legal.

Nesse caminhar, resta evidente a incompatibilidade existente entre as portarias interministeriais que restringiram a entrada de migrantes no Brasil durante a pandemia de COVID-19, estabelecendo espécies sancionatórias sem a devida garantia ao devido processo legal.

Constata-se, portanto, um descompasso do ato normativo em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a regulamentação infraconstitucional, bem como as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos que regulamentam a matéria, com ênfase à proteção empreendida pelo Sistema Global e Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade avaliar se as portarias interministeriais que restringem a entrada de migrantes no Brasil durante a pandemia de COVID-19 estavam e estão de acordo com as normas de proteção aos direitos fundamentais e humanos. Tudo isto, considerando-se o cenário de restrição interna e internacional de deslocamento, seja pela via

terrestre, marítima ou aérea empreendida pelos mais diversos países em razão da crise sanitária global.

Essa temática surge com grande repercussão, haja vista a manutenção da edição de novas portarias interministeriais de semelhante teor, as quais impõe sanções de repercussões extremamente gravosas a inúmeros sujeitos de direito em situação de vulnerabilidade notória.

De fato, conforme já exposto, não se discute a necessidade de controle da circulação interna e fronteiriça no país, contudo, ressalta-se a exigência de compatibilidade de atos normativos e políticas públicas sanitárias com o arcabouço legislativo nacional e internacional, como exigência de um Estado Democrático de Direito cuja base de institucionalização primordial é a proteção aos Direitos Humanos.

Esse pequeno contributo de ideias só enaltece a concepção de que o ser humano, independentemente de sua origem ou condição social merece a proteção adequada, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico pátrio.

Para se alcançar tal compreensão, foi necessário discorrer sobre as constituições e convenções internacionais, diferenciando-as e ressaltando seu papel fundamental como verdadeiros diplomas orientadores da atuação estatal e humana, tanto no plano nacional como internacional.

A partir disso, foi possível analisar como se encontra o cenário tutelar do migrante no Brasil, considerando-se os elementos legais, jurisprudenciais e doutrinários capazes de viabilizar a proteção subjetiva dos migrantes e indivíduos a eles relacionados, seja em um movimento tipicamente migratório ou de refúgio.

Na sequência, partindo-se para uma concepção temática regionalista e global da proteção aos direitos humanos dos migrantes, destacaram-se casos enfrentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais envolveram questões migratórias e as conclusões alcançadas, que acabaram por solidificar os ideais de proteção à integridade física, saúde e liberdade do migrante ou refugiado sob as bases do Princípio *non-refoulement*.

Esse caminhar metodológico possibilitou o desenvolvimento do último tópico do artigo, na medida em que garantiu a verificação da incompatibilidade existente entre as portarias interministeriais, que restringiram a entrada de migrantes no Brasil durante a pandemia de COVID-19, as convenções internacionais e a própria Constituição Federal de 1988.

Pelo exposto, constata-se que os objetivos deste trabalho foram alcançados, tendo em conta a verificação da dissonância de sanções como deportação imediata e inabilitação de pedido de refúgio com diplomas como a Lei de Migração, o Estatuto do Refugiado, a Constituição de

1988, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, bem como entendimentos já exarados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, sugere-se aos interessados em avançar no tema, que não se restrinjam à análise solitária das portarias verificadas, mas que encarem toda a dinâmica político-social brasileira, que tem favorecido não só a edição de atos normativos como os analisados, mas também a elaboração de políticas públicas com tendências semelhantes.

Acredita-se, veemente, que esse trabalho irá contribuir para orientar os rumos da sociedade brasileira dentro dos limites da abordagem realizada. A compreensão do problema favorece a aplicação da medicação adequada a tratar não só os sintomas, mas, certamente, suas verdadeiras causas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Rafael; SARMIENTO, Érica. A América Latina, a Covid-19 e as migrações forçadas: perspectivas em movimentos, muros epidemiológicos e sombrias imagens. **Revista Estudos Históricos**, v. 34, n. 73, p. 239-261, maio-agosto. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/rDJhW3VTLQQ7pcwDvFf7bdK/?lang=pt>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm#:~:text=L9474&text=LEI%20N%C2%BA%209.474%2C%20DE%202022,1951%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: edição 97-C, seção 1 - Extra, Brasília, DF, p. 1, 22 mai. 2020.

CHIARETTI, Daniel; LUCHINI, Natália; CARVALHO, Laura Bastos. Mobilidade Humana Internacional em Tempos de Pandemia: reflexos da covid-19 nos direitos dos migrantes e refugiados. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. v. 24, n. 48, 2020. Disponível

em: https://redib.org/Record/oai_articulo2730801-mobilidade-humana-internacional-em-tempos-de-pandemia-reflexos-da-covid-19-nos-direitos-dos-migrantes-e-refugiados. Acesso em: 22 mar. 2022.

CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Vélez Lóor vs. Panamá, 2010.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolívia, 2013.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva nº 09, 1987.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva nº 18, 2003.

FLÁVIA, Piovesan. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Elisa Marina; MEDEIROS, Mirna de Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. O controle migratório nas fronteiras do Brasil durante a pandemia: sinais do autoritarismo à nossa porta. **Revista Simbiótica**, v.8, n.2, mai.-ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/simbiotica/article/view/36377>. Acesso em: 28 mar. 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1991.

RICARDO, Castilho. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Pillares, 2015.

LYRA. Jubilit, Liliana. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ONU. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

OPAS. Histórico da pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2011%20de%20mar%C3%A7o%20de,pa%C3%ADses%20e%20regi%C3%B5es%20do%20mundo>. Acesso em: 20 mar. 2022.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3 ed. Editora CEI, 2020.

PESSOA, Fábio. **Audiência pública reforça a importância da regularização migratória durante a pandemia da Covid-19**. Site da Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/audiencia-publica-reforca-a-importancia-da-regularizacao-migratoria-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 28 mar. 2022.

PIERRO, Maria Clara Di; SILVA, Rita de Cassia da Cruz. Os impactos da Covid-19 nas migrações internacionais e na efetivação de direitos educativos de migrantes e refugiados adultos – notas de pesquisa. **SciELO Preprints**. 2021. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/1942/3164>. Acesso em: 28 mar. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. **UNHCR ACNUR Brasil**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/#:~:text=Com%20frequ%C3%Aancia%2C%20sua%20situa%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,ACNUR%20e%20de%20outras%20organiza%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Júlio César Sueza. **Os objetivos da República Federativa do Brasil como uma utopia necessária ao progresso moral brasileiro e sua efetivação com a promulgação da Constituição de 1988**. Orientadora: Joanna Maria Franca Mansour. 2019. 61 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Acre, Rio Branco, 2019.

TOSTES, Sergio. Convenções Internacionais à Luz da Soberania Nacional. **Revista de Direito Público**, v. 6, n. 30, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1666>. Acesso em: 22/03/2022.

VOLTARELLI, Monique Aparecida; PAVEZ SOTO, Iskra; DERBY, Joanna. Niñez migrante y pandemia: la crisis desde Latinoamérica. **Revista Linhas Críticas**, Brasília, v. 26, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/41143>. Acesso em: 28 mar. 2022.

APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

APPLICABILITY OF RESTORATIVE JUSTICE IN CRIMES OF DOMESTIC VIOLENCE

Gabriela dos Santos Lopes e Silva³

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o instituto da Justiça Restaurativa, como instrumento de combate à violência doméstica em desfavor da mulher, em razão da necessidade de uma mudança de paradigma a fim de garantir a efetivação dos direitos e garantias das mulheres previstos na Constituição Federal e na Lei 11.340/06. Nesse caminho, tem como objetivo principal verificar se a Justiça restaurativa pode ser uma alternativa ao modelo atual punitivista. Com o fim de alcançar o objetivo proposto, o presente trabalho começa explorando a temática acerca da violência de gênero, enraizada culturalmente na nossa sociedade através do modelo patriarcal e, ainda, as peculiaridades contidas nesse tipo de violência, bem como explora os conceitos e as determinações previstas na Lei 11.340/06. Após, demonstra a necessidade de uma mudança de paradigma a partir de dados que demonstram que não houve a diminuição da violência mesmo com a promulgação da Lei Maria Penha que enrijeceu o tratamento dado aos ofensores. Após, analisa-se o instituto da justiça restaurativa, abordando os seus conceitos, objetivos e princípios. Assim, constatou-se que em regra o discurso puramente penal é ineficaz no tratamento dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar e apresentou-se a mediação penal como uma alternativa no tratamento dos conflitos envolvendo violência doméstica.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Justiça Restaurativa. Mediação Penal.

ABSTRACT

The present work for analysis of the institute of Restorative Justice, as instrument to combat domestic violence against women, due to the. The need for a paradigm shift in order to ensure effective rights and guarantees provided for in the Federal Constitution and Law 11.340 / 06. In this way, its main objective is to verify if Justice restorative can be an alternative to the current punitive model. With the end of achieve the proposed objective, the present work started exploring the theme. About gender violence, culturally rooted in our society through the patriarchal model, and also as peculiarities contained in this type of violence, as well as explores the concepts and as determinations provided by Law 11.340/06. It then demonstrates the need for a paradigm shift to evidence that there has been no even with a promulgation of the Maria Penha Law that stiffened the given treatment to offenders. Then, the institute of restorative justice is analyzed, addressing the its concepts, objectives and principles. Thus, it was found that as a

³ Advogada. Servidora Pública Federal. Bacharela em direito graduada pela Universidade Federal do Acre, especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale, especialista em Gestão do Sistema Penitenciário e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Acre.

purely criminal discourse is ineffective in dealing with conflicts involving domestic violence and family violence, and criminal mediation was presented as alternative in the traitement of conflicts.
Keywords: Domestic Violence. Restorative Justice. Criminal Mediation.

INTRODUÇÃO

Do ponto de vista histórico, é notório que existiu uma relação de domínio e superioridade do homem sobre a mulher. Desde os primórdios as mulheres foram vistas como seres inferiores quando comparadas aos homens, em razão da cultura patriarcal e machista construída ao longo da história, baseando-se nas crenças, religiões, condições físicas e outros fatores sociais. A participação das mulheres na sociedade por um grande período foi limitada ao seu papel de esposa e procriadora, sendo as suas atribuições restringidas ao cuidado do lar, do marido e dos filhos.

Essa trajetória de submissão e invisibilidade contribuiu para a ocorrência de violência de gênero, um problema universal de imensa complexidade, que atinge milhares de mulheres de todas as classes sociais. Toda essa discriminação reiterada ao longo das décadas fez com que as mulheres, silenciadas pela sociedade, por anos e anos aceitassem os abusos cometidos em seu desfavor.

Muitas lutas foram traçadas em busca da igualdade entre os gêneros, muitas delas iniciadas pelo movimento feminista, que é de extrema importância quando falamos sobre a conquista de direitos pelas mulheres. A partir disso, ocorreram mudanças significativas acerca dos direitos das mulheres, destacando-se a recuperação do controle sobre o próprio corpo, o controle da fecundidade, a inserção no mercado de trabalho, a conquista do sufrágio, entre outras vitórias.

No entanto, as relações envolvendo homens e mulheres são cercadas de paradoxos proveniente de aspectos culturais. Nesse sentido, o modelo de sociedade patriarcal e machista ainda é causa de diversos casos de violência em face da mulher.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, foi garantida a equidade de gênero, conforme dispõe o artigo 5º, inciso I da Carta Magna, posto isso, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Com a determinação constitucional, verifica-se que a mulher conquistou a igualdade formal na legislação brasileira, no entanto, ainda sofre com a violência de gênero, uma terrível realidade manifestada em números alarmantes.

A fim de se garantir a igualdade material da mulher, após diversas lutas do movimento feminista, foi promulgada a Lei 11.340/06, nomeada de Lei Maria da Penha, como uma justa homenagem a figura que é símbolo da luta contra a violência doméstica e familiar. A promulgação da Lei Maria da Penha é uma conquista no tocante as garantias e aos direitos

fundamentais das mulheres e um grande avanço legislativo, com objetivo de prevenir e coibir a violência doméstica familiar contra a mulher.

Nesse sentido, têm-se que a Lei Maria da Penha é uma lei repressiva, que propôs a criação de mecanismos para reprimir a violência doméstica e familiar em desfavor da mulher, em busca da igualdade material, fundamento que a legitima e expressa sua constitucionalidade. Embora a lei não tenha previsto nenhum tipo penal novo, enrijeceu as penas e estabeleceu regras e diretrizes ao processo, como exemplo, foi afastada a competência dos Juizados Especiais Criminais e vedada a aplicação dos institutos despenalizadores constantes na Lei 9099/95.

A edição da referida lei adotou a natureza repressiva-penal como mecanismo para solucionar tais conflitos. No entanto, a extensão da rigidez da legislação penal e processual penal não foi acompanhada da diminuição nos índices de violência doméstica em desfavor da mulher. Apesar de prever políticas públicas e vários institutos e programas para coibir esse tipo de violência, é sabido que tais mecanismos não são colocados em prática.

Nesse caminhar, é evidente que a edição desse diploma normativo não tem sido apto a resolver a violência contra a mulher, haja vista a complexidade e os aspectos culturais que cercam esse tipo de conflito. Assim, a adoção pura e simples de uma política punitivo-repressiva não satisfaz de maneira alguma os anseios das vítimas e nem tem o condão de erradicar a problemática da violência doméstica.

Isto posto, é evidente a necessidade de uma mudança de paradigma, mostrando-se fundamental a adoção de medidas complementares para enfrentar esses conflitos. Dessa forma, a justiça restaurativa apresenta-se como uma proposta interessante.

À vista disso, o presente artigo possui enfoque na análise da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, a fim de complementar o modo punitivo tradicional, no combate dos conflitos que envolvem violência doméstica em desfavor das mulheres. O objetivo do trabalho centra-se, portanto, em avaliar se a Justiça Restaurativa, por meio da mediação penal, mostra-se eficaz para completar o modelo tradicional de justiça criminal de natureza retributiva, que é baseado na imposição de uma punição ao agressor sem o incentivo ao diálogo.

1. HISTÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um movimento mundial de ampliação de acesso à justiça criminal, que tem início em meados da década de 70, principalmente nos Estados Unidos e Europa. O movimento restaurativo recebeu grande visibilidade em 1989, quando a Nova Zelândia regularizou e formalizou o procedimento restaurativo.

A partir das experiências vividas com a implantação desse novo método na Nova Zelândia, que aplicava os processos restaurativos principalmente nos casos envolvendo adolescentes infratores, estimulou outros países a financiarem e implantarem a Justiça Restaurativa.

Na década de 1990, houve muitos projetos em diversos países, para a implantação do método restaurativo. Até que no ano de 2004, a Organização das Nações Unidas - ONU, por meio do Conselho Econômico e Social, elaborou uma resolução, regulamentando a Justiça Restaurativa.

1.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um método alternativo de resolução de conflitos, tendo um objetivo diverso do *jus puniendi*, que é a base da Justiça Retributiva. Esse processo baseia-se em um procedimento consensual, em que participam a vítima, infrator e quando apropriado outras pessoas como facilitadores, psicólogos ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, a fim de buscarem, coletiva e ativamente, a construção de soluções dos traumas e perdas causados pelo crime.

Como é um paradigma novo, o conceito de Justiça Restaurativa ainda está em construção. Porto e Costa (2014, p. 98) nos traz que “As práticas restaurativas propriamente ditas se valem da comunicação não violenta e dos círculos de construção da paz, e priorizam a harmonia e o (r)estabelecimento da comunicação e das relações sociais entre os cidadãos”.

Segundo a Resolução do Conselho Econômico e Social da ONU, de 2002, a justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa se reúnem para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro.

A justiça restaurativa afasta os paradoxos punitivos e retributivos que se concentram apenas no autor da infração penal e na pena que este vai receber em decorrência do fato delituoso. Em contrapartida, o processo restaurativo abre espaço para o diálogo, para que o infrator entenda os males que causou e se responsabilize, em forma de um compromisso futuro, a buscar a solução do conflito, permitindo, em consequência, a reintegração do indivíduo em conflito com a lei à sociedade. O processo restaurativo permite ao infrator refletir quais foram os resultados de sua conduta, e, assim, refletir sobre o injusto que causou a vítima e a comunidade.

Segundo Zehr (2008, p. 190) o que a Justiça Restaurativa oferece não é só uma nova prática de justiça, mas um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Assevera ainda que:

Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis. O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais, que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição.

A justiça restaurativa tem foco na recuperação, na restauração dos sentimentos e relacionamentos afetados pela prática delituosa, objetivando, além da redução da criminalidade, reduzir o impacto da conduta criminosa sobre as relações entre os cidadãos.

As práticas de Justiça Restaurativa possibilitam que não apenas a vítima seja reparada dos traumas originados pela violência, porém, os métodos aplicados alcancem também o agressor, ao passo que o modelo de Justiça Restaurativa, possibilita a reaproximação da pessoa como seus sentimentos íntimos de dignidade humana, que *a posteriori* haviam sido mitigados pelos atos de violência, como dispõem Costa e Porto em seu livro Justiça e gênero: por uma humanização que desarticule a violência (2008).

Para esse método, as infrações penais deixam de ser consideradas uma violação em desfavor do Estado e passam a ser uma violação entre os relacionamentos. Desta forma, tem-se como objetivo a recuperação física e psicológica da vítima, de forma que as consequências do crime possam ser reparadas da melhor forma possível. Trata-se de um novo paradigma de justiça criminal que altera a forma de ponderar e por em prática as questões criminais. Nesse sentido, dispõe Zehr (2008, p.174):

A lente retributiva se concentra basicamente na comunidade, nas dimensões sociais. E o faz tomando a comunidade como algo abstrato e impessoal. A justiça retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Os crimes, portanto, estão em outra categoria, separados dos outros tipos de dano. A lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos.

Notadamente, o modelo de Justiça Restaurativa se contrapõe ao modelo retributivo ou punitivo, cujo o objetivo é baseada na resposta por meio do Estado consubstanciada na punição do agressor, não havendo nenhuma preocupação quanto às necessidades emocionais e sociais da vítima, bem como de todos os envolvidos no conflito.

Ao utilizar a justiça restaurativa nos casos de violência doméstica apresentam-se formas de favorecer o diálogo que avancem para o fim de solucionar os conflitos conjugais.

Ante o exposto, acredita-se que os processos restaurativos podem ser uma alternativa viável para a resolução dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar, uma vez que o principal objetivo é envolver as partes, restabelecendo um canal comunicativo, focando nos sujeitos envolvidos para que se obtenha uma solução criada por todos de forma conjunta e de acordo com a vontade das partes.

Ressalta-se que a utilização desse método de justiça não substitui o processo judicial tradicional, onde o agressor irá ser penalizado. Dessa forma, salienta-se que durante o processo de utilização da justiça restaurativa, é possibilitado aos participantes refletirem sobre a sequência de atos que os levaram até ali, propiciando, através da experiência pessoal, o trabalho de forma preventiva.

1.2 OBJETIVOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa tem como principal objetivo operar uma a mudança de paradigma diante da visão do crime. Podemos dizer que a palavra-chave para definir os objetivos da justiça restaurativa é: restauração. Desta forma, se enxergamos o crime como a prática de um ato lesivo, o processo restaurativo visará à reparação dessa lesão, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas. Conforme o disposto por Scuro Neto (2000), temos que:

“Fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Além disso, centram-se os objetivos em interligar os atores do conflito além dos rótulos de vítima e ofensor, buscando soluções emergentes dos conflitos que beneficiem a todos. Nos casos envolvendo violência doméstica, é um importante passo tratar os atores além dos seus papéis de vítima e agressor. Uma vez que, esse tipo de crime ocorre com predominância do caráter afetivo entre vítima e agressor, existindo, entre estes, uma história, uma família, laços afetivos e matrimoniais.

Objetiva-se também responsabilizar todos os participantes, com um projeto futuro de ações que visa reparar laços sociais, corrigir danos e gerar o compromisso de um futuro mais harmonioso.

Através dos acordos assumidos, a vítima encontra um meio para que tenha as suas pretensões satisfeitas, ao tempo em que o acusado é responsabilizado pelos seus atos. Assim, o objetivo não se esgota após o acusado receber uma punição, é visada, ainda, a sua reeducação, para que possa integrar à sociedade novamente.

1.3 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há uma série de princípios norteadores da Justiça Restaurativa. Para Leonardo Sica (2007, p. 33) “elencar princípios é o mais difícil, porquanto o modelo restaurativo ainda se encontra em elaboração e a variedade de programas orienta-se para realidades distintas”. Dentre estes princípios, podemos citar:

1.3.1 Voluntarismo

Esse princípio é um dos mais importantes quando falamos de justiça restaurativa. Dele extrai-se que a vítima, o ofensor e a sociedade só participaram dos processos restaurativos através da manifestação de uma vontade livre e esclarecida sobre os seus direitos.

Há um enfrentamento pacífico e voluntário, a fim de encontrar respostas adequadas àquele conflito. Ademais, a vontade das partes é tratada como o objeto principal da relação, uma vez que esta decidirá qual a melhor solução a se tomar diante do conflito para minimizar os danos causados pela prática da infração penal. Dessa forma, não há espaço para uma atuação impositiva e unilateral do sistema judicial. Para Jaccoud (2005, p. 172):

A tendência detalhista ou “desvio do sistema judiciário principal” concebe que a justiça restaurativa deve convocar exclusivamente voluntários, ou seja, que as partes ligadas ao crime ou ao conflito devem aceitar antecipadamente serem

orientadas nos processos de justiça restaurativa para que os mesmos sejam aplicados.

Nos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar, o método consensual trazido pelos procedimentos da Justiça Restaurativa pode ser utilizado como meio complementar, sendo uma medida preventiva. Uma vez que agressor e vítima ficaram frente a frente, de forma voluntária, a fim de buscar uma solução que atendam aos interesses de ambas as partes.

Ressalta-se que para garantir a voluntariedade deve-se permitir a revogação da vontade durante qualquer momento do processo de mediação.

3.1.2 Consensualidade

Após a ocorrência da mediação e dos diálogos ocorridos entre a vítima, agressor e comunidade, devem, as partes chegarem a uma solução de forma consensual, fixando regras de conduta que devem ser respeitadas por todos.

Esse princípio deverá ser observado durante toda abordagem nos procedimentos restaurativos, haja vista que as partes envolvidas devem anuir com a sua participação, e, ainda, compreender todo o procedimento, estabelecendo regras, o andamento e os meios empregados para chegar a uma solução, pois, conforme Saliba (2009, p. 154):

[...] o respeito pelo multiculturalismo, sem imposições ou exclusões, é uma barreira intransponível, e um valor a ser difundido pela Justiça Restaurativa; a aproximação de pessoas que compõem comunidades diversas e possuem culturas diferentes não é tarefa fácil e talvez seja até utópica, mas a proposição de estabelecer o respeito e a convivência pacífica é uma proposta desejável, que somente se mostra possível pelo consenso.

1.3.1 Confidencialidade

Segundo este princípio todos os procedimentos, diálogos, soluções e compromissos assumidos no procedimento restaurativo serão mantidos em sigilo. Assim, é possível que as partes alcancem acordos sem qualquer tipo de constrangimento, sem temer que o que dizem será usado em seu desfavor, causando algum prejuízo posterior.

Quando pensamos em aplicar os procedimentos da justiça restaurativa aos conflitos envolvendo violência doméstica, esse princípio é de extrema importância, uma vez que a característica desse tipo de conflito é que existem questões pessoais, íntimas, sentimentos, laços

afetivos, família e filhos geralmente envolvidos. Assim, é de extrema importância que os sentimentos transmitidos entre as partes, bem como das propostas oferecidas e acordos oferecidos sejam mantidos em sigilo, para preservar a intimidade daquele casal ou daquela família.

1.3.2 Celeridade

A justiça restaurativa tem como característica ser um procedimento célere e eficiente, tendo em vista oralidade e a simplicidade dos seus atos e formas. Apesar disso, pode o procedimento restaurativo ter uma duração prolongada, haja vista que a rapidez nos procedimentos dependerá das partes e do conciliador, o que dependerá da complexidade e peculiaridade de cada caso concreto.

"Embora a rapidez seja latente, não significa que o processo não possa ter uma duração prolongada. Afinal, não se encontra uma fórmula exata para a recomposição das partes, dependendo de elementos de cunho pessoal e sentimental que demorem a apresentar resultados", discorre Bianchini (2012, p. 129).

1.3.3 Complementaridade

Conforme já foi dito, a justiça restaurativa não pretende eliminar ou substituir o sistema penal tradicional. O objetivo de utilizar os procedimentos da justiça restaurativas nos conflitos envolvendo violência doméstica é que exista uma forma complementar de reação e não como um substitutivo dos mecanismos já estabelecidos pelo sistema de Justiça Criminal.

A utilização da Justiça Restaurativa não evitará a instauração de um processo criminal, no entanto, trata-se de uma iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em um cenário específico, proporcione resultados mais eficientes para as vítimas, e, assim, melhore o resultado do processo de justiça, trazendo diversos benefícios para ambas as partes.

1.3.4 Adaptabilidade

O princípio da adaptabilidade tem como fundamento a aplicação do melhor procedimento ao caso concreto, assim, de acordo com as peculiaridades de cada situação, irão ser determinadas as soluções que melhor se enquadrem às particularidades da lide e das partes.

Bianchini (2012, p.132) nos diz que o principal objetivo desse princípio é alcançar uma maior efetividade possível no procedimento, sendo a forma de aplicação empregada ao caso um instrumento para efetivar as ações que alcancem a restauração.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Considerando as falhas presentes no sistema retributivo, são necessárias mais que respostas punitivas, atualmente ineficientes. Essas lacunas podem ser preenchidas através da inclusão da vítima e do ofensor em processos restaurativos e, assim, reduzir os danos da prática criminosa, proporcionando entendimento por meio do diálogo. Reparando não apenas os danos no campo material, como também os danos afetivos.

Seguindo essa premissa, devem ser deixados em segundo plano preceitos como culpa e punição, a fim de que através do diálogo busque-se a recomposição dos laços prejudicados para a vítima e para a comunidade.

Salienta-se a importância de se fazer uma análise diferente à questão de violência doméstica, que não deve ser tratada como um tipo de "violência comum", diante da complexidade desta relação. A mencionada violência é aquela originária de uma relação de carinho e amor existentes entre duas pessoas, o que pode certamente ser atrelado a outros sentimentos como amizade, e, ainda, laços matrimoniais, entre outros sentimentos de aproximação. Deve-se, assim, ter em consideração que nesse tipo de conflito a busca por uma alternativa pacificadora é, na maioria das vezes, o objetivo dos envolvidos.

Acerca da complexidade que envolve a questão, bem como a viabilidade de aplicação da Justiça Restaurativa para o seu enfrentamento, assevera Andrade e Camargo (2016) quanto a importância de salientar que a violência doméstica se manifesta no espaço privado de intimidade entre vítima e ofensor, frequentemente permeado por laços de afeto que ocultam as relações generificadas de poder. Nos traz ainda importantes pontos, que se seguem:

Nesse contexto, é corriqueiro que as mulheres vítimas das agressões se recusem a noticiar a ocorrência do crime e até mesmo a abandonar o relacionamento violento em virtude de fatores como medo, dependência financeira e submissão, mas também em razão do afeto que ainda creem existir. Considerando os princípios, valores e diretrizes da justiça restaurativa, esta se apresenta como uma alternativa viável ao enfrentamento das questões que atravessam a violência doméstica, porque mais branda do que o aprisionamento - dado que autoriza acordos que não incluam a prisão, em atenção à vontade de grande parte das vítimas, que não desejam ver seu

agressor aprisionado -, mas ao mesmo tempo mais intensa e profunda do que ele, porque busca nas emoções a resolução do conflito.

Nota-se que os aspectos históricos deste tipo de violência estão intimamente ligados aos papéis exercidos pelo homem e pela mulher ao longo da história e, em razão da sociedade patriarcal, nunca foi dada voz a mulher, que sempre esteve renegada às funções de mãe, esposa e dona de casa, subalterna ao poder do pai e do marido, sem liberdade de expressão.

Destarte, evidente a necessidade de uma mudança de paradigma no tratamento dos conflitos envolvendo violência doméstica, surge a ideia da utilização da justiça restaurativa de modo a complementar o sistema punitivo atual, viabilizando a aplicação de medidas alternativas na resolução dos conflitos.

Enfatize-se que embora se acredite na Justiça Restaurativa como método eficaz resolução do conflito de violência doméstica, não significa que acreditemos que ela, sozinha, acabará com essa situação.

Os preceitos retributivos e restaurativos devem se complementar. Para acabar com essa situação, é necessário mais do que uma mudança nos aspectos jurídicos, há a necessidade de uma mudança cultural. A atuação do sistema restaurativo teria a finalidade de estimular o diálogo entre a vítima e o agressor, de modo alternativo, e não substitutivo à justiça retributiva.

Ademais o objetivo pretendido com a justiça restaurativa não é retirar do agressor a responsabilização de seus atos, mas, buscar soluções alternativas e concretas, na tentativa de reparar os danos causados à vítima e a si próprio, demonstrando assim uma preocupação com todos os envolvidos na ação, a fim de se restaurar a harmonia e convivência naquele lar.

2.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O paradigma restaurativo desafia aqueles que estão blindado contra mudanças, uma vez que este se desvia da visão de pensamento da estrutura de justiça criminal já existente. Acredita-se que a operacionalização da Justiça Restaurativa no Brasil é uma oportunidade de obtermos uma justiça criminal mais interativa que atue de forma a viabilizar uma verdadeira transformação, dando ensejo para uma nova forma de aplicação dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade.

2.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA VERSUS JUSTIÇA RESTRIBUTIVA

O modelo de justiça restaurativa surge então como uma alternativa ao modelo retributivo com uma nova forma de enxergar o crime e a justiça.

A primeira diferença entre os dois métodos são os seus principais objetivos. A justiça retributiva centra-se em aplicar uma punição a quem cometeu a infração penal, onde o processo penal é dedicado à questão da culpa do acusado e, uma vez estabelecida, uma sanção é determinada, não havendo nenhuma preocupação aos demais atores do conflito, como a vítima e a comunidade. As vítimas são substituídas pelo do Estado, tendo mínima participação no processo penal.

Em contraposição, o modelo restaurativo concentra-se no dano e nos prejuízos causados a vítima, ao ofensor e a comunidade após a prática da infração, buscando, ainda, possíveis soluções para aquele conflito. Pinto (2007) ilustra a diferença dos objetivos dos dois métodos da seguinte forma: Enquanto a justiça retributiva afirma: “você fez isso, portanto, merece um castigo”; a restaurativa questiona: “o que você pode fazer para restaurar isso?”.

A vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas (PINTO, 2007).

Outra grande diferença entre esses dois métodos é a perspectiva quanto ao entendimento do que é crime. Conforme Zehr (2008, p, 13), para a Justiça Restaurativa o crime não concerne a uma ofensa em desfavor do Estado, mas às pessoas e aos relacionamentos, que envolvem a vítima, o agressor, a família e a comunidade. Diferentemente, para a justiça retributiva, o crime é uma violação contra o Estado e todo o processo é de responsabilidade do Estado.

Nesse caminho, tem-se outro contraponto, que é o tratamento dado as partes nos dois procedimentos, em que o procedimento restaurativo põe as partes ao centro do processo, oferecendo-lhes autonomia para expor seus sentimentos e necessidades, bem como a possibilidade de que haja um diálogo entre os envolvidos a fim de que cheguem a um acordo capaz de suprir os seus anseios e necessidades.

Dessa maneira, afasta-se o modelo do sistema atual, em que não há interação entre os envolvidos, limitando-se o acusado a falar apenas no interrogatório e sendo a vítima apenas um meio de prova, utilizado de acordo com a conveniência da justiça. Assim, conclui-se exemplificando tais diferenças:

Figura 1 - Fatores que distinguem o modelo tradicional e alternativo de justiça

	MODELO TRADICIONAL	MODELO ALTERNATIVO
OBJETO	o crime e seu autor ↓	a parte ofendida pelo crime (e as suas conseqüências) ↓
OBJETIVOS	verificação da responsabilidade punição do culpado ou reabilitação do réu (mod. retributivo e mod. Reabilitativo) ↓	ressarcimento da vítima (material, moral, simbólico) <u>restauração da paz jurídica</u> ↓
CRIME	ofensa contra o Estado ↓	ofensa à vítima <u>e/ou à</u> <u>comunidade</u> (parte ofendida pelo crime) ↓
MEIOS	aplicação de pena detentiva medidas alternativas ↓	atividade em favor da vítima solução consensual ↓
FIGURA PROFISSIONAL	operadores penitenciários e sociais ↓	mediadores: também alheios à Justiça envolvimento da comunidade ↓

Fonte: Sica (2007, p. 17)

3. A VÍTIMA, O OFENSOR E A COMUNIDADE

Nos procedimentos restaurativos a vítima, o ofensor e a comunidade participam de todo o processo, buscando meios para a cura e para a superação do conflito. Os métodos restaurativos são capazes de preencher as necessidades emocionais e emergentes do conflito.

Para Zehr (2008, p. 189) a justiça restaurativa inicia-se com o objetivo de reparar as vítimas, no entanto, não deve-se negligenciar as necessidades do agressor e da comunidade. Desta forma, o primeiro objetivo é suprir as necessidades emergenciais da vítima. Após, surgem os demais pontos que devem ser enfrentados.

A posição da vítima de violência doméstica nos procedimentos é um ponto muito importante, uma vez que está em busca de ajuda e, caso não receba o atendimento e o acompanhamento devidos, poderá sentir-se desprotegida, perdendo a fé na justiça.

O empoderamento da vítima torna-se um elemento essencial para que os danos sejam reparados e haja justiça. A justiça restaurativa dá voz a vítima, que através do diálogo, tem o dano causado pela prática de violência restaurado, evitando a sua vitimização secundária, uma vez que a vítima é o objeto principal desse tipo de procedimento. Corrobora com esse entendimento Saliba (2009, p.119) ao dispor que:

Na justiça restaurativa a vítima tem maior participação, sua atuação não está limitada à simples narrativa dos fatos ou iniciar a persecução penal, em um restrito número de ilícitos, não havendo qualquer manifestação de vontade para o desfecho da justiça penal, por mais que os interesses disponíveis e de exclusivo interesse privado.

Neste sentido, a Justiça Restaurativa, ao mesmo tempo em que ampara a vítima, através da reestruturação e encorajamento, induz o delinquente a se responsabilizar pelo ato cometido e compreender as consequências maiores que ele apresenta. Tal modelo de justiça aborda o delito visando estabelecer relações sadias e a paz social, com o envolvimento da vítima, do delinquente e se possível, da sociedade, além de reparar danos materiais e imateriais causados pela transgressão, assevera Bianchini (2012, p. 98).

O procedimento restaurativo faz com que o agressor se coloque no lugar da vítima e, desta forma, faz com que este compreenda os danos que os seus atos ilícitos causam/podem causar. Nesse caminho, no momento em que o agressor percebe o impacto das suas atitudes e os reflexos danosos que produziram a terceiros, tem também a chance de refletir, e conseqüentemente reconhecer os seus erros, e, assim, contribuir para uma posterior mudança de atitude, uma vez que a participação nos procedimentos da justiça restaurativa ocorre de forma voluntária. É o que discorre também Bianchini (2012, p.150), a seguir:

A atuação do instituto ocorre de forma a demonstrar ao acusado todas as consequências de sua infração, inclusive, as de ordem econômica, social, comunitária, psicológica e jurídica, aplicando a responsabilização pelo delito cometido.

A oportunidade do agressor de perceber o impacto de suas ações e de compreender as consequências de suas atitudes, bem a constatação do seu erro, pode atuar como diferencial para a instauração de uma etapa de melhor qualidade na história do agressor, assim como contribuir para o processo restaurativo do ofensor, vítima e comunidade.

Porto e Costa (2014) nos acrescenta que as práticas de Justiça Restaurativa possibilitam que não apenas a vítima seja reparada dos traumas originados pela violência, porém, os métodos aplicados alcancem também o agressor, ao passo que o modelo de Justiça Restaurativa, possibilita a reaproximação da pessoa como seus sentimentos íntimos de dignidade humana, que a posteriori haviam sido mitigados pelos atos de violência.

Faz-se necessário ainda colaboração da comunidade para a construção de redes sociais de apoio, na construção de soluções para a resolução, bem como a cura para possíveis traumas e feridas decorrentes dos atos de violência. Saliba (2009, p.166) assegura que “a função

social exercida pela comunidade, tira do foco o dogmatismo e o positivismo jurídico, se baseando no consenso e na participação como medidas essenciais de pacificação dos conflitos e de restauração”.

Na justiça restaurativa, não a cabe comunidade, à família e a vítima julgar o ofensor e impor algum tipo de punição a ele. Todos os participantes devem refletir e desenvolver os caminhos a serem seguidos, sem haver, no entanto, nenhum tipo imposição a nenhuma das partes.

A comunidade que é próxima da vítima e do agressor, são vistas como co- partícipes e co-responsáveis no processo restaurativo. Quando falamos sobre violência doméstica, entendemos comunidade como a família do agressor e da vítima, devem participar dos procedimentos restaurativos para que, através do consenso/diálogo, busque a reparação do dano e da restauração das relações atingidas pelo conflito.

2.2 ESPÉCIES DE CONFLITOS PASSÍVEIS AO PROCEDIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Por todo o exposto, a Justiça Restaurativa torna-se uma alternativa de resolução dos conflitos, podendo ser utilizada na resolução dos conflitos domésticos, quando, através do diálogo, a vítima tentará restaurar os danos deixados pela violência. Ressalta-se que esse processo não visa o restabelecimento do vínculo conjugal, os objetivos são diversos, sendo definidos de acordo com o caso concreto.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 2002/2012, estabelece que “os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional”.

Dessa forma, segundo Pallamolla (2009) os procedimentos da justiça restaurativa podem ser utilizados em quatro etapas do procedimento criminal, sendo estes:

- a) Fase policial, ou seja, pré-acusação. O encaminhamento pode ser feito tanto pela policial quanto pelo Ministério Público;
- b) Fase pós-acusação, mais usualmente, antes do processo. O encaminhamento é feito Pelo Ministério Público;
- c) Etapa em juízo, tanto antes do julgamento quanto tempo da sentença. O encaminhamento é feito pelo Tribunal;
- d) Fase da punição, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada a pena de prisão. O encaminhamento é feito pelos órgãos correcionais ou pelo próprio órgão prisional.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou em 31 de maio de 2016 a Resolução n° 225, que trata da política criminal da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Conforme a resolução, compete ao CNJ promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa, possibilitando acesso aos procedimentos restaurativos a todos que manifestarem vontade em solucionar os seus conflitos por meio da prática restaurativa. Dispõe o art. 1º, §2º da Resolução 225/2016:

Art. 1º, §2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Assim, em regra, são estabelecidos critérios para encaminhamento de casos aos procedimentos da justiça restaurativa, sendo, em regra, tratados apenas os crimes de menor potencial ofensivo. No Brasil, não há vedação ao tratamento dos crimes mais graves, no entanto, não há estrutura apropriada para esse tipo de atendimento.

Nos crimes de violência doméstica, inicialmente, sugere-se a aplicação nos crimes processados mediante ação penal privada ou ação penal pública condicionada a representação da vítima. “Por se tratar de hipóteses em que a manifestação de vontade da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal, abre-se uma oportunidade direta para a mediação ser incluída nas opções oferecidas às partes para conciliar-se ou discutir a reparação do dano” contribui Sica (2009, p. 429) sobre o tema.

2.3 METODOLOGIA DE APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A mediação penal trata-se de um procedimento informal e complacente no qual é incluído a figura de mediador, que tratará o caso de forma imparcial, que atua a fim de restaurar um conflito originado de uma infração penal. O mediador desenvolve seu trabalho a partir de uma postura neutra, buscando alcançar o melhor resultado, com as partes, gerando a aproximação destas sem impor soluções, mas apenas conduzindo o processo na busca de auxiliar as partes envolvidas a restabelecer o diálogo e estabelecer uma solução satisfatória para todos.

2.3.1 Mediação Penal

Na busca de soluções consensuais, que possam conferir um retorno mais apropriado

na questão da violência doméstica, mediante a utilização da Justiça Restaurativa, de forma complementar/preventiva de casos menos graves, apresenta-se a mediação penal.

Nas palavras de Sica (2007, p.47) a mediação, em primeira e superficial análise, pode ser lida apenas como uma forma de “conciliação”, compreendida como encontro entre pessoas em contenda, na presença de um facilitador, para a discussão de eventual acordo. Por isso, a necessidade de qualificá-la como uma forma de reação penal, cujo desenvolvimento pode afetar a necessidade de pena.

Assim sendo, temos que a mediação é um procedimento consensual que tem por objetivo auxiliar na resolução de conflitos, permitindo comunicação entre as partes envolvidas. “A mediação penal fornece uma nova linguagem para enfrentar o problema do crime, cujos signos marcante são, justamente, não recorrer à punição e privilegiar o caráter relacional dos conflitos rotulados como crime” acrescenta Sica (2008, p. 17).

No processo de mediação, duas ou mais pessoas são auxiliadas por um mediador, que é um terceiro imparcial, que auxilia os participantes na descoberta das causas e consequências daquele conflito e, a partir disso, se busca uma solução para que haja a reparação dos danos causados pela prática da infração penal. Dessa forma, o procedimento de mediação oferece as partes a liberdade de gerenciar as suas próprias contendas. Para Zehr (2008, p. 193):

A mediação vítima-ofensor fortalece os participantes, põe em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de Corrigir a situação. Quando mediadores da comunidade estão envolvidos, esse tipo de mediação também abre espaço para a participação comunitária. A mediação é totalmente compatível com a abordagem restaurativa na justiça.

Na mediação penal não é colocado em pauta a suposta culpabilidade do agressor, sendo o principal objetivo a realização do diálogo entre as partes e a reparação do dano. Na mediação penal, o ofensor é estimulado a reconhecer sua responsabilidade e a reparar a vítima no que for preciso e da melhor forma possível. Pellenz e Bastiani (2015, p.44) ensinam que “possibilitar o encontro entre vítima e agressor traz benefícios em relação a consciência e a humanização”. E mais:

Além disso, ouvir e ser ouvido, entender motivos, dar espaço para o perdão são atitudes essencialmente familiares. O afastamento e o julgamento provocados pela justiça retributiva (que leva em consideração a imperiosa lei e a atribuição da culpa) não vem surtindo efeitos, pois não há prevenção nem solução de problemas.

O mediador tem a função de contribuir para que os participantes se comuniquem e a partir disto delimitem as suas pretensões e necessidades. A presença do mediador tem a função de garantir a urbanidade dos mediados e, ainda, garantir a prosperidade do diálogo. A mediação,

livre e guiada, exercita a liberalidade das partes e fortalece as relações dos mediados. O mediador deve sempre atentar-se para garantir a igualdade entre os mediados.

Para Sica (2007, p. 53) os requisitos para qualificar a mediação penal são: (I) voluntariedade; (II) confidencialidade e oralidade; (III) informalidade; (IV) neutralidade do mediador; (V) ativo envolvimento comunitário; (VI) autonomia em relação ao sistema de justiça. E, ainda, segundo este autor (2007, p. 58), a mediação penal se desenvolve em quatro fases, sendo estas:

- a) envio do caso para o ofício de mediação e este assume a responsabilidade pelo conflito;
- b) fase preparatória, em que os mediadores estabelecem contato com as partes e colhem o consentimento para a participação;
- c) as sessões de mediação;
- d) e, por último, o monitoramento do êxito da mediação e posterior reenvio do caso à autoridade inicial.

No entanto, os princípios citados e as formas de desenvolvimento da mediação não são taxativos, devendo ser analisada a razoabilidade e proporcionalidade de acordo com o caso concreto, devendo sempre ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

A utilização dos procedimentos da mediação revela-se um grande instrumento na busca pela superação do paradigma punitivista, atualmente ineficaz, conforme amplamente demonstrado ao longo do trabalho.

2.3.2 A aplicabilidade da mediação penal em casos de violência doméstica

Conforme já demonstrado, a violência doméstica é um problema que atinge incontáveis mulheres no Brasil, somado a esse problema, encontramos à crise do judiciário e a falibilidade do sistema penitenciário, como resultado de todos esses pontos, temos uma justiça que não presta a vítima a assistência necessária. Os elevados índices de reincidência nos crimes de violência doméstica nos mostra que a Lei Maria da Penha não é eficaz em resolver esses tipo de conflito.

Desta forma, é evidente a necessidade de uma mudança de paradigma a fim de restaurar os danos sofridos pelas vítimas e tentar realizar a readaptação social do ofensor. Nessa baila, acredita-se que a utilização da justiça restaurativa, viabilizada por meio da mediação penal, respeitando os rigores da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), pode ajudar a diminuir o sofrimento das vítimas, reparando os danos causados pela prática da infração penal.

Nos conflitos envolvendo violência doméstica a mediação, como menciona Sales (2007, p. 143), é capaz de estabelecesse como um instrumento repressivo a essa forma de violência. Essa repressão aconteceria a partir da prevenção da má condução de novos conflitos. Para Vasconcelos (2008, p. 36):

As mediações focadas na relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, buscar-se capacitar os medianos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração a relação e só depois à construção de algum acordo.

Salienta-se que a Lei Maria da Penha não é incompatível aos procedimentos da justiça restaurativa, e é possível encontrar espaço para a utilização desse método. A Lei 11.340/06 no seu artigo 41, ao afastar a aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei 9099/95, não veda a aplicação de alternativas que visam dar respostas não tradicionais ao crime. Apesar de a lei ter imposto mais rigor aos agressores, a única vedação que faz é a presente no artigo 17 da citada legislação, *in verbis*:

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Por meio da leitura desse artigo, verifica-se que há a vedação de prestação pecuniária e de substituição da pena que implique ao pagamento isolado de multa, no entanto, conforme amplamente discutido, não acreditamos que a justiça restaurativa aplicada de forma isolada resolverá os conflitos oriundos de violência doméstica. Deseja-se, portanto, que a sua aplicação seja feita de forma complementar ao sistema punitivo tradicional, para que assim, os objetivos propostos sejam alcançados.

Quando falamos sobre violência doméstica, é necessário observar alguns pontos:

1. A existência de uma relação familiar e/ou de um laço matrimonial que não acabam logo após a ocorrência de uma situação de violência. Os sentimentos oriundos de uma relação afetiva existem e, caso as partes do conflito tiverem filhos comuns, terão dificuldades de continuarem a conviver, mesmo que de forma reduzida.

2. Na maioria dos casos, a vítima não deseja se separar do seu agressor, apenas deseja encerrar aquele ciclo de violência e, por isso, denuncia o ofensor para que ele entenda que o que fez é errado.

Nessas situações, a mediação é a medida adequada para tratar esse conflito uma vez que oferece medidas flexíveis e adequáveis a cada caso concreto e tem por finalidade a restauração dos danos causados pela prática daquela infração penal. O processo de mediação pode ser utilizado como um meio para finalizar as questões em aberto para casais que desejam se separar definitivamente, havendo, desta forma, a prevenção da violência.

Nesse caminhar, acredita-se que as relações que subsistam ao conflito anterior podem ser vividas no futuro sem a ocorrência de violência. Alguns autores são contra a utilização da mediação penal nos casos de violência doméstica alegando que a vítima estaria muito fragilizada e por isso, iria se encontrar em uma posição de desvantagem em relação ao seu agressor.

Ressalta-se que os processos de mediação penal têm como principal característica a voluntariedade, assim, a vítima só participaria se sentisse a vontade com a situação. Para Zehr (2008, p. 188) os participantes precisam receber o apoio emocional necessário e estar dispostos a participar.

A mediação penal utilizada como meio restaurativo se concilia com as necessidades no combate a violência doméstica, tendo em vista as características desse conflito, a mediação de um terceiro imparcial na busca da resolução dos conflitos, auxilia a ocorrência do diálogo e proporciona equilíbrio entre as vozes.

Ao dar voz aos diretamente envolvidos no conflito, ao agressor, a vítima e também a comunidade, é proporcionado o empoderamento da mulher. Esse empoderamento se refere a

possibilidade da mulher tomar as próprias decisões, que influenciaram em como a sua vida irá ser vivida dali para frente. Desta forma, permite-se que haja um diálogo entre o casal, proporcionando a restauração da confiança da vítima nela mesmo.

Deve-se oportunizar que a mulher, vítima de violência doméstica, tenha voz, que expresse tudo aquilo que sentiu após sofrer uma agressão por parte de uma pessoa a qual ela amava e confiava, permitir o seu engrandecimento através do diálogo e que a partir disso, tenha o agressor consciência das consequências das suas atitudes, permitindo que este reflita, ao perceber como a sua companheira se sentiu após a prática da infração penal.

Acredita-se que o processo de mediação não deve ser procedimento privado quando se tratar de uma infração penal. Assim, os procedimentos devem ser submetidos ao controle jurisdicional, pois, dessa forma, a vítima se sentirá protegida, mas, sem excluir a liberdade das partes no procedimento. Neste sentido, as partes ainda têm total controle da direção que tomarão para encontrar a solução do litígio.

O problema da violência doméstica no Brasil é de extrema complexidade e não conseguirá ser resolvido partindo de uma perspectiva única. Nesse contexto, surge a justiça restaurativa e a mediação penal a fim de auxiliar na busca pela diminuição dos conflitos envolvendo a violência doméstica.

Conforme já demonstrado, não basta só a criação de leis, mas também deve existir uma série de ações articuladas, somadas à intervenção do Estado, atuando na promoção de campanhas educativas, investimentos na educação, políticas públicas, visando o combate a violência de gênero. Aliando as respostas tradicionais punitivas, com o agressor respondendo criminalmente pela infração penal, bem como, posteriormente, permitindo, através da mediação penal, o tratamento das questões que circundam e formam o conflito, para restaurar e transformar o entendimento de justiça, por parte das vítimas.

CONCLUSÃO

Durante gerações as mulheres foram discriminadas e silenciadas por diversos fatores histórico e culturais que a influenciam e perpetuam a violência doméstica praticada em desfavor da mulher, uma forma cruel e silenciosa de violência, praticada dentro do lar da vítima, por pessoas íntimas. Apesar de ser um problema antigo, a problemática da violência doméstica era tratada anteriormente como problema conjugal, que deveria ser tratado entre marido e mulher.

Os movimentos feministas trouxeram a público a realidade da violência doméstica e, após muitas lutas, surgiu a Lei Maria da Penha, com estratégias criminalizantes e repressivas,

de cunho estritamente punitivo, medida esta que foi aplaudida pela sociedade, deslumbrada com as promessas do sistema punitivo. Em que pese a promulgação da lei tenha sido um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, ficou demonstrado que apenas a lei, em si, não tem o condão de prevenir ou erradicar a violência doméstica.

No entanto, diante a ineficácia do sistema de justiça criminal para solucionar conflitos oriundos da violência doméstica e, assim, reduzir a reincidência, podemos concluir que para enfrentar a problemática da violência doméstica é necessário conhecer e combater as suas origens.

Demonstrou-se que o modelo atual de justiça, firmado em caráter estritamente retributivo não é capaz de reduzir esse tipo de violência, uma vez os conflitos por trás da violência doméstica estão cercados de peculiaridades, visto que por trás das agressões existem laços familiares, sentimentos, necessidades de cunho emocional, e, assim, não deve-se utilizar tão somente a pena como resposta a esse conflito. Demonstrou-se que o sistema retributivo preocupa-se apenas com a figura do ofensor, não dando a devida atenção as necessidades e aos anseios das vítimas.

Ressalta-se que os desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas de crime no curso do procedimento criminal geram consequências negativas sobre as mulheres uma vez que resultam na (re)vitimização.

Ao utilizar apenas a punição como solução aos conflitos de violência doméstica, ignora-se os motivos da ocorrência do crime e, assim, a origem do problema não é enfrentada, não dando um fim ao conflito. Nesse sentido, concluímos que não basta apenas a criação de leis, é necessário que se procure formas de efetivar a legislação, bem como métodos capazes de realizar o fim desejado pelo legislador, qual seja, a erradicação da violência de gênero.

A Lei 11.340/06 não trouxe alternativas as convencionais respostas penais, ignorando e ao afastar a aplicação dos dispositivos da lei 9099/95 excluiu por completo a possibilidade de diálogo entre a vítima e o ofensor. Verificou-se que a Lei ignorou ainda a vontade das vítimas, uma vez que segundo diversas pesquisas, as mulheres denunciam os agressores mas não desejam que esses sejam condenados a uma pena a ser cumprida em regime fechado. Ao denunciar as vítimas desejam que aquele ciclo de violência tenha fim e que o seu agressor entenda a gravidade da sua conduta.

Assim, constatou-se que, como regra, o sistema retributivo é inadequado para a confrontação da violência doméstica e familiar, uma vez que ignora a origem do conflito e penaliza o agressor, sem a possibilidade de uma reinserção social do mesmo e sem dar importância aos anseios das vítimas.

Nesse caminhar, restou demonstrado a necessidade de uma alternativa a fim de complementar o sistema retributivo atual. Dessa forma, sugeriu-se a utilização da Justiça Restaurativa como alternativa para a resolução dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar, uma vez que o principal objetivo é envolver as partes, restabelecendo um canal comunicativo, focando nos sujeitos envolvidos para que se obtenha um solução criada por todos de forma conjunta e de acordo com a vontade das partes.

A hipótese proposta no presente trabalho confirma-se, uma vez que os procedimentos restaurativos apresentam-se como uma alternativa eficaz para combater os conflitos familiares e domésticos. Nesse baila, o sistema de justiça criminal atual passa a obter uma nova perspectiva, focando em restaurar sentimentos e preenchendo necessidades para reduzir o impacto da infração sobre a as vítimas de violência doméstica.

Durante o desenvolvimento desse trabalho os conceitos acerca da justiça restaurativa, bem como seus objetivos e princípios foram expostos de forma clara, demonstrando o caráter humanitário presente nesse instituto. Nos processos restaurativos, o caso é tratado de acordo com as suas peculiaridades, a fim de encontrar o melhor meio para a resolução dos conflitos, permitindo que vítima e ofensor expressem os seus sentimento na busca pela restauração dos danos, individualizando cada situação a fim de respeitar as particularidades presentes em cada conflito.

O maior objetivo da justiça restaurativa é restaurar os conflitos, ou seja, reestabelecer as perdas morais e materiais existentes antes da ocorrência da infração penal, para que assim as partes possam seguir suas vidas. Uma das maiores vantagens da adoção desse método é que este é totalmente voluntário e respeita a vontade das vítimas, e, ainda, esse tipo de procedimento não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal.

Considerando as peculiaridades dos conflitos envolvendo violência doméstica, a utilização da justiça restaurativa mostra-se um método eficaz, uma vez que permite o diálogo entre as partes, onde o agressor poderá entender a verdadeira dimensão do dano que causou e a vítima poderá expressar os seus sentimentos e anseios.

É certo que a sua aplicabilidade não é possível em todos os casos envolvendo violência doméstica, mas diante de conflitos menos gravosos em que a violência acontece de forma contínua, é valido o diálogo com o objetivo de reconstrução dos laços. Ressalta-se que não se acredita que a justiça restaurativa de forma isolada pode erradicar a violência doméstica, é necessário que aja uma série de ações articuladas, utilizando o método tradicional punitivo sendo complementado pelos procedimentos restaurativos.

Dessa forma, a justiça restaurativa seria aplicada com a adoção dos procedimentos da mediação penal como método complementar ao sistema retributivo atual, atuando como um instrumento para a resolução de conflitos, entregando às partes o poder de gerenciar os seus problemas e por meio do diálogo a procura da melhor solução, conjuntamente com a intervenção estatal, para erradicar com o problema da violência doméstica, modificando o exercício da justiça e ocasionando mudanças fundamentais nas relações de gênero, garantindo, dessa maneira, a efetivação dos dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila Damasceno de; CAMARGO, Juliana Lobo. **A justiça restaurativa como enfrentamento à violência doméstica.** Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/violencia-genero.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

ANDRADE, Camila Damasceno de; CAMARGO, Juliana Lobo. **Da domesticação da violência doméstica:** politizando o espaço privado com a positividade constitucional. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org). **Relações de gênero e sistema penal:** Violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS.

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça restaurativa:** um desafio à práxis jurídica. Campinas: Servanda.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2:** parte especial. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto n. 3689 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI n. 11.340 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha.** Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 3 set. 2021.

BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Código Penal n. DECRETO-LEI n° 2.848 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Decreto no 1.973, 1996**: Convenção de Belém do Pará (OEA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 09.547. 07 dezembro 2009. Sexta Turma. STJ - HC: 109547 ES 2008/0139036-5. Brasília.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha**: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO, Patrícia Cunha Barreto de; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **A mediação como instrumento de contenção da violência doméstica**. ESMESE, v. 17.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal. **Revista Jus Navigandi**. Teresina. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>. Acesso em: 1 set. 2021.

CAVALCANTI, Stela Valeria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: Análise da Lei "Maria da Penha" no 11.340/06. 4. ed. Salvador: Jus Podivm.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**: CNJ. Brasília.

CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de. **Lei Maria da Penha**: do papel para a vida. Comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário. 2. ed. Brasília: CFEMEA – Centro Feminista de Estudo e Assessoria.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres**.. Disponível em: <https://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2012/02/5-empoderamento-ana-alice.pdf>. Acesso em: 4 set. 2021.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MESQUITA, Marcelo Rocha. **Justiça restaurativa**: Uma opção na solução de conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c23da4fc9c3c0a23>. Acesso em: 23 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DIEHL, Bianca Tams; GONÇALVES, Diego Marques; CARRION, Letícia Gheller Zanatta. **O Poder Judiciário estadual e o julgamento de crimes contra as mulheres**: dificuldades, peculiaridades e preconceitos no combate à violência de gênero. Passo Fundo: IMED.

FROSSARD, Heloisa (Org). **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>. Acesso em: 4 set. 2021

MAYR, Eduardo. **Vitimologia e direitos humanos**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **O que vale a pena?: O impacto da lei Maria da Penha no encarceramento de "agressores" e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar**.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM.

PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De. **Justiça Restaurativa e resolução dos conflitos familiares**. Aracaju. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/download/2088/1234>. Acesso em: 25 set. 2021.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... Posso contar**. 2. ed. São Paulo: Armazém da Cultura.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: um novo caminho?**. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, v. 8.

PORTO, Rosani Terezinha Carvalho; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Justiça e gênero: Por uma humanização que desarticule a violência**. Curitiba: Multidea.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo**. SE.

SANTIN, Janaina Rigo; GUAZZELLI, Maristela Piza ; CAMPANA, Jozielle Bona. **A Violência Doméstica e a ineficácia do direito penal na resolução dos conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

SANTOS, Tania Maria dos. **A mulher nas Constituições Brasileiras**: In: II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher e CF - Final tania.pdf>. Acesso em: 3 out. 2021.

SICA, Leonardo. **Bases Para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. Belo Horizonte.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. 1. ed. Brasília: Flacso Brasil.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena.

4

A PROTEÇÃO BRASILEIRA AOS DIREITOS DOS CIGANOS PARA UMA VERDADEIRA INCLUSÃO SOCIAL

BRAZILIAN PROTECTION OF THE RIGHTS OF GYPSIES FOR TRUE SOCIAL INCLUSION

Helcínkia Albuquerque dos Santos Nunes⁴

RESUMO

Este estudo objetiva desmistificar os estereótipos formados em torno do povo cigano, revelar a real situação em que se encontram os grupos residentes no Brasil e demonstrar a mudança de pensamento do legislador, principalmente sobre as inovações trazidas na proteção da identidade cultural deste grupo étnico. Busca-se saber se a legislação vigente é eficiente para afastar o isolamento, a segregação e a exclusão social que vitimou esta população. Para tentar responder a esse questionamento, adotou-se a pesquisa qualitativa, com levantamentos bibliográficos. E concluiu-se que houve um avanço com a Constituição de 1988, que tenta proteger e promover a inclusão social dos grupos vulneráveis. Contudo, essa proteção genérica, sem observar as particularidades do povo cigano, que necessita de normas próprias, em razão de suas peculiaridades. O Poder Legislativo avançou para tentar sanar esta lacuna, com a apresentação do Projeto de Lei do Senado n. 248/2015, que se encontra em tramitação e visa instituir o Estatuto do Cigano. Assim, restou claro que a legislação vigente ainda é insuficiente para afastar a discriminação social que vitima esta população. Deve-se implementar a ideia de que culturas distintas podem conviver harmonicamente, efetivando a igualdade e a não discriminação.

Palavras-Chave: Ciganos. Minorias. Grupo vulnerável. Inclusão social.

ABSTRACT

This study aims to demystify the stereotypes formed around the gypsy people, reveal the real situation in which the groups living in Brazil find themselves and demonstrate the change of thought of the legislator, mainly about the innovations brought about in protecting the cultural identity of this ethnic group. It seeks to find out if the current legislation is efficient to remove the isolation, segregation and social exclusion that victimized this population. To try to answer this question, qualitative research was adopted, with bibliographic surveys. And it was concluded that there was an advance with the 1988 Constitution, which tries to protect and promote the social inclusion of vulnerable groups. However, this generic protection, without observing the particularities of the Roma people, who need their own rules, due to their

⁴ Advogada. Docente do Curso de Direito. Conselheira Federal da OAB (triênio 2022/2024). Presidente da Comissão Nacional de Direito Processual Penal da OAB Nacional. Membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos da ABA. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí -UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Marília -UNIMAR. Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia -UNAMA. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa -UNIPÊ. Diretora Adjunta da Associação Brasileira de Advogados (ABA/AC), gestão 2020/2021.

peculiarities. The Legislative Branch advanced to try to fill this gap, with the presentation of the Senate Bill no. 248/2015, which is in progress and aims to establish the Gypsy Statute. Thus, it was clear that the current legislation is still insufficient to remove the social discrimination that victimizes this population. It must be implemented the idea that different cultures can live harmoniously, making equality and non-discrimination effective

Keywords: Gypsies; Minorities; Vulnerable group; Social inclusion.

INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico, há pouca produção científica sobre os ciganos no Brasil, bem como são escassas as leis específicas sobre o tema e as políticas públicas voltadas especialmente para esta população. A falta de dados oficiais atualizados dificulta a realização de pesquisas sobre o assunto. Entretanto, desvendar e compreender estes grupos étnicos é um desafio de suma importância para a concretização dos direitos destas minorias e realização de uma verdadeira inclusão social. Daí, a relevância do estudo. Dar notoriedade à essa população é uma forma de preservar sua identidade e reparar erros históricos de um passado cheio de preconceito e discriminação social.

Desse modo, o presente artigo científico tem por objetivo desmistificar os estereótipos caricatos que se formaram ao longo de séculos de perseguições, revelar a real situação em que se encontra a população cigana residente no Brasil e demonstrar a mudança de pensamento do legislador, principalmente, no que tange às inovações trazidas pelo direito pátrio na proteção da identidade cultural deste grupo étnico. A problemática levantada é saber se, ao menos no plano normativo, a legislação vigente é suficientemente eficiente para afastar o isolamento, a segregação e a exclusão social que vitimou esta população por muito tempo. Para tentar responder a esse questionamento, será adotada a pesquisa qualitativa, com levantamentos bibliográficos.

Assim, o trabalho está dividido em três tópicos. O primeiro trata da população cigana brasileira, falando sobre sua formação, seus clãs e sobre seus dados demográficos oficialmente registrados. O segundo versa acerca da realidade dos ciganos enquanto grupos vulneráveis e minorias, fazendo uma distinção entre os termos e trazendo elementos sobre o estilo de vida adotado por este grupo social, bem como aborda as dificuldades e os preconceitos enfrentados. Na sequência, o terceiro apresenta a proteção dada pela legislação brasileira aos direitos dos ciganos na tentativa de promover uma real inclusão social, com destaque para os avanços conquistados com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Decreto Presidencial de 25 de maio de 2006, que instituiu o Dia Nacional do Cigano, e o Projeto de Lei do Senado n. 248/2015, que cria o Estatuto do Cigano.

Nesse contexto, inicialmente, faz-se necessário esclarecer alguns aspectos. Os ciganos também recebem a nomenclatura de rom, roma, romani, zíngaro ou gitano. Apesar de haver linhas culturais gerais de aproximação, fazendo com que tenham uma visão de mundo semelhante, principalmente no que tange à ideia de proteção mútua, os grupos não são todos iguais, há diferenças de um para outro, suas características não são uniformes e estanques, de modo que cada clã possui sua própria identidade. Assim, uma das finalidades do artigo é justamente identificar se as legislações e políticas públicas inclusivas desenvolvidas até o momento observam essa heterogenia para atender as reais demandas desta população.

Entre as minorias étnicas existentes na Europa, os ciganos representam a maior delas, com mais de 11 milhões de pessoas. Entretanto, o presente trabalho está focado tão somente na análise da situação brasileira, cujos dados do último Censo Demográfico (2014) apontam para cerca de 500 mil pessoas, havendo uma estimativa de que, na atualidade, houve um aumento para 800 mil ou 1 milhão.

1 POPULAÇÃO CIGANA BRASILEIRA

1.1 FORMAÇÃO DA POPULAÇÃO CIGANA BRASILEIRA

Como o povo cigano praticamente não produz relatos escritos, fica difícil estabelecer uma história linear e única acerca de sua população, de modo que sua origem no mundo é imprecisa. Pois suas tradições, mitos, bens culturais e valores costumam ser transmitidos oralmente entre as gerações. Assim, a história dessa gente foi catalogada, ao longo dos tempos, de forma cíclica, por não ciganos (*gadjés*) em contos, ocorrências policiais, reportagens, textos religiosos, leis, etc., propagando, muitas vezes, lendas e estereótipos, que causaram desigualdade, preconceito e exclusões (SILVA JÚNIOR, 2018, p. 240).

Sobre este estereótipo, Faro, Lima e Santos destacam que muitas vezes os ciganos são retratados como vadios, delinquentes, desonestos e preguiçosos. Os autores aduzem que em função da prática da prática da “buena-dicha” (leitura de mãos), as mulheres ciganas constantemente são associadas a bruxas e embusteirias, destacando também que é comum que os ciganos sejam taxados como sujos, hereges, pagãos e ateus, haja vista o fato de não frequentarem a igreja e realizarem seus próprios rituais matrimoniais ou funerários. (FARO, LIMA, SANTOS, 2016).

Apesar das incongruências, é possível afirmar que os primeiros ciganos que chegaram ao Brasil eram “calons” degredados de Portugal (MOONEN, 2012). A história

mundial revela que, no período colonial, a Coroa Portuguesa deportou ciganos “calons” para suas colônias, incluindo a Terra de Santa Cruz (como era chamado o Brasil naquela época), como forma de “limpar” o país de pessoas malquistas e “branquear” as terras sob seu domínio (com descendentes de europeus).

Os documentos oficiais mais remotos mostram que, em 1574, o primeiro cigano foi oficialmente expulso de Portugal para as terras brasileiras. Tratava-se de João Torres, que deveria desembarcar juntamente com sua esposa Angelina e seus filhos (não se sabe ao certo quantos eram), cumprindo pena por tráfico ilegal (CAIRUS, 2018).

Inicialmente, João Torres foi condenado a trabalhar nas galés, mas alegou incapacidade para o trabalho por motivo de saúde e conseguiu modificar sua penalidade para “cinco anos de exílio no Brasil” (ANDRADE JÚNIOR, 2013). Contudo, não existem provas concretas de que ele efetivamente tenha chegado ao destino de sua punição, de modo que:

não se sabe se ele realmente embarcou, se aguentou a longa viagem marítima, ou se chegou ao seu destino, nem aonde desembarcou, nem quanto tempo ficou no Brasil, nem se depois dos cinco anos voltou para Portugal, algo pouco provável. Ou seja, nada se sabe do destino dele e de sua família. É possível que ele nunca tenha chegado ao Brasil, e que outros ciganos tenham chegado antes dele. (MOONEN, 2012, p. 13).

Há, ainda, quem defenda a possibilidade de outros ciganos terem chegado ao Brasil antes disso, juntamente com as caravelas de Cabral. “Certamente há indícios que sustentam esta hipótese, embora nenhuma evidência corrobore a certeza” (CAPELLA, 2017).

Controvérsias a parte, os documentos históricos oficiais revelam que a política de deportação de ciganos portugueses para o Brasil ganhou força a partir de 1686, cuja ordem inicial era expulsá-los para a capitania do Maranhão (COELHO, 1995). Pois, a região ficava distante das grandes cidades do país naquela época e possuía muitos índios (ANDRADE JÚNIOR, 2013). Era uma forma de ocupar o local com brancos europeus.

Posteriormente, em 1718, foram degredados para Pernambuco e Bahia e, em 1720, para Ceará e Sergipe. Em Minas Gerais, a presença de ciganos é documentada desde 1723, e, em 1726, há registros de ciganos em São Paulo (MOONEM, 1996). Durante todo o período colonial, a deportação de ciganos para as colônias portuguesas foi crescendo e, assim, esse povo foi se espalhando e formando a população cigana brasileira.

Se por um lado, eram considerados imigrantes desejáveis, em face da pele branca e da origem europeia; de outra banda, eram indesejáveis e constantemente adjetivados de “gente nociva à ordem pública e à segurança nacional” (SEYFERTH, 2008). A legislação tentava banir a cultura cigana, proibia a prática de suas tradições (falar a língua, usar trajes típicos, viajar em

bando, separação das famílias, etc.) e obrigava a educar os filhos em escolas convencionais, entre outros. Apesar de sofrerem diversos tipos de perseguição e preconceito, muitos ciganos “calons” conseguiram acumular riquezas naquela época.

Mais tarde, já no Século XIX, houve uma onda migratória em que os ciganos “rom”, oriundos da Europa Oriental, vieram para o Brasil. Em meados da Era Vargas, uma segunda onda migratória aconteceu e trouxe mais ciganos junto com ela (CAIRUS, 2018), formando uma nova e miscigenada identidade do povo brasileiro.

1.2 ETNIAS CIGANAS NO BRASIL

Em razão dos processos migratórios citados no item anterior, ocorridos de forma voluntária e involuntária, a população cigana brasileira adquiriu uma identidade plural. É exatamente esta identidade que permite concluir que o povo cigano, embora dotado da referida pluralidade, constituiu-se em uma etnia. Referindo-se ao trabalho de Isasi- Díaz, Alcoff salienta que “as etnias são o produto de características biológicas e culturais, mas também de condições sociais e econômicas atuais de uma comunidade, como pobreza e marginalização” (ALCOFF, 2020). Na atualidade, destacam-se expressivamente três clãs heterogêneos: Calon (Kalon ou Kalé), Rom (ou Roma) e Sinti (ou Manouch), sendo que algumas delas ainda se dividem em subgrupos.

A etnia Calon (Kalon ou Kalé), cujos membros também são denominados “ciganos ibéricos” ou “gitanos” (SILVA JÚNIOR, 2018, p. 45), é a predominante no Brasil. Como já explicado, foi a primeira a chegar ao país, deportada de Portugal, no período colonial. Na sociedade brasileira atual, é o único clã, ainda, exclusivamente nômade, sobrevivendo do comércio, que requer mobilidade para conquistar “novos clientes” (LIMA, 2014, p. 227).

Já a família Rom (ou Roma) migrou dos países balcânicos e do leste europeu para o Brasil no Século XIX. Está repartida em vários subgrupos com nomes específicos: Kalderash, Matchuaia, Lovara, Curara, Horahanei, entre outros. Quanto ao grupo Sinti (ou Manouch), uma parte da doutrina sustenta que ele veio da Alemanha, Itália e França e se espalhou pelo território brasileiro. Outra parte dos doutrinadores defende que eles vieram da Turquia a partir do final do Século XIX.

A verdade é que, de 1819 a 1959, migraram para o Brasil 5,3 milhões de europeus. Entre eles, estavam milhares de portugueses, italianos, espanhóis, alemães e russos. Na entrada do território brasileiro, registrava-se apenas a nacionalidade do imigrante (e não a sua identidade étnica). Assim, há fortes chances de que no meio desses imigrantes também tenham

vindo ciganos Sinti ou Manouch (MOTA, 1987). Hodiernamente, também, não há registros oficiais atualizados sobre a quantidade de membros que integram cada etnia.

1.3 DADOS BRASILEIROS OFICIAIS DOS CIGANOS

No Brasil, atualmente, não existem dados oficiais recentes sobre a população cigana. As últimas informações levantadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, através da Pesquisa de Informações Básicas Estaduais – ESTADIC e da Pesquisa de Informações Básicas Municipais -MUNIC, datam de 2014, cujos resultados foram reproduzidos pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, noticiando que os acampamentos estão espalhados por 337 (trezentos e trinta e sete) municípios⁵, distribuídos em 22 (vinte e dois) Estados, “com índice de 36,4% na Região Sudeste, 34,7% na Região Nordeste, 14,8% na Região Sul, 11% na Região Centro-Oeste e 3,3% na Região Norte”⁶.

Comparando as respostas do Censo Demográfico 2014 com o Censo Demográfico 2011, observa-se o aumento da quantidade de acampamentos ciganos. Pois, em 2011, eram 291 (duzentos e noventa e um) acampamentos espalhados por 21 (vinte e um) Estados brasileiros. E, em 2014, conforme já dito, eles tinham avançado para 337 (trezentos e trinta e sete) municípios, localizados em 22 (vinte e dois) Estados, com estimativa superior a meio milhão de pessoas no Brasil. Contudo, é difícil calcular com precisão a quantidade de ciganos dispersos pelo país, principalmente porque nem todos são nômades. Muitos já possuem residência fixa, mas o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –IBGE não faz qualquer distinção em suas pesquisas, entre os itinerantes e os fixos, contabilizando apenas os que vivem em barracas.

Considerando a defasagem e a imprecisão de dados, visto que desde 2014 a população cigana não aparece nas pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, e ponderando que isso atrapalha o desenvolvimento de políticas públicas para esse grupo social, em 2018, o Ministério Público Federal - MPF expediu recomendação, assinada pelo então vice-procurador-geral da República Luciano Mariz Maia e pela procuradora regional da República Eliana Torelly, para a inclusão dos ciganos nos questionários do Censo Demográfico 2020⁷. Dando sequência, em 2019, as duas instituições (MPF e IBGE) se reuniram para discutir

⁵ <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/igualdade-racial/comunidades-tradicionais/povos-ciganos>

⁶ <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recomenda-que-ibge-inclua-povos-ciganos-no-censo-e-em-outras-pesquisas-demograficas>

⁷ <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recomenda-que-ibge-inclua-povos-ciganos-no-censo-e-em-outras-pesquisas-demograficas>

estratégias que viabilizem o mapeamento e a identificação de povos e comunidades tradicionais dentro do território brasileiro, em especial os ciganos.⁸

Enquanto os novos dados oficiais não são apresentados, os ciganos permanecem em situação de vulnerabilidade, sendo alvos constante de discriminação e violação de direitos. Pois a falta de informações atualizadas sobre a realidade desse povo impede a implementação de políticas públicas condizentes com suas verdadeiras necessidades e, conseqüentemente, mitiga o exercício digno de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais.

2 REALIDADE DOS CIGANOS ENQUANTO GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS

2.1 CIGANOS ENQUANTO GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS

Antes de tratar especificamente sobre a realidade dos ciganos no território brasileiro, faz-se necessário esclarecer o que são grupos vulneráveis e minorias, deixando claro, desde logo, que não há consenso sobre a definição de tais termos. Para alguns estudiosos, as expressões são sinônimas; já para outros, há diferenças.

Os que não fazem distinção, a exemplo de Élide Séguin (2002), justificam seu posicionamento no fato de que ambos os grupos são vítimas de preconceito e discriminação, merecendo, indistintamente, especial atenção e proteção estatal. Já os que diferenciam os vocábulos, como Ana Carolina Dias Brandi e Nilton Marcelo de Camargo (2013) e Dirceu Pereira Siqueira e Lorena Roberta Barbosa Castro (2017) entendem que “minorias” é espécie do gênero “vulnerável” (assim, toda minoria é também vulnerável) e sustentam que a ausência desta distinção prejudica os grupos impedidos de exercer seus direitos e a própria sociedade, que é plural.

Com efeito, entende-se por grupo vulnerável o conjunto de pessoas que possuem determinada(s) característica(s) que o torna suscetível de violações a dignidade humana. “Inobstante a previsão formal de seus direitos (civis, políticos, sociais etc.), o exercício e a fruição correspondentes são dificultados ou impedidos por ações, omissões e comportamentos de índole discriminatória (OLIVEIRA, 2017, p. 22). A título exemplificativo, tem-se as mulheres, os idosos, a população de rua, os LGBTTTs (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), as crianças, as pessoas com deficiência, entre outros, que, apesar

⁸ <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-se-reune-com-ibge-para-discutir-recenseamento-dos-povos-ciganos-no-brasil>

dos avanços na legislação garantista, são vítimas ordinárias de discriminação, de óbices ao exercício de direitos e suscetíveis a atos de violação.

Nota-se, assim, que não basta tão somente existir uma legislação voltada aos vulneráveis, é necessário ir mais além e desenvolver políticas especiais de proteção. Nesse contexto, permanecem atuais as palavras do filósofo italiano Norberto Bobbio:

o mais grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los... Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam constantemente violados (2004, p. 17).

Por sua vez, as minorias possuem definição mais imprecisa. Em geral, o elo de ligação entre os indivíduos pertencentes a esse grupo é um viés cultural comum, que pode estar relacionado a etnia, religião, língua, ou costumes não dominantes na sociedade em que estão inseridos, fazendo com que se unam solidariamente para a proteção e preservação de suas tradições, que constantemente sofrem opressão social. Nesse diapasão, pode-se citar, exemplificativamente, os ciganos, os indígenas, os quilombolas, os curdos, entre outros. Sem olvidar que, como a sociedade está em constante transformação, no mundo cosmopolita, com intensos deslocamentos forçados, humanitários ou voluntários (desertificação, conflitos bélicos, secas intensas, perseguições religiosas, étnicas, sociais e políticas, refugiados ambientais, etc.), novas minorias emergem.

Cabe destacar que, pode ocorrer o cruzamento, isto é, a interseção entre minorias e grupos vulneráveis, de modo que um grupo vulnerável seja concomitantemente uma minoria e vice-versa”. Exemplificando, pode ocorrer que uma criança deficiente ou um idoso (grupo vulnerável) integre um clã cigano (minorias). De outra banca, existem, ainda, doutrinadores que entendem os grupos vulneráveis como as novas minorias, como sustenta Ana Maria D’Ávila Lopes:

Tradicionalmente, apenas têm sido considerados grupos minoritários aqueles com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes à maioria da sociedade. No entanto, na atualidade, o conceito de minoria tem sido ampliado, abrangendo todo grupo humano em situação de desvantagem social, cultural, econômica, política ou jurídica, cujos direitos são vulnerados apenas por possuírem alguma ou algumas características diferentes das do grupo dominante da sociedade. Dentro dessa nova concepção, podem ser citadas como minorias: as mulheres, os idosos, as pessoas com necessidades especiais, dentre outras (2006, p. 55).

Em todos os casos, surge a necessidade de desenvolvimento de políticas especiais de proteção condizentes com a realidade de cada grupo, sem que se renuncie a uma noção integral e indivisível de direitos humanos, para uma verdadeira inclusão social, sem intolerância, segregação ou assimilação.

Necessário se faz recordar que a Democracia Constitucional abarca não somente a decisão de uma maioria, mas também deve ser pensada em seu prisma substancial, o qual volta-se para a proteção de grupos minoritários. Bahia e Luiz destacam este aspecto, confira-se:

É nesse sentido que podemos abortar o que hoje chamamos de direito de minorias em face da intolerância e imposição das majorias. Tais fatos, ao contrário do que se imagina, não são admitidos numa democracia constitucional como a nossa, já que esta não significa somente a vontade da maioria, mas a vontade da maioria desde que respeitados os direitos das minorias: minorias não podem ser massacradas (física ou simbolicamente) por decisões democráticas. A médio/longo prazo devem poder reapresentar seus argumentos e, a todo tempo, devem poder recorrer ao Judiciário quando a vontade daquela significar uma redução do status de igualdade desta (BAHIA, LUIZ, 2015).

Aliás, iniciativas e medidas protetivas articulam a transversalização de temas e ações, de forma a contemplar a riqueza da pluralidade social e da diversidade de demandas (OLIVEIRA, 2017). Nesse aspecto, considerando que o foco do presente estudo é a população cigana brasileira, passe-se a uma abordagem acerca da realidade enfrentada por esse povo.

2.2 REALIDADE DOS CIGANOS NO BRASIL

Hodiernamente, nem todos os ciganos são nômades, muitos são sedentários e vivem em acampamentos, barracas e ranchos. Esse estilo de vida se dá por diversos fatores, mas, principalmente, pela situação paupérica. A ausência de condições socioeconômicas para se locomover e ter vida itinerante (falta de dinheiro para pagar hotel, pensão ou outro local de pouso), ou a falta de recursos financeiros (em razão da pobreza) para adquirir outra habitação, ou a falta de um imóvel grande o suficiente para abrigar todos os membros do grupo juntos, ou, ainda, a ausência de verba para construir casas quando possuem terreno próprio, faz com que as barracas ou taperas se tornem a única opção de moradia para a maioria dos ciganos.

Lourival Andrade Júnior (2013) explica que:

O processo que culminou na constante perseguição aos ciganos no Brasil ainda não se encerrou. Os grupos nômades têm poucos espaços para organizar seus acampamentos, por conta de leis proibitivas que impedem sua permanência em terras que não sejam especificamente destinadas a eles. Ou seja, no mundo da propriedade privada, esses espaços não existem. Mesmo

que a Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º – XV tenha definido que todos têm direito a se locomover no território nacional, nos parece que isso não se aplica aos ciganos que optaram pelo nomadismo. O que temos é um número cada vez maior de grupos que se sedentizam e que de alguma maneira perdem suas características primitivas de estar em movimento. A sedentarização, nesse caso, é por imposição e não por convicção.

Vale ressaltar que as condições dos acampamentos nem sempre garantem uma vida humana digna, como estabelece o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É comum a ausência do fornecimento dos serviços de água tratada e encanada, esgoto, saneamento básico, energia elétrica, iluminação pública, entre outros. Há insegurança de todas as ordens, intimidação de chuvas, enchentes e demais fenômenos da natureza, bem como o medo da violência urbana por falta de segurança pública. Apesar de tudo, poucos são os ciganos que possuem capital suficiente para se alojarem em imóveis de alvenaria.

Quando se trata de números e dados oficiais, a população cigana ainda não possui a devida atenção, conforme narrado no item 1.3 deste artigo, o que dificulta a identificação das demandas existentes e o desenvolvimento de legislação protetionista específica e políticas públicas adequadas. Sobre o assunto, as últimas consultas realizadas pelo IBGE, através da Pesquisa de Informações Básicas Estaduais – ESTADIC e da Pesquisa de Informações Básicas Municipais -MUNIC, dataram de 2014 e revelaram que apenas 195 municípios desenvolvem políticas públicas para os ciganos.

Contudo, a quantidade de municípios não implica no número de acampamentos e moradias isoladas (barracas e casas). “Sendo assim, entre acampamentos transitórios e fixos, chegamos à soma de 849 municípios totais no país, 1.148 acampamentos declarados, acampamentos provisórios/transitórios, ranchos e barracas isoladas existentes nesses municípios” (CAVALCANTE, COSTA e CUNHA, 2017, p. 233). Como se nota, as informações colhidas pelos órgãos oficiais mascaram uma realidade mais dura e complexa.

Somem-se a isso os preconceitos, estigmas e perseguições que o povo cigano suporta há séculos, colocando-o em situação de vulnerabilidade e dificultando a aquisição de documentos, oportunidades de emprego, acesso e/ou aceitação no ambiente escolar, bem como o convívio com a desconfiança cotidiana da polícia e da sociedade. A história revela que, ao longo dos tempos, a imprensa, a legislação e as artes contribuíram muito para a desqualificação e exclusão dos ciganos. Até hoje, a mídia apresenta uma imagem folclórica dessas pessoas, com roupas típicas, tecidos na cabeça, misticismo e mulheres sedutoras. Esses estereótipos caricatos escondem a pesada realidade dos ciganos que vivem, em sua maior parte, nas periferias.

Lucimara Cavalcante, Elisa Costa e Jamilly Cunha, ao fazerem um levantamento e sistematização de informações sobre o povo cigano no Brasil, detectaram que:

No estado da Bahia, Espírito Santo, Maranhão e Rio de Janeiro as realidades de extrema violação fizeram com que muitas famílias se estabelecessem em localidades periféricas. (...)

A região Sul do país ainda abriga a tradição das caravanas abarracadas para fins de comércio e vendagem, entretanto, regiões como Mafra, Major Vieira, Foz do Iguaçu, Cascavel, Capão da Canoa, Joinville e Lajes, tiveram diminuição drástica em 2015 e 2017, devido à forte pressão dos municípios em proibir tais acampamentos, inclusive com a presença da polícia. As caravanas com mais de 10 famílias já não são mais constantes e a opção por pernoitar em pequenos estabelecimentos com um mínimo de conforto na periferia das grandes ou médias cidades, tem feito a diferença.

Vale apontar que acampamentos pequenos em relação ao número de integrantes, se tornaram mais comuns. Diferente da década de 1970 onde se viam de 20 a 30 barracas, ou as maiores chegando a 60 barracas (...). Atualmente, segundo dados da AMSK, a média é de 4 a 8 barracas por acampamento. Os núcleos familiares também diminuíram, sendo mais comum de 2 a 4 filhos.

No Nordeste do país, condições sub-humanas de pobreza é o cenário quase que determinante. (...) Em Sousa, na Paraíba (GOLDFARB, 2004; CUNHA, 2015), a extrema situação de pobreza permitiu que as barracas fossem substituídas não por casas estruturadas de alvenaria, mas na maioria dos casos, por casas de “tapera”, sem banheiro ou água encanada. Energia é um artigo de luxo para poucos e a noite a escuridão predomina as ruas e vielas dos dois ranchos que existem no local, dificultando a saída dos jovens que trabalham e estudam a noite (2017, p. 235-236).

Apesar da situação em que se encontram os ciganos nos dias de hoje, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado parece querer minimizar os erros históricos de opressão e discriminação. Todavia, ainda existe muita dificuldade para encontrar um caminho capaz de atender às necessidades de todos os grupos ciganos, visto que os clãs são heterogêneos, identificam-se culturalmente de formas distintas e não há dados oficiais detalhados sobre eles. Daí a necessidade da realização de estudos e pesquisas para coleta de informações concretas capazes de nortear as novas estratégias que devem ser adotadas para atender as demandas dessa população.

Diferente de outrora, em que se pretendia coibir os costumes, língua e tradições gitanas, com a implementação do Estado Democrático de Direito, tornou-se inadmissível a adoção de uma política de integração dos povos ciganos como forma de obrigá-los a assimilar a cultura nacional. O ordenamento jurídico brasileiro pós 1988 contemplou o direito de ser minoria e passou a aceitar diversidades culturais, através do reconhecimento da denominada autodeterminação dos povos. Portanto, os avanços na legislação protetiva são inegáveis.

3 PROTEÇÃO BRASILEIRA AOS DIREITOS DOS CIGANOS PARA UMA REAL INCLUSÃO SOCIAL

3.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS CIGANOS

Em relação às constituições pretéritas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou a redemocratização e uma mudança de paradigma quanto aos direitos dos grupos minoritários, não fazendo mais referência à velha política de integração dizimadora ou inclusão subordinada. Em seu preâmbulo, já consagrou os ideais de igualdade e justiça como "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Reconheceu, portanto, a incompatibilidade da coexistência da exclusão social com a nova sociedade brasileira democrática e multicultural.

Ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, legitimou como cláusula pétrea os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV) e passou a afirmar valores supremos (justiça social, cidadania, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, entre outros), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da marginalização, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, CRF/88, art. 3º) e aceitando, assim, a cultura e os sistemas jurídicos particulares de cada povo.

A autenticação dos direitos às minorias ocorreu pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação dos povos e da isonomia. O primeiro está fundamentado no artigo 1º, inciso III, do texto constitucional, e sinaliza que toda pessoa, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, deve ser respeitada, não podendo ser submetida a tratamentos degradantes, humilhantes ou desumanos. O segundo tem previsão no art. 4º, inciso III, da Lei Maior, e diz respeito a uma certa autonomia interna, que implica no direito que os povos pertencentes a grupos minoritários têm de exercer seus costumes. O terceiro vem delineado no artigo art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a seguinte redação: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Deste modo, todos os povos merecem proteção contra o preconceito étnico. Busca-se, portanto, banir a segregação e a assimilação das minorias.

A segregação está fundamentada no etnocentrismo e propicia a construção pelo senso comum de alguns estereótipos minoritários objeto de discriminação. Pode ser definida como o isolamento de determinadas classes sociais, trazendo desdobramentos negativos para a vida em sociedade, por gerar preconceito, conflitos, intolerância e hostilidades entre a camada

populacional dominante e as minorias do ponto de vista étnico, religioso, racial, etc., que ficam a margem da cultura predominante.

Por assimilação, entende-se a imposição da cultura dominante sobre a cultura dos grupos minoritários, isto é, a aniquilação de uma cultura diferente pela cultura anfitriã. No conceito clássico de Alfredo Ellis Júnior, a assimilação corresponde a subsunção “a outra civilização de um grupo humano mais ou menos numeroso de indivíduos, o qual abandona todos os laços culturais anteriores, adquirindo novos que lhes são transmitidos pelo grupo humano em contato com o qual ele é posto” (1934, p. 84-85). Portanto, traz a ideia de superioridade de uma cultura sobre a outra, provocando, em regra, conflitos e a vulnerabilidade das minorias.

Ao contrário, a integração, na atualidade, “visa à participação em igualdade de oportunidades na sociedade anfitriã, sem que isso represente a renúncia de suas características: religiosas, étnicas, culturais etc”. (OLIVEIRA, 2017, p. 24). Não se trata mais da política integracionista dizimadora de outrora, em que os ciganos eram forçados a abandonar sua cultura e tiveram muitas vezes suas identidades culturais usurpadas. Transformações culturais podem acontecer naturalmente em razão do contato de uma cultura com outra, mas sem o viés e alterar a identidade de um povo. De modo que, do ponto de vista legal, encontra-se superada a ideia de que a população cigana possui cultura inferior. Eis o grande desafio da sociedade contemporânea: conciliar povos diferentes, respeitando as diferenças culturais, sem que uma cultura se sobreponha a outra, de modo a promover o progresso social por meio da cooperação/colaboração mútua.

Apesar da inovação no tratamento protecionista dado as minorias e diversidade cultural, a Lei Maior não faz qualquer referência expressa ao povo cigano. Mesmo assim, representa o marco brasileiro do rompimento da visão etnocentrista, reconhecendo implicitamente o direito do cigano, enquanto minoria (distinta do grupo social dominante), permanecer como tal, com suas tradições preservadas. É a valorização da heterogeneidade e do direito à diferença, não mais se admitindo a assimilação dos ciganos à cultura predominante entre os não-ciganos (*gadjés*).

Assim, a nova ordem constitucional, no *caput* do artigo 215, assegurou “a todos o pleno exercício dos direitos culturais” (incluindo-se aí as minorias, como os ciganos). Garantiu, ainda, “acesso às fontes da cultura nacional” e estabeleceu que o “Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Aqui, vale esclarecer que a expressão “cultura nacional”, no contexto atual, não se refere exclusivamente à cultura do grupo

majoritário, mas a todos os grupos, incluindo os minoritários, vez que a formação da sociedade brasileira é miscigenada e a Lei Maior não prega a hierarquia de culturas.

E importante mencionar, ainda, que o termo “manifestações culturais” abarca todo o patrimônio cultural (material e imaterial) descrito no artigo 216, albergando, inclusive, “as formas de expressão”, em que se inclui a linguagem do grupo, como elemento de sua identidade, sem qualquer superioridade de uma cultura sobre outra. Mas a proteção da identidade do grupo vai além da língua, destaca-se, também, a necessidade de preservação da religião, tradições e memórias. Quando se trata de clãs ciganos, este aspecto ganha especial relevância, visto que os grupos possuem costumes diferentes, ou seja, não são homogêneos entre si. Neste sentido, tem-se, também, os incisos VI e VIII do artigo 5º, trazendo a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (religiosa, filosófica ou política) e, demonstrando, mais uma vez, que o texto constitucional de 1988 não estabelece qualquer superioridade de grupos.

Acerca da abrangência dos direitos culturais, Souza Filho defende lucidamente que tais direitos “não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras” (2009, p. 158-159). A visão do autor se coaduna com o novo paradigma jurídico sedimentado no texto constitucional, que valoriza a intensa diversidade cultural dos vários grupos sociais e étnicos, bem como reconhece o papel das manifestações culturais destes grupos para a formação da identidade cultural brasileira, comprometida com a valorização das diferenças.

Como se nota, apesar de inovadora, a proteção dada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao povo cigano se deu de forma genérica, enquanto minoria. Todavia, não se pode negar que foi o marco brasileiro para combater um histórico de dor, rejeição, sofrimento, exclusão e segregação, provocado pelos não ciganos (*gadjés*) ao longo de séculos de leis anticiganas e políticas de integração controlada, homogeneizada e desigual. E essa proteção vem sendo ampliada a partir de então pela legislação. Neste sentido, pode-se citar, exemplificativamente, o Decreto Presidencial de 25 de Maio de 2006 (institui o Dia Nacional do Cigano) e o Projeto de Lei do Senado n. 248/2015 (cria o Estatuto do Cigano), que revelam a mudança de pensamento do legislador na tentativa de superar a realidade de violência enfrentada pelos gitanos.

3.2 DECRETO PRESIDENCIAL DE 25 DE MAIO DE 2006

O Decreto Presidencial de 25 de Maio de 2006 instituiu, em seu artigo 1º, “o Dia Nacional do Cigano, a ser comemorado no dia 24 de maio de cada ano”. E, no artigo 2º, estabeleceu que “as Secretarias Especiais de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos da Presidência da República apoiarão as medidas a serem adotadas para comemoração do Dia Nacional do Cigano”. Como se observa, a norma busca dar visibilidade e valorizar a cultura cigana em sua diversidade, bem como representa uma evolução das relações entre o Estado e esse povo.

A intensão é fazer com que os ciganos possam se orgulhar de suas raízes e não sintam vergonha de ser reconhecidos como pertencentes a esse grupo. Pois, na atualidade, muitos deles ainda têm medo de se declararem como tal e sofrerem discriminações e preconceitos. As marcas deixadas pelo passado de punições, extermínio, etnocídio, assimilações compulsórias, proibições e perseguições históricas ainda fazem brotar o sentimento de desconfiança em várias comunidades e etnias.

É importante frisar, também, que uma característica desenvolvida pelos ciganos ao longo das gerações é a guarda de segredos, como importante arma de proteção contra os não ciganos (*gadjés*). A divulgação de segredos pode levar até mesmo a expulsão do grupo, como forma de manutenção da sobrevivência do clã. E isso se dá porque, durante muito tempo, predominou o nomadismo. Sem lugar certo para retornar ou montar acampamento, os ciganos nômades ficavam a mercê da boa vontade dos donos de terrenos ou das escassas políticas públicas de inclusão, alimentando o sentimento de não pertença a qualquer nação.

Durante séculos, por todos os países em que passaram, os povos ciganos precisaram respeitar normas, que, na maior parte das vezes, pretendiam erradicá-los, criminalizá-los ou obrigá-los a abandonarem suas tradições e se integrarem a sociedade através da sedentarização. Assim, eles aprenderam que o temor daquilo que vem de fora é fator determinante para a segurança do grupo. E isso atrapalha o desenvolvimento de políticas públicas eficazes para as demandas ciganas. Daí, a relevância do decreto: promover uma mudança de mentalidade que possa auxiliar o Estado na concretização de uma verdadeira inclusão social.

Apesar da evolução legislativa, hodiernamente, esse comportamento de boa parte da comunidade cigana dando descrédito ao Estado ainda é justificado pelo abismo que existe entre a proteção constitucional e a realidade enfrentada, que permanece regada, na maioria dos casos, de racismo estrutural, desigualdades sociais, falta de oportunidades e dificuldade de acesso aos direitos basilares (como saúde, educação, trabalho formal, etc.) que afetam as

comunidades ciganas independente de seus estágios de exclusão/integração. A realidade no plano formal é uma, mas no plano material é outra.

Além da promulgação do Decreto Presidencial de 25 de Maio de 2006, como forma de proporcionar a inclusão social, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 248/2015, que visa a aprovação do Estatuto do Cigano, para ampliar as oportunidades dos ciganos em vários segmentos da vida social.

3.3 PROJETO DE LEI DO SENADO N. 248/2015 (ESTATUTO DO CIGANO)

A Associação Nacional das Etnias Ciganas (ANEC) elaborou o texto do Estatuto do Cigano e o senador Paulo Paim (PT-RS) apresentou ao Senado o Projeto de Lei n. 248. Em 30 de abril de 2015, o projeto foi encaminhado às Comissões de Educação, Cultura e Esporte; de Assuntos Sociais; e de Direitos Humanos e Legislação Participativa para análise (publicado no DSF 59, p. 24-27). Quase três anos depois, na data de 28 de março de 2018, na 7ª Reunião, Extraordinária, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte aprovou o Relatório do Senador Hélio José (PROS-DF), dando parecer favorável ao Projeto, com as Emendas nº 1-CE a 9-CE (publicado no DSF 34, p. 198-209).

Por sua vez, no dia 10 de maio de 2018, em Reunião Extraordinária, a Comissão de Assuntos Sociais também aprovou o Relatório do Senador Hélio José (PROS-DF), dando Parecer favorável ao Projeto de Lei do Senado nº 248, de 2015, com as Emendas nºs 1-CE-CAS a 5-CE-CAS, 8-CE-CAS, 9-CE-CAS, 10-CAS e 11-CAS; e contrário às Emendas nºs 6-CE e 7-CE. (publicado no DSF 62, fls. 307 a 320). Atualmente, o projeto se encontra sob a relatoria do Senador Telmário Mota (PROS-RR), aguardando decisão terminativa da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado. Se for aprovado e não houver recurso para votação do texto pelo Plenário do Senado, seguirá direto para a Câmara dos Deputados.

O Estatuto do Cigano visa o desenvolvimento de políticas específicas voltadas a promoção da igualdade de oportunidades a essa minoria étnica, que sempre viveu a margem da sociedade, facilitando o acesso ao direito à saúde, ao trabalho, a educação básica e a disseminação de sua cultura, entre outros. Apresenta, ainda, as línguas ciganas como bem cultural de natureza imaterial. Traz também a obrigação de coleta periódica de dados demográficos sobre os povos ciganos para subsidiar a elaboração de políticas públicas. Representa, pois, um avanço legislativo no combate a discriminação, visto que a proteção hodierna é dada de forma genérica pela Constituição da República Federativa de 1988 a todas as minorias. Assim, o estatuto satisfaz as particularidades deste grupo de pessoas.

CONCLUSÃO

Após verificar a realidade vivenciada pela população cigana residente no Brasil e analisar a legislação pátria, no que tange a atenção dada a esta minoria, conclui-se que houve um avanço no campo jurídico, tendo como marco a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, que trouxe inovações na garantia da inclusão social dos grupos vulneráveis. Contudo, essa proteção foi dada de forma genérica, sem observar as particularidades do povo cigano, que necessita de normas próprias, em razão das peculiaridades de suas demandas.

Constatou-se, ainda, que a elaboração de leis específicas se torna mais difícil em razão da defasagem de dados oficiais sobre esta etnia, o que, conseqüentemente, também, prejudica o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a esses povos e a efetivação da inclusão social. Não se pode esquecer, porém, que grande parte dos ciganos tem medo de se assumir como tal, perante as pesquisas do censo demográfico, por não confiar no Estado, em razão do histórico de opressões a que foram submetidos. Portanto, o desafio é grande.

Entretanto, o Poder Legislativo deu um importante passo para tentar sanar a ausência de proteção específica a esta minoria, com a apresentação do Projeto de Lei do Senado n. 248/2015, que se encontra em tramitação e visa instituir o Estatuto do Cigano. Não obstante, o processo de aprovação do referido estatuto caminha a passos lentos, visto que o Projeto de Lei foi apresentado em 2015 e até a data de conclusão da presente pesquisa (10 de abril de 2020) ainda está aguardando decisão terminativa da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado. Como se nota, já se passaram mais de cinco anos e nada foi resolvido.

Portanto, fica claro que, no plano normativo, a legislação vigente ainda é insuficiente para afastar o isolamento, a segregação e a exclusão social que vitima esta população desde a época do Brasil Colônia. Mas, procura avançar na implementação da ideia que culturas distintas podem conviver em harmonia, buscando efetivar os princípios da igualdade e da não discriminação. Enquanto o ideal formal não se materializa, a maioria dos ciganos permanecem nas periferias, vivendo na exclusão social, o que reforça a importância da aprovação do Estatuto com conseqüente densificação normativa de proteção aos ciganos.

REFERÊNCIAS

ALCOFF, Linda Martín. **Decolonizando a teoria feminista: contribuições latinas para o debate**. in *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, Ouro Preto, v. 06, n. 01, e-202001, jan./jun. 2020 | Página 17 de 24 www.libertas.ufop.br | libertas.dedir@ufop.edu.br. Obs: ela citou essa: ISASI-DÍAZ, Ada-María. *En la Lucha/In the Struggle: Elaborating a Mujerista Theology*. Minneapolis: Fortress Press, 1993. Como colocar?

ANDRADE JÚNIOR, Lourival. **Os ciganos e os processos de exclusão**. *Revista Brasileira de História*, vol.33, n. 66, São Paulo Jul/Dez2013. p. 95-112. ISSN 1806-9347. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010201882013000200006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 3 mar. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. LUIZ, Rafael do Nascimento. **Tolerância ativa**. A opinião, a discriminação e o preconceito. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXI*, Bogotá, 2015. P. 569-582.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. **Minorias e Grupos Vulneráveis, Multiculturalismo e Justiça Social: Compromisso da Constituição Federal de 1988**. in “Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva”, Dirceu Pereira Siqueira e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (Orgs). 1. Birigui-SP: Boreal, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL, **Decreto Presidencial de 25 de Maio de 2006** (Institui o Dia Nacional do Cigano). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/dnn/Dnn10841.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

CAIRUS, Brigitte Grossmann. **A construção das identidades ciganas no Brasil**. *Revista USP*, Número 117, São Paulo Abril/Maio/Junho2018. ISSN 0103-9989. Disponível em: <http://jornal.usp.br/especial/revista-usp117-a-construcao-das-identidades-ciganas-no-brasil/>. Acesso em: 4 abr. 2020.

CAPELLA, Mikka. **Romani Dromá Caminhos Ciganos**. Clube de Autores (managed), 2017. E-book

CAVALCANTE, Lucimara. COSTA, Elisa. CUNHA, Jamilly. Acampamentos “ciganos” 2017: os desafios da implementação de direitos. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas**. Volume Especial II. Pernambuco 2017. p. 231-265. ISSN: 2446-6972. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/reia/article/view/236305>. Acesso em: 4 abr. 2020.

COELHO, A. 1995 [1892]. **Os ciganos de Portugal**, Lisboa: Dom Quixote.

ELLIS JR., Alfredo. **Populações Paulistas**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

FARO, André. LIMA, Marcos Eugênio Oliveira. Santos, Mayara Rodrigues dos. **A desumanização Presente nos Estereótipos de Índios e Ciganos**. In *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Jan-Mar 2016, Vol. 32 n. 1, pp. 219-228.

IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC**. Cadernos 2009, 2011 e 2014. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2014.MUNIC/IBGE. Acesso em: 4 abr. 2020.

LIMA, Télia resende de Souza. Ciganos: breve definição e análise dos movimentos sociais e políticas públicas no Brasil até 2014. **Revista Humanidades em diálogo**, v. 6, p. 225-237, São Paulo: 8 nov. 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2014.106271>. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106271>. Acesso em: 4 abr. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 11, n. 1, p. 54-59. Fortaleza: fev. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.54->. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/774>. Acesso em: 4 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Povos Ciganos**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/igualdade-racial/comunidades-tradicionais/povos-ciganos>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF recomenda que IBGE inclua povos ciganos no censo e em outras pesquisas demográficas**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recomenda-que-ibge-inclua-povos-ciganos-no-censo-e-em-outras-pesquisas-demograficas>. Acesso em: 4 abr. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF se reúne com IBGE para discutir recenseamento dos povos ciganos no Brasil. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-se-reune-com-ibge-para-discutir-recenseamento-dos-povos-ciganos-no-brasil>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MOONEN, Frans. A história esquecida dos ciganos no Brasil. **Saeculum – Revista de História da UFPA**, n. 2, p. 123-138, Paráiba: 31 dez. 1996. ISSN 0104-8929 e-ISSN 2317-6725 **Disponível em:** <https://periodicos.ufpb.br/index.php/srh/article/view/11192/6329>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MOONEN, Frans. **Políticas Ciganas no Brasil e na Europa**. Subsídios para Encontros e Congressos Ciganos no Brasil. Recife, 2012. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/discriminacao/politicas-ciganas-na-europa-e-no-brasil>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MOTA, Leonardo. **Cantadores de poesias e linguagem no sertão cearense**. Ceará: Imprensa Universitária, 1987.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método: 27 de junho de 2017, eBook Kindle.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e Grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 248, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120952>. Acesso em: 7 abr. 2020.

SEYFERTH, G. Imigrantes, estrangeiros: a trajetória de uma categoria incômoda no campo político. In: Anais da 26a Reunião Brasileira de Antropologia, 2008, Porto Seguro – BA. Anais da 26a Reunião Brasileira de Antropologia, v.1. Associação Brasileira de Antropologia. Brasília – DF: 2008.

SILVA JÚNIOR, Aluízio de Azevedo. **Produção social dos sentidos em processos interculturais de comunicação e saúde: a apropriação das políticas públicas de saúde para ciganos no Brasil e em Portugal**. Tese (Doutorado) – Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde, Pós-Graduação em Informação e Comunicação e Saúde. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/33131/2/aluizio_junior_icict_dout_2018.pdf. Acesso em: 7 abr. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**. v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017. ISSN 2318-5732. DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v5i1.219>. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 7 abr. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

THE RELEVANCE OF THE FEDERAL ISSUE AS A REQUIREMENT FOR
ADMISSIBILITY OF THE SPECIAL APPEAL

Pedro Augusto França de Macedo⁹

Thallis Felipe Menezes de Souza Brito¹⁰

RESUMO

A relevância da questão federal foi enxertada no texto constitucional, criando mais um requisito de admissibilidade para o Recurso Especial, através da Emenda Constitucional n. 125/2022. O presente artigo busca pontuar os critérios objetivos e subjetivos até aqui estabelecidos para o reconhecimento da relevância federal, bem como analisar os critérios temporais e a necessidade de regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Em suma, conclui-se que a adoção de mais um requisito de admissibilidade do Recurso Especial poderá trazer benefícios a longo prazo, como a redução de recursos interpostos para a Corte Cidadã, ao passo que os efeitos concretos e seus riscos deverão ser analisados somente a partir da produção de todos os efeitos da Emenda Constitucional após sua regulamentação.

Palavras-chave: Emenda Constitucional; recurso especial; Superior Tribunal de Justiça; relevância da questão federal.

ABSTRACT

The relevance of the federal issue was grafted into the constitutional text, creating yet another admissibility requirement for the Special Appeal, through Constitutional Amendment no. 125/2022. This article seeks to highlight the objective and subjective criteria established so far for the recognition of federal relevance, as well as to analyze the temporal criteria and the need for regulation by the infra-constitutional legislator. In short, it is concluded that the adoption of yet another admissibility requirement for the Special Appeal could bring benefits in the long term, such as the reduction of appeals filed with the Citizen Court, while the concrete effects and their risks should only be analyzed from the production of all effects of the Constitutional Amendment, with its regulation.

⁹ Procurador do Estado do Acre. Advogado. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialista em Direito Público, Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2011).

¹⁰ Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Advogado.

Palavras-chave: Constitutional Amendment; special resource; Superior Justice Tribunal; relevance of the federal issue.

INTRODUÇÃO

A crescente interposição de recursos no direito pátrio é uma preocupação de anos. Em uma cultura de litigância e com um Poder Judiciário em sua maioria extremamente moroso e com consideráveis dissonâncias jurisprudenciais, surgem vários debates sobre a possibilidade de reduzir a carga de processos, e melhorar os critérios qualitativos de julgamento, sobretudo nas instâncias superiores, de forma a priorizar que os julgamentos em tais instâncias sejam causas que possuam de fato repercussão perante o direito pátrio e perante os juízos inferiores.

Nesse mister, é interessante pontuar como exemplo dessas medidas, as técnicas trazidas pelo Código de Processo Civil (2015), como o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, e a observância obrigatória dos precedentes judiciais, que visam, em um todo, uniformizar jurisprudências buscando a aplicação de entendimentos uníssonos perante os Juízos singulares e seus Tribunais, evitando a interposição de recursos ou a sobrecarga com matérias singulares perante o STJ e o STF.

E esse filtro que se busca aplicar por diversas nuances não é novidade do diploma processual, nas últimas décadas outros exemplos são vislumbrados, como o regime de recursos repetitivos, trazido pela Lei n. 11.418/2006, a possibilidade da súmula vinculante e a necessidade de demonstração da repercussão geral (EC 45/2004).

Diga-se, a preocupação com a demasiada quantidade de recursos e com a afluência de decisões nas instâncias extraordinárias não só é com a quantidade, mas também com a potencial divergência de posições dos julgamentos.

Seguindo esse contexto, o Superior Tribunal de Justiça sugeriu a criação de um filtro análogo à repercussão geral, porém, adaptado ao recurso especial. Nisto, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012, que estabelecia uma nova exigência de admissibilidade no recurso especial, chamada “relevância da questão federal”. Com ela, vieram algumas críticas, como as do Conselho Federal da OAB, que alegou, dentre outros, uma restrição ao acesso à Justiça.¹¹

Apesar da ausência de unicidade sobre a concordância da proposta, houve aprovação, anos depois, pelo Congresso Nacional, ocasionando na Emenda Constitucional n. 125/2022, que acrescentou dois parágrafos ao art. 105 da Constituição Federal, trazendo o novel necessidade de demonstração da relevância da questão federal como critério de admissibilidade do Recurso Especial.

Tal novidade impacta diretamente no procedimento do recurso especial, além de modificar até mesmo o papel institucional da Corte Cidadã.

¹¹ <https://www.oab.org.br/noticia/24789/oab-quer-rejeicao-integral-da-pec-209-12-que-limita-recurso-especial>, acesso em 18/10/2023.

Assim, busca-se analisar algumas situações introdutivas sobre o novo critério de admissibilidade do recurso especial.

1. COMPREENDENDO A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL NO RECURSO ESPECIAL

A relevância da questão federal no recurso especial foi introduzida no ordenamento pátrio por meio Emenda Constitucional nº 125/2022, a qual acrescentou os parágrafos segundo e terceiro ao art. 105 da Constituição. O novel texto constitucional impôs à parte que maneja o recurso especial um novo requisito, obrigando-a a evidenciar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Confira-se, abaixo, a transcrição literal dos dispositivos inseridos pelo Poder Constituinte Reformador, objetos precípuos de estudo do presente artigo:

Constituição Federal

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

I - ações pe nais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

II - ações de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

IV - ações que possam gerar inelegibilidade; Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

VI - outras hipóteses previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

Preliminarmente, pode-se apontar que o requisito da relevância das questões federais para admissibilidade de recurso especial encontra confluência com a exigência de repercussão geral no recurso extraordinário. Considerado o caráter de superposição de ambas as vias recursais, vale recordar que, quando o STF e STJ julgam recursos extraordinários e especiais, respectivamente, não o fazem enquanto instância meramente revisora, mas sim

buscam uniformizar a aplicação do Direito em todo o país, sendo vedada a rediscussão das questões fáticas do processo.

Por esta razão, tem-se a exigência de que o recorrente demonstre, na repercussão geral, que sua impugnação transcende os interesses subjetivos da demanda, abarcando também reflexos, econômicos, sociais, políticos e jurídicos para além do caso *sub judice*. Esta é, de fato, uma premissa também aplicável à relevância da questão federal no recurso especial. Neste cenário, em princípio, pode-se entender como relevante aquilo que é dotado de maior importância, cujo conteúdo transcende o interesse das partes processuais. Ou seja, a matéria a ser enfrentada no recurso especial deve refletir anseios de toda a sociedade, ultrapassando os interesses individuais do processo.

Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, ao comentar a então PEC 209/12, apontam o benefício de fortalecimento dos tribunais estaduais e regionais, “aumentando a autoridade das decisões e o respeito dos cidadãos nas instituições judiciárias locais e regionais”, fortalecendo até mesmo o Federalismo, pela maior autonomia conferida ao Judiciário dos Estados. Em contrapartida, os mesmos autores pontuaram a necessidade de adoção de medidas que evitem sobrestamento de feitos, ou demoras irrazoáveis para julgamento dos recursos paradigmas.¹²

O filtro da relevância no recurso especial reflete um anseio do próprio Superior Tribunal de Justiça em reduzir a desmedida quantidade de processos que chegam à Corte. Segundo dados do estudo analítico Justiça em números¹³, do CNJ, o Superior Tribunal de Justiça recebe uma média superior a quinhentos mil processos por ano. A título comparativo, no ano de 1989, quando inaugurado, o STJ recebeu cerca de seis mil processos. No ano de 2022, o STJ recebeu 399.455 processos, o que equivale a três processos a cada quatro minutos, considerados todos os dias do ano.¹⁴

Neste mesmo sentido, Vinícius Lemos assim discorre:

O intuito da referida Emenda foi criar um filtro para o recurso especial, visando, de maneira macro, minorar a quantidade de recursos que o STJ julga anualmente, filtrando o acesso a essa jurisdição excepcional, com a busca por julgar menos para julgar melhor, atendendo-se a matéria teoricamente mais importantes.

Esse é o cerne da busca por um filtro da relevância, como uma consequência clara do que já ocorreu tempos atrás no STF quando foi inserida a repercussão

¹² CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NEVES, Aline Regina das. Repercussão geral e PEC 209/2012. Revista de Processo, São Paulo, v.38, n.220, p. 183-206, jun. 2013 (versão eletrônica).

¹³ <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

¹⁴ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19122022-Tribunal-encerra-2022-com-recorde-de-julgamentos-e-reduz-estoque-processual-pelo-quinto-ano-seguido.aspx#:~:text=O%20STJ%20reduziu%20o%20estoque,ao%20rito%20dos%20recursos%20repetitivos.>

geral no recurso extraordinário pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004 e, posteriormente, regulamentada pela Lei n.º. 11.418/2006, e posterior melhoria no CPC/2015, com o art. 1.035.¹⁵

Certo é que a vultuosa quantidade de processos acaba, em última análise, malferindo o princípio da colegialidade, axioma indispensável à esmerada atuação dos Tribunais. Por esta razão, o requisito da relevância da questão federal no recurso especial nasce com o escopo de restringir a admissão de recursos desprovidos de maior relevância para a formação da jurisprudência.

Aqui, há que se destacar que, em certa medida, o sistema jurídico brasileiro favorece a judicialização, o que fomenta o aumento da quantidade de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça. A título exemplificativo, pode-se citar a grande quantidade de atos da Administração sujeitos a controle judicial. De igual modo, há que se considerar que a federação brasileira teve um processo histórico de formação de maneira centrífuga, isto é, foi marcada inicialmente por grande concentração central de competências do Brasil Imperial, e somente gradativamente foi cedendo espaço às unidades federadas. Por conseguinte, muitas competências legislativas restaram concentradas na União, o que invariavelmente acarreta maior número de processos ao STJ, dada sua atribuição de análise e uniformização do direito federal.

Logo, a restrição imposta pela Emenda Constitucional n.º 125, de 2022, nasce como mecanismo para que o Superior Tribunal de Justiça possa se consolidar como corte responsável pelo julgamento das principais questões da legislação infraconstitucional, não se ocupando com o julgamento de processos desprovidos de relevância.

3. INÍCIO DA EXIGÊNCIA DO NOVO REQUISITO NO RECURSO ESPECIAL: CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Neste tópico, discute-se o marco temporal da exigência de demonstração da relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial. Isto é, busca-se identificar o momento a partir do qual fica o recorrente obrigado a preencher o requisito, como preliminar recursal, sob pena de não conhecimento da impugnação. A dúvida é pertinente e relevante, dada a existência de aparente conflito normativo entre o texto inserido no art. 105 § 2º da Constituição, e o art. 2º da Emenda Constitucional n.º 125/22.

¹⁵ LEMOS, Vinícius Silva. Recursos e Processos nos Tribunais. Editora JusPodvm. 6ª edição. São Paulo. 2023. P. 688.

Explica-se: nos termos do texto Constitucional, art. 105 § 2º, tem-se que a demonstração, pelo recorrente, da relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso deve ocorrer nos termos da lei. Ao fixar que a exigência do novo requisito se dará nos termos da lei, o dispositivo em apreço aparenta configurar-se como norma constitucional de eficácia limitada, de modo que somente estaria apto a gerar efeitos após regulamentação legislativa. Neste viés, a demonstração da relevância da questão federal somente há que ser exigida após a edição, pelo Congresso Nacional, de lei regulamentadora.

Noutro giro, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 125/22 determina que a relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor da Emenda Constitucional (o que ocorreu na data de sua publicação), ensejando um aparente conflito normativo quanto ao momento inicial para exigência do novo requisito da relevância da questão federal no recurso especial. Isto é, enquanto o dispositivo inserido no texto constitucional prevê a necessidade de regulamentação legal, o texto da Emenda determina a imediata aplicação da norma que criou o novo filtro de admissibilidade.

Surgiu, neste contexto, uma fundada dúvida: indagou-se se o recurso especial interposto após a publicação da Emenda Constitucional nº. 125/22 sem conter preliminar de relevância da questão infraconstitucional deveria ter seguimento negado por ausência de pressupostos formais. Num primeiro prisma, defende-se que, tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, a demonstração da relevância não poderia ser exigida para conhecimento do recurso especial enquanto não editada a lei regulamentadora, tal qual ocorrido com o instituto da repercussão geral. Neste viés, há a necessidade da lei para definição de como se dará a demonstração da relevância, detalhando seus aspectos gerais e procedimentais, de modo a operacionalizar a prática da exigência.

Noutro giro, o zelo pode se mostrar necessário, sobretudo diante da jurisprudência defensiva do STJ. Isto é: diante da dúvida existente, prudente seria já demonstrar a relevância da questão como preliminar recursal, evitando-se o não conhecimento do recurso. Na prática, verificou-se a existência de decisões de inadmissão do recurso especial ante a ausência de demonstração da relevância da questão federal.

A título exemplificativo, cite-se a decisão prolatada no ARESP 2095488-MS, na qual o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva indicou que, no caso concreto, o novo requisito de admissibilidade não seria aplicado, dado que a interposição recursal teria ocorrido em data anterior à publicação da Emenda 125/22. Embora não tenha exigido a demonstração da

relevância da questão federal no caso julgado, a interpretação da decisão, *a contrario sensu*, conduz à compreensão de que o novo requisito deveria ser demonstrado em recursos especiais interpostos contra acórdãos publicados após a Emenda 125/22.

Nos Tribunais locais, também foram verificadas decisões de inadmissão recursal por ausência de demonstração da relevância: No TJGO, foi consignado que “embora não tenha sido promulgada lei regulamentando a nova sistemática, é certo que o preenchimento do requisito em questão, afeto ao cabimento do recurso especial, passou a ser exigido desde a referida publicação”.¹⁶

No mesmo sentido, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, fora prolatada a seguinte decisão:

Pois bem, da análise deste reclamo verifica-se que o acórdão foi publicado já na vigência da Emenda Constitucional n. 125/2022, sendo, portanto, aplicáveis os novos requisitos de admissibilidade nela previstos, relacionados à relevância das questões de direito federal infraconstitucional.

Nesta vertente, cum registrar que as questões aqui discutidas não se enquadram nos casos de relevância presumida citados, sendo, portanto, ônus da parte recorrente demonstrar a existência desse requisito, do que in casu não se desincumbiu, daí que, a meu juízo, o presente recurso não merece prosperar. Logo, o reclamo esbarra em impeditivo, ou seja, não supera todas as exigências em sede de juízo de prelibação. Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, V, do CPC, inadmito o Recurso Especial interposto por Perina Ambrosio Silva. Às providências. Intimem-se.¹⁷

Ainda no sentido de se exigir de imediato o novo requisito quando da interposição do recurso especial, o TJDF assim determinou:

Verifico, inicialmente, que o acórdão impugnado foi publicado em data posterior à entrada em vigor da Emenda Constitucional 125, de 14 de julho de 2022, que passou a exigir, a partir da sua vigência, a demonstração da “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”, ônus do qual o recorrente não se desincumbiu. Destaco, ainda, que a matéria impugnada não se amolda àquelas previstas no § 3º do artigo 105 da Constituição Federal, conforme redação introduzida pela EC em comento e em relação às quais há presunção legal de relevância. Assim, o especial não merece ser admitido, porquanto ausente a preliminar formal e fundamentada da existência de relevância das questões trazidas a debate.¹⁸

¹⁶ TJGO, Recurso Especial na apelação cível 5738415-77.2019.8.09.0051. Desembargador Zacarias Neves Coêlho.

¹⁷ TJMS, Recurso Especial n.º 0801223-97.2019.8.12.0027/50000. Des. Sideni Soncini Pimentel

¹⁸ TJDF, PROCESSO: 0727063-86.2020.8.07.0001, Desembargador CRUZ MACEDO.

Em que pesem as controvérsias e a crescente jurisprudência defensiva, o STJ parece ter pacificado a questão ao aprovar o enunciado administrativo nº 08. A proposição determina que “a indicação no recurso especial dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no art. 105, § 2º, da Constituição Federal”.

Superada a questão temporal, passa-se, na sequência, ao estudo das demais controvérsias acerca da relevância da questão infraconstitucional como requisito do recurso especial.

4. RELEVÂNCIA PRESUMIDA: ART. 105 § 3º DA CONSTITUIÇÃO

Outro aspecto a ser estudado diz respeito às hipóteses de relevância presumida previstas no parágrafo terceiro do art. 105 da Constituição. Determina o dispositivo que haverá relevância nos seguintes casos: ações penais e de improbidade administrativa, ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos, ações que possam gerar inelegibilidade, hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça bem como em outras hipóteses previstas em lei. Aparentemente, algumas das hipóteses listadas trazem maior grau de objetividade à relevância, trazendo maior segurança à sua aplicação.

Neste particular, quis o legislador constituinte derivado ressaltar hipóteses que, pela natureza do bem jurídico tutelado ou pelo valor da causa, possuem maior potencial de lesividade, criando-se, portanto, uma presunção de que, nesses casos, a matéria discutida possui relevância apta a ser decidida em grau de recurso especial.

Não se pode afirmar, contudo, que as situações não previstas no dispositivo em apreço não sejam relevantes. O que se verifica é que, nesses casos listados no artigo, a demonstração da relevância fica adstrita à mera indicação de subsunção a uma das hipóteses normativas, prescindindo de maior esforço argumentativo do recorrente.

Tome-se, por exemplo, a relevância presumida pelo valor da causa. Se o valor da causa valor da causa ultrapassar 500 (quinhentos) salários-mínimos, a presunção de relevância opera-se *ope legis*. Lado outro, não se pode afirmar que causas de menor valor não sejam relevantes: a relevância poderá ser demonstrada em função da situação específica do caso, considerados outros aspectos para além do valor da causa.

Merece destaque, por importante, a hipótese prevista no art. 105, § 3º, inciso III, da Constituição Federal, a qual prevê relevância presumida nos casos em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Aqui, diversamente das demais hipóteses, o critério não se desenha de forma objetiva, carecendo de maior esforço argumentativo, dada a ausência de elementos claros quanto ao que pode ser considerado como jurisprudência dominante.

A este respeito, vale recordar que a expressão “jurisprudência dominante” não é ignorada pelo novo Código de Processo Civil, o qual prevê, no art. 926, §1º, que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. De igual modo, o art. 927, §3º, fala em modulação diante de alteração de jurisprudência dominante do STF ou de tribunais superiores. Para além, em paralelo com a relevância da questão federal, o art. 1.035, §3º, inciso I, traz a presunção de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão contrário a súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Vale dizer que, a despeito da inexistência de critério objetivo sobre o que pode ser considerado como jurisprudência dominante, a interpretação que melhor se adequa ao ordenamento jurídico se deve dar no sentido de que, na identificação da jurisprudência dominante, não devem ser adotados critérios puramente quantitativos, mas também devem ser considerados os aspectos qualitativos da decisão.

Nesta toada, podem ser considerados como jurisprudência dominante, por exemplo, o precedente da Corte Especial do STJ, ainda que não proferido em caráter repetitivo e não seja objeto de súmula. Tal decisão, mesmo que eventualmente isolada, pressupõe um ambiente deliberativo substancial, formada com maior debate argumentativo quando comparada, por exemplo, a inúmeras decisões monocráticas. De igual modo, a existência de reiteradas decisões das turmas de uma mesma seção do Superior Tribunal de Justiça também pode ser considerada como jurisprudência dominante.

Todavia, ainda que se busquem encontrar critérios que possam identificar o que vem a ser jurisprudência dominante, certo é que a definição não se dissocia de uma análise subjetiva. Assim, permanece ocorrendo casuisticamente, de modo a permitir que recorrente venha a tentar demonstrar a relevância por meio de esforço argumentativo e hermenêutico. Destarte, caso a emenda constitucional tivesse previsto a presunção de relevância nos casos em que a decisão recorrida viesse a afrontar os precedentes do art. 927 do CPC, certamente a margem de subjetivismo seria reduzida.

Outrossim, a Constituição deixa aberto ao legislador infraconstitucional a possibilidade de inclusão em lei de outras situações em que haverá relevância presumida.

Neste particular, destaque-se o projeto de lei n.º. 3804/2023, em trâmite no Senado Federal, o qual prevê que, para além das hipóteses listadas na Constituição, haverá relevância nos casos de recursos repetitivos e recursos provenientes de incidente de resolução de demandas repetitivas; assunção de competência; causas envolvendo interesses de incapaz; questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo; e questões em relação às quais o acórdão recorrido tenha dado interpretação divergente à lei federal comparativamente a outro tribunal.

5. COMPETÊNCIA PARA EXAME DA RELEVÂNCIA

Outra questão a ser debatida diz respeito à competência para analisar a presença da relevância, se caberia ao próprio STJ ou ao tribunal local. Nos termos do parágrafo 2º do art. 105 da Constituição, tem-se que tal atribuição pertence ao órgão competente para julgamento, o qual pode rejeitar a alegação de relevância pelo voto de 2/3 de seus membros. Importante destacar que, diversamente da repercussão geral, a qual exige quórum de 2/3 dos membros do tribunal, a análise da relevância prevê que tal quórum seja observado em relação colegiado competente para julgamento.

Desta forma, pela opção realizada pelo Constituinte reformador, a análise sobre haver ou não relevância não pode ser realizada pelo tribunal local, tampouco de forma monocrática no STJ. A decisão sobre a presença da relevância não pode, por exemplo, ser tomada pelo relator ou pelo presidente da Corte, mas sim caberá à Turma do STJ, a qual poderá rejeitar a relevância por manifestação de 2/3 de seu colegiado.

Há que se considerar, contudo, que eventualmente venha a ocorrer divergências entre as Turmas do STJ quanto à presença ou não de relevância sobre determinada matéria. Ressalte-se que, se houver divergência entre turmas, caberá à seção dirimir a controvérsia. Se ocorrer divergência entre as seções, caberá à Corte Especial decidir sobre a presença ou ausência da relevância da questão federal apontada no recurso.

Neste aspecto, cumpre destacar que, embora a Emenda Constitucional ainda careça de complementação normativa, o STJ já enviou ao Congresso Nacional anteprojeto de lei prevendo da regulamentação do texto. O anteprojeto propõe alteração do Código de Processo Civil, de modo a permitir que o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal poderá negar seguimento ao recurso especial pelas hipóteses em que negada a relevância pelo

colegiado. De igual modo, poderá negar seguimento a recurso que ataque acórdão prolatado em conformidade com entendimento do STJ exarado em regime da relevância.

6. REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 125/2022. ASPECTOS GERAIS DA REGULAMENTAÇÃO

Uma pertinente questão diz respeito à maneira como se dará a Regulamentação da Emenda Constitucional 125/2022. Isto porque, em que pese a Emenda Constitucional 125/2022 tenha instituído o requisito da relevância, a alteração constitucional carrega forte carga de subjetividade. Destarte, restam indagações que somente serão respondidas após a complementação legal, tais como o conceito e abrangência da relevância, bem como a fixação de critérios capazes de atenuar a subjetividade do termo relevância, trazendo maior objetividade e clareza ao instituto.

De igual modo, restam pendentes a definição de alguns aspectos, tais como a competência específica de análise e julgamento da relevância, o rito procedimental do julgamento do recurso cuja relevância já foi reconhecida, bem como as consequências e impactos advindos do reconhecimento da matéria como relevante.

Vale dizer, é necessário que a legislação regulamentadora venha a definir se a relevância será tratada como um filtro individual. Se assim o for, a inadmissão do recurso especial cuja relevância não foi reconhecida será tratada de forma individualizada, não acarretando imediatos efeitos sobre outros recursos interpostos. De igual modo, a admissão recursal não ensejaria automático reconhecimento da relevância em casos análogos, dado o impacto individual. Nestas hipóteses, a decisão do STJ, quer pelo reconhecimento da relevância (filtro positivo), quer pela negativa de seguimento (filtro negativo, decisão que determina o que é irrelevante) não poderia ser usada como precedente vinculante, servindo-se apenas ao caráter persuasivo.

Noutro giro, a relevância pode ser tomada como mecanismo de precedente judicial vinculante, de modo que a decisão tomada tenha nítido caráter paradigmático, tal qual ocorre nos recursos repetitivos. Pensada sob o prisma da formação de um precedente judicial, o recurso reconhecido como relevante demandaria tratamento diferenciado, com procedimento de julgamento próprio, de modo a fixar uma tese vinculativa para casos análogos.

Destaque-se que, nessa segunda vertente, não somente os casos considerados como relevantes formariam precedentes, mas igualmente a negativa de reconhecimento da

relevância sobre a matéria estaria apta a ser seguida. Isto é, se o STJ declarar a irrelevância da questão federal, tal declaração funcionará como filtro negativo geral, obstando o seguimento de recursos análogos para o Tribunal Superior. Nesta hipótese, estaria contemplado o objetivo do STJ em promover a redução de processos que chegam à Corte.

Resta claro, portanto, que a regulamentação deve ditar claramente o modo como a relevância será tratada, bem como os limites a serem adotados na aplicação do novo instituto.

7. PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS

Em dezembro de 2022, o STJ noticiou o envio, ao Senado Federal, anteprojeto para a regulamentação do filtro de relevância do recurso especial.¹⁹ Destaque-se que, ao justificar o anteprojeto de lei, o Superior Tribunal de Justiça salientou que a proposta apresentada dá ênfase à sua função de Corte Superior responsável pela uniformização da jurisprudência e pela dicção da última palavra sobre a legislação federal. Ainda, o STJ justificou que, na elaboração do texto, considerou-se os 15 anos de experiência do STF na formação de precedentes, desde que a repercussão geral se tornou exigível para o recurso extraordinário.

O STJ sedimenta que o anteprojeto de regulamentação da relevância da questão federal teve inspiração na regulamentação da repercussão geral, o que, segundo a Corte, ensejaria uma célere adaptação dos profissionais do direito. Destacou-se, também, que tanto relevância da questão infraconstitucional quanto a repercussão geral visam garantir maior atenção das Cortes Superiores na formação de precedentes com impacto para o direito nacional e para a sociedade, de modo a inibir que se ocupem do julgamento de recursos que não ultrapassam o interesse das partes.

O anteprojeto prevê o acréscimo do art. 1.035-A ao Código de Processo Civil, o qual teria a seguinte redação:

Art. 1.035-A. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso especial quando a questão de direito federal infraconstitucional nele versada não for relevante, nos termos deste artigo.

¹⁹ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/05122022-STJ-entrega-ao-Senado-proposta-para-regulamentar-filtro-de-relevancia-do-recurso-especial.aspx>, acesso em 18/10/2023.

§ 1º A deliberação a que se refere o caput deste artigo considerará a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência da relevância da questão de direito federal infraconstitucional para apreciação exclusiva pelo Superior Tribunal de Justiça, em tópico específico e fundamentado.

§ 3º Desatendida a forma prevista no § 2º o recurso será inadmitido.

§ 4º Presume-se a relevância da questão de direito federal infraconstitucional nas hipóteses do art. 105, § 3º, da Constituição Federal.

§ 5º O relator poderá admitir, na análise da relevância da questão de direito federal infraconstitucional, a manifestação de terceiros subscrita por procurador habilitado.

§ 6º O recurso especial somente não será conhecido, nos termos do caput, pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 7º Reconhecida a relevância da questão de direito federal infraconstitucional, o relator no Superior Tribunal de Justiça poderá determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Para além, o anteprojeto prevê um capítulo específico visando a compatibilização dos demais procedimentos do Código com o rito da relevância. Nos termos propostos, passa a ser considerado com precedente vinculante o acórdão proferido em julgamento de recurso especial julgado sob a sistemática do regime da relevância da questão de direito infraconstitucional. (inserção do inciso III-A ao art. 927 do CPC).

De igual modo, torna-se hipótese de provimento ou desprovimento monocrático de recursos a tese de julgamento com relevância da questão federal reconhecida (modificação dos incisos IV e V do art. 932 do CPC). Ademais, o anteprojeto da lei modifica o texto do art. 998, § único do CPC, de modo a dispor que a desistência do recurso não impedirá a análise da questão cuja relevância de direito federal já tenha sido reconhecida.

Ademais, o anteprojeto altera o art. 1.030 do CPC para, como delineado alhures, permitir ao presidente ou vice-presidente do Tribunal negar seguimento a recurso especial que discuta questão infraconstitucional federal à qual o Superior Tribunal de Justiça não tenha reconhecido a existência de relevância da questão de direito federal infraconstitucional ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de relevância. Em face desta decisão, é cabível a interposição de agravo interno.

Outra modificação proposta pelo anteprojeto de lei diz respeito ao sobrestamento dos recursos, de modo que, com a modificação da redação do art. 1.039 do CPC, quando negada

a existência da relevância da questão de direito federal infraconstitucional, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos especiais cujo processamento tenha sido sobrestado.

Nas disposições finais, o anteprojeto versa sobre o direito intertemporal, de modo dispor que a indicação no recurso especial, em tópico específico e fundamentado, dos argumentos da relevância da questão de direito federal infraconstitucional será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da Lei.

Noutro giro, determina que, reconhecida ou recusada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a relevância da questão de direito federal infraconstitucional, todos os efeitos processuais e materiais do julgamento deverão incidir em processos em andamento no STJ e nas instâncias de origem.

Registre-se que, para além do anteprojeto enviado pelo STJ, tramita no Senado Federal o PL 3804/2023, o qual, de forma mais sucinta, limita-se a acrescentar hipóteses de relevância presumida ao Recurso Especial.²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção do filtro trazido pela Emenda Constitucional n. 125/2022 inegavelmente trouxe mudanças substanciais para o ordenamento jurídico, tal como aconteceu com a repercussão geral. Certamente, alterará a forma de prestação jurisdicional do STJ, passando a adotar um regime mais nítido de formação de precedentes.

²⁰ O projeto acrescenta o art. 1.035-A ao CPC, com a seguinte redação:

Art. 1.035-A. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão irrecorrível pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para julgamento, não conhecerá do recurso especial quando não for demonstrada a relevância da questão de direito federal infraconstitucional discutida no caso.

§ 1º O recorrente deverá demonstrar a existência da relevância, em fundamentação específica, para apreciação exclusiva pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Haverá relevância nos seguintes casos:

I – ações penais;

II – ações de improbidade administrativa;

III – ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos;

IV – ações que possam gerar inelegibilidade;

V – hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça;

VI – recursos repetitivos;

VII – recursos provenientes de: a) incidente de resolução de demandas repetitivas; b) assunção de competência;

VIII – causas envolvendo interesses de incapaz;

IX – questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo;

X – questões em relação às quais o acórdão recorrido tenha dado interpretação divergente à lei federal comparativamente a outro tribunal.”

A criação da necessidade de demonstração da relevância da questão federal, seja de forma objetiva, seja de forma subjetiva, trouxe algumas vantagens, como não restringir acesso singular, já que continua possível a interposição do recurso especial pelo recorrente, somente deixando mais rigorosa a sua admissibilidade, além disso, muito embora haja considerável dissonância sobre esta segunda vantagem, a necessidade de demonstração da relevância da questão federal não prejudica o acesso à Justiça, ao revés, filtra a devida prestação jurisdicional, conferindo uma maior segurança jurídica, com mais celeridade e eficiência no provimento jurisdicional.

Como risco, observa-se também a maior liberdade dos Tribunais locais, que poderão adotar entendimentos divergentes ou mesmo contrários aos posicionamentos que não se encontrem em jurisprudência pacífica do STJ ou do STF e ainda assim não serem admitidos por ausência da relevância da questão federal.

De mais a mais, para qualquer conclusão acerca dos benefícios ou malefícios da inovação na admissibilidade do recurso especial, necessário se faz aguardar a regulamentação do dispositivo constitucional pelo legislador, de forma que se verifique a adequação do procedimento, suprimento das lacunas deixadas pela emenda constitucional e ainda a forma como será aplicada.

Há de se dizer ainda que, sob o prisma procedimental, serão necessárias alterações e adequações no próprio regimento interno do STJ, como a normatização dos critérios de admissibilidade perante o próprio Tribunal e sobre a possibilidade de revisão de um juízo de admissibilidade negativo.

Por fim, resta observar que a adoção de mais um pressuposto dentre os cumulativos de admissibilidade do recurso especial, possui a finalidade precípua de melhorar o atendimento jurisdicional da Corte Cidadã, bem como alçá-la a um papel há tempos buscado, de Corte de Precedentes. De toda forma, a análise das vantagens práticas desta novidade recursal somente será possível após seu detalhamento, via regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

REFERÊNCIAS:

ANTUNES DA CUNHA, G., & Scalabrin, F. (2022). **A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do recurso especial**: reflexões iniciais. Revista Eletrônica De Direito Processual, 23(3). <https://doi.org/10.12957/redp.2022.66352>

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3804, de 2023**. Congresso Nacional. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-3804-2023>, Acesso em: 20 ago. 2023.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NEVES, Aline Regina das. **Repercussão geral e PEC 209/2012**. Revista de Processo, São Paulo, v.38, n.220, p. 183-206, jun. 2013 (versão eletrônica).

LEMOS, Vinícius Silva. **Recursos e Processos nos Tribunais**. Editora JusPodvm. 6ª edição. São Paulo. 2023.

OAB NACIONAL. **OAB quer rejeição integral da PEC 209/12, que limita recurso especial**. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/24789/oab-quer-rejeicao-integral-da-pec-209-12-que-limita-recurso-especial> Acesso em junho de 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ entrega ao Senado proposta para regulamentar filtro de relevância do recurso especial**. Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Comunicação Social. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/05122022-STJ-entrega-ao-Senado-proposta-para-regulamentar-filtro-de-relevancia-do-recurso-especial.aspx> Acesso em: 31 out 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Anteprojeto da Lei n. xx.xxx, DE xx DE xxxxxxxx DE 20xx Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf> Acesso em: 30 jun 2023.

VITAL, Danilo. **Cinco tribunais já aplicam filtro da relevância para admitir recurso especial**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-out-08/cinco-tribunais-aplicam-filtro-relevancia-admitir-resp> Acesso em: 30 jun 2023.

A UTILIZAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS COMO INSTRUMENTO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

THE USE OF CRYPTOCURRENCIES AS AN INSTRUMENT OF MONEY LAUDERING

Cláudio Vinícius Mesquita e Silva²¹

Júlio César Sueza da Silveira²²

RESUMO

O presente artigo objetiva colaborar com a análise jurídica acerca aplicabilidade nacional quanto a prevenção e repressão ao destino ilegal dos criptoativos. Com análise a partir dos diplomas legais, com enfoque na Lei nº 12.683/12 (que tipifica a lavagem de dinheiro) e a Lei nº 14.478/22 (que busca normatizar os ativos virtuais), faz-se uma pesquisa de natureza qualitativa, com método de abordagem dedutivo e utilização do método de procedimento bibliográfico, estabelecendo premissas gradativas para o estudo do tema. Conclui-se, nesta obra, pela insuficiência de dispositivos legais que auxiliem e corroborem uma investigação inteligente e uma efetiva persecução penal quanto a lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas no Brasil.

Palavras-chave: Criptomoedas. Lavagem de dinheiro. Ativos virtuais.

ABSTRACT

This article aims to collaborate with the legal analysis about national applicability regarding the prevention and repression of the illegal destination of crypto assets. With an analysis based on national laws, with a focus on Law n. 12.683/12 (which typifies money laundering) and Law n. 14.478/22 (which seeks to regulate virtual assets), a qualitative research is carried out, with deductive method of approach and use of the bibliographic procedure method, establishing gradual premises for the study of the theme. It is concluded, in this work, that there is an insufficiency of legal devices that help and corroborate to an intelligent investigation and an effective criminal prosecution regarding money laundering through cryptocurrencies in Brazil.

Keywords: Cryptocurrencies. Money laundry. Virtual assets.

²¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre (UFAC); Pós-graduando em Direito Previdenciário Aplicado e em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Legale. E-mail: claudiovsilva.adv@gmail.com;

²²Pós-graduado em Direitos Humanos pelo CursoCEI. Graduado pela Universidade Federal do Acre (UFAC). Advogado. E-mail: juliosueza892adv@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Os criptoativos foram concebidos a partir do *Bitcoin* que, nos dizeres de Ulrich (2014, p. 17), é o precursor dos ativos digitais e a maior criptomoeda até os dias atuais e “surgiu caracterizado como uma moeda digital de código aberto, *peer-to-peer* (par a par, ou seja, uma transação direta entre os consumidores, sem intermédio de terceiros), que não depende qualquer autoridade”, seja estatal ou centralizada.

A partir da origem do *Bitcoin* (BTC), entre 2008 e 2009, diversas criptomoedas surgiram com o intuito de inovar o conceito de transações interbancárias na internet por meio de uma tecnologia promissora que possibilita a conexão entre países e continentes através de um sistema matemático criptografado.

Com a ascensão da primeira criptomoeda, diversas outras foram criadas a partir da mesma ideologia promissora, sempre inovando em alguns aspectos, mas mantendo-se a característica basilar da descentralização, que defende a livre circulação sem a interferência do Poder Estatal ou de qualquer autoridade monetária (TELLES, 2018).

Tendo em vista o surgimento desse novo meio de transação no mercado de capitais, se constata que as criptomoedas passaram a ser utilizadas na execução do crime de lavagem de capitais no Brasil, o que exige do operador do Direito uma análise da legislação atinente ao fato típico, sobretudo da Lei nº 12.689/2012 e do Código Penal Brasileiro.

Fruto dessa dinâmica, a Lei nº 12.683/12 veio para substituir a ultrapassada lei de lavagem (Lei nº 9.613/98) com o intuito de tornar mais rigoroso seu aspecto sancionatório, bem como para tornar mais eficiente a persecução penal deste crime financeiro.

Todavia, com o surgimento e a rápida inserção das criptomoedas no mercado monetário nacional, não houve uma regulamentação legal específica sobre a utilização dos criptoativos em nenhum âmbito, muito menos direcionado à seara penal, como na utilização desse meio como uma forma para efetivar a lavagem de dinheiro no Brasil.

Dito isso, o objetivo primor deste trabalho é demonstrar como a tecnologia inerente às criptomoedas pode ser destinada à prática do referido crime. Tal finalidade é imprescindível, pois busca dar ensejo ao progresso e evolução de um meio persecutório com maior amplitude, inovação e eficácia.

Desse modo, a análise de como a legislação e o Judiciário brasileiro têm se preparado para combater e prevenir o crime de lavagem de dinheiro dentro da nova realidade criptográfica é fundamental, já que se trata de delito desencadeador de significativo impacto

negativo na organização socioeconômica nacional, já que envolve o mercado financeiro nacional e o meio macroeconômico na mesma proporção.

Com o exposto, trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e com método dedutivo de abordagem, na qual adota-se entendimentos gerais para a busca racional de respostas para o problema previamente delimitado, desencadeamento argumentação alusiva ao tema.

1. ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

De forma histórica, os primeiros resquícios da lavagem de dinheiro podem ser creditados aos atos de pirataria e saques, onde os piratas enterravam seus tesouros oriundos de atos ilegais e os trocavam por quantias menores com o objetivo de regularizar os valores para continuar transando os mares. No Brasil, o primeiro episódio de Lavagem ocorreu no Estado do Acre, através da atuação de organizações criminosas, objeto processual julgado pelo Supremo Tribunal Federal nos anos 2000, no bojo do mandado de segurança 23.652-DF (CONSERINO; ARAÚJO, 2022).

Quanto à terminologia, a expressão “lavar” é oriunda do termo em latim *lavare*, que significa purificar, reabilitar e, até mesmo, ressignificar, dando uma nova origem ao ato de dar nova caracterização e legal a algo que possuem origem ilícita (CONSERINO; ARAÚJO, 2022).

O primeiro diploma legal que abordou o crime de lavagem de dinheiro no Brasil foi a Lei nº 9.613/98, que caracterizou tal tipo como a ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores, de modo que para coibir tal ilícito frente ao Sistema Financeiro Nacional, criou-se o Conselho de Atividades Financeiras (COAF – atual UIF: Unidade de Inteligência Financeira).

Ulteriormente, a referida Lei foi aperfeiçoada por meio da Lei nº 12.683, em 2012, trazendo à baila outras formas de aplicabilidade da referida lei, expandindo o rol em busca de dar maior eficácia a persecução penal, de modo que qualquer ato criminoso antecedente passou a ser plausível de dar início a investigação do crime de lavagem de capitais (BRASIL, 2022a).

Vale ressaltar que ocorreu divergência entre os diplomas supracitados, de modo que ambos continuam gozando de eficácia em busca da maior efetividade por meio da simbiose complementar que ocorre de um texto legal ao outro, sendo a primeira lei considerada de 1ª geração, pois tinha como objetivo primor o combate aos casos que tinham como crime antecedente de tráfico de drogas; já a última é conceituada como de 3ª geração, pois visa dar mais efetividade, considerando qualquer delito anterior em sua caracterização.

A 1ª geração legislativa possuía um rol taxativo de crimes antecedentes para a configuração do delito de lavagem. Por conta disso, a Lei mais recente busca romper isso, ampliando o rol para lavagem de capitais e até mesmo sobre bens direitos, ao passo que quaisquer infrações anteriores possam culminar no deslinde de um inquérito. Assim, de acordo com a legislação brasileira, caracteriza-se como crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de infração (BRASIL, 2022a).

Vale ressaltar, portanto, que não há discriminação se o crime anterior ao da lavagem é configurado como crime ou de contravenção penal²³.

Por seu turno, a criminalização é um esforço investigativo legal e internacional (PLD – Prevenção à lavagem de dinheiro) que busca em seu primário objetivo combater o financiamento do terrorismo (CFT — Combate ao Financiamento do Terrorismo).

Como todo tipo penal visa proteger um bem jurídico tutelado, aqui estamos diante do delito pluriofensivo, tendo em vista que afeta mais de um bem jurídico: a ordem econômico-financeira e a administração da justiça, que é tido como um parasita, tendo em consideração a habitação como um hospedeiro sobre o fato anterior. Mas que, também é apurado de forma autônoma, pois fere de forma distinta os bens jurídicos protegidos, não sendo visto como mero exaurimento do seu antepassado (LIMA, 2020).

Isto significa que o processo e o julgamento não dependem de uma sentença transitada em julgado sobre o ato passado. O artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela 12.683/12 impõem que (BRASIL, 2022a, p. 1):

O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:
[...] II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

Com essa atualização, o autor, coautor e o partícipe passam a ser responsabilizados ainda se for isento de pena ou se for desconhecida o responsável pela infração antecedente.

Acerca das características desse crime, a principal é a internacionalização, que é decorrente da ultrapassagem das fronteiras dos países e implica no desenvolvimento e

²³Contravenção penal é conduta criminosa de menor gravidade, que, por conseguinte, possui pena mais branda. Ou seja, a utilização do jogo do bicho durante e de máquinas caça-níquel, durante a década de 90, são exemplos (MASSON, 2018).

conclusão da lavagem em outras nações, mudando, assim, a possível jurisdição do delito (CALLEGARI; WEBER, 2017).

Essa característica possui relação direta com a distinção do lugar do crime e a efetiva utilização pelos destinatários finais, pois a simples transferência de um dinheiro a outro país dificulta a investigação e facilita a ocultação dos bens, de modo que alguns países possuam legislação branda quanto a investigação de tais valores, como os conhecidos paraísos fiscais.

Por sua vez, a legislação brasileira adotou o princípio *tempus regit actum* justamente para coibir tal evasão, de modo que a lei vigente à época do cometimento do crime será aplicada (BRASIL, 2022a).

Tratando das modalidades desse crime, a lavagem pode ser elementar, elaborada e sofisticada. A primeira é atribuída aos casos de imediata liquidez, onde o sujeito busca com rapidez ludibriar e limpar o dinheiro por meio de operações simplórias, o que normalmente ocorre com quantias pequenas, tendo a troca de um celular ou compras de subsistência como exemplo; a segunda trata dos casos em que há reinvestimento do dinheiro sujo em atividades lícitas por meio valores maiores, como nas compras de imóveis ou veículos; a terceira é configurada nos casos com grandes quantias de dinheiro, onde o (s) sujeito (s) detêm de meios aprimorados para reciclar os valores, como a comercialização através de empresas (LIMA, 2018).

Em suas fases ou etapas, a doutrina explica que tal crime é composto pela *i*) colocação (*placement*); *ii*) ocultação (*layering*) e *iii*) integração (*integration*). Nessa senda, pode-se dizer que essas são as determinantes da conduta de tal delito, de modo o crime só restará constatado com o efetivo prosseguimento de todas as fases.

A colocação ou conversão consiste na colocação do dinheiro “manchado” no sistema econômico. O objetivo aqui é ocultar a sua origem ilegal por meio de depósitos fracionados nos bancos ou pela compra de instrumentos negociáveis com o intuito de iludir as autoridades, com foco no Sistema Financeiro Nacional:

Trata-se da separação física entre o produto de uma das infrações penais antecedentes e seu agente visando, pois, desvinculá-lo e desvencilhá-lo do sujeito ativo da infração penal antecedente. A detecção da lavagem de dinheiro nesta primeira fase propicia êxito na investigação (CONSERINO; ARAÚJO, 2022, p. 438).

A ocultação ou dissimulação, no que lhe concerne, trata das imposições de dificuldades ao rastreamento contábil dos recursos ilícitos pela parte de inteligência. O objetivo

aqui é quebrar possíveis evidências ante a investigação sobre a real origem dos recursos, de modo que a movimentação de forma eletrônica é monitorada.

Nessa fase, os criminosos buscam transferir os valores para contas anônimas (os famosos laranjas) ou para empresas fictícias ou de fachada. Tem-se como exemplos os centros *offshore* (os paraísos fiscais), que asseguram o sigilo bancário ou que possuem imposto sobre a renda reduzido²⁴ e os doleiros, que buscam dar função ao dinheiro de origem ilícita por meio de outro papel-moeda distinto do usual.

A integração é a última etapa. Nessa fase, os ativos já são incorporados formalmente ao sistema econômico, onde as organizações criminosas, em suma, buscam dar outra utilidade ao dinheiro — que já está “limpo”, por sinal — como empreendimentos que visam dar maior facilidade aos futuros lucros, continuando o ciclo da falsa-aparência e reaplicando em outros meios para que o rastro fique desvanecido.

Como ações preventivas (PLDFT — Prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo), a Convenção de Viena, em conjunto com a Instrução Normativa nº 617/2020 da Comissão de Valores Mobiliários, informa que as empresas intermediadoras atuarão de forma conjunta com o Sistema Financeiro por meio da atualização dos dados de seus clientes e usuários, seguindo o princípio do *know your customer* (KYC — conheça o seu cliente) em conjunto com o monitoramento das operações financeiras. Mais precisamente:

O cadastro de usuários nas criptoexchanges centralizadas é a regra, já que a plataforma centralizada é um dos pontos de contato das atividades realizadas em blockchain com as transações tradicional do mercado financeiro tradicional, o que faz com que seja necessário que as criptoexchanges estejam prontas para cumprirem as determinações legais tradicionais, exigíveis para quem queira transacionar no mercado tradicional. Desta feita, o não cumprimento das leis de KYC e cadastro de clientes pode ser motivo para que as autoridades locais fiscalizem as exchanges centralizadas tornando identificável os agentes que controlam essas plataformas. Nesse sentido, estas poderão exigir que as exchanges cumpram diversas obrigações ou mesmo poderão determinar seu fechamento. Essa é uma das principais justificativas encontradas pelas exchanges para justificar o pedido de informações do usuário, o que se soma à necessidade de observar padrões regulatórios como normas antilavagem de dinheiro, prevenção do financiamento do terrorismo e normas de KYC (GRUPENMACHER, 2019, p. 148).

²⁴Na América do Sul, o Uruguai é o conhecido por possuir centros desta natureza e o objetivo de se fazer investimento em tais locais é evitar a descoberta da natureza ilícita dos bens; geralmente o numerário é encaminhado para sociedades de fachada destes lugares com o desiderato de numa próxima oportunidade reinvestir o produto no Brasil (CONSERINO; ARAÚJO, 2022, p. 439).

Essa identificação de clientes visa cadastrar e manter os dados atualizados junto ao órgão regulador ou fiscalizador, atendendo as requisições formuladas pelas autoridades administrativas (UIF), de modo que sua atualização deverá ser conservada para possíveis investigações acerca da origem e constituição de patrimônio do sujeito. De antemão, essa atribuição às instituições financeiras nacionais não ocorre com tanta eficácia frente as relações com criptomoedas.

Nesse caminhar, em conjuntura com as características ligas as criptomoedas, usuários mal-intencionados passaram a ver sua inovação como um meio que facilita a prática de crimes. Diante de tal panorama, busca-se certa relatividade dos fundamentos da tecnologia *blockchain*²⁵ para possibilitar o início da persecução penal.

Outrossim, com a rede global, a tecnologia dificulta e, ao mesmo tempo, impossibilita a regulamentação ou atuação do Estado por meio de qualquer tipo repressivo. Afinal, a sua criação está ligada à ação humana, vez que a emissão e o uso seguem o princípio da não intervenção, estando o código computacional estritamente acobertado e criptografado dado à origem pelo seu programador primário: a rede *blockchain*.

Desse modo, as características próprias das criptomoedas dão azo a utilização para a prática desse tipo penal, tendo em vista que facilmente pode-se ludibriar a origem das transações por meio dos diversos tipos de ativos virtuais e de sistemas-rede.

2 A UTILIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A lavagem de dinheiro é tida como um crime de colarinho branco, pois é cometida na órbita econômica e, normalmente o sujeito ativo é dotado de condições sociais que o possibilitariam viver adequadamente sem o cometimento de crimes. Tal instituto é nomeado de “cifras douradas da criminalidade”, pois tem por base um processo mais dificultoso para iniciar uma investigação e concluir a punibilidade dos autores (NUCCI, 2019).

Ao dispor sobre “bens, direitos e valores”, a norma deu amplitude genérica à sua aplicação, cabendo, porquanto, em aplicação frente às criptomoedas, ao passo que abrange bens corpóreos ou não, tangíveis e intangíveis.

²⁵O termo *blockchain* é semelhante ao livro-razão estipulado pela Contabilidade, ou o diário de um adolescente, onde, respectivamente, estão todos os registros contábeis e o dia a dia da pessoa. Para os criptoativos, a lógica é a mesma, tendo em vista que se trata de um meio onde estão registradas todas as operações que utilizam tais ativos virtuais.

É pertinente mencionar, pois, sobre o momento em que a ciência do direito procura adentrar no ramo da tecnologia. Tem-se, de imediato, uma cognição de que as mudanças sociais pautadas já estão bem avançadas, visto que a tecnologia evolui com maior rapidez frente à metamorfose jurídica.

Desse modo, quando o estudo e a investigação se desdobra sobre a utilização de criptomoedas como forma de lavagem de dinheiro, resta comprovado que já houve indícios mínimos de autoria e materialidade de tal circunstância.

Com o surgimento das criptomoedas, a ausência de um terceiro regulador torna difícil a regulamentação e a identificação dos participantes da rede. Todavia, tendo em vista que o *blockchain* deixa todas as transações registradas, torna-se “fácil” rastrear o uso ilícito de criptomoedas, mas não a sua efetiva localização. Por isso, Barbosa (2022, p. 15) aduz que:

Voltando ao cenário do Blockchain, a característica de utilização de pseudônimos que as criptomoedas têm cria embaraços à transparência. Por exemplo, o Bitcoin e o Ethereum não são impossíveis de rastrear, mas certamente tornam muito difícil descobrir quem está envolvido em cada transação. Por outro lado, usando algumas das novas criptomoedas como *Zcash*, *Monero*, *Dash* e *Verge*, é possível transferir quantidades em criptomoedas sem deixar vestígios, exatamente o tipo de situação que os líderes do G-20 estavam tentando deter com as diretrizes divulgadas em 2009 e nos anos que se sucederam. Tomando o exemplo do *Monero*, em seu próprio site, eles descrevem seus produtos como um sistema privado baseado em Blockchain que usa o sistema de *ring signatures*, transações confidenciais em anel e endereços furtivos para ofuscar as origens, valores e destinos de todas as transações. Além disso, eles se gabam de não serem rastreáveis, considerando que o envio e recebimento de endereços, bem como os valores transacionados, são ofuscados como padrão.

Pode-se fazer o seguinte paralelo com o sistema *blockchain*: em um imóvel antigo, onde já passaram diversos proprietários, todos foram registrados em sua matrícula, sendo o último registro realizado no nome do atual proprietário. Se for o caso de alguma contestação, a rede disponibiliza uma longa lista com todos os antigos proprietários registrados, e o mesmo ocorre na rede.

Dito isso, constata-se que as maiores criptos não são o melhor cenário para os criminosos, pois a particularidade indelével deixa um rastro de todas as transações, mas nada impede o uso das milhares criptos disponíveis no mercado para isso, utilizando as líderes do ramo apenas para a consolidação financeira.

Porém, o rastreamento de operações, até mesmo na rede *Bitcoin* e *Ethereum* (as duas maiores criptos em valor de mercado), pode ser anônima e dificultada por diversos fatores, “[...] como a falta de comunicação entre as pessoas do ambiente real e as contas de

criptomoedas; a existência de obstáculos para o rastreamento, como misturadores de criptografia e ‘anonimizadores’;” (TELLES, 2018, p. 71).

Ou seja, as principais características das moedas atuam como meios eficazes à procedência criminosa e à proteção da identidade nos atos executórios do crime, de modo que, segundo Pereira (2022, p. 76):

[...] a descentralização das transações de cripto ativos permite que transações internacionais não precisem ser feitas por grandes instituições bancárias, ou qualquer órgão centralizador, possuindo condão de efetivamente evitar os choke points no momento de encaminhar ativos a outros Estados. Isto importa dizer que inexistem, para cripto ativos, um ente regulador de fácil regulação pois as transações podem ser facilmente realizadas peer-to-peer, de usuário para usuário, entre países distintos sem a necessidade de um ente centralizador.

Destarte, tem-se também a dificuldade de acesso e apreensão de tais ativos, pois:

A única forma de conseguir penhorar (apreensão judicial) bitcoins é conhecendo o par de chaves (a privada e a respectiva pública vinculada); as quais, em regra, somente são do conhecimento do seu titular. E, se está sendo necessária a realização de penhora, é porque o titular está relutante ou está querendo esconder as bitcoins que possui. Portanto, o titular não vai querer fornecer voluntariamente.

Desse modo, será preciso apreender os dispositivos (computadores, notebooks, tablets e smartphones) do Requerido, tanto de sua residência como do seu local de trabalho, para que sejam submetidos à perícia policial e/ou judicial com a finalidade de se descobrir as tais chaves necessárias. Se o requerido não tiver colocado senha em sua carteira bitcoin desktop, o trabalho será mais fácil (TELLES, 2018, p. 70 *apud* CARAVINA, 2017, n.p).

No entanto, o caráter da criptografia pode justamente transformar algo simplório em algo resistente às mudanças, de modo que possíveis transferências erradas são extremamente difíceis para serem revertidas, afinal não há controle externo. Agora imagine quando se trata de dinheiro que possui origem ilícita.

Não diferente de outras criptos, o *bitcoin* possibilita a transação de pessoas não identificadas, utilizando apenas as chaves públicas. Em paralelo, quando utilizamos meios modernos de pagamentos, como cartões de crédito com diversas bandeiras e meios de transação online, como o *Paypal*, todas essas empresas possuem dados antecedentes dos usuários, como CPF, endereço etc.

Trata-se, portanto, do pseudoanonimato²⁶ da rede, que possibilita a comunicação apenas por meio das chaves, mas que, em contrapartida, também deixa sua transação registrada para sempre no diário do sistema.

Esse apontamento é importante, tendo em vista que determinados usuários da própria rede fornecem tais serviços de reciclagem-capital. Diante do fato de que a privacidade pode ser relativa — pois há possibilidade de facilmente rastrear a transação inicial, bem como as posteriores — tem-se o método denominado por *Tumblers* ou *Mixers*, que consistem em interromper a conexão entre os emissores e receptores das criptomoedas. De acordo com Fabiano (2020, p. 5), o serviço consiste em:

[...] receber suas criptomoedas e, mediante uma taxa, restituir o valor equivalente em criptomoedas que pertenciam a outras pessoas, ou seja, depositam suas criptomoedas em uma grande “lava roupas” junto a criptomoedas de outras pessoas e restituem o valor equivalente advindo de diferentes transações, permitindo assim uma interrupção na “escrituração” da moeda virtual. O serviço é legal desde que o proprietário da moeda virtual busque apenas sua anonimização para fins de privacidade.

Ocorre que, essa prática dá abertura ao uso criminoso das criptos, tendo em vista que, basicamente, a lavagem de dinheiro está historicamente ligada a origem das associações criminosas e o serviço é, por pura compreensão, uma camuflagem aos dados que serão registrados na rede.

Os *mixers* fazem rápidas transferências entre diversas carteiras por várias vezes até findar em uma carteira nova, limpa e fria. Nesse caso, ainda é possível identificar todas as transações na rede, pois mais que dificultoso. Entretanto, em uma rede mundial, como a internet, isso fica muito mais propício a escalonar, multiplicando esse processo diversas vezes graças ao poder da computação.

Esse meio é caro, tendo em vista que a cada mudança de carteira gera uma taxa, de modo que *satoshis* (parcelas de *bitcoin*) acabem ficando pelo caminho. Além disso, ainda há rastreabilidade, por mais que lenta, de modo que os desenvolvedores passaram a atualizar o método, aprimorando-o na busca de maior anonimato, subdividindo o processo em simples e complexo.

²⁶ Curioso mencionar que até o mesmo criador da maior cripto, o *Bitcoin*, não é conhecido. “*Satoshi Nakamoto*” é um pseudônimo ao programador (ou programadores, não se sabe) que deu origem ao sistema inovador (NAKAMOTO, 2012).

O desentranhamento simples, conforme citado, trata da transação com diversas chaves públicas, com o intuito de dificultar a localização. Já o complexo busca o maior emparelhamento entre máquinas, conforme elucida Estellita (2020, p. 12):

Há, ainda, serviços de mixing especializados, cuja função é criar uma camada a mais de encobrimento entre o remetente e o receptor de BTCs. Cada usuário remete uma quantidade de moedas virtuais para o mixer e designa um ou mais endereços (geralmente novos) nos quais quer receber a mesma quantia, descontado o preço cobrado pelo serviço de mescla. As moedas, para falar de modo metafórico, são jogadas em uma “piscina” com as moedas de outros usuários, misturadas e, então, remetidas para os endereços designados pelo usuário. A remessa pode, ainda, ser fracionada em diversas pequenas transações, usando diversos provedores de mixing em operações sucessivas. Pesquisas mostram que esses serviços têm o potencial de tornar impossível o rastreamento das moedas, além de implicarem riscos aos próprios usuários, como o de furto ou mesmo de desvio ou perda dos valores pelo encerramento ou bloqueio do serviço.

Desse modo, esse método pode ser caracterizado como a segunda fase do crime de lavagem de dinheiro, tendo em vista que trata da ocultação ou dissimulação, que visa dificultar o rastreamento.

Acerca da primeira etapa do crime de lavagem, conforme Pereira (2022, p. 77) a colocação pode ser facilmente compreendida pela incorporação ao “[...] sistema financeiro da criptomoeda, garantindo à inserção do dinheiro sujo um pseudoanonimato e fácil transação global [...]”.

Quanto à última fase, a integração pode ser feita pela troca de criptomoedas por moedas fiduciárias e estatais, vendendo os criptoativos ou até mesmo trocando por outros, repetindo o processo e realizando o saque posteriormente (ESTELLITA, 2020).

A perícia cibernética, por sua vez, é imprescindível na investigação, vez que toda transação online possui um endereço, ou melhor, um IP que possibilita sua rastreabilidade. Entretanto, existem meios de rastreabilidade de endereço eletrônico por meio da *darkweb* com navegadores²⁷ obscuros, o que dificulta ainda mais a investigação, tendo em vista que agora existem duas camadas de criptografia: a da criptomoeda e a do endereço online da transação.

Normalmente, criminosos utilizam computadores “frios”, que são máquinas que nunca foram utilizadas e não possuem vínculo a nenhuma pessoa. Assim, durante a produção de provas, as autoridades poderiam ver sim o histórico de transações grafados na *blockchain*, mas o processo para reconhecer os autores tornou-se muito mais lento e dificultoso.

Diante da possibilidade de utilização desse meio para transacionar crimes, conclui-se que há necessidade de atualização dos meios adotados pelas autoridades policiais, sendo de

²⁷ Navegadores obscuros são aqueles diferentes dos comumente utilizados, como *Google Chrome*, *Mozilla Firefox*, *Opera*, *Internet Explorer* entre outros, eles permitem maior segurança e anonimato aos usuários.

suma importância o conhecimento da ciência e dos dispositivos (*wallets*) para que se possa ter uma efetiva criptoinvestigação. Conforme Telles (2018, p. 70-71):

É importante recordar, de outra parte, que as transações com bitcoins não têm fronteiras, podendo se espalhar por diversos países, o que dificulta não só a ação da polícia, como também a determinação do ordenamento jurídico aplicável, vale dizer, da lei de regência e dos tribunais competentes. Destaca-se, a propósito, que ainda não existem acordos de colaboração entre os países que tratem especificamente das criptomoedas e suas peculiaridades.

Além disso, a mesclagem também pode ser comumente utilizada para reciclar os valores. Essa hipótese consiste na adição de valores ilegais a outros que são lícitos para poder dissimular através do faturamento de uma empresa, a título de exemplo, mais precisamente “nesta modalidade, o agente-lavador mescla os valores ilícitos com outros lícitos para dissimular sua origem espúria” (CONSERINO; ARAÚJO, 2022, p. 480-481). Tal explanação é necessária, já que corretoras de criptomoedas usualmente têm utilizado de tal meio para lavar dinheiro e, até mesmo, aplicar golpes financeiros.

As *exchanges* (corretoras) facilitam o processo, de modo que acabam negociando grandes quantidades de criptomoedas e vendendo para outras pessoas em volumes menores. Com a atualização legislativa mais recente, as corretoras passaram a ser obrigadas a participar da investigação administrativa, cooperando com a Unidade de Inteligência Financeira (COAF) com o fornecimento de dados suspeitos, reportando movimentações de grandes quantidades e de forma repentina, por exemplo.

A verdade é que, infelizmente, esse meio inovador pode ser utilizado em um rol extenso de dispositivos tipificados no Código Penal, como extorsão, fraude eletrônica, tráfico, financiamento ao terrorismo, evasão de divisas, lavagem de capitais e até mesmo no crime de sequestro, de modo que o anonimato pode ser o escopo que dá ensejo à prática delituosa.

Não satisfeito, existe a possibilidade de os criminosos lucrarem por meio desta modalidade, tendo em vista a grande especulação e o fácil manipulamento, possibilitando que o criador de uma cripto dê uma falsa identidade justamente para resgatar os ganhos.

A alta do *Bitcoin* retroalimenta mais altas. História de pessoas que se tornaram milionárias com pouco dinheiro na moeda passaram a ser cada vez mais comuns, de modo que essa especulação aumentasse o mercado como todo.

A seu turno, as criptomoedas, isso quando abordamos as consolidadas mundialmente, não são pirâmides financeiras. Todavia, o efeito psicológico atua dessa forma, tendo em vista que o sucesso financeiro de quem participa desse mercado apenas para aferir

lucros passa a contribuir com novos usuários e, conseqüentemente, com novas altas. Com a frustração, por sua vez, as pessoas tendem a retirar o seu dinheiro, contribuindo com uma forte baixa nas negociações, pois nos momentos de euforia, o valor de um ativo negociado mundialmente segue linearmente a fórmula: procura + oferta = valor.

Assim, os preços das criptomoedas seguem a força da oferta e da demanda. Sob este viés, com as alarmantes altas do mercado, as pessoas tendem a buscar nas criptomoedas ganhos e elevadas rentabilidades, dando outro panorama a esses ativos: o de ativos mobiliários, como ações de grandes empresas promissoras. Telles (2018, p. 72) argumenta que:

A alta volatilidade e a possibilidade de manipulação dos preços dos bitcoins certamente constitui um problema para investidores e pessoas interessadas em realizar negócios honestos, mas pode ser bastante proveitosa para criminosos interessados em lavar recursos ilícitos, já que as dificuldades para a determinação do preço real da criptomoeda podem ser usadas para gerar ganhos artificiais, de fonte aparentemente lícita (venda de bitcoins), os quais poderão, inclusive, ser declarados às autoridades fiscais.

Isso também resulta em outro impasse importante. Com o maior número de transações, a proporcionalidade irá resultar diretamente no valor da criptomoeda, o que dá viabiliza ao aumento do dinheiro sujo adicionado na rede que objetiva o fim limpo e camuflado. Em outras palavras, ao se lavar dinheiro com a cripto “HYTX” (nome fictício) você pode, em conclusão, transferir para outra cripto que está em alta no mercado, multiplicando a rentabilidade em porcentagens alarmantes.

A partir dessa intelecção, o mercado financeiro nacional, em seu plano, é configurado pelo controle permanente através do Banco Central, de modo que a rastreabilidade de entrada ou saída de valores estranhos ou em quantias volumosas repentinas. Depreende-se, inclusive, de forma simplória, que a etapa investigativa do Sistema Financeiro Nacional teria eficácia plena somente até aqui, tendo em vista que, para inserir o dinheiro primário, faz-se necessário a utilização de contas bancárias ou emissões de boletos ou cheques.

Neste diapasão, o prosseguimento investigativo em tais casos acaba por ser mais dificultoso, pois o ator do crime pode facilmente distribuir valores de procedência criminosa, passando a inserir esse dinheiro em outros países com legislação mais branda ou sem nenhuma regulamentação, enviando para plataformas com domínio eletrônico (isto é, sites que são de “competência” de outros países) — o que possibilitaria até mesmo o procedimento de inquérito policial para apurar o crime de evasão de divisas.

Posteriormente, o indivíduo poderá comprar a criptomoeda por meio de uma *Exchange*, que são as corretoras/plataformas para tal negociação, e rapidamente enviar para outra, adquirindo outro criptoativo e anexando em sua carteira fria (*cold wallet*) e repetindo o processo, trocando de carteiras e possíveis contas de negociação. Dessa forma, teríamos a rastreabilidade das negociações, é claro, o sistema *blockchain* permite isso, todavia, a resposta não é a mesma para a localização de tais valores e sua efetiva usabilidade.

O prosseguimento do crime, por sua vez, também deve ser analisado, ao passo que a competência internacional para apurar tais delitos devem ser analisada em conjunto com os ditames da territorialidade e extraterritorialidade expostas nos artigos 5º e 7º do Código Penal (BRASIL, 2022b).

Esse rol taxativo possibilita atribuir ao foro Brasil a legitimidade em casos de crimes cometidos no país (artigo 5º, *caput*) e suas extensões (artigo 5º, §1º), que, em apertada síntese, pode ser definida como todo o território físico, o mar territorial, espaço aéreo acima do território, embarcações e aeronaves privadas em espaço correspondente, entre outras (artigo 5º, §2º). Greco Filho (2009, p. 137) informa que:

[...] considera-se praticada num dos locais acima referidos, não só no caso de infração que neles ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, mas também se num deles se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Com esse critério, adota o nosso sistema a chamada teoria da ubiquidade (CP, art. 6º), que atribui competência ao Judiciário brasileiro para todas as infrações que, em qualquer das fases do *iter criminis*, tenham ocorrido no território nacional ou suas extensões. Esse critério é diferente do adotado para definir a competência territorial interna, que está pautada pelo local do resultado.

Renato Brasileiro acrescenta (2020, p. 433), que:

Diversamente do que se dá em relação aos crimes à distância, em que ação e omissão ocorrem no território nacional e o resultado no estrangeiro, ou vice-versa, os crimes cometidos no estrangeiro têm sua ação (ou omissão) e resultado produzidos integralmente no estrangeiro. Mesmo assim, por força do art. 7º do Código Penal, sujeitam-se à lei penal brasileira.

O *iter criminis* é de fácil compreensão, pois a partir de um crime anterior, como o roubo de um carro, surge a necessidade de se desfazer do bem como um todo ou desmanchá-lo, vendendo suas peças. Posteriormente, com a venda, tem-se o dinheiro “sujo”, que é oriundo de um ato criminoso, e para movimentar tal dinheiro de forma econômica, é preciso reciclar sua origem quantas vezes for preciso para camuflar a sua origem. Agora imagine fazer isso com

grandes crimes, que envolvam muitos outros antecedentes ou com valores alarmantes, a dificuldade não é a mesma, correto? Por isso que esse tipo penal está intimamente ligado, de forma corriqueira, a atuação de organizações criminosas.

Assim, resta claro que esse sistema inteligente e autônomo não é passível de determinadas coibições, estado o Estado atribuído a certos limites e a convivência equilibrada, buscando outros meios para complementar o uso e assegurar seu melhor funcionamento.

Por isso, a lavagem de dinheiro tornou-se algo mais casual. Antes, o que era tido como algo que passava por lentas fases até a camuflagem da origem ilícita, agora é possibilitada com maior rapidez e comodidade, cabível de ser concluída por meio de qualquer computador “limpo” com acesso à internet e em qualquer lugar do mundo, pois o que eram chamados de paraísos fiscais ficaram conhecidos agora como paraísos virtuais.

Em outro ponto, cabe mencionar a distinção entre lavagem por meio de criptomoedas do uso criminoso. Por exemplo, para restar configurado a lavagem, tem-se a necessidade de ludibriar a origem ilegal da quantia, retornando ao mercado comum com forma lícita, comum e usual, tendo como fim especial de agir a reintrodução. Agora quando alguém utiliza o sistema para receber ou enviar valores de outrem, se passando por terceiros ou fornecendo informações ambíguas com o intuito de enganar o detentor da carteira de criptos, não há o que se falar em lavagem, mas sim em estelionato virtual, tipificado no artigo 171-A do Código Penal, proveniente da atualização legislativa de dezembro de 2022 (BRASIL, 2022b).

Mas como combater a utilização ilícita na lavagem de dinheiro envolvendo tecnologias *blockchain*? Precisamente, não há como dar efetiva solução. Entretanto, associar-se à rede é uma das melhores opções, tendo em vista que utilizar ou, até mesmo, criar a própria rede para saber como funciona e poder usufruir do seu sistema para perseguir e conseguir localizar o uso ilegal é válido.

O fracionamento (*smurfing*) e a autolavagem — aquela praticada pelo mesmo sujeito que realizou o crime antecedente, ou seja, o que pratica ambos, são outras formas usuais na camuflagem por meio da rede P2P (*peer-to-peer*) justamente pela ocultação em diversas operações que buscam apagar o rastro do dinheiro sujo.

Um fator possível para o combate a tal crime é a obrigatoriedade de as empresas de corretagem enviar os dados das pessoas por trás das operações, com vistas ao conhecimento da identidade humana da operação. Todavia, conforme já dito, nada impossibilita que outras corretoras continuem operando no plano não regulamentado da *internet*, onde não há jurisdição alguma e, muito menos, obrigatoriedade para seguir regras impostas pelas autoridades públicas.

Portanto, a combinação de efetivos meios utilizados na criptoinvestigação e uma atuação especializada do Poder Legislativo Federal poderão dar início ao progresso da *persecutio criminis*. O legislador, de todo modo, não se manteve inerte, editando a Lei nº 14.478/22 (BRASIL, 2022b, p. 1) justamente para combater fraudes por meio dos ativos virtuais²⁸.

Conclui-se, que as criptomoedas são instrumentos eficazes para a prática do delito de lavagem de capitais. A persecução penal, por sua vez, pode ser lesada de diversas formas, seja pelas maneiras de apagar ou dirimir os rastros de transações ou pelos algoritmos que possibilitam os diversos protocolos, de modo que as autoridades estatais acabem por ficar atrasadas no combate ao crime.

Não obstante, a busca das autoridades por iniciativa própria é de saltar os olhos, tendo em vista que, por mais que não tenha jurisprudência ou, muito menos, súmulas acerca da temática, o Judiciário em conjunto com o Legislativo e demais autoridades administrativas têm buscado formas ativas para combater a lavagem de dinheiro com ativos virtuais, sendo um caminho longo a ser percorrido pelo Direito brasileiro.

3 APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NOS CRIMES CRIPTOMONETÁRIOS

O texto constitucional trata de forma explícita, no artigo 174, sobre a atuação estatal na atividade econômica, seja como agente normativo ou regulador, em busca de promover a fiscalização, o incentivo e o planejamento desse setor, de modo que se busque o equilíbrio entre o setor público e incentivo privado (BRASIL, 2022a).

De antemão, como mencionado nos capítulos anteriores, a lavagem de dinheiro pode ser caracterizada pela ocultação ou dissimulação quanto a origem, localização ou movimentar bens, direitos ou valores que se originaram de forma direta ou indireta de atos ilícitos anteriores — conceito alcançado a partir do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 com redação atualizada pela Lei nº 12.683/12 (BRASIL, 2022a). Mas como regulamentar o que é autorregulamentado?

²⁸ Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições.

Pode-se dizer que o primeiro disposto legal que regulamentou (ou ao menos se preocupou com isso) foi a Instrução Normativa nº 1888/2019 da Receita Federal, que disciplina a obrigatoriedade de declaração de atividades realizadas com criptoativos, com destaque aos artigos 5º e seguintes, que conceituam legalmente a matéria e exoram sobre a prestação de informações por parte do contribuinte e das plataformas de negociação (BRASIL, 2019, p. 2):

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.

Trazendo à baila o argumento tecido no tópico anterior desta obra, o Projeto de Lei nº 4.401/21 (BRASIL, 2021, p. 1) — aprovado e encaminhado ao Congresso Nacional — explicita a obrigatoriedade de autorização prévia do Governo Federal para o funcionamento de corretoras no Brasil, veja-se:

Art. 2º As prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública Federal. Parágrafo único. Ato do órgão ou entidade da Administração Pública Federal a que se refere o caput estabelecerá as hipóteses e parâmetros em que a autorização de que trata o caput deste artigo poderá ser concedida mediante procedimento simplificado.

Isso já mostra o interesse do Poder Público em buscar maior segurança jurídica aos brasileiros que utilizem tal meio. No entanto, pouco se produz acerca do deslinde ao combate e a prevenção da lavagem de capitais por meio de criptomoedas, de modo que outras situações estão tendo maior positividade.

Como já dito, a atual Lei de Lavagem de Capitais vigente no Brasil utiliza a teoria da terceira geração, pois qualquer crime pode ser crime antecedente ao crime de lavagem de dinheiro. Desse modo, não há distinção entre os bens jurídicos tutelados na aplicabilidade da norma, o que também não há azo para a utilização do princípio da consunção em tais delitos.

Ademais, ao analisar que o fato linear do delito em sua linha do tempo, por não ser crime único, a dissimulação de capitais é tida como concurso material com a soma dos fatos.

Em relação a formação da escada do crime antecedente, há uma curiosidade. Aqui, o crime precisa apenas ser típico e ilícito, pois pouco importa a sentença definitiva transitada em julgado acerca do primeiro fato delituoso para que seja possível punir o crime de lavagem, porque adota-se a teoria da acessoriedade limitada.

De forma hodierna, o Brasil busca regulamentar determinadas ações que envolvem a utilização de Criptomoedas. É por meio da Lei nº 14.478 de dezembro de 2022 (BRASIL, 2022c), considerada como o marco regulatório dos criptoativos, que as diretrizes iniciais que buscam maior estabilidade jurídica às relações que envolvem serviços de ativos virtuais e culmina na alteração do Código Penal Brasileiro buscando uma tipificação para a uso destinado de tais ativos a crimes.

O referido diploma culminou na alteração de três leis: O Código Penal (Lei nº 2.848/40, com redação dada pela Lei nº 14.478/22), a Lei nº 9.613/98 e a Lei nº 7.492/86. Desse modo, a chamada “Lei do Bitcoin” afirma que ativo virtual é aquele que possui valor e é negociado ou transferido por meio eletrônico, para utilização de pagamentos ou investimentos.

Destarte, isso adentra a capacidade ativa do Banco Central em estabelecer outras normas complementares em conjunto com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), como a atuação na autorização do funcionamento das corretoras em conjunto com o Governo Federal, que funcionam como plataforma virtual para os usuários realizarem suas negociações, até outras regulamentações acerca de valores que são de moedas estrangeiras por meio do âmbito cambiário.

Antes disso, o Superior Tribunal de Justiça²⁹, por seu turno, já tinha disposto acerca da possível criminalização em comercialização de criptoativos, de modo que a simples negociação não tem o condão de culminar crime, seja por especulação, *vide* artigo 7º, II, da Lei nº 7.492/86 ou por crimes atinentes ao mercado mobiliário, *vide* Lei nº 6.385/76 (BRASIL, 2018).

Posteriormente, o STJ³⁰ passou a tratar do contrato coletivo de investimentos por meio de criptomoedas, de modo que o entendimento passou a considerar essa modalidade como um valor mobiliário somente nesses contratos, aplicando, desse modo a Lei nº 7.492/86, que

²⁹ BRASIL, 2018. STJ - CC: 161123 SP 2018/0248430-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/11/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/12/2018.

³⁰ BRASIL, 2020. STJ - HC: 530563 RS 2019/0259698-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/03/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2020.

possibilita a tipificação de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, atribuindo competência à Justiça Federal para julgar tais delitos. Vladimir Aras (2022, n.p) acrescenta:

Quanto ao juiz natural para julgamento dos crimes de lavagem de criptoativos, estes serão de competência federal quando o elemento transnacionalidade puder ser destacado da realidade das blockchains. Estas são registros públicos digitais, distribuídos, mantidos online a partir de servidores computacionais localizados em vários pontos do globo. Em teoria, pode-se dizer que qualquer operação que seja registrada numa das várias blockchains é transnacional. Logo, estaria presente um dos elementos exigidos pelo artigo 109, inciso V, da Constituição, para determinar a competência da Justiça Federal em qualquer operação ilegal com criptoativos, quando a conduta estivesse também prevista num tratado internacional.

Com isso, o processo legislativo e judiciário (incluímos aqui as autoridades investigativas) em busca de maior efetividade a tipificação penal começou a dar lentos passos.

Nesse diapasão, o caderno primário penal consta agora com um novo tipo de estelionato. Consta como utilização de ativos virtuais para a prática de fraudes em crimes financeiros na Lei nº 14.478/22 (BRASIL, 2022c, n.p):

Art. 10. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 171-A:

“Fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros

Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

Não obstante, o diploma legal que disciplina o tipo da lavagem de dinheiro também sofreu alterações, de modo que a investigação e o processo penal passam a abranger as organizações criminosas que também utilizarem de forma contínua os criptoativos, majorando a pena de 1/3 a 2/3 independente do momento que ocorreu a reciclagem dos valores tidos como ilícitos — *vide* §4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 2022d, n.p):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 4º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada, por intermédio de organização criminosa ou por meio da utilização de ativo virtual.

Por óbvio, o tipo penal da lavagem de dinheiro já possibilitava o início investigatório acerca do delito. Agora, possíveis condutas relativas ao uso de criptoativos também podem ser tipificadas em conjunto com os crimes contra a ordem econômica por ferirem o Sistema Financeiro Nacional, de modo que a nova redação do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.492/86 informa que as pessoas jurídicas que atuam como intermédio na negociação ou custódia de tais ativos financeiros (as corretoras de criptomoedas) se enquadram como sujeito ativo na norma (ARAS, 2022).

Com o início da cripto regulamentação, a lista de sujeitos que podem ser caracterizados como praticantes do delito, como as prestadoras de serviços de ativos virtuais, aumenta. Logo, essa cumulação de fatores fortifica a segurança jurídica, considerando que a responsabilidade de prevenir a lavagem de capitais e o financiamento do terrorismo (PLDFT) abrange tanto o poder público como os participantes do Sistema Financeiro Nacional.

Esse avanço regulatório, abrange todos os participantes de tal mercado, de forma que o Estado atua de forma positiva, restringindo liberdades em busca do bem comum, de modo agora deverão incluir em suas políticas internas meios de PLDFT, aderindo, portanto, à *compliance*³¹:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

[...]

No mesmo sentido,

Art. 10 As pessoas referidas no art. 9º:

[...] II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

Portanto, a Lei das Criptomoedas ou até mesmo “Lei do Bitcoin”, possui em seu corpo um dispositivo que interessa diretamente à prevenção à lavagem de capitais e ao financiamento do

³¹ *Compliance* é tido como o conjunto de políticas e procedimentos desenvolvidos que buscam gerar confiança nas instituições financeiras. São tidas como Políticas de Segurança Interna, que buscam acompanhar as atividades, o acesso à informação confiável e tempestiva, com características como regulamentos, políticas, governança ética e transparência (ANBIMA, 2018).

terrorismo. Ademais, diante das adaptações mundiais, o Brasil ainda se baliza por princípio gerais de direito na busca de aplicação fática ao tipo de lavagem de capitais (NADER, 2016).

Além disso, o artigo 12-A (BRASIL, 2022c), que dá origem ao chamado Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP). Com essa perspectiva, tem-se uma lista com pessoas politicamente expostas disponível do Portal da Transparência do Governo Federal — que poderão ser autoridades e ex-autoridades sujeitas a regras mais rigorosas de escrutínio no âmbito das atividades de *compliance* PLDFT a serem conduzidas pelos que desempenham ou desempenharam nos últimos 5 anos, no Brasil ou exterior algum cargo/função pública, assim como os familiares de 1º grau, companheiros e enteados (ARAS, 2022).

Em suma, as válvulas de escape para as corretoras que atuam como intermediadoras e proporcionam a negociação de tais ativos é deixar de funcionar no país. A ideia é simples, ao passo que por serem ativos virtuais e emanados a partir de um poder computacional, a sua ligação é dada por meio da *internet*, não dependendo de um local geográfico, o que, infelizmente limita o desenvolvimento nacional nesse quesito.

A verdade é que tentar regulamentar um mercado que possui como característica a descentralização e a independência frente à ação antrópica não se dá de forma eficaz com meios positivistas de punibilidade. Aqui não há crítica à investigação penal a possíveis crimes com a utilização má intencionada desses ativos, mas sim a lentidão legislativa em tentar abordar o conceito e desdobrar os estudos para que a regulamentação tenha ampla eficácia e garanta a segurança jurídica da sociedade brasileira.

Quanto a justa causa processual, a doutrina afirma que nesse caso trata-se uma justa causa “duplicada”, tendo em consideração que não basta a comprovação de lastro probatório mínimo acerca da ocultação de valores, sendo imprescindível que a denúncia também tenha lastro probatório acerca da origem ilícita anterior. Segundo Renato Brasileiro (2020, p. 308-309):

Em se tratando de crime de lavagem de capitais, porém, não basta demonstrar a presença de lastro probatório quanto à ocultação de bens, direitos ou valores, sendo indispensável que a denúncia também seja instruída com suporte probatório demonstrado que tais valores são provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (Lei 9.613/98, art. 1º, caput, com redação dada pela Lei 12.683/12). Tem-se aí o que a doutrina chama de justa causa duplicada, ou seja, lastro probatório mínimo quanto à lavagem e quanto à infração precedente. A propósito, o art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/98, estabelece que a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Tal referência é tida no artigo 2º, §1º da Lei de Lavagem (BRASIL, 2022d, p. 1), que dispõe: “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal

anterior, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal anterior”.

Ainda no meio processual, o procedimento investigatório se dá em consonância com as questões prévias da persecução penal, que são intercorrências investigativas que são relacionadas ao mérito da demanda (prejudicial) ou da natureza processual em si – incidental ou preliminar (LIMA, 2020).

Assim, seguindo o rol do art. 76 do Código de Processo Penal Brasileiro, na caracterização do crime de reciclagem de capitais e outras infrações anteriores, há uma conexão probatória que implica na reunião dos dois processos investigativos, senão vejamos: “A competência será determinada pela conexão: III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.” (BRASIL, 2022e, p. 7).

Destinchando o exposto, o juiz deverá, durante a fundamentação de possível sentença, abordar a questão prejudicial entre o crime anterior, que é o pressuposto para a existência do seguinte: a reciclagem de valores, sendo o crime prejudicado em questão. No entanto, caso não tenha o reconhecimento da conexão entre os atos delituosos, não se faz coisa julgada em face do crime anterior, em decorrência da ausência de conexão.

Seguindo o entendimento emanado pela Suprema Corte (STF), a Receita Federal e o COAF (tida como Unidade de Inteligência Financeira no país – UIF) possuem legitimidade para atuar em conjunto por meio do compartilhamento de informações sigilosas relacionadas a investigação criminal de atos relacionados a lavagem de capitais, senão vejamos:

É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (STF, Pleno, Tema 990 de Repercussão Geral, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941 SÃO PAULO, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04/12/2019).

Não obstante, a prerrogativa também é válida ao acesso direto por parte do Membro Ministerial em casos que envolvam dinheiro público³² (BRASIL, 2017). Todos esses seguimentos jurisprudenciais são importantes para o deslinde da investigação, prevenção e combate à lavagem de capitais, garantindo, desse modo, a independência e fluidez das autoridades no processo de inquirição e verificação de provas para a formação de uma posterior denúncia.

Sem embargo, com o trânsito em julgado, os bens, direitos e valores relacionados ao crime de lavagem poderão ser destinados aos cofres públicos por força do disposto no artigo 7º, §1º da Lei de Lavagem, onde Cardoso (2016, p. 1520) ensina que

Diante da natureza metaindividual dos interesses tutelados pelos crimes de lavagem de dinheiro, nada impede a destinação de bens derivados da perda judicial para entidades públicas que não atuem diretamente na seara da segurança pública.

Entretanto, conforme tecido, no caso de localização de criptomoedas isso é bem mais embaraçoso. Por mais que a persecução ocorra de forma correta, legal, com toda lisura e eficiência, ainda há possibilidade de ser frustrada diante da não localização de dispositivos que deem acesso a carteira de criptoativos, e por mais que encontre, ainda tem a criptografia por trás das chaves privadas.

Não obstante, a Lei do *Bitcoin* (nº 14.478/22) entrou em vigor apenas em junho de 2023. De pronto, percebe-se que ela busca maior efetividade por meio da atividade conjunta de diversas autoridades do âmbito Federal, como o trabalho conjunto do BACEN, CVM, UIF, PF e MPF, em suma; entretanto, a efetiva busca pela persecução e criminalização da lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas ainda restará pelos procedimentos administrativos, sem tanta base.

Por todo exposto, vê-se que a principal forma de combater a lavagem no Brasil ainda é no âmbito administrativo, isso em relação à atividade das criptomoedas, por meio da Unidade de Inteligência Financeira e atividades dos órgãos do sistema Financeiro Nacional em conjunto com as instituições privadas.

³² BRASIL, STF RHC 133.118/CE, Órgão julgador: 2ª Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 26/09/2017.

Não obstante, a experiência de tais autoridades no SFN é de suma importância, afinal, por mais que as criptomoedas tenham conceitos e ideias inovadoras, o sistema brasileiro atua com lisura desde a implementação do Plano Real.

Portanto, diante da ausência de lei estritamente específica, tem-se a utilização de outros meios que tem demonstrado um texto normativo mais moderno, acompanhando a tecnologia – por mais que ainda tenha larga distância. O Judiciário, em suas competências, tem sido fomentado com um volume maior de supostas fraudes eletrônicas e estelionato advindos da utilização mal-intencionada das criptomoedas. Quanto à Lavagem, por final, não há tanta finalização na persecução penal, afinal, conforme o exposto, existem moedas virtuais e serviços que foram criados na rede justamente para essa finalidade, de modo que a investigação e condenação efetiva fique em aberto.

CONCLUSÃO

Diante da relevância do tema, tendo em conta a disponibilização de serviços e características atreladas às criptomoedas que propiciam a sua utilização para a prática do crime de lavagem de dinheiro, abrindo uma análise de como o Poder Público brasileiro, em especial o legislativo e o judiciário, diante da perspectiva jurídica, tem se adequado para combater tal crime.

Com essa tecnologia, buscou-se firmar uma nova forma de realizar trocas financeiras rápidas, mais facilitada e prometendo um meio monetário (por mais que não adotado majoritariamente pelas doutrinas) que não esteja engessado e ligado ao Poder Público, de modo que o próprio sistema é autossuficiente e autorregulatório, por assim dizer.

Por meio da origem do *Bitcoin*, diversas mutações foram propostas, sendo a principal e mais inovadora a ideia de que poderia ter uma moeda sem participação do Estado. Porém, a tecnologia acabou por ser mal utilizado pelos indivíduos, de modo que tem se tornado um instrumento para o crime de lavagem de dinheiro por conta da sua difícil rastreabilidade, a qual impossibilita, inclusive, a comprovação da origem ilícita de bens e valores e, conseqüentemente, a tipicidade da conduta imputada.

Por todo o exposto, em decorrência das mudanças interbancárias com a ausência de um terceiro fiscalizador, o estudo sobre as lacunas decorrentes desse novo tipo de tecnologia é necessário, pois a dificuldade para se regulamentar relações que utilizam valores intangíveis resulta em insegurança jurídica em todos os âmbitos. Porquanto, a análise sob a luz criminal da

utilização desse novo meio tecnológico para a prática de crimes é imprescindível, principalmente no Brasil.

A tecnologia, por mais promissora que seja, pode ser utilizada de forma dissimulada e criminosa. Definimos, portanto, que as criptomoedas são uma forma tecnológica que permite a criação e a organização de um sistema global de transações financeiras, permitindo pagamentos *online* e a atribuição de valor com base nas suas características intrínsecas. Ademais, por meio dessa rede segura em decorrência da sua criptografia, não há necessidade de um terceiro intermediador ou de uma instituição que a regule, tem em consideração que a mesma tecnologia foi criada esse propósito.

A colocação do instituto no sistema jurídico é bastante peculiar, pois ocorreu conforme as ambições sociais para o novo conceito de moeda. Noutra giro, tudo que é novo culmina em insegurança, de modo que não há tanta solidez jurídica no que tange as criptomoedas é algo raso em qualquer seara jurídica, consumerista, cível, tributária e criminal.

Na seara nacional, a Lei nº 12.863/12 veio para dar maior efetividade ao processo penal e investigatório do crime de lavagem de capitais, somando de forma positiva ao seu primeiro diploma legal.

Além disso, o Poder Público, por sua vez, tem cumprido o papel de suprir lacunas em busca da segurança jurídica as pessoas que utilizem tal meio. Entretanto, sob o prisma penal, em específico na lavagem de dinheiro, o sistema se mostra como pleno e eficaz em todas suas características, como descentralização, autonomia, independência, segurança etc.

O presente trabalho busca evidenciar isso, demonstrando que a possível utilização de um sistema *blockchain* por parte do Estado passe a ser algo vitorioso e progressista no que tange a persecução da reciclagem de dinheiro por meio das criptomoedas. Assim, o processo de investigação lento pode se tornar mais eficaz com estudos e aprimoramentos do efetivo competente na criminalização e repressão.

De pronto, diante de impasses como a ausência de legislação específica e a escassez de estratégias direcionadas à investigação da prática de crimes financeiros por meio da utilização de criptomoedas, é possível verificar que não há meios jurisdicionais aptos a prevenir o crime de lavagem de dinheiro e garantir a efetividade da persecução penal.

Portanto, o sistema freia possíveis intervenções do Estado, provando que cumpre com sua eficácia em impedir a atuação de terceiros regulamentadores sobre a tecnologia, pois foi criada justamente para ser independente, evoluindo em conjunto com outras redes.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Marco regulatório da criptoeconomia e sua repercussão no campo penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-13/vladimir-aras-avanco-marco-regulatorio-criptoeconomia#_ftn5. Acesso em: 10 nov. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Senado Federal. [2022a] Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília. Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Lei n° 14.478, de 21 de dezembro de 2022**. Brasília. Presidência da República, [2022c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14478.htm#art12. Acesso em: 03 jan 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre o os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. [2022d] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília. Presidência da República, [2022e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal do Brasil**. Brasília. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20\(RFB\)](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20(RFB)). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n° 4.401, de 2021**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151264>. Acesso em: 04 jan 2023.

BRASIL. **Lei n° 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 04 jan 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1885201/SP**, Relator Ministra Nancy Andrighi. REsp 1885201-SP, Informativo 719, data de julgamento: 23/11/2021, data de publicação: 25/11/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=105659444&tipo=91&n>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Conflito de Competência 161123/SP**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. CC: 161123 SP 2018/0248430-4, data de julgamento: 28/11/2018, data de publicação: 05/12/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-03_08-34_Justica-estadual-e-o-foro-competente-para-julgar-suposto-crime-envolvendo-bitcoin.aspx. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 530563/RS**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. HC: 530563 RS 2019/0259698-8, data de julgamento: 05/03/2020, data de publicação: 12/03/2020. Disponível: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=105444301&tipo=5&nreg=201902596988&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200312&formato=PDF&salvar=fal se>. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 990 de Repercussão Geral**, Relator Ministro Dias Toffoli, Recurso Extraordinário 1.055.941, data de julgamento: 04/12/2019, data de publicação: 09/12/2019.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 133.118/CE**, Relator Ministro Dias Toffoli, RHC 133.118/CE, data de julgamento: 26/09/2019, data de publicação: 09/03/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770051504/inteiro-teor-770051513>. Acesso em: 06 fev. 2023.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. **Leis penais especiais comentadas – Lavagem de dinheiro**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. Atlas. Edição *Kindle*. 2017.

CONSERINO, Cassio Roberto; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: teoria e jurisprudência (2022)**. Salvador: JusPodivm, 2022.

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. **Revista Direito FGV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e 1955. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955>. Acesso em: 31 maio 2022.

FABIANO SILVA ZUMAS, Vytautas. Criptomoedas, criptocrime e criptoinvestigação. **Revista Eletrônica Direito & TI**, Porto Alegre. 2020. Disponível em: v. 1 n. 12 (2020): Revista Eletrônica Direito & TI | Revista Eletrônica Direito & TI (direitoeti.com.br). Acesso em 10 de março 2023.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRUPENMACHER, Giovana T. **As plataformas de negociação de criptoativos: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do**

investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro. 2019. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27595>. Acesso em: 31 maio 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Comentada**: volume único. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte Geral**: volume 1. 13. Ed. São Paulo: Gen, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. [S. l.: s. n.], Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> . Acesso em: 20 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Caio Muniz. **Criptomoedas como meio facilitador do crime de lavagem de dinheiro**. Monografia de Direito, UFSC, Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/244315>. Acesso em: 20/06/2023. Florianópolis, 98 p. 2022.

TELLES, Christiana M. S. **Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação**. Orientador. Prof. Thiago Bottino do Amaral. 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27350>. Acesso em: 31 maio 2022.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. *E-book*.

OS IMPASSES PARA A EFETIVAÇÃO DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL

THE IMPASSES IN THE EMPLOYMENT OF HOME EDUCATION IN BRAZIL

Francisco Raimundo Alves Neto³³

Ana Letícia da Silva Rocha³⁴

Arthur Henrique de Souza Cavalcante Ferreira²

Monique Aline Felix de Moraes³

RESUMO

O presente artigo procura demonstrar algumas facetas e porquês para o contínuo impedimento do ensino domiciliar no Brasil, sob referenciais bibliográficos. Nesse aspecto, o intuito da explanação do tema é buscar e analisar a validade jurídica e os instrumentos para uma possível implementação dentro dos espaços estudantis. Na introdução é explicado o que se define por *homeschooling*. No segundo capítulo, é apresentada uma breve história do ensino domiciliar e possíveis motivações para o desejo da sua regulamentação. No terceiro capítulo é abordado o abandono intelectual que pode ocorrer na mencionada modalidade e suas consequências. No quarto capítulo é feito um comparativo entre as leis de ensino domiciliar dos Estado Unidos e do Brasil. No quinto capítulo é explorado a morosidade de uma possível aprovação do projeto de *homeschooling*. Ao final, é constatado a inviabilidade da aplicação do projeto de ensino domiciliar. O método de pesquisa aplicado é o dedutivo do geral para o particular, com as pesquisas documentais.

Palavras-chave: *Homeschooling*. Brasil. Regulamentação.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate some facets and reasons for the ongoing impediment of homeschooling in Brazil, based on bibliographical references. In this context, the intention of discussing the topic is to seek and analyze the legal validity and instruments for possible

³³ Advogado. Doutor em Educação e Inclusão Social pela UFMG, Professor Associado 3 do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas e Diretor do CCJSA da Ufac.

³⁴ Graduando do primeiro período do curso regular de bacharelado em Direito na Universidade Federal do Acre/Campus Rio Branco.

² Graduanda do primeiro período do curso regular de bacharelado em Direito na Universidade Federal do Acre/Campus Rio Branco.

³ Graduanda do primeiro período do curso regular de bacharelado em Direito na Universidade Federal do Acre/Campus Rio Branco.

implementation within educational spaces. The introduction explains the definition of homeschooling. The second chapter presents a brief history of homeschooling and possible motivations for the desire for its regulation. The third chapter addresses the potential intellectual neglect that can occur in this modality and its consequences. The fourth chapter provides a comparison between the homeschooling laws in the United States and Brazil. The fifth chapter explores the sluggishness of a potential approval of the homeschooling project. In conclusion, the impracticality of implementing the homeschooling project is noted. The research method applied is deductive from general to specific, utilizing documentary research.

Keywords: Homeschooling. Brazil. Regulation

INTRODUÇÃO

A educação domiciliar ou *homeschooling*, é um método de ensino em que os pais e ou responsáveis ficam a par de prover a educação para os filhos em casa. Esse movimento data desde 1960 com o professor da Universidade de Harvard, John Holt, que iniciou um processo de “desescolarização”. A ideia ganhou adeptos pelo mundo e, conseqüentemente, no Brasil. A discussão pela regularização do ensino doméstico chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) e nas casas de legisladoras, Câmara dos Deputados e o Senado.

Nesse prisma, o objetivo geral do presente artigo é analisar as motivações de pais e responsáveis, a legalidade acerca da pauta e entender os impedimentos para a efetivação do *homeschooling*. Além disso, a necessidade de encontrar medidas e formas que reafirmem que a escola ainda é de extrema importância para a formação psicossocial do aluno e indivíduo, confere as autoridades encarregadas de promover essa conjectura.

Dessa forma, por meio da presente pesquisa, busca-se aprimorar as estatísticas e dados acerca da qualidade da educação no território nacional e relacionar esses aspectos aos fatos ocorridos durante o artigo. Nesse preâmbulo, emprega-se a notoriedade que a causa que atinge cerca de 35 mil famílias (Ministério da Educação, 2022) atingiu dentro do cenário jurídico e legislativos, assim, buscando entender as origens e especialmente a finalidade desse assunto.

Em suma, a contribuição do estudo descrito, nota-se que parte do plano teórico. Ademais, são feitas análises jurídicas e sob referências bibliográficas, de maneira que a importância acadêmica da questão é de produzir mais informações referente a tema em aberto que impacta severamente no cotidiano e na dinâmica de diversas pessoas. Dessa maneira, a defesa da hipótese é fundamental para delimitar o método de escrita, logo, utilizando a abordagem dedutiva geral para o particular.

Portanto, a segmentação referente ao tema provoca o dever de documentar e repassar ideias e bases para o leitor em geral em favor do próprio. A possibilidade de extensão,

dado pela imensidão de tópicos que englobam a área da Educação, transfere a urgência em destaque. Por conseguinte, as observações descritas em forma de um artigo científico procuram salientar a relevância e objetividade da temática.

2 BREVE HISTÓRICO E MOTIVAÇÕES PARA A ESCOLHA DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL

O ensino domiciliar não era incomum no Brasil Império, cerca de 87% dos jovens brasileiros, em idade escolar, estavam distantes das instituições de ensino (Pereira [s.d]). O próprio Dom Pedro II educava suas filhas em casa, atuando como professor em algumas matérias (Xavier, 2018). A educação só passou a ser de fato obrigatória em 1834, por meio da Constituição Política do Império do Brasil. A inclusão da educação como direito civil e político inviolável, garantiu a instrução primária e gratuita para cidadãos, excluindo as pessoas escravizadas.

Na contemporaneidade, a educação no Brasil é um dever compartilhado entre família e Estado (Brasil, 2023), porém, algumas famílias optam pelo ensino em casa. Segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar, atualmente há 70 mil estudantes entre 4 e 17 anos no modelo de ensino domiciliar, e o número cresce aproximadamente 55% ao ano. Porém, dados do Ministério da Educação apontam uma quantidade menor, cerca de 17 mil famílias, em torno de 35 mil estudantes que praticam o *homeschooling*.

Todavia, mesmo que diversas famílias optem pelo ensino domiciliar, tal modalidade não é legalizada no Brasil. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou o Recurso Extraordinário (RE) 888815 que possuía repercussão geral reconhecida, e estava em discussão a viabilidade de considerar o ensino em casa como uma maneira legal para a família cumprir a obrigação de fornecer educação. Mesmo com essa recusa, a educação domiciliar foi incluída na lista de prioridades para os primeiros 100 dias do governo do então presidente Jair Bolsonaro (“Ensino domiciliar: por que e para quem?”, 2021).

Portanto, nota-se insistência para a aprovação de um projeto que legaliza o ensino domiciliar, mostrando a importância de entender as razões que motivam os interessados nesse tipo de modalidade educacional.

De acordo com a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), a maioria dos pais escolhe retirar os filhos da escola com o objetivo de proporcionar uma educação personalizada, capaz de explorar o potencial, os talentos e os dons de cada criança ou adolescente, além disso, ainda segundo essa associação, vários pais se sentem insatisfeitos com

o sistema de ensino e desejam acompanhar com mais proximidade a educação dos filhos (“ED no Brasil”, [s.d.]).

Luciane Barbosa, professora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (FE/Unicamp), efetuou uma pesquisa para identificar as razões que levam pais a optarem pelo ensino domiciliar afirmou:

A principal motivação que as levou a não matricularem seus filhos na escola diz respeito às críticas que fazem à instituição escolar, inclusive no que diz respeito à qualidade de ensino, seja público ou privado. (Pesquisa identifica razões que levam pais a optar por educação domiciliar”, 2013).

Apesar do discurso da referida autora parecer concordar com a associação, sua opinião apresenta pontos discordantes. Em entrevista para a Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, a instituição argumentou que a “educação domiciliar era um projeto egoísta”, pois enquanto seria benéfica para um grupo minoritário, prejudicaria a “busca por uma educação pública de qualidade para todos” (“A educação domiciliar é um projeto egoísta”, [s.d.]

A opinião da professora parece se voltar às consequências da aprovação de um projeto de lei legalizando o *homeschooling*, que seria transferir os deveres do Estado para a família, colocando em risco espaços de cidadania.

Barbosa também aponta motivações financeiras para a aprovação do projeto supracitado:

Mas o fato é que já há um mercado que vem se aquecendo em torno da educação domiciliar no Brasil e por isso também há uma pressão grande para a aprovação desse projeto. Os grupos que defendem educação domiciliar são grupos que têm se organizado cada vez mais e estabelecido várias relações, não só em torno dessa questão de mercado, mas também da pressão política para que a matéria seja aprovada.” (“A educação domiciliar é um projeto egoísta, [s.d.]

O que se forma, então, é um panorama incerto sobre as motivações da parcela da população que desejam a aprovação da modalidade de ensino domiciliar no Brasil.

3 ABANDONO INTELECTUAL

O abandono intelectual ocorre quando o pai, mãe ou responsável legal deixa, sem justa causa, de garantir a educação de primária de seu filho, crime tipificado no artigo 246 do Código Penal. A pena pode variar de quinze dias ou um mês de detenção, ou multa. Além disso,

a educação primária constitui três grandes etapas: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio que deve acontecer dos 4 aos 17 anos.

Contudo, a determinação do Código Penal brasileiro em considerar o ensino domiciliar o crime de abandono intelectual foi posto em debate nos últimos anos. O principal argumento apresentado no projeto de lei proposto, que visa legalizar a prática do *homeschooling*, é que a educação dos filhos deve uma responsabilidade dos pais.

Entretanto, o educador e filósofo, Paulo Freire (1968), relata que a escola deve ser um espaço de revolução, em que o contexto do aluno deve ser analisado para posteriormente se aplique a educação formal. Nesse parâmetro, confere-se a escola um papel muito maior do que é previsto, ressaltando ainda mais a importância de regras rigorosas e de uma discussão esclarecedora em torno da pauta.

Nenhuma pedagogia que seja verdadeiramente libertadora pode permanecer distante do oprimido, tratando-os como infelizes e apresentando-os aos seus modelos de emulação entre os opressores. Os oprimidos devem ser o seu próprio exemplo na luta pela sua redenção. (Freire, 2018, p.56)

Isso posto, por se tratar de um tema tão significativo, quanto é o da educação, cabe questionar a constitucionalidade relativa à temática. Tal fato, foi amplamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018, e definido que seria constitucional, apesar de divergências dos ministros do STF. Todavia, não compete ao Supremo Tribunal Federal o poder de legislar, ou seja, mesmo que votado para a constitucionalidade do ensino domiciliar, uma provável lei regulamentadora deve vir do Senado Federal.

Ademais, denota-se que a escola é um ambiente que busca formar cidadãos para mais do que portadores de conteúdo. A Lei de Bases e Diretrizes da Educação Nacional tem no art. 1º sobre a educação:

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. (Brasil, 2023)

Nessa maneira, o lugar no qual concentra todas essas atribuições e é regulado por diversos órgãos é a escola. Cabe destacar, que o amplo papel que se espera do ambiente escolar é um resultado de uma intensa elaboração. Tal fato, explica o surgimento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é a principal responsável pelos pilares de construção da educação no país, como a garantia de acesso, enfoque na qualidade, definição no regime de colaboração, entre outros.

Somente após muitas lutas para a consolidação de um projeto que entregasse uma lei capaz de unir e definir as segmentações do ensino oferecido no território brasileiro. Em contrapartida, pontos negativos podem ser observados para a oferta desses serviços, o que é usado para justificar o emprego da modalidade do *homeschooling*, em que os pais alegam que poderiam fornecer uma educação melhor.

Além disso, a configuração de abandono intelectual é explícita pela lei, mas a aspiração em tornar uma questão de liberdade de escolha ou autonomia dos responsáveis evoca os princípios constitucionais para fundamentar a intenção de milhares de famílias. Tendo isso em vista, a peculiaridade da questão supracitada põe em conflito os preceitos legislativos, e emprega mais uma vez a exigência de um debate que conduza para um veredito definitivo.

As instituições mais básicas do ser humano são a família e a escola, encarregados de fornecer a socialização. Por isso, excluir ou limitar uma ferramenta incumbida de moldar a cidadão impede uma série de retornos que a essa instituição social promoveu ao longo de séculos. E, é imperioso apontar que houve período na história em que o ensino foi para poucos.

Logo, a fim de manter a coesão social e a legalidade do assunto em debate é essencial a leitura pragmática do entorno concomitantemente as alegações informadas pelo grupo interessado em aderir a prática do ensino domiciliar no Brasil. Em virtude da manutenção da legitimidade e lisura do processo, torna-se necessário a ampliação das informações sobre as estáticas de pessoas incluídas nessa modalidade, métodos pedagógicos, escolha de conteúdos para aprimorar a leitura que se tem diante do caso. Assim, contribuindo para a obtenção de um panorama da educação no país, incluindo as falhas, acertos, pontos que podem ser aprimorados e a utilização dos melhores recursos em busca do estabelecimento de uma realidade congruente.

4 MOROSIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO

Analisando de um ponto de vista histórico, a discussão acerca do ensino domiciliar no Brasil tem um retrospecto extremamente hermético e arrastado. Esse tema se arrasta no país desde os tempos coloniais, com o debate acerca da responsabilidade da educação do poder público e a liberdade de ensino um tópico abordado durante a elaboração da Assembleia Constituinte de 1823, onde o parecer dos parlamentares já se mostrava favorável (Andrea Zichia, 2007). Embora essa questão tenha estagnado após a dissolução da Constituinte por meio de proclamação imperial, após o Ato Adicional de 1834 foi cedido as províncias a tarefa de legislar e promover a educação em seu território, iniciando aí começo da ideia de privatização do tema. (IBID, 2007).

Ao mostrar que essa ideia não nasceu na última década, vai muito além de um desejo egoísta parental. A defesa em favor da importância da educação revela que enquanto contemplado o requerimento escolar ou seus métodos para obrigar os pais a educarem seus filhos, o conceito emerge para que o ensino não precise exclusivamente do ambiente físico da escola, podendo ser exercido dentro do próprio domicílio. Dessa maneira, na visão dos defensores do *homeschooling*, essa escolha se torna um direito garantido aos pais, ao invés de imposto pelo Estado.

A discussão voltou a repercutir e se destacar durante a última década como uma bandeira educacional de grupos conservadores, e tido como meta prioritária dos primeiros 100 dias do governo de Jair Messias Bolsonaro (G1, 2019). Muitas vezes o tópico do *homeschooling* é associado ao movimento “Escola sem Partido”, iniciativa cujo objetivo declarado é de “promover a neutralidade política e ideológica presente dentro da sala de aula, buscando evitar supostas influências políticas por parte dos professores” (Escola sem partido, 2019). Entretanto, os profissionais no assunto afirmam que os grupos citados são a minoria dos defensores do ensino domiciliar no país. “Existe, sim, uma vertente religiosa, mas não é a principal. Aqui, outras questões envolvem a decisão da educação domiciliar: famílias que viajam, pais que estão sempre em trânsito ou comunidades alternativas”, afirma Maria Celi Chaves Vasconcelos, professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (G1, 2019).

Assim, mesmo com mais de dez propostas apresentadas ao longo de mais de 30 anos (ANED,2021), o principal destaque judiciário aconteceu em 2018, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a modalidade de ensino como inconstitucional, uma vez que precisava de regulamentação por lei Federal. Com isso, a proposta de lei 3262/19 veio à tona com a implementação desse projeto político pedagógico no Brasil, unificando outras 2 leis já apresentadas ao Congresso em anos anteriores. Até a data de publicação deste artigo, a PL ainda não foi sancionada, e aguarda tramitação completa no Senado Federal.

Em 2023, a pandemia do SARS-Cov-2 obrigou o mundo a adotar medidas de isolamento social e distanciamento. Com isso, estados que já haviam demonstrado interesse na efetividade do ensino domiciliar como opção à educação tradicional aproveitaram o momento de fragilidade do ambiente escolar para aprovar legislações de cunho favorável ao método, criando assim suas próprias legislações sobre o tema. No sul do país, o Paraná e Santa Catarina foram os pioneiros na aprovação do *homeschooling*, seguidos logo depois pelo Distrito Federal, o qual efetivou a lei em fevereiro de 2021.

Entretanto, após várias reclamações tanto da parte judiciária quanto da comunidade de professores e movimentos em prol de educação igualitária, os Tribunais Judiciários dos

estados declararam a modalidade como inconstitucional um após o outro, e as famílias que aderiram ao método deveriam juntar-se ao modo presencial de ensino o quanto antes. A justificativa do Ministério Público de Santa Catarina, mais especificamente do Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade do MPSC (CECCON) foi a seguinte:

O CECCON defendeu que a Lei Complementar n. 775 interfere na competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, em afronta ao artigo 8º da Constituição Estadual e ao artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República e usurpa a competência municipal para dispor sobre os sistemas municipais de ensino e seus respectivos órgãos, conferindo-lhes novas atribuições de cunho avaliativo e fiscalizatório. (Coordenadoria de Comunicação Social do MPSC, 2023)

Os demais estados usaram do mesmo argumento para tornar o ensino domiciliar ilegítimo em seu domínio, quando não usaram motivos políticos como motivação. Ao ver de perto a tramitação do projeto e suas demais ramificações, percebe-se que a polarização política não é a única razão da morosidade da aprovação do projeto. A complexidade do tema, e até onde ele pode afetar, são problemas que não devem ser avaliados somente por órgãos competentes à educação, mas as instituições econômicas e sociais aptas a avaliar a possibilidade de introdução desse método na sociedade.

5 COMPARATIVO ENTRE O PROJETO AMERICANO COM O PROJETO BRASILEIRO

No esforço de buscar uma regulamentação para o ensino domiciliar (*homeschooling*) no Brasil, um erro substancial a ser evitado é a fixação excessiva em um único texto, a ponto de prejudicar a criação de qualquer lei. Infelizmente, é comum encontrar indivíduos que inicialmente se envolvem na política, colaborando com deputados, vereadores e o Poder Executivo, mas acabam retirando seu apoio caso um projeto de lei não satisfaça todas as suas expectativas. Se a visão que tinham em mente não se concretiza, alguns chegam a afirmar que "é melhor não ter lei", uma declaração que reflete mais ressentimento do que razão.

Para resistir a essa tentação, é útil compreender a diversidade de legislações sobre *homeschooling* em vigor pelo mundo. Embora possa haver um conceito amplo e universal de educação domiciliar, a maneira como esse direito é estabelecido e definido varia consideravelmente em cada país. Portanto, criticar leis mais rigorosas como não representativas do "verdadeiro" *homeschooling* carece de sentido, visto que esse conceito é intrinsecamente subjetivo.

Dado que comparar leis entre diferentes países é um desafio árduo, sujeito a erros de interpretação e tradução, uma abordagem prudente é começar com um único país estrangeiro, como os Estados Unidos, onde o *homeschooling* é legalizado em todo o território, apesar das múltiplas variações legislativas, desde as mais flexíveis até as mais restritas.

Ao considerar o Texas como o primeiro exemplo. Sua legislação frequentemente é considerada ideal por pais que preferem uma menor interferência do Estado na educação de seus filhos (HSDLA, 2023). Na prática, o governo texano não exerce controle sobre famílias que praticam o ensino domiciliar. Não há avaliações periódicas, requisitos de formação acadêmica para os pais ou mesmo um registro centralizado das famílias que optam por essa modalidade. A única orientação do Estado é que as crianças aprendam a ler, escrever, se comunicar efetivamente e fazer cálculos. É necessário seguir um currículo, mas a escolha é livre para os pais.

Situações semelhantes podem ser encontradas nos estados de Oklahoma, Idaho, Missouri, Illinois, Indiana, Michigan, Connecticut, Nova Jersey e Alasca (Ibid, 2023). No entanto, é vital destacar que esse tipo de *homeschooling* não se alinha com as decisões do Supremo Tribunal Federal, que enfatiza a "solidariedade entre a família e o Estado" na educação de crianças e jovens, incluindo "supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público" (Brasil,2023).

Uma abordagem mais aplicável ao contexto brasileiro seria considerar legislações de estados como Califórnia, Nebraska, Mississippi, Arizona e Kansas, que envolvem uma participação estatal clara, embora com requisitos relativamente simples (HSDLA,2023). Na Califórnia, por exemplo, o *homeschooling* assume três opções distintas, com a família informando ao estado qual deseja seguir. A primeira opção equipara famílias *homeschooler* a escolas privadas, requerendo prestação de contas ao governo, renovação anual do registro e comprovação da capacidade dos pais, além de seguir um currículo equivalente ao das escolas públicas. Uma alternativa californiana é inscrever os filhos em escolas satélites, que guiam o currículo, mas sem exigência de presença física. Há também a opção de tutoria, contratando um professor credenciado para aulas em casa, que é responsável por apresentar evidências de aprendizado ao governo.

Para aqueles que buscam maior rigor em prol do desenvolvimento das crianças, leis como as da Flórida oferecem requisitos adicionais. Além de notificação formal e currículo estruturado, é necessário manter um portfólio atualizado e submeter a criança a avaliações anuais.

Finalmente, existem lugares em que as exigências são rígidas em um nível que se atém o direito de educar em casa. Nova Iorque, por exemplo, exige plano pedagógico anual, envio de relatórios trimestrais, cumprimento de carga horária específica e ao menos um dos pais com ensino superior. Inspeções domiciliares também são possíveis.

Observando o país com maior número de *homeschoolers* no mundo, percebemos uma gama diversificada de leis, desde as mais permissivas até as mais rigorosas. Ademais, a prática do ensino domiciliar no Brasil foi considerada legal em dois estados (Santa Catarina e Paraná) e no Distrito Federal onde mesmo que aprovadas, logo em seguida sofreram retaliações concisas de diversas entidades ativas no meio da educação (Todos pela educação, 2022), e declarados inconstitucionais pelos Tribunais Judiciários locais (Educação integral, 2022). A premissa seguida é de que os o Poder Público tem o dever garantido de avaliar e fiscalizar a educação oferecida aos alunos de ensino fundamental e médio, e a ideia de uma forma de ensino onde o Estado não tem participação ativa não está regulamentada pela Constituição Federal (Brasil, 2023).

Assim, existe uma certa dificuldade em comparar a prática existente nos Estados Unidos com as tentativas de aplicação realizadas no Brasil, visto que por mais que se tenha criado uma legislação para tal, motivos declararam o ensino domiciliar como Por razões de estudo, será levado em consideração a análise dos ordenamentos do Distrito Federal e do Paraná, visto que a compatibilidade intrínseca neles envolve-se diretamente com os textos de normatividade de federações estadunidenses com legislações consideradas moderadas pela Home School Legal Defense Association (HSLDA).

O primeiro Estado a aprovar a prática foi o estado do Paraná no ano de 2021, onde o governador Carlos Massa Ratinho Júnior sancionou a lei de autoria do deputado Márcio Pacheco (Governo do Paraná, 2021). De acordo com a norma, os pais ficam responsáveis por lecionar, com supervisão e avaliação constante do conteúdo e do aprendizado pela Secretaria de Estado da Educação e do Esporte, proposta regulatória em questão. Estes mecanismos abrangem a elaboração de um cronograma de avaliações e testes, juntamente com a implementação de análises periódicas destinadas a mensurar o progresso educacional dos alunos. De modo complementar, a supervisão regular por parte dos Conselhos Tutelares se apresenta como um dispositivo fundamental, visando a prevenção e contenção de quaisquer formas de abuso. Essa supervisão ostenta a finalidade primordial de salvaguardar a integridade física e psicológica dos estudantes. A legislação pertinente também institui uma vedação ao ensino doméstico direcionada a progenitores e tutores que tenham incorrido em condenações vinculadas à prática de delitos intencionais contra a vida, conforme estipulado pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente (ECA) e pela Lei Maria da Penha. Uma equipe de especialistas designada pela Secretaria de Educação (Seed) está atualmente empenhada na formulação de mecanismos operacionais para a efetivação da norma.

O ordenamento conferido ao Distrito Federal possui um texto extremamente parecido, mas tem um enfoque especial na base curricular que deverá ser apresentada (DISTRITO FEDERAL, 2020). A escola que oferece educação domiciliar precisa cumprir alguns requisitos para manter o registro dos estudantes matriculados e informá-los anualmente ao órgão competente do sistema de ensino. Além disso, é necessário garantir que os conteúdos curriculares correspondentes ao ano escolar sejam abordados, seguindo a Base Nacional Comum Curricular. Essa abordagem pode incluir conteúdos adicionais, se desejado.

A escola deve promover atividades pedagógicas que contribuam para o desenvolvimento completo do estudante, abrangendo sua esfera intelectual, emocional, física, social e cultural. Os pais ou responsáveis legais são responsáveis por manter um registro regular das atividades pedagógicas realizadas e devem enviar relatórios trimestrais dessas atividades à instituição de ensino em que o estudante está matriculado.

Acompanhamento é fundamental: a instituição de ensino deve designar um docente tutor para acompanhar o desenvolvimento do estudante. Encontros semestrais envolvendo os pais ou responsáveis, o estudante e, quando necessário, o profissional que ministra a educação domiciliar, também são parte desse processo.

Os pais ou responsáveis legais devem assegurar que o estudante esteja envolvido em atividades familiares e comunitárias. Além disso, é importante realizar avaliações anuais de aprendizagem e permitir que o estudante participe nos exames de avaliação nacionais e estaduais ou municipais da educação básica. Isso ajuda a assegurar a qualidade da educação oferecida no ensino domiciliar.

Ao analisar os textos dos dois estados, percebe-se a similaridade presente nas regras e requisitos que cada estado estipula para que fosse considerado um método utilizável na educação, com uma preocupação palpável até mesmo no âmbito de socialização das crianças. Entretanto, a prática do *homeschooling* foi considerada inconstitucional nos estados do Paraná e de Santa Catarina e no Distrito Federal, e inviabilizado por meio de ordem do Tribunal Judiciário do estado, visto a interferência normativa na competência da união de legislar sobre as bases e diretrizes da educação, usurpando artigos da Constituição Federal de 1988 e dando funções de caráter valorativo e vistoria, não competentes aos órgãos municipais indicados.

Portanto, mesmo com diversas semelhanças com o que foi posto em prática nos Estados Unidos, o Poder Público brasileiro ainda não tem a urgência de aprovar um projeto de

lei que torne apto a educação domiciliar em seu território. Devido ao contexto sociocultural do país, a adoção de um sistema como esse ainda é rejeitada pela população como um todo (CENPEC,2022), visto que a sua efetivação auxiliaria apenas uma pequena parcela da população. Hoje, o ensino domiciliar não consegue se firmar como uma opção mais viável de ensino, mas talvez em um futuro em que os estudantes da rede pública não sejam minoria no ensino superior (IBGE, 2018), essa realidade torna-se mais favorável à sua exequibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exploração detalhada das motivações, legalidade e impedimentos relacionados ao ensino domiciliar, é possível traçar considerações que culminam em um panorama mais abrangente. A questão do *homeschooling*, como abordada neste estudo, transcendeu as fronteiras da simples opção educacional, adentrando os corredores dos tribunais e das instâncias legislativas, tornando-se uma pauta que exige reflexão profunda e cuidadosa.

A discussão sobre a legalidade do *homeschooling* e sua relação com o sistema educacional formal mostrou-se complexa e multifacetada. Como foi mostrado, há incertezas quanto à motivação para o autorizamento de tal projeto, enquanto o direito dos pais de escolher a educação de seus filhos é fundamental, a necessidade de garantir a socialização, a formação cidadã e o acesso ao conhecimento coletivo também são princípios valiosos. Essa tensão entre liberdade individual e bem comum ressalta a necessidade de um diálogo contínuo e construtivo entre as partes interessadas, incluindo pais, educadores, legisladores e especialistas.

Entretanto, é importante reconhecer que a implementação do *homeschooling* não se apresenta sem desafios, comprovando a hipótese do presente artigo. A interação social, a troca de experiências e o desenvolvimento de habilidades interpessoais desempenham papéis essenciais na formação integral de um indivíduo. Além disso, a variabilidade na qualidade da educação domiciliar pode ser um obstáculo a ser superado, pois o papel do educador é complexo e exige profissionalismo e preparo.

À luz dessas reflexões, fica evidente que a discussão em torno do ensino domiciliar não é meramente acadêmica; ela é um reflexo do próprio tecido da sociedade e das prioridades que atribuímos à educação de nossas gerações futuras. A continuação desse debate exige uma abordagem informada e equilibrada, onde o desejo de promover escolhas educacionais personalizadas é harmonizado com a responsabilidade de cultivar cidadãos bem-informados e socialmente conectados. Consequentemente, as considerações apresentadas neste artigo

ressaltam a importância do diálogo aberto e da colaboração para moldar um futuro educacional que beneficie a todos.

REFERÊNCIAS

ANPED. **Manifesto Contra a Regulamentação da Educação Domiciliar e em Defesa do Investimento nas Escolas Públicas.** Disponível em: <https://www.anped.org.br/news/manifesto-contraregulamentacao-da-educacao-domiciliar-e-em-defesa-do-investimento-nas-escolas>. Acesso em: 31 ago. 2023.

ANED. **Educação Domiciliar no Brasil.** Disponível em: <https://www.aned.org.br/index.php/conheca-educacao-domiciliar/ed-no-brasil> Acesso em: 26 ago. 2023.

BARBOSA, Luciane. **“A educação domiciliar é um projeto egoísta”.** Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-educacao-domiciliar-e-um-projeto-egoista>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 2401, de 19 de abril de 2019. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/educacao-domiciliar-o-homeschooling-deve-ser-permitido-no-brasil/>>. Acesso em: 17 de jul. de 2023.

Constituição Política Do Imperio Do Brazil. [25 March 1824. With the Law of Constiutitional Reforms Dated 12 August 1834.]. [s.l: s.n.].

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** 65.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

GONÇALVES, Wynarana Barroso. **Uma análise jurídica do instituto do homeschooling no Brasil e o tipo penal do abandono intelectual.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57758/uma-anlise-juridica-do-instituto-do-homeschooling-no-brasil-e-o-tipo-penal-do-abandono-intelectual>. Acesso em: 26 ago. 2023.

MORAES, Isabela. **Educação domiciliar: o homeschooling deve ser permitido no Brasil?** Politize, Florianópolis, 2019. Disponível: <https://www.politize.com.br/educacao-domiciliar-o-homeschooling-deve-ser-permitido-no-brasil/>. Acesso em: 17 de jul. de 2023.

PEREIRA, J. **Educação domiciliar: história, julgamentos e possível regulamentação no Brasil.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/educacao-domiciliar-historia-julgamentos-e-possivel-regulamentacao-no-brasil/716188422>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BERNARDES, Júlio. **Pesquisa identifica razões que levam pais a optar por educação domiciliar.** Disponível em: <https://www5.usp.br/noticias/sociedade/pesquisa-identifica-razoes-que-levam-pais-a-optar-por-educacao-domiciliar/#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20pedagoga>. Acesso em: 24 ago. 2023.

RIZZO, J. T. F. A **(in)constitucionalidade do homeschooling no Brasil: uma análise a partir da perspectiva comparada nos Estados Unidos.** Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/25750>. Acesso em: 31/08/2023

ROSENBAUM, Advogados. **Homeschooling é Permitido No Brasil?** Disponível em: <https://www.rosenbaum.adv.br/homeschooling-e-permitido-no-brasil/#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20um%20curr%C3%ADculo%20padr%C3%A3o>. Acesso em: 26 ago. 2023.

SOUZA, Silvana Lemes De et al.. **Educação domiciliar no brasil: um estudo comparativo.** E-book VII CONEDU (Conedu em Casa) - Vol 03... Campina Grande: Realize Editora, 2021. p. 808-826. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/74346>. Acesso em: 31/08/2023

XAVIER, C. **Homeschooling e Dom Pedro II: a educação na visão do Magnânimo.** Disponível em: <https://dunapress.com/2018/01/25/homeschooling-e-dom-pedro-ii-a-educacao-na-visao-do-magnanimo/>. Acesso em: 26 ago. 2023

TRIBUNAL DO JÚRI: A INEFICÁCIA TÉCNICA DO JÚRI E SUAS REVERBERAÇÕES NA SEGURANÇA JURÍDICA PENAL BRASILEIRA

JURY COURT: THE TECHNICAL INEFFECTIVENESS OF THE JURY AND ITS REVERBERATIONS IN BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SECURITY

Vitória Linhares Batista de Carvalho³⁵

RESUMO

Investiga-se a organização do Júri Popular no ordenamento jurídico brasileiro, sob a óptica de garantia individual. Em contrapartida tem-se a incapacidade técnica dos juízes leigos para julgar crimes dolosos contra a vida. Para isso, considerando a natureza qualitativa da pesquisa, utiliza-se a revisão bibliográfica como metodologia de pesquisa e as análises dedutiva e documental como métodos de abordagem. Assim, inicialmente, explora-se a origem da estrutura do Tribunal do Júri, no período mosaico, com a criação do Conselho dos Anciãos pelos israelitas, e a definição de suas formas mais democráticas entre os gregos e os romanos, no período clássico. Em seguida, verifica-se que os Tribunais do Júri são reconhecidos na Constituição brasileira desde 1824, aparecendo como tradição em todas as demais Cartas Magnas, exceto na de 1937. Ademais, evidencia-se as constantes irregularidades processuais nas fundamentações das decisões tomadas pelo júri, as quais põem em risco a segurança jurídica nacional. Por fim, chega-se ao entendimento que a instituição ora discutida não é mais comportada dentro da linha evolutiva jurídica brasileira, mas que persevera em razão do status de cláusula pétreia, devendo adotar políticas restaurativas à sua integridade democrática.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. (In)Competência técnica. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The organization of the Popular Jury in the Brazilian legal system is investigated, from the perspective of individual guarantee, in contrast to the technical inability of lay judges to judge intentional crimes against life. For this, considering the qualitative nature of the research, the bibliographic review is used as a research methodology and the deductive and document analysis as approach methods. Thus, initially, the origin of the structure of the Jury Court is explored, in the Mosaic period, with the creation of the Council of Elders by the Israelites, and

³⁵ Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Planejamento Patrimonial, Sucessório e Familiar; Planejamento Tributário e Tribunal do Júri e Execução Criminal pela Faculdade Legale/SP./ Lawyer graduated in Law from the Federal University of Ceará (UFC). Specialist in Estate, Succession and Family Planning; Tax Planning and Jury Court and Criminal Execution by Faculdade Legale/SP.

the definition of its more democratic forms between the Greeks and the Romans, in the classical period. Then, it appears that the Jury Courts have been recognized in the Brazilian Constitution since 1824, appearing as a tradition in all other Magna Cartas, except in 1937. Furthermore, the constant procedural irregularities in the grounds of decisions taken by the jury, which put national legal security at risk. Finally, it is understood that the institution now discussed is no longer behaved within the Brazilian legal evolutionary line, but that it perseveres due to the status of an immutable clause, having to adopt restorative policies to its democratic integrity.

Keywords: Jury Court. (In)Technical competence; Legal security.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história, o homem vive em sociedade e procura satisfazer suas necessidades básicas de acordo com o modo de vida coletivo. No entanto, com o passar do tempo, o surgimento de conflitos torna-se inevitável. A justiça aparece, portanto, como forma de resolvê-los: primeiro com a ideia de justiça retributiva, em que a punição deve ser proporcional ao mal ou dano infligido a outrem, independentemente de outros fatores, como as circunstâncias pessoais ou sociais que o levaram a cometer o crime e depois como ideia de justiça restaurativa, a qual se concentra em reparar o dano causado pela ação criminosa, e na reintegração do criminoso na sociedade.

Nessa toada, há uma falácia doutrinária quanto ao surgimento do Tribunal do Júri – essa instituição esteve e ainda perdura associada a superstições e crenças populares, muitas vezes vislumbrando-se Deus como “testemunha”. Diante desse cenário, pontua-se que o juramento perante Deus no Tribunal do Júri ainda é uma prática comum em muitos países, incluindo o Brasil e os Estados Unidos.

Assim, quando os jurados são selecionados para o júri, eles são obrigados a prestar um juramento solene perante Deus ou a fazer uma afirmação sob juramento de que julgarão o caso de maneira justa e imparcial, situação essa que desde o momento inicial do rito jurídico faz uma apelação aos valores morais e crenças subjetivas dos jurados.

Retomando, todavia, o sentido histórico de consolidação do Tribunal do Júri como instituição judiciária, identifica-se que, somente no século XVIII, ele começou a ser utilizado na Inglaterra para julgar casos criminais. Na época, a justiça era bastante arbitrária e muitas vezes envolvia julgamentos injustos e condenações equivocadas. Logo, o júri popular foi visto como uma forma de aumentar a transparência e a imparcialidade do processo judicial, permitindo que as decisões fossem tomadas por um grupo de cidadãos comuns.

Posteriormente, o Tribunal do Júri foi introduzido nos Estados Unidos durante o período colonial, e tornou-se uma parte fundamental do sistema de justiça criminal do país. O

sistema do júri foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos como uma garantia fundamental dos direitos civis e é considerado uma pedra angular do sistema judicial americano.

Como reflexo geral no continente americano, o Tribunal do Júri chegou ao Brasil em 1822, por meio do decreto imperial de D. Pedro I, e sobreviveu a diversas mudanças constitucionais e legislativas, mantendo sua conjuntura constitucional de garantia individual, com competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

Ocorre, entretanto, que em meados do século XXI, passou-se a discutir acerca da competência técnica dos juízes leigos, cujo julgamento seria falho em termos de falta de preparo intelectual mínimo para entender o processo e os termos técnicos usados por advogados, promotores e juízes no curso de seus trabalhos. Isto ocorre, pois a essência do ato de decisão requer um entendimento prévio das complexidades jurídicas encontradas no caso, sendo questionável o simples empirismo utilizado pela maioria dos jurados, que se encontram vulneráveis as falas fortemente apelativas da defesa e acusação, bem como da grande influência da mídia, que exerce um forte apelo junto à opinião pública na formação de pré-julgamentos.

Além disso, as decisões tomadas pelo conselho de descoberta carecem de motivação, colocando em risco a credibilidade e a segurança desta importante instituição, pois desobedecem ao Princípio da Obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais³⁶, que integra à Ordem Constitucional como uma garantia contra julgamentos arbitrários.

Dessa maneira, objetiva-se analisar a incapacidade técnica dos juízes leigos para julgar crimes dolosos contra a vida (bem como refletir sobre a plena eficácia do Tribunal do Júri como órgão executor da Justiça nos casos de crimes dolosos contra a vida) cujas irregularidades processuais, refletidas na falta de fundamentação das decisões tomadas pelo júri e o desrespeito aos princípios constitucionais da Presunção de Inocência³⁷ e da Dignidade da pessoa humana³⁸ vulnerabilizam a evolução jurídica nacional.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa, cujo principal propósito é discutir os problemas sociais que envolvem a dinâmica do Tribunal do Júri frente

³⁶ Também denominado Princípio da Motivação, o livre convencimento motivado obriga ao magistrado explicitar as razões da conclusão adotada, com a adequada motivação da decisão proferida, porque se assim não for ela estará com nulidade, por isso a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz.

³⁷ O Princípio da Presunção de Inocência está estabelecido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e é resultado da externalização de norma de intenção protetiva do legislador, por prever que ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³⁸ O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um preceito que está assegurado pelo Estado Democrático de Direito, sendo o pilar para o desenvolvimento das demais leis e regras da Constituição Federal. Esse princípio está presente no Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, no inciso III, com o objetivo de garantir uma vida digna, com o atendimento das necessidades básicas, em que cada valor intrínseco é respeitado.

as decisões tomadas por uma amostra representativa da sociedade. Para isso, foi realizado um estudo por meio de uma formação teórica do tema, fazendo uso de livros, artigos jurídicos, sites e documentos nacionais e internacionais.

As informações ora encontradas foram divididas e desenvolvidas ao longo de quatro capítulos, nos quais analisar-se-á a evolução histórica e legislativa do Tribunal do Júri, a fim de compreender o âmago dessa instituição e os princípios que a regem, culminando na análise das controvérsias processuais que a circunscrevem.

1 A ORIGEM E O CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Há uma grande controvérsia doutrinária sobre a origem exata do Tribunal do Júri, pois desde o princípio essa instituição esteve associada a superstições e crenças tão vagas e indefinidas que se perderam nas brumas do tempo. Tal situação se deve a uma conjunção de fatores, destacando-se, dentre eles, a inexistência de fontes históricas seguras, bem como o fato desse instituto está vinculado às raízes do próprio Direito, acompanhando a evolução social das aglomerações humanas, surgindo como uma evolução da autotutela.

Nesse sentido, há correntes que defendem que o instituto discutido teve sua primeira aparição na Palestina, outras apontam que teria surgido no período clássico, na Grécia e na Roma antigas. A corrente majoritária entende, entretanto, que teria se originado na Inglaterra. Porém, existem ainda muitas outras correntes que apontam a existência de outros tribunais no mundo com as características do júri antes dessas correntes.

Dessarte, Edneia Freitas Gomes Bisinotto (2011) debruça-se sobre as três correntes principais para analisá-las com maior primor, de modo a compreender o que as diferencia. Assim, indica que, para os mais liberais, a origem do Júri remonta à era mosaica, nascida entre os judeus, ainda cativos no Egito, que, sob a liderança de Moisés, indicavam os cidadãos mais velhos, escolhidos entre os sacerdotes, levitas e os principais chefes de família em Israel, aos julgamentos dos tribunais (NUCCI, 2015). Esse seria o fundamento e a origem do Tribunal do Júri, devido em grande parte ao culto à oralidade exibido nos dispositivos, apesar da forte mística religiosa presentes no Conselho de Anciãos, pois nele ouviam-se e julgavam-se casos criminais relacionados a crimes puníveis com a morte.

Ademais, Bisinotto (2011) continua sua análise indicando que os mais céticos apontam para o surgimento do Júri durante o período clássico, em Roma, com seus juízes jurados, enquanto outros indicam que o surgimento se deu na Grécia antiga, quando existia a

instituição dos *diskatas* e *centeni comites*, cujo sistema judicial era dividido em duas importantes assembleias: a Heliea e o Areópago. Entretanto, a doutrina majoritária se posiciona indicando que a verdadeira origem do Tribunal do Júri moderno ocorreu em 1215, na Inglaterra, quando o Concílio de Latrão aboliu as amarras teocráticas do tribunal do júri, instalando o conselho de jurados.

A partir desse momento, portanto, defende a corrente majoritária, a qual tem por um dos doutrinadores Paulo Rangel (2015, P. 41), que não há dúvidas acerca do caráter democrático da instituição do Tribunal do Júri, que decorre, justamente, das decisões tomadas pelo povo, retirando o poder decisório das mãos do magistrado e comprometido ao déspota.

Nesse contexto, expõe-se que a origem do júri no Brasil é anterior à independência, datando do decreto de 18 de junho de 1822, que determinava sua jurisdição apenas para crimes políticos. O jurista Guilherme Nucci destaca, ainda, que o júri era constituído, a priori, por 24 cidadãos "*bons, honestos, inteligentes e patriotas*", preparados para julgar crimes de abuso da liberdade de imprensa, cujas decisões eram sujeitas a revisão apenas do Príncipe Regente. (NUCCI, 2015)

Destarte, a Constituição de 1824 previu o Tribunal do Júri como ramo do Poder Judiciário e definiu novas competências para a mesma, tanto na esfera cível quanto na criminal. Portanto, inversamente às constituições futuras, a Constituição imperial definiu o júri como ramo do judiciário, não como direito e garantia do acusado.

Aliás, a referida Constituição estabeleceu que o Poder Judiciário seria independente e composto por desembargadores que atuariam em matéria cível e criminal nas causas e na forma determinadas pelo Código, cabendo aos juízes decidir sobre os fatos e aos juízes aplicar a lei (NASSIF, 2009, p. 17). Tal competência foi ampliada pela promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832, o que não influenciou em alterações na composição de júri com a proclamação da República, em 1890, embora a constituição de 1981 tenha inovado na criação da Justiça Federal, permitindo a aplicação do instituto do júri no âmbito federal por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.

Apesar das muitas reviravoltas que o instituto sofreu junto aos diferentes cenários políticos perpassados pelo estado brasileiro, o constituinte de 1988 não apenas manteve o Tribunal do Júri entre os direitos e garantias fundamentais, como restabeleceu a soberania dos veredictos e limitou-se a definir a jurisdição mínima de seus julgamentos. Assim, conforme aduz Aramis Nassif (2009, p. 23), a atual Constituição manteve como preceito constitucional e exclusivo aquele relativo aos crimes dolosos contra a vida, *in verbis*:

Situando o tema entre as garantias outorgadas a brasileiros e estrangeiros residentes no país, a primeira Constituição Republicana (24 de fevereiro de 1891) preservou o Tribunal Popular, ainda que com novo caráter jurídico-constitucional. (...) A instituição resistiu à turbulência política que marcou o fim do século XIX e o primeiro terço do século XX.

Além disso, como debatido por Nassif, acontece que na atualidade com as instituições bem delineadas e atuantes nos papéis que lhe são designados, os jurados acabam por se tornar carrascos, pois são levados não pelo direito e a técnica em si, mas pelas emoções afloradas pela mídia e em plenário.

2 ASPECTOS GERAIS: CONCEITO, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTO

No Brasil, o Tribunal do Júri é constituído por cidadãos leigos, nos termos do art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da CF/88, cujo objetivo é julgar pessoas que cometem os crimes dolosos contra a vida previstos nos artigos 121 a 126 do Código Penal (BRASIL, 1940), *in verbis*:

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

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados :

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Ressalta-se que, apesar da Constituição Federal ter assegurado ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, o legislador pode ampliar o rol de crimes a serem julgados por esse órgão. Ademais, as infrações que resultam em morte dolosa, mas não se enquadram no rol de crimes de ofensa à vida dolosos previstos no Código Penal, quais sejam: homicídio doloso, homicídio doloso ao parto, auxílio, instigação ou instigação ao suicídio e aborto, de forma consumada ou tentada, estão fora da alçada do Tribunal do Júri.

Nesse sentido, como analisado no capítulo anterior, o Tribunal do Júri sendo anterior à proclamação da independência no ordenamento pátrio e nunca tendo sido abolido, configura-se como um dos temas mais polêmicos do processo penal brasileiro, pois se apresenta como uma instituição popular e democrática que pouco se coaduna com o desenvolvimento processual nacional, mas é regulamentado como garantia individual e coletiva do cidadão.

Desse entendimento, Renato Brasileiro (2019) apresenta que a razão pela qual o júri foi colocado no rol do artigo 5º da Constituição Federal trata da ideia de que a justiça leiga funciona como garantia de defesa contra as arbitrariedades dos representantes do poder, ao permitir que o cidadão seja julgado por seus pares. Além disso, continua, não deve ser negligenciado o inerente caráter democrático do Tribunal do Júri, que funciona como um importante instrumento de participação direta da população na administração da justiça.

Para mais, o TJDFT (BRASIL, 2015) evidencia que o Tribunal do Júri é um colegiado composto por um presidente e 25 jurados, sete dos quais serão selecionados aleatoriamente para formar um painel de sentença, nos casos de crimes dolosos contra a vida, cuja tarefa é confirmar ou negar a existência do crime. Assim, é o cidadão, sob juramento, quem decide o crime de acordo com a consciência e não com a lei, respondendo a perguntas feitas pelo presidente do júri sobre o crime e outros fatos necessários para o julgamento.

Ainda, sabe-se que todo processo de validação da instituição do Tribunal do Júri, perpassa o art. 5º, inciso XXXVIII da constituição federal, que elenca como critério de reconhecimento e validade os seguintes princípios: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Princípio da Plenitude da Defesa no Tribunal do Júri parte da premissa que os acusados possam se valer de qualquer hipótese em direito admitida para efetivar sua defesa, assegurando que todas as suas teses e argumentos sejam apresentados e considerados durante o julgamento.

Já o Princípio do Sigilo das Votações busca assegurar que os jurados tomarão a decisão de maneira isenta sem serem influenciados pelo meio externo, a fim de atender ao interesse público e promover a justiça, deriva de expressa previsão legal art. 485 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação”. (BRASIL, 1941)

Tal previsão chegou a ser questionada como inconstitucional, por supostamente ofender o Princípio Constitucional da Publicidade, mas tal imbróglio restou superado por ampla maioria seja jurisprudencial, seja doutrinariamente, pois para além da votação secreta, sua condução é feita por muitos atores processuais, tais quais: promotor, juiz, assistente de acusação e defensor do réu.

Além disso, o Princípio da Soberania dos Veredictos busca garantir que ao conselho de sentença que sua decisão seja respeitada, tendo, portanto, o caráter intangível. Em suma, a

decisão do colegiado deve ser derradeira, não devendo ser alterada por juízes togados ou por lei.

Cabe ressaltar, porém, que isso não significa que o júri tem direito de errar por último, pois no direito penal todas as decisões devem ser submetidas a duplo grau de jurisdição, princípio constitucional que deriva do Pacto de San José da Costa Rica³⁹.

Outrossim, ocorre que a decisão não será reformada pelo conselho de togados, apenas deverá ser realizado novo julgamento sempre obedecendo ao critério de competência, pois o Tribunal do Júri é o único legitimado a proferir sentença em processo de crimes dolosos contra a vida. Portanto, se uma decisão do júri é anulada, será formado novo conselho de sentença para emitir a decisão contra o acusado.

À vista do exposto, entende-se que o Tribunal do Júri adota o procedimento bifásico: onde na primeira fase ocorre o juízo de formação de culpa (*judicium accusatione*), e na segunda fase ocorre o julgamento da causa (*judicium causae*). O rito procedimental se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo Ministério Público, por tratar-se de crimes dolosos contra a vida, e após o recebimento da denúncia, há a análise da materialidade e indícios da autoria do crime e a citação do acusado para apresentação de resposta escrita no prazo de 10 dias (art. 406 do CPP), no caso de não apresentação de resposta o juiz nomeará defensor público, pois a ausência de defesa gera nulidade absoluta (art. 408 do CPP), conforme se infere abaixo:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos. (BRASIL,1941)

³⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional firmado pelos países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi assinado durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. A CADH entrou em vigor em 18 de julho de 1978 e é atualmente um dos pilares do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Após os atos processuais acima citados, conforme dispõe o artigo 409 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941), apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre possíveis questões preliminares arguidas e documentos apresentados, no prazo de 5 dias, *in verbis*: “Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias”.

Logo, o juiz poderá determinar a inquirição de testemunhas e a realização de diligências requeridas pelas partes até a data da audiência de instrução única, durante a qual deverão ser praticados todos os atos instrutórios em uma única audiência, após a qual o juiz decreta a decisão, que pode ser pela pronúncia, quando o juiz se convence da materialidade e indícios que imputam o crime ao acusado e encaminha o caso para julgamento perante o tribunal do júri; pela impronúncia, quando não o convencimento do juiz, decidindo esse, sem analisar o mérito, por suspender o prosseguimento do caso até que surjam novos fatos; pela desclassificação, quando há o convencimento do juiz quanto a materialidade do crime, mas este entende não haver o preenchimento dos requisitos de submissão do caso ao tribunal do júri; ou pela absolvição sumária, quando, após analisar o mérito, o juiz entende que o réu é inocente nas hipóteses previstas no art. 415 do CPP (BRASIL, 1941).

3. AS CONTROVÉRSIAS PROCESSUAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Desde a sua introdução no ordenamento pátrio, críticas têm sido dirigidas ao instituto jurídico do Tribunal do Júri, muitas vezes questionando sua viabilidade, sem poupar esforços para extingui-lo ou deturpá-lo plenamente de sua conjuntura original. Entretanto, apesar de todas as mudanças que sofreu ao longo dos séculos, o Tribunal do Júri ainda preserva seu caráter democrático de participação em decisões de grande relevância social na administração jurídica dos crimes dolosos contra a vida, de modo a permitir que o homem médio, maior de idade e detentor de capacidade cível e conduta ilibada atue nesse tipo de julgamento.

Nesse sentido, conforme aduz Norberto Bobbio (1998), a participação popular é redefinida como uma manifestação específica de liberdade que, além do direito de expressar sua opinião, de se reunir ou associar-se para influenciar a política do país, inclui também o direito de eleger representantes para serem eleitos. Por assim ser, observando-se a teoria de Bobbio, compreende-se que o Júri popular brasileiro se estrutura na premissa de que os jurados representam a sociedade, gozando de credibilidade, independentemente do grau de instrução

educacional, posição socioeconômica e ideologias políticas e religiosas. Daí o porquê da necessidade do jurado ter conduta ilibada.

Não obstante, a seleção dos jurados é uma controvérsia de destaque aos que defendem a manutenção dos tribunais populares, isto porque a escolha dos jurados é realizada a partir de uma lista elaborada pelo juiz, contendo nomes de cidadãos que preencham os requisitos legais para serem jurados. No entanto, há críticas quanto à forma como essa seleção é feita, visto que muitos dos nomes presentes na lista são selecionados de forma arbitrária, sem qualquer critério objetivo.

Outra questão levantada quanto ao júri, são suas decisões que partem de premissas que deveriam ser aclamadas, mas acabam por corroborar com despropérios, entre os quais se destacam o Princípio da Plenitude da Defesa, que permite sob a justificativa de uso pleno dos artifícios processuais que o defensor ou acusador possa recorrer aos sentimentos dos jurados que por serem leigos, muitas vezes se atém somente às emoções humanas, que são falibilistas.

Ao não se aterem ao critério técnico, os jurados podem concretizar injustiças incomensuráveis, assim observa Oliveira (1999, p. 102): *“o Tribunal do Júri chega a ser a negação da justiça por se entregar aos leigos a difícil e complexa arte de julgar, em conformidade com a ciência da lei e com a técnica de sua ajustada aplicação aos fatos concretos”*.

Nesse ínterim, além de entregar a leigos tamanha responsabilidade, o Tribunal do Júri acaba por desvirtuar o processo penal ao estabelecer aos jurados o condão de elaborar uma sentença soberana. Ainda, ressalta-se que não importa o placar, ou seja não há necessidade de unanimidade para a condenação, não há, pois, espaço para que a dúvida beneficie o réu. Fato esse que gera indignação, como a expressa por Heleno Cláudio Fragoso (1961) *“é inaceitável uma condenação por maioria de votos, como 4 a 3, pois isso seria a própria extensão da dúvida”*.

Ademais, deve-se destacar que os jurados são muito influenciados pelos meios tecnológicos, pois o júri em sua essência não foi planejado para os dias atuais onde a informação circula em minutos e no contexto de pós-verdade ou as chamadas *fakes news*, que possuem o poder de promover a devassidão na vida do cidadão comum em minutos. Nesse sentido, notória é a pressão exercida pelos mídia sobre os processos criminais, dado que estes têm repercussões sociais e servem de pontos de ancoragem para mais vendas. Decorrente desse fato, em muitos casos, um julgamento antecipado dos réus, que não têm o mínimo de uma defesa baseada em evidências e uma sentença judicial.

Assim, verifica-se que esses fatores corroboram para a supressão do princípio fundamental do processo penal, a presunção da inocência, suplantado em razão da liberdade de imprensa. O que nas palavras de Aury Lopes Jr. (2013) é um "erro grave" supor como razoável, uma vez que o Júri não é independente, pois são influenciáveis política, econômica e midiaticamente, pois não têm as garantias orgânicas da magistratura.

Nesse diapasão, entendem as cortes superiores que os jurados têm primazia e suas decisões, mesmo que em maioria simples devem ser respeitadas, o Superior Tribunal Justiça no julgamento, cujo relator foi o Min. Octávio Gallotti afirmou que, havendo duas teses conflitantes, sendo plausível a escolha de uma delas pelo júri, o Tribunal de Justiça não poderia anular a sentença e conceder Habeas Corpus, que visava restabelecer a sentença que absolveu o acusado. No caso, o julgamento do Supremo Tribunal de Justiça confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que enfatiza a pequena maioria 4 a 3, entendendo que *“recomenda-se e convém que outro Conselho da Magistratura análise criteriosa e criteriosamente os elementos probatórios existentes nos autos e pronuncie diversamente”*⁴⁰.

Certamente, a motivação das decisões é a base na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo que o caminho constitucional seja seguido e suas garantias implementadas, no Tribunal do Júri. Notório é que os jurados não têm formação técnica jurídica, entretanto, o que motivou a criação do instituto não foi a utilização unilateral da racionalidade, mas o uso proporcional entre técnica racional e emoção, buscava-se acabar com o sistema judicial arbitrário que dava poderes em demasia aos magistrados.

Ocorre, porém, que os sentimentos pessoais dos jurados, que decorrem de sua formação cultural e acabam se sobrepondo na busca de uma decisão “justa”, esquecendo-se que nesse tipo de tribunal existe a função última de julgar, muitas vezes ficando presos no estado de “guerra” proposto pela mídia.

Ainda, outra crítica à modulação do instituto supracitado é a possibilidade de recurso das decisões do júri. Embora seja possível recorrer das decisões do Tribunal do Júri, esse recurso é limitado e nem sempre é suficiente para garantir a revisão completa da decisão dos jurados, o que pode levar a uma sensação de impunidade ou de falta de clareza sobre o resultado final do julgamento.

Assim, se no passado o júri poderia ser considerado democrático, se comparado aos magistrados do antigo regime, que detinham poderes em excesso, hoje tal argumento não pode

⁴⁰ Habeas Corpus n° 80.258/SP, julgamento em 26/09/2000.

ser levantado, pois essa barreira já foi superada e o poder goza de independência, devendo-se observar, maiormente, o que a constituição determina.

Nesse sentido, o Tribunal do Júri se mostra inadequado ao sistema constitucional vigente, pois acaba por dar ao particular muitas vezes guiado por suas ideologias, percepções, sentido e senso de justiça. Subvertendo todo ordenamento técnico em razões extraprocessuais que estão ligadas ao foro íntimo de cada jurado, ao invés de critérios tecnicistas e legais, acabando por tornar o Tribunal do Júri num tribunal autônomo à técnica e à legislação.

Todavia, é importante lembrar que o Tribunal do Júri é uma instituição importante e deve ser preservado como um elemento-chave da democracia e da justiça no país. É necessário que sejam feitos esforços para melhorar a eficácia técnica do júri, por meio da seleção adequada dos jurados, da formação e orientação dos jurados, do uso de tecnologias e recursos técnicos durante o julgamento, entre outras medidas.

Em relação à seleção dos jurados, é importante que sejam adotados critérios mais rigorosos, como a exigência de um nível mínimo de escolaridade e conhecimento jurídico básico. Além disso, é necessário que sejam feitas estimativas psicológicas para garantir que os jurados tenham condições emocionais e cognitivas adequadas para participar do julgamento.

Quanto à formação e orientação dos jurados, é fundamental que sejam realizados treinamentos que abordem temas como a análise de provas, a interpretação das leis e a tomada de decisões imparciais. Também é importante que os jurados recebam orientações claras e precisas sobre o papel que desempenham no processo, bem como sobre os direitos e deveres das partes envolvidas.

Por fim, o uso de tecnologias e recursos técnicos pode contribuir significativamente para a eficácia técnica do Tribunal do Júri, permitindo, por exemplo, a reprodução de áudios e vídeos das testemunhas, a apresentação de provas por meio de recursos digitais e a realização de votações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é uma espécie social, ou seja, a necessidade de viver em coletividade é uma característica inerente à sua natureza. Viver em comunidade permite que as pessoas compartilhem recursos, habilidades e conhecimentos, o que possibilita a satisfação das necessidades básicas de maneira mais fácil e eficiente.

No entanto, a convivência em grupo também pode gerar problemas. As diferenças culturais, sociais e comportamentais podem levar a conflitos e desentendimentos, que muitas

vezes se manifestam em formas de violência e intolerância. Além disso, a falta de recursos e oportunidades pode gerar desigualdades e tensões sociais.

Nesse contexto, o panorama histórico de origem e desenvolvimento do Tribunal do Júri evidenciou a busca por meios de resolução de conflito, a priori com as próprias mãos e, posteriormente, sob a jurisdição do chamado “Poder Estatal”. Observou-se também que o Tribunal do Júri se apresenta como um resquício dos tempos de transição entre a autotutela, quando as pessoas tinham o direito de se defender e buscar a justiça de forma autônoma, sem a intervenção do Estado, e a jurisdição estatal, disfarçada sob o caráter democrático, pois mantém algumas características da autotutela, como a participação direta dos cidadãos na resolução de conflitos e a possibilidade de decisões motivadas em emoções e não apenas em fatos e provas.

Assim, em conjuntura ao evidenciado na análise desenvolvida no capítulo 3, essa instituição ao invés de enaltecer bons aspectos democráticos, perpetua o comportamento vingativo e violento da sociedade, que, representada ali pelos jurados, se mostra totalmente parcial e suscetível ao teatro criado pelos meios de comunicação e pelas partes presentes no julgamento, a saber, acusação e defesa.

Nessa toada, a competência técnica dos juízes leigos é judiciosamente questionada, pois carecem de preparo mínimo para compreender o rito e suas complexidades fáticas e jurídicas encontradas no caso concreto, quiçá justificarem as decisões tomadas, em obediência ao Princípio da Obrigatoriedade da Motivação das Decisões Judiciais, o que torna todo o processo penoso para o acusado, que precisa passar por um processo teatral desnecessário, perpetrado de desrespeitos aos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana, pondo em risco a segurança jurídica.

Destarte, ao longo deste raciocínio, identificou-se muitas questões relevantes sobre como essa instituição, apesar de todas as críticas que lhe são dirigidas, ainda é tão fortemente parte do ordenamento pátrio no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A principal consideração que emerge deste estudo é que esse tipo de julgamento não é mais comportado dentro da linha evolutiva judiciária. Entretanto, a exclusão do júri popular do sistema brasileiro é muito improvável, visto se tratar de garantia individual, gozando de status de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988.

Portanto, é necessário que as controvérsias processuais do júri sejam toleradas e solucionadas de forma a garantir a segurança jurídica penal no país. Uma das formas de abordar essas questões é por meio de mudanças na legislação, pois é importante que as leis sejam claras, precisas e atualizadas para lidar com as complexidades e desafios que surgem nos julgamentos

pelo júri. Revisões regulares da legislação penal podem ser necessárias para abordar lacunas ou inconsistências que podem levar a controvérsias processuais.

Além disso, o aprimoramento da formação dos jurados desempenha um papel crucial na garantia da segurança jurídica. É essencial fornecer treinamento adequado aos jurados, tanto em termos de conhecimento jurídico quanto em habilidades de análise e tomada de decisões. A compreensão dos procedimentos processuais e a capacidade de avaliar o certificado são aspectos fundamentais para garantir um julgamento justo e imparcial.

Outro ponto a ser considerado é a melhoria do sistema de recurso. É necessário tornar-se emocionalmente eficiente e acessível para que as partes envolvidas em um julgamento pelo júri possam passar por decisões que consideram injustas ou derrotadas. A existência de instâncias de revisão e a possibilidade de apresentar recursos podem contribuir para corrigir possíveis erros e garantir a justiça no processo penal.

Ademais, é importante promover a transparência e clareza em todo o processo. A divulgação adequada das regras e procedimentos do julgamento pelo júri, bem como uma comunicação eficiente entre os participantes do processo, pode ajudar a evitar mal-entendidos e controvérsias externas.

Em conclusão, é fundamental que a sociedade brasileira esteja atenta às controversas processuais do Tribunal do Júri e que todos os esforços sejam realizados para garantir que essa importante instituição continue a cumprir seu papel na administração da justiça criminal do país.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do júri**: de conformidade com a Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional / Marcos Bandeira. – Ilhéus : Editus, 2010. 386p.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **O Tribunal do Júri**: como funciona. Distrito Federal. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/informacoes/tribunal-do-juri/tribunaldojuri_comofunciona.pdf. Acesso em: 13 fev. 2023.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. **Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri**: âmbito jurídico, 1 mar 2011. Acesso em: 21 jan. 2023. Disponível em: [https:// ambitojuridico.com.br /edicoes/revista-86/ origem-historia -principiologia-e-competencia-do-tribunal-do-juri/](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-86/origem-historia-principiologia-e-competencia-do-tribunal-do-juri/)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C. Varriale *et al.* coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Vol. 1.

FRAGOSO, Heleno Claudio. A questão do júri. **Revista Forente**, nº 196.

HABEAS CORPUS nº 80.258/SP, julgamento em 26.09.2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**; 2.v. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo *et al.* **Tribunal do júri** – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira, p. 102.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 5 ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2015.